שו״ת · אחרונים · מלבושי יום טוב

מלבושי יום טוב חלק ב

רבי יום טוב ליפמן הלר הלוי

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

מלבושי יום טוב חלק ב

רבי יום טוב ליפמן הלר הלוי

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/מלבושי-יום-טוב-חלק-ב/
הקובץ נוצר ב־21 בנובמבר 2026 מגרסה v39-202611200317 של הספרייה.

תוכן העניינים

הקדמה 5

קונטרס חובת קרקע 8

סימן א 8

סימן ב 14

סימן ג 23

סימן ד 28

סימן ה 30

סימן ו 35

סימן ז 37

סימן ח 41

סימן ט 46

סימן י 51

סימן יא 57

סימן יב 65

סימן יג 67

סימן יד 68

סימן טו 73

סימן טז 81

סימן יז 86

סימן יח 97

סימן יט 101

קונטרס קל וחומר 102

סימן א 102

סימן ב 105

סימן ג 110

סימן ד 114

סימן ה 117

סימן ו 124

סימן ז 129

סימן ח 135

סימן ט 136

סימן י 136

סימן יא 139

סימן יב 143

סימן יג 145

קונטרס החזקות 150

סימן א 150

סימן ב 161

סימן ג 165

סימן ד 178

סימן ה 181

סימן ו 186

סימן ז 190

סימן ח 194

סימן ט 199

סימן י 206

סימן יא 210

סימן יב 216

סימן יג 225

חלק יורה דעה 230

סימן א 230

סימן ב 238

סימן ג 240

סימן ד 253

סימן ה 256

סימן ו 258

סימן ז 271

סימן ח 278

סימן ט 284

סימן י 289

סימן יא 294

סימן יב 295

סימן יג 301
סימן יד 312
סימן טו 316
סימן טז 317
סימן יז 318
סימן יח 322
סימן יט 327
סימן כ 334
סימן כא 337
סימן כב 339
סימן כג 341
סימן כד 342
קונטרס הפלפולים 347
סימן א 347
סימן ב 349
סימן ג 350
סימן ד 352
סימן ה 353
סימן (כ)ו 361
סימן (כ)ז 365
סימן (כ)ח 370
סימן (כ)ט 373
חלק אבן העזר 374
סימן א 374
סימן ב 378
סימן ג 383
סימן ד 387
סימן ה 390
סימן ו 404
סימן ז 410
סימן ח 424
סימן ט 434
חלק חושן משפט 438
סימן א 438
סימן ב 458
סימן ג 464
סימן ד 466
סימן ה 468
סימן ו 474
סימן ז 481
סימן ח 506
סימן ט 506
סימן י 509
סימן יא 511
סימן יב 513
סימן יג 516
סימן יד 520
מפתחות 523

הקדמה

הקדמת המחבר

זה לי כעשר שנים אשר הוצאתי לאור את ספרי מלבושי יו"ט חלק ראשון. והודות לד' אשר נתקבל ברצון לפני אדירי התורה ומביני מדע. ורבים לא זזו מחבבו יען בו בארתי ברחבה הלכות גדולות ועמוקות עפ"י יסודות נאמנים וחזקים אשר שאבתי מרבותינו גדולי הראשונים בעומק הפשט וההלכה. לבאר וללבן שיטותיהם בביאור מספיק. וזכות אבותי הק' היא שעמדה לי להלוך מישרים ולסול מסלה נכונה בדברים הראוים להאמר:

עתה הנני ד' והנני מוציא לאור את ספרי מלבושי יו"ט חלק שני. ובמעשהו בראשון כן מעשהו בשני לחדש דברים נכונים בעזה"י בחקירות והלכה וכן מה שהשבתי לשואלי דבר. לא נטיתי ח"ו לפלפל בפילפולים רחקים. כ"א הכל עפ"י דרכי אשר סלותי לי ללכת בדרך העולה בית אל. בפי אשר התוו לנו דרך גדולי הראשונים. ולאשר בעזה"י ספרי חלק ראשון מצא חן בעיני חכמי הזמן ואשר רבים מאבירי התורה שקרוני להוציא ספרי זה חלק שני שהנני נותן היום לפניהם. אקוה בי ימצאו גם בזה חדושים והלכות רבות ומקורים נאמנים אשר העירותי מבאר מי תורתם של רבותינו הראשונים נ"ע. אשר שאבו משני התלמודים וירויו עונג להוקירם ולחבבם:

והנה אנכי מדפיס בזה נ"כ מחדושים ופילפולים דאורייתא אשר היה לי בימי חרפי עם הגאון האמיתי מו"ה אלעזר משה הלוי זצ"ל אב"ד דק"ק פינסק אשר רבות פלפלנו אז בהלכה בשבתו בקרוב אלי בחיותו אב"ד דק"ק אמנאשמישציזנא במדינת רייסין. אמנם לדאבון לבבי הרבה נשרפו ממכתבי שהי' ה"י הגאון הנ"ל בהשריפה שהי' בעיר הנ"ל ואצלי לא הי' העתקה מזה חבל על דאבדין. אמנם גם מן המעט שנשארו אקוה כי לומדי תורה יתענגו עליהם. אף שדברי הגאון הנ"ל באים בקצרה. ואנכי הרחבתי עתה דברי באיזה ענינים למען הקל על המעיין ובמקום שהוספתי עתה דברי נכתב ד"ה א"ה:

וכבר מלתי אמורה בספרי חלק ראשון כי לא באתי לחוות ולומר קבלו דעתי רק להעיר לבב המעיינים לבאר וללבן שיטתם של רבותינו הראשונים נ"ע וכדי להקל על המעיין לבוא עד חקר דעתם הרחבה:

והנני רואה להזכיר ולהודות לשמו הגדול ית"ש על הנס הגדול אשר נעשה עמדי ביום ד' י"א תמוז שנת תרמ"ה כי הדוק' עשה נתוח בגופי והייתי בסכנה גדולה. והדוק' אמר נואש. ורבים בקשו עלי רחמים. ושעה ד' לתפלתם ושלח לי רפואתו וברוך שהחייני וקיימני לזמן הזה. והנני כותב זאת זכרון בספר למען ידעו זרעי וזרע זרעי להעלות יום הזה לזכרון תמידי בכל שנה ושנה זכרון תודה לד' על הנס הגדול שעשה עמדי. ולחלק צדקה

ביום הזה כפי נדבת לבם הטוב. ובזכות זה יזכו לרוב טוב ויתברכו בברכה האמורה בשכר מצות כבוד אב. ויתאשרו ברוב עונג ונחת כל ימיהם ויהיו לשם ולתהלה בארץ:
הנני קובע ברכה להגבירים המצוינים ד' עליהם יחיו סלה. שעמדו לי לעזר בהלואה על הוצאת הדפוס. וביחוד לגביר אחד נכבד ונעלה שעמד לי בעזר נכון ואשר לא יאבה לפרסם שמו. יתברכו כולם ויתענגו בטוב ד' כל ימיהם. יצליחו וישכילו ירומו וינשאו על מרום העושר והאושר וגבהו מאד. וברבה המשולשת לאנשי עיר מיר יע"א שהנני יושב בה יותר משבע עשרה שנה אשר יחזיקוני בכבוד ויקר. יתברכו כולם בכל חותמי ברכות והצלחת עולמים:
ועתה תפלתי לד' שיזכני לבלות שנותי בנעימים בבית ד' ויאיר עיני בתוה"ק. ואזכה לראות בהרמת קרן תוה"ק ותשועות ונחמות אחב"י בכל מקומות מושבותיהם בעגלא ובזמן קרוב אמן סלה:
כ"ד המעתיר הצעיר לבית אהרן יו"ט ליפמן בא"א המופלג מו"ה יהודא זאב הכהן זללה"ה:
אמר המחבר ראיתי חובה להציג בראש מחברתי מה שמצאתי דאתי לידי ס' תמים דעים לרבינו הראב"ד נ"ע. שמביא שמה ג' תשובות מהרי"ף ז"ל המועתקות מלשון ערבי ע"י החכם בה"ר אברהם הלוי. וזו אחת מהן אשר ממנה יאיר נתיב להלומדים להביננו דעת בענין עמוק במס' עירובין בסוגיא דחלון עגול ובמס' סוכה בסוכה עגולה אשר ככר נתחבטו בביאור הסוגיות ומצוי החשבון כמה גדולי הראשונים והאחרונים ולא מצאו די באור נכון. ונסתרה דעת מאתנו לרדת לסוף דעת רבותינו הראשונים בסוגיות אלה. ואנכי בימי חרפי האיר ד' את עיני בפשט הסוגיות באופן מרווח וישר. ואח"כ מצאתי שגם הגאון בעה"מ ס' גליא מסכת מדבר בארוכה ג"כ בסגנון זה. וכעת זיכני ד' לראות הדבר יוצא מפורש מפי אחד וראשי רבותינו הראשונים נ"ע:
וכמו שאביא בזה העתק התשובה כהוויתה. ומזה ישכילו וידעו רבנן ותלמידיהן אשר יראו בספרי באיזה מקומות שנטיתי מדרך מפרשי הש"ס ובחרתי לי דרך אחרת שאין להזניחני מזה וכי אקוה אשר הרבה המצא ימצאון אח"כ בדברי רבותינו הראשונים שעוד לא נתפרסמו ברוב העולם. ובדברי התשובה הזאת תסור חרפה מעלינו מאלה אשר יפטירו בשפה על מקומות הרבה בש"ס שנראה להם הדבר והחשבון לחדה סתומה בלא פתרון בהשקפה ראשונה וברגל גאוה ידרכו קשת כמה מאמרי חז"ל אשר המה מעל לגבול שכלם וע"כ יחשבו זרות לשפוך בוז על דבריהם הקדושים המסולאים בפז. מחסרון ידיעתם והעמקתם בעמק הפשט וההלכה. ואדרבה מזה ישכילו וידעו שכל

דברי חז"ל יש להם מקום ובאור מספיק עפ"י מצוי החשבון בשעור מדוקדק ומצומצם. ואין בה נפתל ועקש. והכל מתוקן לתורה ולתעודה ואין ערוך לעומק חכמתם וידיעתם של חז"ל ככל מקצועות התורה והחכמה הן בגופי ההלכות והן בהחשבונות הנדרשים לדיני תורה"ק לדעת מזה כמה הלכות רבות הנוגעים לשמירת המצות והאזהרות בדיני תורה"ק בכל פרט ופרט לכל נכשל ח"ו רק ללכת באורח סלולה לדעת דרכיה ונתיבותיה לאושר האדם סלה. ובאשר הס' תמים דעים הנ"ל אינו מצוי ביד כל אדם. לכן הנני מעתיק לשון התשובה הנ"ל אות באות:

וז"ל מס' עירובין מפרק חלון שבין שתי חצרות. אמר רבי יוחנן חלון עגול צריך שיהא בהקפו כ"ד טפחים שנים ומשהו מהן בתוך עשרה ואסקינן ר"י דאמר כדייני דקסרי ואמרי לה רבנן דקסרי דאמרי עיגולא מגו רבועא ריבעא ריבועא מגו עיגולא פלגא ואית דגרסי תלתא והכל עולה לחשבון אחד מאן דגרים פלגא פלגא דריבועא עלאה דנפיק עגולא מגויה ומאן דגריס תלתא דעגולא בצר לי' רבעא דנפיק מגויה וזה דבר ידוע שאם תעגל עגול אחד ותרבע עליו מרובע אחד מחוץ לו ותרבע תוכו מרובע אחר יהי' המרובע התיכון חצי המרובע החיצון כי כשתגרע מן החיצון רביעיתו כפי יתרון המרובע על העגול שבתוכו ותגרע עוד שלישית העגול כפי יתרון העגול על המרובע שבתוכו ישאר לך המרובע התיכון חצי המרובע החיצון. ואנו מעמידים דברי ר"י על דרך החשבון הזה כי כשאמר ר"י צריך שיהא בהקפו כ"ד טפחים לא אמר בהקף החוט הסובב את העגול כמו שאמרו במקום אחר כל שיש בהקפו ג' טפחים יש בו רוחב טפח אבל הקף זה האמור בדברי ר"י צריך שיהי' בהקפו כ"ד רוצה לומר בהערכתו ברבוע והוא מלשון ערך והקש כמו שאמרו אין מקיפין בבועי שהוא מלשון ערך והקש ודמיון זה כך כשאתה מקיש העגול למרובע כאילו אמר בריבועו או בהשכרתו וזה דבר ידוע כי כל עיגול שיהא בריבועו כ"ד יהי' המרובע שעליו ל"ב כפי יתרון המרובע על העגול שהוא רבוע ויהיה המרובע שבתוך העיגול הזה י"ו שהוא חצי המרובע נמצא המרובע התיכון ד' על ד' שהוא נדר י"ו ברבועו ומ"ש ר"י שנים ומשהו מהן בתוך עשרה גם זה על דרך הרבוע כי כשתסלק מן העגול שיש ברבועו כ"ד טפחים וירבע קשתות לארבע רוחותיו מפני המרובע שבתוכו יהא רבוע כל קשת שני טפחים התבראתא נמצאו ה' טפחים מסולקים בארבע קשתות סביבות המרובע התיכון הזה נשאר המרובע הזה י"ו שהוא המרובע ד' על ד' וצריך עוד משהו שיכנס מן החרון מקצתו בתוך עשרה. ובזה עמדו דברי ר"י מכוונים על חשבון דייני דקסרי וגם קרובים אל האמת. ומה שאמרו במס' סוכה ולא היא הא קא חזינן דלא הוי כולי האי על דרך חכמי המחקר בחכמת השעור שאמרו כי

העגול י"א חלקים מי"ד במרובע החיצון והמרובע התיכון ז' חלקים מי"א בעגול. אבל זה הדבר ברור הוא כלי ספק כי המרובע התיכון חצי המרובע החיצון. נשלמה ההלכה. ע"כ לשון העתקה:

[**אבנ"ה** ראיתי להגאון בעל גליא מסכת שחתר הרבה למצוא החשבון כמה חסר כאן לפי חכמי המדות ולא מצא במכוון. ובאמת לפי דעתי החשבון ברור לפי המבואר כאן כי העגול י"א חלקים מי"ד במרובע החיצון אשר זה הוא חשבון היתרון החלק שביעית על הכלל שכל שברחבו טפח יש בהקיפו ג'. דהיינו בעגול של ג' וחצי לפי הכלל הזה החוט המקיף מחזיק עשרה וחצי ובאמת יש בו י"א והחצי היתרון הוא חלק שביעית מג' וחצי וזהו מש"כ הרי"ף שהעגול י"א חלקים מי"ד כי במרובע של ג' וחצי על ג' וחצי החוט המקיף הוא י"ד כמובן. וא"כ כאן דידוע דבריבוע החיצון יש ל"ב וא"כ אם נחלוק הל"ב לי"ד חלקים יהיה כל חלק ב' וב' שביעיות. וכשנכפלם בי"א פעמים יהי' כ"ב וכ"ב שביעיות דהיינו כ"ה ושביעית. וא"כ נמצא דחסר בחשבונו של ר"י שאמר ב"ד טפחים טפח ושביעית טפח]:

קונטרס חובת קרקע

סימן א

שאלה מי שאכל ערלה דחו"ל אם הוא חייב מלקות או לא. ונ"מ גם בזה"ז לענין פסול עדות דקיי"ל דאינו פסול מדאורייתא אלא אם עבר עבירה שחייבין עליה מלקות. וגם יש להסתפק בערלה דחו"ל אם מחויב לשורפה כמו ערלה דא"י אם לא:

תשובה הנה הרמב"ם ה' מאכלות אסורות פ"י ה"ט כתב וז"ל. הערלה כיצד כל הנוטע אילן מאכל כו' שלש שנים משנטע הרי הן אסורין באכילה כו' וכל האוכל מהם כזית לוקה מה"ת בד"א בנוטע בא"י שנאמר וכי תבאו אל הארץ גו' אבל איסור ערלה בחו"ל הלמ"מ שודאי הערלה בחו"ל אסורה וספיקא מותר עכ"ל. ודברי הרמב"ם הללו מורין להדיא דעל ערלה דחו"ל אין לוקין משום דאינה אסורה אלא מהלכה בלבד. דהקרא לא קאי אלא דוקא על ערלה דא"י משום שנאמר וכי תבאו. ויותר מפורש בדברי הרמב"ם שם ה' כ"א דכתב שם והאוכל כזית מטבל של דבריהם מכלאי הכרם וערלה של חו"ל מכין אותו מכות מרדות. וכדברי הרמב"ם כתב ג"כ הסמ"ג בלאוין קמ"ו. והנה הל"מ כתב שם ה"י וז"ל שנאמר וכי תבאו אל הארץ גו' אע"ג דבפרק האשה נקנית (לז.) אמר דלאו בהא תליא דהקשו והרי תפילין ופטר חמור דכתיב בהן ביאה ונוהגין בין בארץ בין בחו"ל ואמר הטעם משום שהיא חובת קרקע. מ"מ כתב רבינו הטעם דכתיב וכי תבואו

וגו' דמשמע לי' דהיא דרשה פשוטה יותר אעפ"י דנדחית בגמרא כו' עכ"ל ונפלאתי עליו מאד דלפע"ד נראה ברור דכוונת הרמב"ם הוא דאי לאו קרא דוכי תבאו דמשמע מיני' דבא למעט ערלה דחו"ל הו"א אע"ג דערלה הוא חובת קרקע מ"מ לקי גם על ערלה דחו"ל משום דהלכה גילה לן על הקרא דערלים לא יאכל דקאי נמי על ערלה דחו"ל. והלכה גילה לנו דערלה לא דמי לכל חובת קרקע דאינה נוהגת אלא בארץ וכה"ג כתב הר"ן בשבת דלכך עונשין על המעביר ד"א ברה"ר משום דאתא הלכתא וגלי דגם מעביר הוא בכלל מוציא. ולזה הוכרח הרמב"ם להביא הקרא דוכי תבאו שממעט ערלה דחו"ל א"כ ערלה דחו"ל אינה אסורה אלא מהלכה בלבד ודבר שאין אסור אלא מהלכה בלבד אין לוקין עליו כנ"ל בכוונת הרמב"ם ז"ל.

אמנם לפע"ד נראה דדעת השאלתות והבה"ג אינו כן. והם ס"ל דעל ערלה דחו"ל לקי משום דהלכה אתי לגלות על הקרא. דז"ל השאלתות דרב אחאי גאון פ' קדושים וכי היכי דנהגא ערלה בארץ הכי נהגא בחו"ל הלכתא גמירי לה דאמר רב אסי אמר ר' יוחנן ערלה בחו"ל הלמ"מ אלא מאי וכי תבואו דכתיב גבי ערלה זמן ביאה מיהו בא"י בין ספיקא בין ודאי אסור בחו"ל ספיקא מותר ודאי אסור עכ"ל. וכלשון הזה כתב גם הבה"ג. ואי הוה ס"ל דיש חילוק בין ערלה דא"י לערלה דחו"ל דעל ערלה דחו"ל אין לוקין. א"כ מאי קשה להו כיון דערלה אסורה מהלכה מאי כי תבאו דכתיב. והוצרכו לתרץ דאתא לגלות דמזמן ביאה הוא דאסור. הא וכי תבאו הוצרך לכתוב למעט דערלה דחו"ל אינה אסורה מהקרא אלא מהלכה בלבד ואינו לקי עלי' אלא ודאי דהגאונים הללו ס"ל דהלכה גילה לנו דערלה אינה תלויה בארץ כלל ולקי על ערלה דחו"ל ג"כ. ואין חילוק בין ערלה דחו"ל לערלה דארץ רק לענין ספיקא. לכך הוצרכו לומר דכי תבאו אתי לגלות על זמן ביאה. דכ"ז שלא עברו ישראל את הירדן אינם חייבין בערלה. וגם אם נטעו עכו"ם קודם שבאו אין נוהג בהם ערלה כמבואר בספרא כי תבאו ונטעתם פרט לכשנטעו כותים קודם שבאו לארץ:

ונראה דלכך הוצרכו הגאונים הללו לומר דהלכה קאי לגלות על הקרא אע"ג דפשטות המשנה הערלה הלכה משמע דאינה אסורה אלא מהלכה בלבד. משום דקשה להו דברי הירושלמי דמ"ש פ"ה דאמרינן שם דר"י סבר דאין נ"ר בסוריא משום דילפינן קודש קודש ממ"ש. ואי אמרינן דערלה דחו"ל אינה אסורה אלא מהלכה בלבד. ת"ל דנ"ר אינו נוהג בסוריא משום דהלכה לא הי' דנוהג גם בחו"ל רק על ערלה בלבד ורבעי הא אינו בכלל ערלה. כדמוכח מהמשנה דנקט בכל מקום ערלה ורבעי בפ"ע. ואדרבה קשה דאמאי פליגי רבנן עלי' וס"ל דנ"ר נוהג גם בסוריא. אבל לפי דבריהם דהלכה בא לגלות על

הקרא דהקרא קאי גם על ערלה דחו"ל והקרא דכי תבאו קאי על זמן ביאה א"ש דברי הירושלמי. דאי לאו דילפינן קודש קודש ממע"ש ודאי דהיה נוהג נ"ר גם בסוריא ובחו"ל כיון דבקרא הא כתיב נמי רבעי (ועיין לקמן סי' ה'). וקצת ראי' לדבריהם יש להביא מדברי ר"ש דס"ל (בקדושין לח.) דערלה וכלאים נוהגין בין בארץ בין בחו"ל מק"ו דחדש ולדידי' נראה ודאי דלקי גם על ערלה וכלאים דחו"ל מדכייל ר"ש חדש וערלה וכלאים כאחד וקאמר שלש מצות נצטוו ישראל בכניסתן לארץ ונוהגין בארץ ובחו"ל, ומדכייל להו בהדדי אלמא דשלשתן שוין. והא גבי חדש ודאי דלקי גם על חדש דחו"ל א"כ ה"ה גבי ערלה וכלאים דחו"ל נמי לקי עלייהו. וקשה אמאי לקי על ערלה דחו"ל כיון דבקרא כתיב להדיא וכי תבאו א"כ ערלה דחו"ל לא נפיק רק מק"ו והא אין עונשין מה"ד. אלא ע"כ דס"ל דהק"ו גלי לן דהקרא דוכי תבאו קאי על זמן ביאה ואין חילוק בין ערלה דחו"ל לארץ. וכן גבי כלאים הק"ו בא לגלות דהקרא דכתיב שדך בא למעט רק כלאי זרעים דחו"ל. לכך ס"ל להגאונים דרבנן לא פליגי עם ר"ש בזה. רק ר"ש ס"ל מק"ו נפיק דערלה נוהג בין בארץ ובין בחו"ל. ורבנן ס"ל דמהלכה ילפינן זאת:

וראיתי להמהרי"ט דכתב בסי' כ"ה וז"ל עוד הקשה והרי ערלה דכתיב בה כי תבאו ונוהגת בזה"ז מה"ת עכ"ד. כל מה שאתה משיב על הרב אפי' אתה משיב כל היום כולו הרי הן מתגלגלות ובאות עלינו לדברי ר' ישמעאל דאמר כ"מ שנאמר ביאה אינו אלא לאחר כיבוש וחלוק והרי ערלה דנהגא מיד שנכנסו לארץ ונהגא בין בארץ ובין בחו"ל בפני הבית ושלא בפני הבית אלא כי תבאו דערלה דרשינן בספרא פרט לשנטעו גוים עד שלא באו לארץ כו' וקרא דונטעתם דרשינן לי' התם לעולה מאליו. ולהכי איצטריך כי תבאו ונטעתם כדקתני מכאן אמרו כו' וסברא לאוקמי דרשא בהכי ולא לומר דבעינן ביאת כולכם. דהא קים לן הל"מ דיש ערלה בחו"ל [שם במהרי"ט כתוב דאין ערלה כו' וט"ס דמוכח הוא] ואם אינה תלויה בארץ האיך תהיה תלויה בביאת כולם עכ"ל ונפלאתי עליו מאד דהא החכם אשר הקשה לו מוכי תבאו דכתיב גבי ערלה ונוהג בזה"ז מה"ת הקשה לו רק לד' הרמב"ם דס"ל דכיון דכתיב כי תבאו גבי תרומה לכך גם בימי עזרא לא נהגי רק מדרבנן בלבד. א"כ גבי ערלה נמי אמאי נוהגת בזה"ז מה"ת כיון דכתיב כי תבאו ובעי ביאת כולכם. והא הרמב"ם ס"ל דעל ערלה דחו"ל אין לוקין עליה דאינה אסורה אלא מהלכה בלבד ולא מהקרא משום דכתיב כי תבאו. א"כ ערלה נמי תלויה בארץ. א"כ שפיר הקשה לו דאמאי לקי בזה"ז על ערלה דא"י וצריך להיות ערלה דארץ בזה"ז כמו ערלה דחו"ל דאין לוקין עליה. ותירוץ המהרי"ט אינו עולה רק לד' השאלתות והבה"ג

דס"ל דלוקין גם על ערלה דחו"ל. א"כ ערלה אינה תלויה בארץ. אבל לדברי הרמב"ם תירוץ המהרי"ט תמוה מאד לפע"ד. ולקמן נבאר שיטת הרמב"ם בזה בס"ד:

והנה דעת רש"י ז"ל נראה דס"ל כדעת הרמב"ם דעל ערלה דחו"ל אין לוקין עלי' דעל דברי ר"א בר"ש דס"ל דחד וערלה וכלאים אינם נוהגין אלא בארץ פי' שם ופליג על אבוהו וסבר דחדש אינו נוהג בחו"ל וערלה וכלאים אינו אלא הלכה או דברי סופרים. א"כ ע"כ ס"ל דלא כהשאלתות והבה"ג. דלדבריהם אי ערלה אסורה בחו"ל מהלכה א"כ ערלה נוהג בחו"ל כמו בארץ. אלא ע"כ דס"ל דעל ערלה דחו"ל אין לוקין עליה ולדברי השאלתות והבה"ג ע"כ צ"ל דר"א בר"ש ס"ל כהני תנאי דס"ל דאין ערלה בחו"ל. ובזה נ"ל לישב דברי הרא"ש בתשו' דכתב בכלל ב' סי' א' וז"ל והלא ערלה דאינה נוהגת אלא בארץ ואפ"ה נוהגת בנטיעת עכו"ם כדתנן במס' ערלה כו' וכ"ש חדש שנוהג מה"ת אף בחו"ל שנוהג אף בשל עכו"ם עכ"ל. וכל גדולי האחרונים תמהו עליו מש"כ שערלה אינה נוהגת אלא בארץ. הלא ערלה נוהגת בחו"ל מהלמ"מ. ויש מי שדחקו בזה שהרא"ש כוון לפי המ"ד דסובר דערלה בחו"ל הוא מהלכות מדינה בלבד. אבל לפע"ד זה רחוק מאוד דהרא"ש יסתום ראייתו מהמ"ד דאינו אליבא דהלכתא. והגאון בעל ש"א בתשו' החדשות דחק ליש דברי הרא"ש משום דגבי ערלה בחו"ל ספיקא מיתר וגבי חדש בחו"ל ספיקא דאורייתא לחומרא. ולפע"ד דברי הרא"ש הם פשוטים משום דהרא"ש ס"ל כדברי הרמב"ם ורש"י דערלה דחו"ל אינה אסורה אלא מהלכה בלבד ואין לוקין עלי'. וזהו כוונתו במאי דקאמר דערלה אינה נוהגת אלא בא"י היינו מן הקרא דהקרא לא קאי אלא על ערלה דארץ דוקא. ולכך אין לוקין על ערלה דחו"ל. ופי' ד' הרא"ש הכי הוא דהא חזינן דנטיעת נכרי חמירא מחו"ל. דנכרי שנטע חייב בערלה ולוקין עליה דמרבינן מקרא ונטעתם כל עץ כמבואר בספרא ונטיעת חו"ל אין לוקין עליה משום דאינה אסורה אלא מהלמ"מ ולא מהקרא. אלמא דנטיעת חו"ל קילא משל נכרי. ואמאי גבי חדש גריע קציר נכרי מחו"ל ולפע"ד ברור דכונת הרא"ש הוא כמש"כ. ומאי דנקיט הרא"ש לישנא דערלה אינה נוהגת אלא בארץ הוא נקט לישנא דר"א בר"ש דקאמר נמי האי לישנא כל מצוה שתלויה בארץ אינה נוהגת אלא בארץ אע"ג דבאמת ערלה נוהגת אף בחו"ל מהלכה כמש"כ רש"י מ"מ כיון דאינה נוהגת אלא מהלכה בלבד ולא מהקרא קאמר אינה נוהגת אלא בארץ:

גם בדברי הטור מבואר להדיא דס"ל כדעת הרמב"ם דכתב בה' ערלה סי' רצ"ד וז"ל ערלה נוהג בכ"מ ובכ"ז בין בשל נכרי בין בשל ישראל אלא שבא"י הוא מה"ת ובחו"ל הלמ"מ הלכך בא"י ספיקא אסור ובחו"ל ספיקא מותר עכ"ל. הרי כתב להדיא דבא"י הוא מה"ת.

פי' דהקרא קאי ע"ז. אבל בחו"ל הוא רק מהלכה בלבד. ומה שכתב הטור הלכך בא"י ספיקא אסור כו' תמה הב"י ע"ז דמשמע משום דהוא הלמ"מ להכי ספיקא מותר והא ליתא דודאי שאר הלמ"מ ספיקא אסור אלא דכאן נאמר בו בפירוש כן. והט"ז כתב ע"ז שם סקי"ג דדברי הטור לפ"ז נכונים דבאמת לא נאמר בפירוש דבר זה בהלמ"מ דספיקא מותר כו' אלא דמוכרח לומר כן דאל"כ יש קושיא גדולה למה הוצרך הש"י לומר בא"י בפסוק איסור ערלה ובחו"ל הלמ"מ ול"ל פסוק בא"י כו' אלא ודאי דבזה גילה לן הוא ית' דיש בזה חילוק דין דהיינו בחו"ל קיל בספיקא כו' וא"כ יפה כתב הטור כיון שאנו רואין שנוי באזהרת איסור זה דבא"י כתוב בפסוק ובחו"ל הלמ"מ הלכך יש חילוק ביניהם וכפי מש"כ ודבר זה נראה נאה כו' עכ"ל. ובמחכ"ת דבריו דברי שגגה הם דהא לפ"ד הרמב"ם ודאי דצריך לכתוב כי תבאו למעט ערלה דחו"ל דאין לוקין עליה. ואף לפ"ד השאלתות והבה"ג ולפי מש"ב דס"ל דלוקין גם על ערלה דחו"ל מ"מ הא צריך לכתוב כי תבאו לגלות על זמן ביאה כמש"כ הגאונים הללו להדיא. אלא נראה לפ"ד ליישב דברי הטור דהא הוא ס"ל כדברי הרמב"ם ז"ל דערלה דחו"ל אינה אסורה אלא מהל"מ בלבד. והנה הרמב"ם כתב אבל איסור ערלה בחו"ל הלמ"מ שודאי ערלה בחו"ל אסורה וספיקא מותר. ונראה דכוונתו דלכך אמרינן דערלה דחו"ל אינה אסורה אלא מהלכה בלבד ולא אמרינן דההלכה באה לגלות על הקרא דגם ערלה בחו"ל אסור כערלה דא"י והקרא דכי תבאו בא לגלות רק על זמן ביאה לחוד כסברת הגאונים הנ"ל משום כיון דחזינן דהלכה חלקה בין ערלה דא"י לבין ערלה דחו"ל לענין ספיקא לכך מסתברא יותר דההלכה לא באה לגלות על הקרא אלא דערלה דחו"ל אסור רק מהלכה בלבד לכך הקיל ההלכה בספיקא. וזה ג"כ כונת הטור דכתב הילכך בא"י ספיקא אסור ובחו"ל ספיקא מותר. דכונתו דלכך אנו אומרין דבא"י אסורה מה"ת ובחו"ל אינה אסורה אלא מהלמ"מ בלבד משום דחזינן דבחו"ל ספיקא מותר לכך אמרינן דההלכה לא באה לגלות על הקרא אלא דאסורה מהלכה בלבד:

אמנם מצאתי שיטה שלישית בערלה דחו"ל שהקיל בה הרבה וס"ל דאינה אסורה אלא באכילה לבד ולא בהנאה. דהנה התוס' רי"ד (בסוכה ל"ה.) כתבו וז"ל ונ"ל לתרץ דהאי ערלה סתם קתני ואפי' בחו"ל שאינה אסורה אלא באכילה ולא בהנאה כדאמרינן בפ"ק דקדושין שהלמ"מ הוא שודאי אסורה וספיקא מותרת וכדאמרינן התם ספק לי ואנא איכול הילכך לאו לשריפה קיימי שהרי מוכרה לחבירו ואינו מודיעו שהיא ערלה ומותר בה להכי מפרש טעמא לפי שאין בה היתר אכילה כו' עכ"ל:

ובזה יובן דברי הש"ג שהביא בשם ריא"ז וז"ל ומז"ה פוסל אפילו בערלת חו"ל ולי נראה שערלת חו"ל יש בה היתר אכילה שהרי יכול להאכיל לכתחילה לחבירו שאינו מכיר בה כו' עכ"ל. והבעל כפות תמרים השיג ע"ז וכתב וז"ל אמנם ראי' זו אינה עיקר דהא חזינן למרן הב"י ה' ערלה ובפ"י מהמ"א דהקשה על הרמב"ם והטור אמאי לא כתבו דמותר לספק לחבירו ולהאכילו ותירץ דהנך אמוראי דמספקי להדדי ס"ל דערלה בחו"ל הלכות מדינה היא אבל לר"י דס"ל הלמ"מ וקיי"ל כותי' אסור לספק ערלה לחבירו וכיון שכן עמדו דברי מז"ה דאתרוג של ערלה פסול בחו"ל עכ"ל. אבל באמת אין זה קושיא כלל על הריא"ז דהא זה ידוע שהמז"ה שהביא הריא"ז בכ"מ הוא זה התוס' רי"ד א"כ שפיר הקשה עליו דהא הוא בעצמו ס"ל דמותר לספק לחבירו ולהאכילו א"כ אמאי קרי לי' שאין בו היתר אכילה ופוסל ערלה של חו"ל. ואי שאין בה היתר אכילה לעצמו. הא תרומה שגם בה אין היתר אכילה לעצמו ואפ"ה ישראל יוצא באתרוג של תרומה כמש"כ רש"י והתוס' שם. ובאמת היא קושיא חמורה על התוס' רי"ד. אם לא שנאמר שהתוס' רי"ד ס"ל דדוקא כהן יוצא בתרומה אבל לא ישראל דלא כרש"י והתוס'. ונראה דמה שכתב הריא"ז אח"כ אבל נראה בעיני שאינו פסול אלא ביו"ט ראשון לבד. זה קאי לפ"ד המז"ה דפוסל גם בערלת חו"ל וקרי לה שאין בה היתר אכילה כיון שאינו יכול לאכול בעצמו מ"מ כיון דלאו לשריפה קאי אינו פסול רק ביום ראשון אבל לא בשאר הימים. אבל אתרוג של א"י כיון דלשריפה קאי משום מיכתת שיעורו פסול גם בשאר הימים:

אבל נפלאתי על דבריהם דהאיך אפשר לומר דערלה דחו"ל אינה אסורה אלא באכילה בלבד דהא אמרינן (בפסחים כה:) מר בר רב אשי אשכחי' לרבינא דשייף לה לברתי' בגוהרקי דערלה א"ל אימר דאמרי רבנן בשעת הסכנה שלא בשעת הסכנה מי אמור כו' איכא דאמרי א"ל מידי דרך הנאה קא עבדינא והם היו בחו"ל אלמא דערלה דחו"ל אסורה בהנאה. אך עפ"י הדחק יש לישב ולומר דהתוס' רי"ד והריא"ז ס"ל דסיכה כשתיה אף בכל דבר ולא בשמן בלבד וצ"ע. והנאון בעל כפות תמרים הביא ג"כ ראי' ברורה דערלה דחו"ל אסורה אף בהנאה (מע"ז כ"ב.) דאמרינן שם רב גביהה מבי כתיל אמר הנהו שתילי דערלה הוי עכו"ם אכיל שני דערלה וישראל שני דהתירא אתי לקמי' דרבא שרא להו כו' ורבינא סיועי סייעיה מברייתא יעו"ש. אלמא דס"ל דערלה דחו"ל אסורה בהנאה. וכן דעת כמעט כל הראשונים דערלה דחו"ל אסורה בהנאה ודעת התוס' רי"ד והריא"ז שנמשך אחריו הוא דעת יחידאה. ונראה דאפי' לפי"ד היראים בסי' קפ"ד והר"ן סוף פ"ק דקדושין דפסקו דמותר לספוקי אהדדי מ"מ ס"ל דערלה דחו"ל אסורה בהנאה ומה דמותר לספוקי הם מפרשים דלוקט משל ערלה של חבירו ונותן לחבירו וחבירו לא

ידע שזהו ערלה ויאכל. אבל ללקוט ערלה שלו וליתן לחבירו ודאי דאסור כיון דאסורה בהנאה ואפי' אם נותן לו מתנת חנם נמי אסור כיון שחבירו יחזיק לו טובה בעד זה. ונראה דגם משל חבירו דמותר לספק לו הוא דוקא באופן שלא יוודע לחבירו אח"כ שספק משל ערלה כדי שלא יחזיק לו טובה בעד זה. ובאופן זה אמר לוי לשמואל לספק לו והוא לא ידע מזה אח"כ. ועדיין צ"ע בזה. ונפלאתי על המג"א סי' תרמ"ט סק"כ שסומך על דעת הש"ג לענין אתרוג של ערלה דחו"ל כיון שכמעט כל הראשונים חולקין ע"ז. ובפרט שיש ראיות ברורות מדברי הגמרא דערלה דחו"ל אסורה בהנאה וכמש"ב:

ולענין מה שנסתפקנו אם ערלה דחו"ל מחוייב לשורפה או לא, נראה דזה תלוי במחלוקת הראשונים שבארנו למעלה. דלפי"ד השאלתות והבה"ג ודאי דטעון שריפה כיון דהלכה באה לגלות על הקרא ודינה לכל דבר כמו ערלה דא"י. רק לענין ספיקא גלה לן ההלכה להדיא להקל בה א"כ לענין שריפה דינה כמו ערלה דא"י. אבל לפ"ד הראשונים דס"ל דאינה אסורה אלא מהלכה לבד מסתברי למימר דדוקא ערלה דא"י טעון שריפה משום דילפינן בהקישא מכלאים כמו שפירש"י בסוף תמורה. אבל ערלה דחו"ל כיון דאינה אסורה אלא מהלכה לבד אין מצותה בשריפה ולא ילפינן מכלאים. ואפשר לומר דבסברא זו פליגי שם רש"י והתוס' דהא מדברי רש"י במתני' נראה דערלה ותרומה טמאה הוא הפסול רק משום דבעי לכם ולא משום כתותי מכתת שיעורא. ועיין בכפות תמרים שעמד שם בזה. ומיישב דרש"י מיירי בערלה דחו"ל דלא בעי שריפה. [ולענין תרומה טמאה נוכל לומר דרש"י אזיל לשיטתי' דס"ל דהשבתתו בכל דבר כמ"ש (פסחים מו.) א"נ כמש"כ התוס' רי"ד בסוכה שם כיון דמותר ליהנות בשעת ביעורו לא שייך למימר כתותי מכתת שיעורא] אבל התוס' ע"כ דס"ל דגם ערלה דחו"ל נמי בעי שריפה מדהוצרכו לדחוק דלא נחלקו בהני טעמי לענין ערלה כלל. ולא פירשו דנ"מ לענין ערלה דחו"ל ע"כ דס"ל דגם ערלה דחו"ל דינה בשריפה כדעת השאלתות והבה"ג דערלה דחו"ל דינה לכל דבר כערלה דא"י. וראיתי להגאון בעל פנ"י (בברכות לו.) דכתב מדקאמר זורק את האביונות ואוכל את הקפריסין מוכח דערלה דחו"ל לא בעי שריפה דמשמע לי' שהשליכם במקום הפקר ולא שרפם אבל באמת אין זה מוכרח כלל דאיכא למימר דזרקו את האביונות היינו בשעת אכילה זרקם למקום אחר אבל אח"כ שרפם:

סימן ב

שאלה מי שאבל ערלה דא"י בזה"ז ולפי דעת הראשונים דעל ערלה דחו"ל אין לוקין עליה. אם חייב מלקות על ערלה דא"י בזה"ז לפי דעת הפוסקים דס"ל דקדושת עזרא בטלה בזה"ז. ונ"מ לענין פסול עדות. וכן אם יש להקל בספק ערלה לפי דבריהם בזה"ז.

וכן אם מחויב לשורפה ערלה דא"י בזה"ז אי אמרינן דערלה דח"ל אינו מחויב לשורפה כפי משב"ל:

תשובה הנה הגאון בעל מל"מ בהמ"א פ"י הי"א כתב וז"ל אליבא דמאן דאית לי' דתרומה בזה"ז דרבנן משום דקדושתה ראשונה לא קדשה לעתיד לבוא וס"ל ג"כ דעזרא לא קדש לעתיד. כלאי הכרם בזה"ז אף בא"י אין איסורו כ"א מדרבנן דכי היכא דבטלה קדושת הארץ לגבי תרומה ה"נ בטלה לגבי כלאי הכרם כ"כ התוס' בפ' (הערל פא.) ד"ה מאי יעו"ש. ונראה דה"ה לחדש אליבא דמאן דאית לי' דחדש בחו"ל דרבנן דה"ה אף בא"י בזה"ז לא אסור כ"א מדרבנן וכן ערלה דקיי"ל בחו"ל ספיקא מותר משום דכך נאמרה הלמ"מ בזה"ז אף בא"י ספיקא מותר משום דבטלה קדושת הארץ עכ"ל. ולפע"ד נראה דאף בזה"ז ערלה בא"י ספיקא אסורה לכו"ע וכאשר אבאר בס"ד. ואם כי מי אנכי שאבוא לחלק ע"ד גאון כמרן המל"מ אבל תמכתי יתדותי מה שראיתי שגדולי האחרונים פסיקא להו דלא כדבריו. הנה הבאתי למעלה דברי החכם שהקשה להמהרי"ט והרי ערלה דכתיב כי תבאו ונוהג בזה"ז מה"ת. וע"כ כונתו דגם בזה"ז נוהג ערלה בא"י מה"ת וספיקא אסורה ואמאי לא נימא לדעת הרמב"ם כיון דכתיב כי תבאו ובעי ביאת כולכם וכיון דלא היה ביאת כולם אף בימי עזרא א"כ צריך להיות דין ערלה בא"י בזה"ז כמו ערלה דחו"ל דאינה אסורה אלא מהלכה בלבד וספיקא מותרת. אלמא דפסיקא לי' דזה משמע מן המשנה דגם בזה"ז ערלה בא"י ספיקא אסורה לכך הקשה מזה ע"ד הרמב"ם. והמהרי"ט הודה לו בזה רק שהשיב לו מטעם אחר כיון דערלה נוהגת גם בחו"ל א"כ ערלה אינה תלויה בארץ. ע"כ מוכרח לומר דכי תבאו קאי על זמן ביאה ולא דבעי ביאת כולם. ואע"ג דעדיין תלויה בארץ לענין ספיקא דבארץ ספיקא אסורה ובחו"ל ספיקא מותרת אף בספק הקרוב לודאי כמש"כ הר"ן בס"פ קמא דקדושין. מ"מ א"א לומר דקרא דכי תבאו קאי לענין ספיקא דבעי ביאת כולם כיון דהא דספיקא מותרת בחו"ל הוא רק מהלכה בלבד א"כ א"א לומר דקרא דכי תבאו קאי ע"ז:

ולפע"ד נראה דאי אמרינן דערלה דחו"ל אסורה ג"כ מן הקרא משום דכי תבאו קאי על זמן ביאה. והא דספק ערלה דחו"ל מותרת משום שהיה הלמ"מ מפורש דבערלה דחו"ל ספיקא מותרת. ודאי א"א להקל בארץ בזה"ז בספק ערלה אף אם בטלה הקדושה ממנה. דהא סתם חו"ל לא מיקרי אלא מה שחוץ לגבול שכבשו עולי מצרים. אבל בארץ אף לאחר שבטלה הקדושה ממנה א"א ללמוד מהלמ"מ להקל בה כיון דהלמ"מ לא אמרה רק בחו"ל ספיקא מותרת א"כ מנ"ל ללמוד דגם בארץ לאחר שנתבטלה הקדושה ממנה ספיקא מותרת. ולפ"ז לפ"ד השאלתות והבה"ג שהבאתי למעלה דס"ל דערלה דחו"ל

אסורה מן הקרא פשיטא דספק ערלה בא"י בזה"ז אסורה אפי' אי אמרינן דקדושת עזרא בטלה בזה"ז. ויותר נ"ל דאף לפ"ד הרמב"ם ושארי הראשונים שהבאתי למעלה דס"ל דערלה בחו"ל אינה אסורה אלא מהלכה בלבד ולא מן הקרא משום דהקרא לא קאי על ערלה דא"י משום דכתיב כי תבאו. ולפי"ז לכאורה היה אפשר לומר כדעת המל"מ דכיון דנתבטלה קדושת הארץ א"כ גם שם אסורה רק מהלכה בלבד. לכך גם בארץ ספיקא מותרת דהלכה הי' ודאה אסורה וספיקא מותרת א"כ מה שאסור מטעם הלכה ספיקא מותרת. אבל באמת לאחר העיון ז"א דלפע"ד נראה ברור דערלה גם בזה"ז בא"י אסורה מה"ת ולא מהלכה לבד וע"כ ספיקא אסורה. כיון דלכו"ע נהגא ערלה מיד שעברו ישראל את הירדן כדאיתא בתוספתא להדיא וכן איתא בירושלמי דערלה דגם ר' ישמעאל דס"ל דכ"מ דכתיב כי תבאו לאחר ירושה וישיבה משמע מ"מ מודה בערלה ובחלה דנהגו מיד שעברו את הירדן אף שעדיין לא כבשו. וכן איתא בספרא כי תבאו ונטעתם פרט לשנטעו כותים עד שלא באו לארץ. או יכול שאני מוצא אף שנטעו כותים משבאו ישראל לארץ ת"ל כל עץ מיכן אמרו אעפ"י שלא כבשו ישראל חייב. וכיון דערלה אינה תלויה כלל בכבישת הארץ נראה דאף שגלו לא בטלה הקדושה הראשונה. דהא כתב הרמב"ם להדיא בה' תרומות פ"א ה"ה דלכך בטלה הקדושה הראשונה לאחר שגלו מפני שהיתה ע"י כבוש. וטעמי' כיון שגלו א"כ ממילא נתבטל הכבוש ונתבטלה הקדושה שנתקדשה ע"י. אבל לענין ערלה כיון שנתקדשה לזה מיד שבאו ישראל לארץ לא בטלה הקדושה לענין זה אפי' לאחר שגלו:

אמנם ראיתי להרמב"ם בפי' המשנה שם דכתב וז"ל אעפ"י שלא כבשו ענינו אף שלא כבשו כל הארץ עכ"ל. ונראה דס"ל דדוקא היכא דנטעו נכרים במקום שכבשו רק שעדיין לא כבשו כל א"י אז חייב בערלה אבל נטעו נכרים במקום שלא כבשו עדיין פטור מן הערלה. מ"מ נראה דהא דפי' כן משום דהוא אזיל לשיטתי' דס"ל שם בפי' המשנה דהא דנכרי שנטע חייב בערלה דוקא שנטע לצורך ישראל. אבל נטע נכרי לצורך עצמו וקנאה ישראל ממנו אח"כ אינו חייב בערלה דסובר דערלה אינה נוהגת בשל נכרי כלל. ולכך הוכרח לפרש שלא כבשו כל הארץ ונטעו דוקא במקום שכבשו דהי' לצורך ישראל אבל היכא דנטעו נכרים במקום שלא כבשו כיון דעדיין לצורך עצמן היה פטור מערלה. אבל כבר חזר בו הרמב"ם בחיבורו בהמ"ש פ"י ה"ה ופסק דנכרי שנטע בין לישראל ובין לעצמו חייב בערלה. ודאי דהדר גם מפי' זה דפי' שלא כבשו היינו שנא כבשו כל הארץ אבל נטעו במקום שכבשו. אלא פי' כפי שמורה פשטיות המשנה שלא כבשו היינו אפי' נטעו נכרים במקום שלא כבשו עדיין ג"כ חייב בערלה וכן משמע שם בה"ט. ועוד דהא

אף לפי פי' המשנה שפי' הא דלא כבשו היינו כל הארץ ליכא למימר שכונתו שלא כבשו כל הארץ ממש היינו כל הגבולין שפירשה התורה. ואשמועינן דאף שלא כבשו כל הגבולין אעפ"כ חייב בערלה דא"כ מאי ארי' ערלה דצריך הספרא למילף זאת מכל עץ הא אפי' כל דבר התלוי בארץ דכתיב בהם וירשתה וישבתה בה היו נוהגים ג"כ לאחר י"ד שנים אף שלא הי' הכביש של כל הגבולין עד ימי דוד כידוע דלהכי הי' סוריא כבוש יחיד מחמת דכבש אותה דוד קודם שכבש כל א"י (עיין גיטין ח. בתוס' ד"ה כבש יחיד מש"כ בשם הספרא). אלא ע"כ צ"ל דכונת הרמב"ם שלא כיבש כל הארץ היינו מה שכבש יהושע. משים דהקידוש של יהושע היה לאחר גמר כל הכיבוש. וזה אתא המתני' לאשמועינן שאף שעדיין לא כבש יהושע ולא קידש את הארץ מ"מ חייבין בערלה משום דילפינן מכל עץ. וכונת הרמב"ם ז"ל בפי' המשנה הוא רק אם נטעו נכרים במקום שלא כבשו פטור אבל אם נטעו נכרים במקום שכבשו אף שעדיין לא גמר יהושע הכבוש ודאי דחייבין בערלה אף לפי פי' הרמב"ם בפי' המשנה משום דערלה אינה תלויה כלל בקדושת הארץ שקידש יהושע. ולפי"ז צ"ל דהא דס"ל להרמב"ם בפי' המשנה דנכרי שנטע לצורך עצמו פטור מן הערלה לא משום שסובר דנכרי מפקיע מקדושתה אלא הוא משום גזה"כ דכתיב ונטעתם דמשמע דוקא אם נטעו ישראל אבל נטעו נכרים פטור. ובלא"ה מוכרחין אנו לומר כן דהא משמע שם מדברי הרמב"ם דנכרי שנטע לצורך עצמו פטור מן הערלה לגמרי ואין צריך לנהוג אף כדין ערלה של חו"ל ואי אמרינן דהטעם הוא משום דהנכרי מפקיע מקדושתה א"כ הי' צריך לנהוג בה לכה"פ כדין ערלה של חו"ל. אלא ע"כ משום גזה"כ הוא ולכך פטר לגמרי מן הערלה. וא"כ אף לפי"ד הרמב"ם בפי' המשנה ערלה אינה תלויה כלל בקדושת הארץ שקידש יהושע. ולפי"ז הוא מה"ת אף לאחר שגלו. ואף קודם שקידש עזרא בפעם שניה הי' נוהג ערלה מה"ת. ואין צריך לזה קדושת עזרא כלל כיון שלא בטלה מעולם ולכך אף למ"ד דתרומה בזה"ז הוא דרבנן דקדושת עזרא בטלה מ"מ לענין ערלה היא מה"ת וספיקא אסורה:

והנה יש להביא ראי' לזה דהא משנה ערוכה היא ריש ערלה נכרי שנטע חייב בערלה. ופי' שם הר"ש דילפינן זה מכל עץ. ועיין בר"ש בסוף ערלה דכתב דכולה מתני' מוכחא דערלה נוהגת בשל נכרי ובכרם רבעי פליגי ר"י ורבנן בפ"ג דתרומות (מ"ט) דתנן ר"י אומר אין לנכרי כרם רבעי אבל מודה ר"י דיש לנכרי ערלה ובהדיא תנן (בפ"ק מ"ב) נכרי שנטע חייב בערלה עכ"ל. וא"כ תקשה למ"ד יש קנין לנכרי בא"י להפקיע ממעשר ושביעית אמאי נוהגת ערלה בשל נכרי כבשל ישראל והא לפי מסקנת הגמ' (בב"מ קא.) ר"י סובר דיש קנין לנכרי בא"י להפקיע ממעשר ועיי"ש בתוס' ד"ה סברוה. אלא ע"כ

דלגבי ערלה אינה תלויה כלל בכבישת הארץ לכך לא אמרינן בזה יש קנין לנכרי להפקיע מיד ערלה. ודוקא בדבר שתלויה הקדושה בכבישת הארץ דהיינו מעשרות ושביעית בזה איכא מאן דס"ל דיש קנין לנכרי להפקיע מקדושתה דכיון שחזר והקנה להנכרי בטלה הקדושה שהיתה ע"י כבוש. אבל בדבר שנתקדשה הארץ מיד שבאו ישראל לארץ אף קודם שכבשו בזה כו"ע מודים דלא בטלה קדושת הארץ אף שהיא ביד הנכרי. א"כ ה"ה לאחר שגלו וחזרו וכבשו ממנו נמי לא בטלה הקדושה וחייב בערלה מה"ת וספיקא אסורה. ואין לדחות ולומר דהא דאמרינן במתני' נכרי שנטע חייב בערלה היינו כחיוב ערלה דחו"ל וספיקא באמת מותר למ"ד יש קנין. ז"א דהא הר"ש הביא דהא דנכרי שנטע חייב בערלה ילפינן מכל עץ. א"כ נראה להדיא דערלה של נכרי אסורה מה"ת ולא מהלכה וספיקא אסורה. אמנם לפי מה שמבואר בתשו' הרא"ש כלל ב' דלמ"ד יש קנין לנכרי לאפוקי מידי מעשר. דיקא גבי מעשר משום דכתיב דגנך. אבל לענין ערלה וחדש כיון דליכא מיעוטא בקדושתה קיימת לכו"ע. א"כ אין ראי' מזה לדברי:

ועוד נ"ל להביא ראי' ברורה לזה דהא אמרינן (בע"ז לה) מפני מה גבינות עכו"ם אסורות אמר רנב"י מפני שמעמידין אותה בשרף ערלה והא גזירת גבינות עכו"ם ודאי הי' לאחר החורבן כדקאמר שם הגמרא דגזירה חדשה הי'. ולכך כששאל ר' ישמעאל את ר"י למה לא אסורין בהנאה השיאו לדבר אחר משום דגזירה חדשה הי'. ובחו"ל ודאי לא היו חוששין חכמים משום שרף ערלה כיון דספיקא מותר. וע"כ צ"ל דעיקר הגזירה הי' משום גבינות דא"י דגם ספק ערלה אסורה. וכן כתב הריטב"א (בקדושין לח:) וז"ל ואסיקנא דכך נאמרה הלכה דודאי אסורה אפי' בשל עכו"ם ספיקא מותר אפי' בשל ישראל והא דאמרינן (בע"ז מח.) גבינות של עכו"ם אסורה מפני שמעמידין אותה בשרף ערלה אע"ג דהא ספיקא הוא וספק ערלה מותר בחו"ל מכיון דאסור בארץ ואסרו גבינתם מחמת כך בארץ לא חלקו בגזרתם ואסורה אפי' בחו"ל עכ"ל. והא הריטב"א ז"ל בעצמו (ביבמות פב.) פוסק דתרומה בזה"ז דרבנן ואפ"ה סובר דספק ערלה בארץ ישראל אסורה אפי' בזה"ז וע"כ צ"ל כמש"ב דבדבר שנהגו מיד כשבאו ישראל לארץ לא בטלה הקדושה אף בזה"ז. ולפע"ד זו היא ראיה שאין עליה תשובה:

ובזה שבארנו דכל דבר שנהג מיד שבאו לארץ אף קודם שקדש יהושע לא בטלה אף לאחר שגלו ודוקא דבר שלא נהג רק כיון אחר כבוש וחלוק דהקידוש היה ע"י הכבוש לכך כיון שגלו נתבטל הכבוש שלהם כמש"ב הרמב"ם. נתיישב היטיב סברת רבנן דבי רב (בכתובות כה.) דאשכחינהו ר"ה בדר"י דאמרי דאפי' למ"ד תרומה בזה"ז דרבנן חלה דאורייתא דהא ז' שכבשו וז' שחלקו לא נתחייבו בתרומה ונתחייבו בחלה. והגאון בעל

ט"א (במגילה יוד.) הקשה ע"ז ואיכא למידק דהא ע"כ הא דקאמרי אפי' למ"ד תרומה בזה"ז דרבנן היינו כמ"ד בפ"ת (דיבמות פא.) דאפי' קדושה שניה של עזרא נמי בטלה. והשתא תקשה דהא כמו דבטלה קדושת הארץ לענין תרומה פשיטא דבטלה נמי לענין חלה דמ"ש הא שניהם חובות קרקע הם ואינן נוהגין אלא בארץ כדתנן ספ"ק (דקדושין לו.) ול"ד לשבע שכבשו וחלקו דנתחייבו בחלה ש"ה דמשבאו לארץ מיד נתחייבו בכל המצות התלויין בארץ כדתנן בפ"ק דערלה עת שבאו אבותינו לארץ מצאו נטוע פטור נסעו אעפ"י שלא כבשו חייבים אבל בזה"ז למ"ד תרומה דרבנן היינו משום דבטלה קדושת הארץ לגמרי א"כ כל חובות קרקע בטלה ושוה לחו"ל וממילא לענין חלה נמי בטלה דהא א"נ אאח בארץ ואיך ס"ד דחלה נוהגת מה"ת בזה"ז הא כמו שא"נ בחו"ל בא"י נמי א"א לומר שתנהג. והניח הגאון הנ"ל בסוף דבריו דברי הגמרא דכתובות בצ"ע. ולפי דברינו דברי רבנן דבי רב פשוטים וברורים. דכיון דנהג חלה מיד שנכנסו לארץ ולא הי' תלוי בקידוש שקדש יהושע לאחר כבוש וחלוק. לכך לא בטלה אף לאחר שגלו ואין צריך לענין חלה קידוש שקידש עזרא כלל ולכך אף עתה שבטלה קדושת עזרא הוי חלה דאורייתא. ודוקא לענין דברים התלויין בקידוש שקדש יהושע כגון תרומה וכיוצא בהן כיון דהקדוש של יהושע הי' ע"י כבוש לכך בטלה משגלו ותלוי בקדושה שקד עזרא וכיון שבטלה בזה"ז לכך הוי רק דרבנן. ונפלאתי ע"ד גאונו האיך כתב בפשיטות דמשבאו לארץ מיד נתחייבו בכל המצות התלויין בארץ והביא ראי' מערלה. הא דוקא ערלה וחלה נהגי מיד ולענין חדש פליגי תנאי בזה. אבל לענין שאר מצות התלויין בארץ הא לא נהגי רק לאחר כבוש וחלוק וקדשה יהושע לזה כמבואר להדיא בתוספתא דמנחות משעברו ישראל את הירדן נתחייבו בחלה בערלה ובחדש. אלמא דדוקא הני תלתא נהגי קודם כבוש וחלוק. אבל שאר דברים התלויין בארץ לא נהגי רק אחר כבוש וחלוק. ובתשו' החדשות של הגאון ש"א בסי' ח' משמע קצת דהדר בי' הגאון הנ"ל מקושיתו שהניח בצ"ע אך שם מבאר דבריו דאף דסברת רבנן דבי רב הי' כך דכל דבר שנהג מיד לא בטלה בזה"ז אבל ר"ה בדר"י פליג ע"ז. ומוכרח אני להעתיק תשובתו בקיצור וזו היא. שאלה איך הוא הדין בא"י בזה"ז אם מותר לקצור קודם שהאיר המזרח של ט"ז בניסן:

וזה שהשיב הגאון הנ"ל. והנה זה תלוי בפלוגתא בגמרא בהרבה מקומות אי קדושה שניה קדשה לשעתה וקדשה לעתיד לבוא לענין תו"מ וה"ה לענין שאר דברים התלוים בקדושת הארץ. או קדשה לשעתא ולא קדשה לעתיד לבוא. וא"כ אי נימא לא קדשה לעתיד לבוא ובזה"ז בטלה קדושת הארץ ודינה כחו"ל והוי לי' מקום שאי אתה מביא ואתה קוצר כו'. ואל תשיבני דאפי' קדשה לשעתה ולא קדשה לע"ל מ"מ אסור לקצור

בא"י אפי' בזה"ז קודם יום הנץ דהא אמרינן בפ"ב דכתובות (כה:) אפי' למ"ד תרומה בזה"ז דרבנן חלה דאורייתא שהרי שבע שכבשו ושבע שחלקו נתחייבו בחלה ולא נתחייבו בתרומה. ומיני' יש ללמוד נמי דאפי' למ"ד תרומה בזה"ז דרבנן משום דקדושה ראשונה קדשה לשעתה ולא קדשה לע"ל כדאמרינן התם בפ' יוצא דופן מ"מ אסור לקצור קודם יום הנץ מהאי טעמא שהרי בשבע שכבשו ושבע שחלקו איסור חדש נהגא בה לדידן דקיי"ל חדש בחו"ל דאורייתא כו'. וה"ה דעומר קרב באותן י"ד שנים כו' דהא ודאי ליתא אלא לרבנן דבי רב. אבל ר"ה דפליג עלייהו וס"ל דחלה בזה"ז דרבנן משום דלאו כולהו סליק ע"כ ס"ל דאפי' דברים שנהגו בשבע שכבשו ושבע שחלקי נמי אינו אלא מדרבנן למ"ד לא קדשה לע"ל כו'. דאי ס"ל דברים שנהגו בשבע שכבשו ושבע שחלקו אפי' למ"ד לא קדשה לע"ל מ"מ נוהגין בא"י מה"ת אע"ג דבטלה קדושת הארץ בזה"ז. א"כ תקשה לך אמאי חלה בזה"ז דרבנן כו' מה בכך כו' ומה איכפת לן כו' הא לענין דברים שנהגו בשבע שכבשו ושבע שחלקו אין נ"מ בקדושת הארץ כלל. אלא ע"כ ש"מ לר"ה בדר"י כו' אע"ג דחלה נהגא בשבע שכבשו ושבע שחלקו מ"מ כיון דקדושה ראשונה דבימי יהושע לא קדשה לע"ל וקדושת עזרא לענין חלה לא אהני מידי משום דלאו כולהו סליק חלה בזה"ז דרבנן. ה"ה למ"ד קדושה שניה דעזרא נמי לא קדשה לע"ל והלכך ס"ל דתרומה בזה"ז דרבנן. ה"ה כל הדברים שנהגו בשבע שכבשו ושבע שחלקו לא נהגו בזה"ז הואיל דבטלה קדושת הארץ כו' עכת"ד:

ולפי מה שהכריח הגאון הנ"ל מהגמרא דכתובות דאף מה שנהגו בשבע שכבשו ושבע שחלקו נמי בטלה הקדושה בזה"ז למאן דס"ל דקדושת עזרא בטלה בזה"ז א"כ גם בערלה בזה"ז אסורה בא"י רק מהלכה בלבד וספיקא מותר כדברי הגאון בעל מל"מ. ונפלאתי על הגאון בעל ש"א דהוא סותר דברי עצמו דהא הוא ע"כ צריך להודות דערלה בזה"ז בארץ ספיקא אסורה לכו"ע מדאסרו גבינות עכו"ם מפני שמעמידין בשרף ערלה אע"ג דזה הוה ספק ערלה. שהא הוא בעצמו כתב בסי' ג' שזהו רחוק לומר שמעמידין רק דוקא בשרף ערלה. והביא שם דברי הריטב"א דכתב דלכך אסרו גבינות עכו"ם גם בחו"ל משום דלא חלקו בגזירתם ואסרו חו"ל אטו א"י וכן באמת מוכח דלאו כל הגבינות מעמידין בשרף ערלה. שהרי שארי אמוראי שם הביאו טעמא אחרינא מפני מה אסרו גבינות נכרים מר אמר מפני שמעמידין אותן בעור קיבת נבלה מר אמר מפני שמעמידין אותן בחומץ. אלמא לאו בודאי מעמידין את הגבינה בשרף ערלה שהרי דרך להעמיד אותן בשארי דברים נמי אלא מספיקא אסרו אותן כיון דדרך להעמידן נמי בשרף ערלה חיישינן דלמא העמידן נכרי באותו שרף והו"ל ספק ערלה. א"כ הרי זה ראי' ברורה דספק ערלה גם בזה"ז

אסורה בא"י דלא כהמל"מ. ואין לדחות דרב נחמן בר יצחק ס"ל כמאן דאמר דתרומה בזה"ז דאורייתא דלא בטלה קדושת עזרא דא"כ לא הוה פסקו הפוסקים דתרומה בזה"ז דרבנן דהא רב נחמן בר יצחק הוא מרבנן בתראי ובכ"מ הלכה כבתראי. וגם אין לומר דהש"א ס"ל בזה דלא כהל"מ וספק ערלה אסורה גם בזה"ז אך איסורה רק מדרבנן לבד כיון דבזה"ב היתה אסורה לא רצו להקל גם בזה"ז כמי שאבאר לקמן לענין כלאי הכרם. דז"א דא"כ האיך גזרו לאסור גבינות עכו"ם דאולי מעמידין אותן בשרף ערלה. כיון דלאו כל הגבינות מעמידין בשרף ערלה כמש"ב האיך חששו לאסור כל הגבינות מטעם זה כיון דבזה"ז ספק ערלה אינה אסירה אלא מדרבנן בלבד. ועוד האיך גזרו בחו"ל אטו א"י כיון דבא"י גופא אינה אסורה אלא מדרבנן בלבד א"כ הוה גזירה נגזירה. אלא ודאי מוכח מזה דספק ערלה בארץ אסורה אף בזה"ז דאורייתא אף דבטלה הקדושה כיון דערלה נהגא בשבע שכבשו ושבע שחלקו לכך לא בטלה לענין זה הקדושה אף בזה"ז. ולכאורה דברי הש"א תמוהין מאד. אך אפשר ליישב דהש"א ס"ל כדברי הגאונים הראשונים שב"ל דס"ל דגם ערלה בחו"ל אסירה מקרא ולא מהלכה בלבד. ולפי דבריהם בארתי למעלה דודאי ספיקא אינה מותרת אלא בחו"ל ממש אבל לא בא"י אף שבטלה קדושת הארץ. משום דהלכה הי' דבחו"ל ספיקא מותרת ובארץ אף שבטלה קדושתה ממנה לא מיקרי חו"ל. אבל באמת הא כבר בארנו למעלה דרש"י והרמב"ם והרא"ש אינם סוברים כן אלא דערלה אינה אסורה אלא מהלכה בלבד. ולדבריהם ודאי מוכח מהא דאסרו גבינות עכו"ם דדבר שנהגו בשבע שכבשו ושבע שחלקו לא בטלה הקדושה בזה"ז לכו"ע. דלא כהמל"מ והש"א:

ומה שמביא הש"א ראי' מחלה לדברי ר"ה בדר"י דקיי"ל כוותי' אע"ג דנהגא בשבע שכבשו ושבע שחלקו מ"מ בטלה הקדושה בזה"ז ומזה למד הגאון הנ"ל לכל הדברים שנהגו בשבע שכבשו ושבע שחלקו בטלה הקדושה בזה"ז למ"ד דקדושה השניה קדשה לשעתה ולא קדשה לע"ל. לפע"ד ז"א דדוקא בחלה פליג ר"ה בדר"י ארבנן דבי רב. אבל בכל הדברים דנהגי בשבע שכבשו ושבע שחלקו גם ר"ה בדר"י מודה לדבריהם דנהגי גם בזה"ז. דהנה פשטות דברי הגמרא משמע דר"ה בדר"י דדחי שם דברי רבנן דבי רב הוא מהברייתא שהביא שם דתניא בבואכם אל הארץ אי בבואכם יכול משנכנסו בה שנים ושלשה מרגלים ת"ל בבואכם בביאת כולכם אמרתי ולא בביאת מקצתכם. ומסיק שם ר"ה בדר"י והא כי אסקינהו עזרא לאו כולהו סליק. ולכאורה קשה להבין דהאיך הביא ראי' מהך ברייתא לדחות דברי רבנן דבי רב דס"ל דמה שנהג בשבע שכבשו ושבע שחלקו לא בטלה הקדושה גם בזה"ז משום דבברייתא איתא דבעינן ביאת כולכם והא כי

אסקינהו עזרא לאו כולהו סליק. כיון דלפי דברי רבנן דבי רב א"צ כלל קדוש פעם שניה משום דלא בטלה קדושה הראשונה דסליק כולהו בימי יהושע אף משגלו כיון דקדושה הראשונה היתה לא ע"י כבוש. א"כ מאי איכפת לן מה דלא סליק כולהו בימי עזרא. ובמה דחה ר"ה בדר"י סברת רבנן דבי רב. ויותר קשה להבין לכאורה דברי הברייתא גופא דקאמר אי בבואכם יכול אפי' משנכנסו שנים שלשה מרגלים ת"ל בבואכם ביאת כולכם כו'. דמעיקרא קאמר הברייתא כיון דשני הקרא לכתוב בבואכם ולא כתיב כי תבאו כמו דכתיב בכל מקום אמרינן דמשמע ביאת מקצתכם ואח"כ קאמר ת"ל בבואכם ביאת כולכם אמרתי. ע"כ נ"ל ברור דבברייתא שם אחר ת"ל בבואכם חסר תיבת וגו' וסמך אסיפא דקרא דכתיב אל הארץ אשר אני מביא אתכם שמה ולא כתיב אל הארץ אשר אני נותן לכם כמו דכתיב בכ"מ. א"כ א"א לומר דבבואכם אתא לגלות דאף בביאת מקצת חייב בחלה דמלישנא דקרא אשר אני מביא אתכם משמע דוקא דלאחר ביאת כולכם חייב בחלה ולא בביאת מקצת [אח"כ מצאתי בחידושי הש"ס להגאון ר"י פיק שכתב ג"כ דחסר בגמרא תיבת וגו' יעו"ש. ונהנתי שכוונתי ת"ל לדעתו הרחבה. אך הוא ז"ל לא ביאר הדברים כלל]. והשתא א"ש מה שלמד ר"ה בדר"י מהך ברייתא דלא כדברי רבנן דבי רב. דלפי דבריהם עדיין תקשי למה שני הקרא לכתוב בבואכם וצריך לגלות בסיפא דקרא אשר אני מביא אתכם שמה דלא אתי למטעי דהאי בבואכם אתא לגלות דאף בשנים שלשה מרגלים נמי חייב בחלה. לכתוב כי תבאו כמו דכתיב בכ"מ. בשלמא לפי דברי ר' ישמעאל דסובר דבכ"מ דכתיב כי תבאו לאחר ירושה וישיבה משמע ניחא מה דכתיב כאן בבואכם ללמדך דחלה נתחייבו מיד שנכנסו לארץ אף קודם כבוש וחלוק כמו דדריש בספרי דמשונה ביאה זו דכתיב בבואכם ללמדך דנתחייבו מיד. אבל לדידן דס"ל דאף בכ"מ דכתיב כי תבאו נמי משמע מיד. א"כ קשה למה לא כתיב גבי חלה נמי כי תבאו אלא ע"כ האי בבואכם וסיפא דקרא דאתי לגלות דבעי דוקא ביאת כולם ולא ביאת מקצת בא ללמדנו דא"י לא נתקדשה לענין חלה אלא דוקא ע"י ביאת כולם. ולמאי נ"מ בימי יהושע הא בימי יהושע ודאי כולהו סליק ומזה אנו למדין דבחלה אף דנהגא קודם כבוש וחלוק נמי בטלה הקדושה לאחר שגלו וצריכא קדושה שניה ודוקא ע"י ביאת כולם. ולכך הוצרך הקרא ללמדנו דקדושת חלה בעי דוקא בביאת כולם ולא בביאת מקצת. וזהו כוונת ר"ה בדר"י דקאמר דהא כי אסקינהו בימי עזרא הא לאו כולהו סליק. והא מוכח מהברייתא דחלה בעי קדושה שניה ובביאת כולם דאל"כ אמאי שני קרא לכתוב בבואכם ולא כתיב כי תבאו:

ולפי מש"ב יוצא לנו דדוקא לענין חלה פליג ר"ה בדר"י ארבנן דבי רב דאף דנהגא חלה בשבע שכבשו ושבע שחלקו מ"מ חלה בזה"ז דרבנן משום דגלי קרא דבבואכם דבעי קדושה שניה ובביאת כולם. אבל לענין ערלה וחדש למאן דס"ל דחדש נהגא מיד שבאו לארץ גם ר"ה בדר"י מודה לסברת רבנן דבי רב כיון דנהגו בשבע שכבשו ושבע שחלקו אף קודם הכבוש לא בטלה הקדושה אף בזה"ז. עוד יוצא לנו לפי מש"ב דדוקא לרבנן דס"ל דכי תבאו נמי משמע מיד לפי דבריהם מוכרח לומר דחלה בזה"ז דרבנן דאל"כ אמאי שני קרא לכתוב בבואכם. אבל לפ"ד ר"י דס"ל דכי תבאו לאחר ירושה וישיבה משמע א"כ לא קשה אמאי שני הקרא לכתוב בבואכם וכמש"ב א"כ לדידי' ודאי נשאר הסברא כמו דסברי רבנן דבי רב דכיון דנהגו מיד כשנכנסו לארץ אף קודם הכבוש גם בזה"ז הוא דאורייתא. ע"כ נ"ל דבזה פליגי הברייתות דהביא שם הגמרא מקודם דחדא ס"ל דתרומה בזה"ז דרבנן וחלה דאורייתא. וחדא ס"ל דתרומה בזה"ז דאורייתא וחלה דרבנן משום דהברייתא דס"ל חלה דאורייתא ס"ל כר"י והברייתא דס"ל חלה דרבנן ס"ל כרבנן:

סימן ג

וראיתי להגאון בעל נוב"י בהצל"ח לברכות שהסכים ג"כ לדברי המל"מ הנ"ל ומיישב בזה דברי הרי"ף שם דכתב סתמא צלף של ערלה זורק את האביונית ואוכל את הקפריסין ואינו מחלק בין א"י לחו"ל. וכתב שם עוד בזה דאפי' לדברי הרמב"ם דסובר דקדושת עזרא לא בטלה והוה כלאים בזה"ז דאורייתא. מ"מ ערלה הוא מדרבנן. דהא דעת הרמב"ם הוא דכל היכא דכתיב כי תבאו ביאת כולכם משמע. ולכך תרומה אפי' בימי עזרא לא הוה אלא מדרבנן כמש"כ הרמב"ם בפ"א דתרומות הכ"ו. א"כ גבי ערלה נמי הא כתיב כי תבאו אף בימי עזרא לא נהגא ערלה בא"י רק מהלמ"מ בלבד. לכך פסק שפיר דצלף אוכל הקפריסין ולא חילק בין א"י לחו"ל עכת"ד. ונפלאתי על גאונו האיך רצה לומר דבר זר כזה בדברי הרמב"ם דלפי דעתו צ"ל ע"כ דתחלת דברי הרמב"ם וסוף דבריו מיירי בזמן שיחזור בהמ"ק למקומו בב"י. ואיך אפשר לומר דהמציעתא של הרמב"ם דפסק דצלף של ערלה זורק האביונית ואוכל את הקפריסין איירי לאחר שגלו מבית ראשון עד שיבנה בהמ"ק בב"י. דז"ל הרמב"ם בה' מ"ש ונ"ר פ"י ה"ב. נטע שלש שנים לסייג ומכאן ואילך למאכל אין לו רבעי שכל שאין לו ערלה אין לו רבעי עכ"ל. והנה בירושלמי פליגי ר' יונה ור' יוסי אליבא דר' יוחנן דר' יונה סובר דעיקר ערלה מיבעיא לר' יוחנן אם נטע שנה ראשונה לסייג אם יש לו אח"כ ערלה או לא. ור' יוסי ס"ל דזה פשוט דיש לו ערלה אלא דמיבעיא לו לענין רבעי אם מקצת ערלה מחייב ברבעי או לא

יעו"ש. והרמב"ם פסק הכל להחמיר דבערלה לא בעי כל השלש שנים אלא דאף אם נטע שנה ראשונה לסייג ואח"כ חשב למאכל נמי חייב. וכן פסק לענין רבעי להחמיר. ואם איתא דהא דסובר הרמב"ם גבי צלף דזורק האביונית ואוכל הקפריסין הוא מטעם הגאון הנ"ל דבזה"ז דין דא"י כמו בחו"ל דכל המיקל בארץ הלכה כמותו בחו"ל. ואמאי לא פסק לכה"פ לענין רבעי שלא יהא מקצת ערלה מחייב ברבעי כיון דר"י מספקא לי' בזה דהא ספיקא להקל. וע"כ צ"ל דקאי כשיבנה ביהמ"ק בב"י. וכן בהא דמחלק שם בנוטע לרבים בין ארץ לחו"ל ע"כ צ"ל הטעם כמש"כ הגאון הנ"ל בעצמו שם משום דפליגי בזה ר"י וחכמים בפ"ק דערלה ולכך הקיל הרמב"ם בחו"ל דכל המקיל כו' והחמיר בארץ. וע"כ צ"ל דקאי על זמן שיבנה בהמ"ק בב"י שדחק שם הגאון הנ"ל. והמציעתא בדין צלף של ערלה דפסק דזורק אביונית כו' ע"כ איירי לפ"ד קודם שיבנה בהמ"ק. והוא דבר זר ורחוק לומר בדעת הרמב"ם כן. והאמת בדעת הרי"ף והרמב"ם דפסקו אביונית כו' ואינם מחלקים בין א"י ובין חו"ל הוא כמש"כ הגר"א ז"ל בה' ערלה סי' רצ"ד אות י"א דפסקי כמר בר רב אשי שם ואמרינן ר"ע במקום ר"א עבדינן כותי' לא משום דמיקל אלא משום דהלכה כמותו. ובזה מתורץ קושית התוס' שם ד"ה והלכתא יעו"ש. וכן הסכים הפ"ח באו"ח סי' ר"ב לדברי הרי"ף והרמב"ם מטעם זה:

ומה שכתב הגאון הנ"ל דהא גבי ערלה נמי כתיב כי תבאו וא"כ צריך להיות דינו כמו תרומה דלפ"ד הרמב"ם צריך דוקא ביאת כולכם. כבר הבאתי למעלה בסי' א' דגאון אחד הקשה זאת להמהרי"ט. אך זה פסיקא להו דערלה נוהגת בזה"ז בא"י מה"ת. והמהרי"ט השיב לו כיון דערלה אינה תלויה בארץ ונוהגת גם בחו"ל ע"כ א"א לומר דכי תבאו קאי על ביאת כולם. אלא דקאי על זמן ביאה. וכבר כתבתי למעלה דדברי המהרי"ט הללו דכתב דערלה אינה תלויה בארץ תמוהים מאד. דהא זה רק דעת השאלתות והבה"ג דס"ל דהלכה גילה לן דערלה אסורה בחו"ל כמו בארץ והקרא דכי תבאו קאי רק לגלות על זמן ביאה לחוד דהיכא דנטע קודם שכבש מותר וא"כ ערלה אינה תלויה בארץ. ולפי דבריהם שפיר משני המהרי"ט. אמנם לפ"ד הרמב"ם ושארי הפוסקים דס"ל דאין לוקין רק על ערלה דארץ משום דאסורה מקרא דכי תבאו. אבל על ערלה דחו"ל אין לוקין עלי' משום שאינה אסורה רק מהלכה בלבד א"כ ערלה נמי תלויה בארץ היינו לענין לוקין עלי'. ולפי"ז הדרא קושית הגאון השואל לדוכתה דאמאי לא נימא דגם גבי ערלה כיון דכתיב כי תבאו בעי דוקא ביאת כולם וא"כ אף בזמן עזרא דלא הי' ביאת כולם אינה אסורה בא"י רק מהלכה בלבד ואין לוקין עלי'. ומזה יש להוכיח דע"כ צריך לומר כמו שב"ל דשאני ערלה כיון דנהוג קודם כבוש וחלוק א"כ לא בטלה הקדושה ממנה אף

לאחר שגלו. ע"כ אפי' קודם שקדש עזרא נמי נהג ערלה בא"י מה"ת. ועוד ראיתי שמה שכתב המהרי"ט שם ופטרנו את הרב ז"ל מכל הטענות שמעכת"ר טען עליו. ולפע"ד עדיין יש טענה גדולה על הרב ז"ל דאם נימא דגם כי תבאו ביאת כולם משמע א"כ האיך הביאו את העומר בימי בית שני הא גבי הבאת עומר כי תבאו כתיב. והא הביאו עומר בימי בית שני כמו שמבואר במשנה מנחות (סח.) משחרב בהמ"ק התקין ר"י ב"ז כו'. וגם המעשה שם (סד:) דבא עומר מגנות צריפין הי' בבית שני כמבואר שם. וכיון שמה"ד היו פטורין מהבאת עומר האיך אפשר להביא הא אין מביאין חולין בעזרה [עיין זבחים (עו:) ובתוס' ב"ב (פא:) ד"ה דמקדיש להו כו' דבכה"ג דצריך להקריב ממנו על המזבח אין שום תקנה לזה]. ועוד כיון דפטורין מהבאת עומר מה"ד א"כ פטורין נמי משתי הלחם דהא גבי שתי הלחם כתיב וספרתם לכם ממחרת השבת מיום הביאכם את העומר. א"כ האיך הביאו בבית שני שתי הלחם עם הכבשים בחג השבועות. דהא שתי הלחם בלי כבשים א"א דהא הכבשים מתירין את הלחם כמבואר במנחות (מה:) והכבשים א"א להקריב ביו"ט אף לשם נדר ונדבה דקיי"ל דנדרים ונדבות אין קריבין ביו"ט. א"כ קשה לפ"ד ר' ישמעאל דס"ל דקודם כבוש וחלוק לא הביאו העומר ושתי הלחם משום דכי תבאו לאחר ירושה וישיבה משמע. א"כ במה נתחייבו בעומר ובשתי הלחם בימי עזרא כיון דבעי ביאת כולם. ויותר קשה דהאיך ס"ל לר' ישמעאל (סג:) דקצירתו והבאתו דוחה את השבת הא כיון דמה"ד פטורין מהבאת העומר בימי בית שני האיך דוחה את השבת. וזה רחוק לומר דהוא קאי על ימי בית ראשון:

אבל באמת נפלאתי על המהרי"ט שם דלמה הוצרך להאריך ליישב דברי השואל מה דהקשה על הרמב"ם ז"ל הא בכמה מקומות כתיב כי תבאו ולא בעינן ביאת כולם. הא המהרי"ט בעצמו כתב ועדיין דברי הרב ז"ל צריכין חיזור וצירוף אחר צירוף. והקשה שם ע"ז ג' קושיות חמורות. א' דכי תבאו דכתיב בפ' שופטים לא קאי על תרומה כלל אלא על שימת מלך בלבד. והביא ע"ז ראי' ברורה מדברי הגמרא דקדושין. ועוד דהא מתנות הזרוע דכתיב לאחר שימת מלך מקמי תרומה הפסיק הענין. ועוד קשה אי ס"ל להרב ז"ל דגבי תרומה נמי כתיב בה כי תבאו וביאת כולכם משמע היכי אמר ר"ה בדר"י בפ' יוצא דופן ובפ"ב דכתובות אפי' למ"ד תרומה בזה"ז דאורייתא חלה דרבנן משום דכתיב בבואכם ה"נ הא כתיב כי תבאו והיכי פסיקא לי' חלה טפי מתרומה. [ואני אוסיף עוד קושיא חמורה דהא גבי שימת מנך לא כתיב כלל כי תבאו אלא כי תבא וא"כ אף אם נימא דהקרא קאי גם על תרומה דכתיב אח"כ הא כי תבא ודאי לא משמע כלל ביאת כולם. דבשלמא אי הוה כתיב כי תבאו איכא למימר דבעי דוקא ביאת כולם כיון דכתיב

בלשון רבים. אבל השתא דכתיב כי תבא האיך משמע דוקא ביאת כולם] ומסיק שם המהרי"ט ז"ל דהרמב"ם סמך על דברי הירושלמי פ"ו דשביעית דחד מ"ד ס"ל דמאליהן קבלו עליהם המעשרות ואף בימי עזרא הוה רק מדרבנן ומשמע לי' להרמב"ם ז"ל דמאן דסבר מאליהן קבלו עליהם ודחיק לאוקמי דרשא דאשר ירשו אבותיך לעתיד לבוא סבר לה כר' יאשי' דיליף תרומה מחלה דכי היכא דחלה לא נתנה בבית שני מה"ת דכתיב בה בבואכם ביאת כולם ה"נ תרומה דדרשינן בספרי גבי חלה תרומת ד' בתרומת דגן הכתוב מדבר או אינו אלא בתרומת חלה כשהוא אומר חלה תרימו תרומה הרי תרומת חלה אמור ומה אני מקיים תרומת ד' בתרומת דגן ע"כ ולמאי הילכתא כתבה רחמנא לתרומה גבי חלה ע"כ להקיש אליה דתבעי ביאת כולם כו' עכ"ד. ולפי"ז מוכרחין אנו ע"כ לומר דט"ס הוא ברמב"ם ה' תרומות מה דמביא שם הקרא דכי תבאו. אלא צריך לגרוס שם בבואכם דכתיב גבי חלה משום דס"ל כר' יאשי' דגם תרומה כתיב שה. א"כ בלא"ה נפטר הרמב"ם מכל הטענות שטען עליו השואל ז"ל דבודאי גם הרמב"ם מודה דאף כי תבאו דכתיב בלשון רבים לא משמע ביאת כולם. ושפיר ניחא גבי ערלה מה דערלה בזה"ז הוא מה"ת ולוקין עליה אע"ג דכתיב בה כי תבאו. אף לפי"ד המל"מ והש"א דלא ס"ל כללא דידי משב"ל. וגם ניחא מה דנתחייבו בעומר ושתי הלחם בימי בית שני. א"כ ממילא דברי הצל"ח מה שר"ל בדברי הרמב"ם מופרכין הם:

אבל באמת נבוך אנכי עדיין בדברי הרמב"ם כי לפ"ד המהרי"ט דהרמב"ם למד זאת מדברי הירושלמי דס"ל דמאליהם קבלו עליהם המעשרות א"כ תמוה שם דברי הרמב"ם ה' תרומות פ"א הכ"ו דכתב שם בתחלה דתרומה בזה"ז דרבנן אפי' בימי עזרא. ואח"כ כתב וכן יראה לי שה"ה במעשרות שאינן חייבין בזה"ז אלא מדבריהם כתרומה. ואם נאמר דהרמב"ם למד זאת מדברי הירושלמי הלזה. א"כ הא מפורש להדיא בירושלמי דגם מעשרות הן מדבריהן. וגם בהקרא דהביא הירושלמי להוכיח שהן מדבריהם משום דכתיב בכל זאת אנחנו כורתים אמנה וגו' מפורש שם להדיא בקרא מעשרות כמו תרומה. ואמאי כתב הרמב"ם דהא דמעשרות מדבריהם בזה"ז הוא רק מסברא דנפשי'. וגם מדברי הירושלמי מוכח דאין הטעם דהא דמעשרות מן דבריהם בימי עזרא הוא כמש"כ המהרי"ט משום דתרומה איתקיש לחלה כר' יאשי' דא"כ האיך קאמר בירושלמי שביעית פ"י ה"ב על הא דאמרינן התם הלל התקין פרוזבול אמר רב הונא קשיתי' קומי דר' יעקב בר אחא כמאן דאמר מעשרות מן דבריהם ברם כמ"ד מעשרות מן התורה והלל מתקן על דברי תורה כו' ולפי"ד המהרי"ט מה ענין שמיטה לענין מעשרות. הא מעשרות שאני משום דילפינן תרומה מחלה וה"ה מעשרות דשוה בכ"מ לתרומה לכך

הוה רק מדרבנן אפי' בימי עזרא. אבל שמיטה הא אינה תלוי' כלל במעשרות והאיך יליף הירושלמי שמיטה ממעשרות [ולקושיא זו העירני חכם אחד]. ולבי אומר לי דמ"ד דס"ל בירושלמי דמאליהם קבלו עליהם את המעשרות סובר דעזרא לא הי' יכולת בידו לקדש את הארץ קדושה גמורה מדאורייתא כיון שלא הי' או"ת בימי עזרא וס"ל דקדוש א"י נמי בעי מלך ונביא ואורים ותומים כמו שהיה בשעה שקדש יהושע. א"נ דבעי רוב ישראל כמו גבי כבוש יהושע ועיין מש"כ הגאון בעל קרית סופר ה"ת פ"א וז"ל ונראה דהא דבעי' מלך ונביא ורוב ישראל אפי' לכבוש א"י היינו בכבוש ראשון אבל כבוש שני כיון שכבר קדשה א"י אעפ"י שבטלה כשגלו לא הוצרכו רוב ישראל אלא עזרא וסיעתו קדשוה עכ"ל, ונראה דהך מ"ד ס"ל דגם בכבוש שני בעי כמו בכבוש ראשון. ולכך הקידוש בימי עזרא הי' רק מדבריהם בלבד. ולפי"ז ניחא שפיר דאי מעשרות מדבריהם ה"ה שמיטה נמי הוה מדבריהם. ואין להקשות דא"כ תחזור קושיתנו למקומה דהאיך הביאו העומר ושתי הלחם בימי בית שני אף בשבת כיון שלא נתקדשה הארץ אלא רק מדבריהם בלבד. אבל באמת זה ניחא דהא כבר בארנו למעלה דקידוש עזרא לא הי' רק לענין הדברים שבטלו משגלו היינו דברים שלא נתקדשה הארץ אלא רק לאחר כבוש וחלוק. אבל לענין דברים שנהנו מיד שבאו לארץ לא נתבטלה קדושתה אף לאחר שגלו וס"ל הך מ"ד כמ"ד דחדש נהג מיד שבאו לארץ והביאו העומר ושתי הלחם אף קודם כבוש וחלוק ולכך לא היו צריכין קדוש עזרא לענין זה. א"כ א"א לומר כדברי המהרי"ט דהרמב"ם סמך על דברי הירושלמי הללו דהא הרמב"ם פסק להדיא בה' תרומות דקידוש עזרא הוא מה"ת ואינו בטל אפי' בזה"ז. וע"כ הא דפסק הרמב"ם דתרומה אפי' בימי עזרא לא היה אלא מדרבנן אינו נובע מדברי הירושלמי. מ"מ מש"כ המהרי"ט דהרמב"ם ס"ל כר' יאשי' דספרי דגם תרומה כתוב שם גבי חלה לכך בעי גם גבי תרומה ביאת כולם. הוא אמת וברור ואין לזוז ממנו. ובזה נתיישב דברי הרמב"ם הא דכתב בה' תרומות פ"א הכ"ב פירות א"י שיצאו חוצה לארץ פטורין מן החלה ומן התרומות ומן המעשרות שנאמר אשר אני מביא אתכם שמה שמה אתם חייבין בחוצה לארץ פטורין עכ"ל ולכאורה תמוה הא קרא זה לא נאמר אלא רק גבי חלה ומנ"ל להרמב"ם דגם תרומות ומעשרות נמי הדין כן. וגם בהמשנה לא נזכר זאת רק לענין חלה. אבל לפי מש"כ המהרי"ט ניחא שפיר משום דהרמב"ם ס"ל דלר' יאשי' לכל מילי דמי תרומה לחלה משום דגם תרומה כתיב שם. אך דברי הראב"ד שם מה שהודה להרמב"ם בזה תמוהין מאד דהא הוא פליג על הרמב"ם וס"ל דתרומה בזה"ז דאורייתא אע"ג דחלה דרבנן א"כ מנ"ל לענין פירות א"י שיצאו חו"ל דפטורין אף מתו"מ. וצ"ע ועוד נדבר בזה בס"ד:

היוצא מכל דברינו אלה דאין שום קולא לענין ספק ערלה בזה"ז בא"י. וכן נראה מדברי הרדב"ז ח"א סי' תק"פ שחכם אחד שאל להרדב"ז דהאיך אוכלין פירות הארץ הזאת הא רוב פירותיה הם בספק ערלה. והרדב"ז השיב לו בזה טעמים נכונים יעו"ש. ולא הזכיר להצטרף לקולא ג"כ הא דרוב הפוסקים ס"ל דקדושת עזרא בטלה בזה"ז. אלמא דס"ל דערלה שאני וכמש"ב וכן צ"ל דערלה בזה"ז בא"י בודאי טעון שריפה. אף דבחו"ל כבר בארתי בסי' א' דזה תלוי בפלוגתת הגאונים. ויפה תמה הבעל בית הלל ע"ד השו"ע מה שהשמיט דין זה דערלה טעון שריפה. ומה שתי' הגאון בעל יד אברהם עפ"י דברי המל"מ דעכשיו שבטלה הקדושה גם בארץ דינה כחו"ל ואינה טעון שריפה. נפלאתי ע"ז דא"כ למה כתוב בשו"ע דכלאי הכרם טעון שריפה. דהא אם נאמר דבטלה הקדושה לענין ערלה כ"ש לגבי כלאים דהא כלאי הכרם לכו"ע לא נהגא רק לאחר כבוש וחלוק כמו שאבאר לקמן בס"ד ועוד הא השו"ע פסק דספק ערלה בא"י אסורה, א"כ ע"כ סובר דלענין ערלה לא בטלה הקדושה גם בזה"ז כמשב"ל. או דס"ל כהרמב"ם דקדושת עזרא לא בטלה גם בזה"ז. והו"מ שאני דגם בימי עזרא לא הוי אלא מדרבנן כדאיתא שם סי' של"א ס"ב. א"כ לפי"ז ודאי דערלה וכלאים דינם בשריפה גם בזה"ז. ולפי"ז פסול אתרוג של ערלה ושל כלאי הכרם אפי' בשאר הימים כמו שכתבו התוס' סוכה (לה.) ד"ה לפי כו'. דכיון דטעון שריפה כתותי מיכתת שיעורא. ודברי המג"א בסי' תרמ"ט סק"כ מש"כ בשם התוס' צ"ע:

סימן ד

שאלה כלאי הכרם בא"י בזה"ז ספיקא אסור. או לא:

תשובה הנה לפי"ד הפוסקים דס"ל דלא בטלה קדושת עזרא גם בזה"ז ודאי דספק כלאים אסור. אמנם לפי"ד הפוסקים דס"ל דקדושת עזרא בטלה בזה"ז א"כ כלאים בזה"ז הוא רק מדרבנן בלבד כמש"כ התוס' ביבמות (פא.) ואף שלענין ערלה בארנו למעלה שגם בזה"ז מה"ת. שאני ערלה דנהגא קודם כבוש וחלוק משום דמרבינן מונטעתם כל עץ. אבל כלאים דלא נהגי קודם כבוש וחלוק כמו שמוכח מדברי התוספתא שהבאתי למעלה סי' ב' משעברו ישראל את הירדן נתחייבו בערלה ובחלה ובחדש. ולא חשב כלאים. אלמא דס"ל דכלאים לא נהגי רק לאחר שקידש יהושע. ונראה דהטעם הוא דהא אמרינן בקדושין (לט.) דלכך לא נהגי כלאים בחו"ל משום דכתיב שדך לכך לא נהגי נמי בי"ד שנים שכבשו וחלקו כמו שפירש"י בכתובות (כה.) לענין תרומה ומעשר מדכתיב דגנך תבואת זרעך המיוחדת לך ולכך לא נהגי קודם כבוש וחלוק. א"כ ה"נ גבי כלאים בעינן שדך המיוחדת לך. ור"ש דס"ל שם בקידושין (לח.) דגם כלאים נהגי מיד שעברו ישראל

את הירדן. משום דלא ס"ל הך דרשא דשדך למעט חו"ל לענין כלאי הכרם (ועיין ש"א החדש בדיני חדש סי' ב' מש"כ בזה). ויליף בקו"ח מחדש דנהגא גם בחו"ל. אבל אנן דלא קיי"ל כוותי' בחו"ל ה"ה דלא קיי"ל כוותי' בהא דס"ל דכלאים נהגי מיד שעברו ישראל את הירדן. לכך כתבו התוס' כלאים בזה"ז למ"ד דבטלה הקדושה אינו אלא מד"ס בלבד: **והנה** לפי דעתם דכלאים בזה"ז דרבנן בודאי יש לחקור אי ספיקא אסור או לא. לכאורה נראה דספיקא מותר וכן הוא דעת המל"מ הבאתיו למעלה בסי' ב'. אבל לאחר העיון נ"ל דז"א דאף לפי שיטתם אין להקל לענין ספיקא אף בזה"ז ולא הקילו חכמים בספיקא אלא דוקא בחו"ל כיון דמעולם לא היה שם כלאים דאורייתא. אבל בא"י כיון דבזה"ב היה מה"ת והיה אז ספק כלאים אסור הניחו חכמים על דינם אף לאחר החורבן והוה כמו תרומה בזה"ז דהוה ג"כ מדרבנן אפ"ה כתב המל"מ בה"ת פ"ז הי"ז דדינה כשל תורה ממש לכל ספקותיה זולת לענין תערובות יעו"ש. ונפלאתי על המל"מ מאי דפסיקא לי' להקל בספק ערלה בא"י בזה"ז לפי שיטת הסוברים דקדושת עזרא בטלה דהא אף לפי שיטתי' דבטלה הקדושה אף לענין ערלה מ"מ מסתברא דלא הקילו חכמים בזה והניחו על דינה אף לאחר החורבן כמש"כ הוא בעצמו לענין תרומה. וראי' לזה דהא סתמא דמתני' דתרומות פ"ז מ"ה אזלא כמ"ד דתרומה בזה"ז הוא מדרבנן דלכך תלינן דתרומה לתוך תרומה נפלה. א"כ האיך סתמה המשנה בערלה פ"ג מ"ט דספק ערלה וכלאים בא"י אסורין אלא ע"כ כדברינו דלא רצו להקל בזה"ז בספיקא והניחו על ד"ת כמו בזה"ב. ויותר נפלאתי על גאונו במה דכתב דבזה"ז בח"י שוה לענין ספיקא למ"ד דבטלה הקדושה כמו בחו"ל דהא מקלינן בחו"ל בערלה וכלאים יותר מכל איסורי דרבנן ואף בספיקא דקרוב לודאי נמי מקלינן מטעם המל"מ כמש"כ הר"ן בסוף קדושין. ובכלאים שאיסורן בחו"ל הוא מדרבנן לא רצו להחמיר יותר ממה שהחמירה ההלכה בערלה בחו"ל ולכך אמרינן כל המיקל בארץ הלכה כמותו בחו"ל ואפילו ביחיד במקום רבים א"כ מנ"ל להמל"מ לומר קולא כזאת דאפי' בא"י למ"ד בטלה הקדושה דשוה לכל דיניה לחו"ל. הא מסתברא דשם היה לכה"פ כמו בכל איסורי דרבנן ואין להקל בא"י יותר מכל איסורי דרבנן אבל באמת מסתברא לי כמשכ"ל דאף למ"ד דס"ל דכלאי הכרם בזה"ז הוא דרבנן מ"מ מודים דהדין בזה"ז כמו בזה"ב דגם ספק כלאים אסורין. ועוד נ"ל ראי' לזה דהא כלאי זרעים דבחו"ל לא גזרו בהו חכמים מ"מ בא"י אסור אף בזה"ז. אלמא דבא"י אף בזה"ז שוה לזה"ב. והנה מצאתי במהרשד"ם יו"ד סי' קצ"ג ע"ד המנהג שמקילין לאכול ירקות הנמכרין בשוק ואינם מדקדקין לחקור אם הם ממקום שנזרע תחת הכרם או לא. וכתב שם טעמים להקל בזה. וכתב שם עוד לרווחא דמילתא אומר אני זכות על המקילין

דהא איכא מ"ד דהאידנא בטלה קדושת הארץ א"כ היה ספיקא דרבנן יעו"ש. וגם מדבריו נראה מדלא הזכיר דלמ"ד דבטלה קדושת הארץ הוה ספק כלאים בארץ כמו בחו"ל. דגם הוא ז"ל ס"ל כדברינו דאפי' למ"ד דבטלה הקדושה מ"מ ספק כלאים בארץ לא דמי לחו"ל דמקלינן אף בספק דקרוב לודאי. אך בכה"ג דלא ידעינן אם הם נזרעו בכרם או לא יש להקל כיון דהוא ספק דרבנן ולא איקבע איסורא. וגם בתרומה בזה"ז מקלינן היכא דאיכא למימר שאני אומר תרומה לתוך תרומה נפלה. אבל היכא דאיקבע איסורא בכרם ואנן ידעינן דמכרם זה לקח וידעינן דאיכא בו כלאי הכרם בכה"ג א"א להקל בארץ אף אי אמרינן דכלאי הכרם בזה"ז הוא דרבנן:

סימן ה

שאלה אם נוהג נטע רבעי מדאורייתא בא"י בזה"ז לפי דעת הסוברים דתרומות ומעשרות אינן נוהגות בזה"ז אלא מדרבנן אם גם נטע רבעי כן או לא:

תשובה הנה לפי"ד הרמב"ם דס"ל דרבעי אינו נוהג בחו"ל ופירשו הראשונים בדעתו משום דילפינן קודש קודש ממעשר שני. ומע"ש הא אינו נוהג בחו"ל. א"כ ה"ה רבעי. לפי"ז נראה דה"ה לענין בזה"ז דאי אמרינן דמ"ש אינו נוהג בזה"ז אלא מדרבנן בלבד. א"כ ה"ה רבעי כיון דילפינן קודש קודש ממ"ש. אמנם לפי הבנת הראשונים בדברי הרמב"ם תמוהים מאד דבריו כמו שהשיג עליו הרשב"א בחידושיו לב"ק (סט.) דהא גם לב"ה לא למדו אותו לגמרי ממ"ש שהרי יש לו חומש וביעור בכל זמן ר"ל אף בשביעית שאינו נוהג בו מעשר. וע"כ צ"ל שהוא אינו לומד ממ"ש אלא לענין קדושתו כלומר לפדיונו ולביעורו ולחומשו ולהיותו ממון גבוה לפי שהכתוב קראו קודש כמ"ש. הא בזמן ובמקום אינו למד ממנו משום דכתיב וערלתם ערלתו את פריו שלש שנים גו' ובשנה הרביעית גו' דמשמע דכ"ז שערלה נוהגת נ"ר נוהג. ומעתה לדידן נ"ר נוהג בין בארץ ובין בחו"ל עכת"ד. ע"כ עלה בדעתי לומר דהא דס"ל להרמב"ם דרבעי אינו נוהג בחו"ל דלא כדברי הגאונים. הוא מטעם אחר. דהגאונים דסברי דרבעי נוהג בחו"ל אזלי לשיטתייהו וכפי מש"ב דבריהם בסי' א' דסברי דלאחר שגלה ההלכתא דערלה נוהגת גם בחו"ל א"כ הקרא דערלה קאי בין בארץ ובין בחו"ל והא דכתיב כי תבאו לא קאי אלא לגלות על זמן ביאה לחוד וכיון דהקרא מיירי בין בארץ בין בחו"ל א"כ הא דכתיב אח"כ ובשנה הרביעית יהי' כל פריו קודש קאי גם על חו"ל. אבל הרמב"ם אזיל לשיטתי' דפליג עלייהו וסבר כפשטות הגמרא דמשמע דערלה אינה אסורה אלא מהלכה לבד משום דהקרא דכי תבאו ממעט ערלה דחו"ל ולכך אין לוקין עליה וכיון דהקרא לא מיירי אלא בארץ וההלכה לא הי' אלא על ערלה בלבד דנוהג בחו"ל. א"כ מנ"ל דנוהג גם רבעי

בחו"ל כיון דעל רבעי לא הי' הלכה כלל. ומדוקדק בזה לשון הרמב"ם בהט"ו שכתב יראה לי שאין דין נ"ר נוהג בחו"ל כי' שלא אמרו אנא הערלה. ונ"ל דכוונתי' שלא נאמרה בהלמ"מ אלא ערלה בלבד:

ומה שהוצרך הרמב"ם ללמוד שאין נ"ר נוהג בסוריא ממ"ש כמש"כ בהמ"ש פ"ט ה"א. ובפ"י מהמ"א הט"ו. הוא כדי שלא נאמר שנוהג נ"ר בסוריא ובחו"ל לכה"פ מדרבנן. לכך הביא ראי' על סוריא כמו שאין בה מ"ש אפילו מדרבנן כמש"כ בהמ"ש פ"א הי"ד וז"ל ומ"ש והואיל וטעון הבאת מקום אין מביאין אותו בחו"ל כמו בכור בהמה לפיכך לא חייבוהו להפריש מ"ש בסוריא ע"כ. ואע"ג דכל עיקר מה שאין מביאין בכור מחו"ל גמרינן ממעשר. מ"מ לענין דרבנן גמרינן מעשר מבכור כמש"כ הכ"מ בשם הר"י קורקיס שם. וא"כ אף נ"ר כיון דטעון הבאת מקום לא גזרו חכמים ע"ז וכ"ש בחו"ל. וגם הראב"ד שם בהמ"ש פ"א סובר כדברי הרמב"ם בנ"ר אף שחולק עניו לענין מ"ש בסוריא דכתב שם וז"ל ונ"ל מה שאמרו מ"ש בסוריא מה"ת קאמר ואם גזרו עליה מעשרות לא גזרו עליה נ"ר. ולפי מש"ב מסתברא דגם הרמב"ם ז"ל מודה לדברי הרשב"א דלא ילפינן ג"ר ממ"ש קודש קודש לכל מילי לדברי ב"ה. ואף בזה"ז דמ"ש הוא דרבנן מ"מ נ"ר בא"י הוא מה"ת כמי ערלה:

אח"כ התבוננתי היטב בדברי הירושלמי ונראה לפע"ד דדברי הרמב"ם נכונים מאד. אף לפי הבנת הראשונים בדברי הרמב"ם. דז"ל הירושלמי מ"ש פ"ה ר"י אומר אין לנכרי כ"ר כו' אר"א כיני מתניתין אין לנכרי כ"ר כל עיקר רב ביבי אמר קומי ר"ז בשם ר' לעזר אתי' דר' יהודא כבית שמאי כמה דב"ש אמרו לא למדו נ"ר אלא ממ"ש כמה דתימר אין מ"ש בשביעית ודכוותי' אין נ"ר בשביעית כן ר"י אומר לא למדו נ"ר אלא ממ"ש כמה דתימר אין מ"ש בסוריא ודכוותי' אין נ"ר בסוריא א"ל חמי מה אמר לא אמר אלא אין לו חומש ואין לו ביעור הא שאר כל הדברים יש לו ר"י אומר אין לנכרי נ"ר בסוריא. עוד שם תני ר' יוסי ב"ר יהודא אמר ר"א בר"ש אומר לא נתחייבו ישראל בנ"ר אלא לאחר י"ד שנים שכבשו וחלקו אר"ח אתי' דר"י בר"י בשיטת ר"י אביו כמה דר"י אמר לא למדנו נ"ר אלא ממ"ש כמה דתימר אין מ"ש בסוריא ודכוותי' אין נ"ר בסוריא כן ר"י בר"י אמר לא למדו לנ"ר אלא ממ"ש כמד"ת אין מ"ש אלא לאחר י"ד שנה ודכוותי' אין נ"ר אלא לאחר י"ד שנה עכ"ל. והנה הרשב"א סובר בדעת הרמב"ם כיון דהירושלמי לפי דעתם דב"ש סברי דילפינן קודש קודש ממעשר. אינו נוהג נ"ר בסוריא. ה"ה לפי הגמרא דידן דב"ה סברי דילפינן קודש קודש ממעשר. לדברי ב"ה אינו נוהג נ"ר בסוריא. ולכך הקשה עליו דהא זה אינו דע"כ לא יליף ב"ה קודש קודש ממעשר אלא לענין קדושתו ולא לענין

מקום וזמן מדסברי דכ"ר נוהג בשביעית. אבל לפע"ד לא נתכוין לזה הרמב"ם ז"ל. אלא דדעת הרמב"ם הוא כיון דכל המיקל בארץ הלכה כמותו בחו"ל ע"כ סמך הרמב"ם על הני תנאי דס"ל דאין נ"ר נוהג בסוריא. אע"ג דעל דברי ב"ש לא סמכינן בזה כמו דאמרינן בברכות פ' כיצד מברכין. זה אינו אלא דוקא היכא דלא אשכחינן תנא דסובר כב"ש. אבל הכא דמצינן תנאי דס"ל כב"ש ר"א בר"ש ור"י ור"י בר"י ע"כ פסקינן כוותי' בחו"ל משום דכל המיקל בארץ הלכה כמותו בחו"ל אבל לענין שביעית לא פסקינן כוותייהו. ועוד נראה דרב חסדא דאמר שם אתי' דר"י בר"י בשיטת ר"י אביו כו' ולא הזכיר כלל דברי ב"ש משמע דס"ל דר"י ור"י בר"י לא אזלי כלל בשיטת ב"ש דילפי כ"ר בשביעית ממעשר. ונראה דהטעם הוא משים דשאני שביעית דהא דפטור מן המעשר הוא משום דיד הכל שוין בה כדאמרינן בר"ה (טו.) וכיון דפטור מכל המעשרות פטור נמי ממ"ש אבל נ"ר דלא שייך האי טעמא לא ילפינן ממ"ש ונוהג אף בשביעית לענין חומש וביעור אבל לענין למילף כ"ר ממ"ש דלא נהוג אלא בא"י ולא בחו"ל ילפינן שפיר כ"ר ממעשר א"כ אף ב"ה נוכל לומר דסוברים כן ויכולין לסמוך עליהם להקל בחו"ל:

וראיתי להגר"א ז"ל בה' ערלה סי' רצ"ד ס"ק כ"ח שכתב על דברי הרמב"ם ז"ל הללו שדבריו לקוחים מירושלמי דמ"ש הנ"ל. אבל הוא תמוה מאד כי משם ראי' להיפך דז"ל הירושלמי שם תמן תנינן ר"י אומר אין לנכרי כ"ר כו' רב ביבי אמר קומי ר"ז כו' כן ר"י אומר לא למדו כ"ר אלא ממ"ש כמ"ד אין מ"ש בסוריא ודכותי' אין כ"ר בסוריא כו' ר"י אומר אין לנכרי כ"ר בסוריא. ור"ל כמו שאין חייב בשל נכרי בסוריא במ"ש שבסוריא יש קנין לנכרי להפקיע מידי תרומות ומעשרות כו' וז"ש רי"א אין לנכרי כ"ר דוקא בסוריא ודוקא נכרי ולרבנן אפי' נכרי בסוריא וכן מבואר להדיא בתוספתא. ועיין ר"ש בפ"ג דתרומות כו'. וכן מצאתי ברשב"א בב"ק (סט.) שכתב שהרמב"ם למד מהירושלמי הזה ותמה ג"כ עליו ע"ש שהאריך עכ"ל. ולא יכולתי לעמוד על כוונתי' האיך מוכח מדברי הירושלמי להיפך. ואף לפי פירושם בדברי ר' זירא דמוקי דר"י איירי דוקא לנכרי בסוריא אין כ"ר מוכח דלא כהרמב"ם לענין סוריא מה שפסק דאף בשל ישראל אינו נוהג. אבל הא רב ביבי ורב חסדא סוברים דר"י סובר דבסוריא אף לישראל אין כ"ר א"כ ודאי איכא למימר דעליהם סמך הרמב"ם ומטעם דכל המיקל בארץ כו' וכמש"כ. ואי כוונתי' דהאיך אפשר לומר דר"י סובר דבסוריא אף לישראל אין כ"ר. א"כ אמאי קאמר אין לנכרי [דוקא] כ"ר. נ"ל דפי' הירושלמי הוא כך. דר"א אמר שם אין לנכרי כ"ר כל עיקר. ור"ל אפי' בא"י דאזיל לשיטתיה שסובר בתלמודא דידן גיטין (מז.) דיש קנין לנכרי להפקיע מידי תו"מ. ולכך סובר דלר"י אין לנכרי אפי' בא"י כמו דמשמע פשטות המשנה. ודלא

כהתוספתא שהביא הר"ש. וזה שאמר כיני מתני' אין לנכרי כו'. ומה שאמר רב ביבי משמי' דר"א דר"י סובר דאין כ"ר בסוריא. אין כוונתי' דר"י איירי הכא בסוריא אלא כוונתי' ליתן טעם לדברי ר"י דסובר דנכרי פטור מרבעי אף בא"י משום דיש קנין אע"ג דחייב בערלה כדאמרינן מכל עץ דנטעו נכרי כמשב"ל מהספרי. על זה קאמר דר"י סובר דסוריא פטור מרבעי אף לישראל. וא"כ כמו דסוריא פטור מרבעי משום דפטורה ממ"ש אע"ג דחייבת בערלה ה"ה נמי נכרי בא"י כיון דיש קנין להפקיע מתו"מ ופטור ממ"ש פטור נמי מרבעי. אע"ג דחייב בערלה. וכן כוונת רב חסדא. וא"כ אין כאן כלל השגה על הרמב"ם ז"ל. הא כיון דאיכא הרבה אמוראים דסוברים דלר"י ור"א בר"ש ולר"י בר"י כ"ר לא נהג בסוריא אף בשל ישראל אמאי לא נאמר כל המיקל בארץ הלכה כמותו בחו"ל:

ועוד תמוה לי דבריהם ז"ל שלפי פירושם דפי' דר"ז פליג על רב ביבי דלא מצי למילף ממעשר למיפטר לגמרי דהא גם גבי שביעית לא ילפינן נ"ר ממעשר אלא לענין חומש וביעור ולא שלא יהא לו קדושה לגמרי ע"כ מפרש ר"ז דברי ר"י דמיירי דוקא לנכרי בסוריא הוא דפטור מרבעי מטעם דיש קנין לנכרי בסוריא להפקיע מידי תו"מ. דלפי"ז תקשה לדברי ר"ז כיון דס"ל דלא ילפינן רבעי ממ"ש ורבעי דמי לערלה א"כ מאי מהני דיש קנין כיון דרבעי דמי לערלה וערלה הא נוהגת אף בשל ככרי ואף בחו"ל. והרשב"א בחידושיו דחק לישב זאת וקאמר דר"ז סובר דהא דערלה נוהגת בשל נכרי היא רק מדרבנן בלבד ולכך גבי רבעי כיון דיש לו קנין פטור אף מדרבנן. אבל באמת זהו דחוק מאד דהא משמע מן המשנה דערלה נוהגת בשל נכרי מה"ת דיליף בספרא מהקרא. אף דדעת הרמב"ם היא בפי' המשנה דאין ערלה נוהגת בשל נכרי אבל כבר חזר בו הרמב"ם ופסק דערלה נוהגת בשל נכרי כשל ישראל. וכן כתב הר"ש דכולה מתני' מוכח דערלה נוהגת בשל נכרי כשל ישראל. וע"כ נלפע"ד לפרש פי' אחר בדברי ר"ז דהוא פליג על רב ביבי דקאמר דר"י אזיל בשיטת ב"ש פליג עליו ר"ז ואמר דז"א דהא ב"ש לא יליף נ"ר ממ"ש רק לענין חומש וביעור וע"כ לאו מטעמא דב"ש הוא. אלא סברת עצמו הוא דסובר דילפינן כ"ר ממ"ש כמו דאינו נוהג מ"ש בסוריא כ"כ כ"ר. ומה דאיתא שם אח"כ ר"י אומר אין לנכרי רבעי בסוריא אין זה מדברי ר"ז וחסר שם תנא ר"י אומר אין לנכרי רבעי בסוריא. וזהו מדברי תנא בתוספתא דפליג על המתני' דידן דסובר דר"י אומר אין לנכרי רבעי אפי' בא"י משום דיש קנין. אבל בתוספתא סובר דר"י ס"ל דאין קנין. ולכך דוקא בסוריא אין לנכרי רבעי. ונראה דגם התוספתא סובר דר"י יליף נ"ר ממ"ש. אך ס"ל להתוספתא דמ"מ מדרבנן צריך להיות נוהגת בסוריא. אך בשל נכרי כיון דיש קנין לכך אינו נוהג אפי' מדרבנן. אח"כ מצאתי להרמב"ן באוצר נחמד בלקוטיו על ר"ה דהביא

דברי הרמב"ם וכתב להדיא דהרמב"ם למד מהירושלמי הזה. ונראה מדבריו דהוא מפרש כל דברי הירושלמי כמש"פ. ומסיים שם הרמב"ן כיון דר"י ור"י בר"י ור"א כולהו ס"ל דכ"ר למד מן המעשר לפוטרו בסוריא עבדינן כוותי' משום דכל המיקל בארץ הלכה כמותו בחו"ל. ות"ל שכוונתי לדעתו הגדולה. ונראה ברור דזה לא הי' לפני הגר"א ז"ל מחמת שלא נדפס עדיין בימיו:

ואף לפי מש"ב כעת דברי הרמב"ם דלכך פסק דכ"ר אינו נוהג בחו"ל משום דילפינן קודש קודש ממעשר מ"מ בא"י נראה דרבעי הוא מה"ת אף לפי"ד דס"ל דתו"מ בזה"ז הוא מדרבנן משום דהעיקר הא קיי"ל כרבנן דס"ל דלא ילפינן רבעי ממעשר. משום דלא ילפינן קודש קודש ממעשר לענין מקום וזמן רק בחו"ל פסק הרמב"ם כן משום דכל המיקל בארץ הלכה כמותו בחו"ל. אבל בארץ גופה קיי"ל כרבנן דרבעי לא דמי למעשר. אמנם הרמב"ן שס מסיים עוד לסייע לדברי הרמב"ם וז"ל וכ"ש דגמרא דילן בפ' האיש מקדש לב"ה קאמר להך סברא דגמרי קודש קודש ממ"ש הילכך אין רבעי נוהג בחו"ל כלל כדברי הרב ז"ל וכן משנתנו מוכחת בלשונה דתנן בפ"ק דקדושין וכל שהיא תלויה בארץ אינה נוהגת אלא בארץ חוץ מן הערלה והכלאים ותנן נמי החדש אסור מה"ת בכ"מ והערלה הלכה והכלאים מד"ס והא רבעי מנוה בפ"ע היא ובכ"מ נמי שנוי הוא אצל ערלה שוה לאילן לערלה ולרבעי אם לערלה ערלה ואם לרבעי רבעי וכאן לא שנו אלא ערלה אלמא אין רבעי אלא בארץ כו' עכ"ל. ומדברי הרמב"ן הללו נראה דס"ל דקיי"ל דהלכה הוא כן דילפינן רבעי ממ"ש ולא חש לקושית הרשב"א דא"כ האיך נוהג רבעי בשביעית דהא אין מ"ש בשביעית דשאני מ"ש בשביעית דאינו נוהג משום דיד הכל ממשמשין בה והוה כהפקר ולכך אינו נוהג מ"ש ולא ילפינן רבעי מזה וכמשב"ל. א"כ לפי"ז לדברי הרמב"ם דס"ל דמ"ש בזה"ז הוא דרבנן רבעי נמי הוא מדרבנן:

אך באמת דברי הרמב"ן שהביא ראי' לזה מן המשכה מדנקיט רק ערלה הלכה ולא נקיט גם רבעי ש"מ דרבעי אינו נוהג בחו"ל [ונראה דגם כוונת הרמב"ם מש"כ יראה לי שאין דין נ"ר נוהג בחו"ל שלא אמרו אלא ערלה. כוונתו שלא אמרו במשנה אלא ערלה. ודלא כמשכ"ל דלא אמרו בהלמ"מ אלא ערלה] צ"ע כיון דרבעי אינו בכלל ערלה א"כ למה הוצרך הירושלמי לומר דלכך ס"ל לר"י דאינו נוהג נ"ר בסוריא משום דיליף קודש קודש ממ"ש תיפוק לי' כיון דהלכה לא הי' רק שערלה נוהגת בחו"ל. א"כ מנ"ל לומר דנוהג גם רבעי דהוצרך למילף קודש קודש ממ"ש דאינו נוהג. וגם רבנן אמאי פליגי על ר"י וס"ל דרבעי נוהג בסוריא. כמו שנראה מדברי הירושלמי שרבנן פליגי על ר"י. כיון דרבעי אינו בכלל ערלה. וכבר בארנו למעלה בסי' א' דמזה יצא להשאלתות והבה"ג דהלכה

קאי לפרש לן דהקרא דכי תבאו אל הארץ אינו ממעט חו"ל אלא בא לגלות דמזמן ביאה ואילך נוהגת ערלה. לפי דבריהם ניחא דברי הירושלמי דאי לאו דילפינן קודש קודש ממ"ש ודאי דנוהג גם רבעי בחו"ל כיון דבקרא כתיב נמי רבעי. אבל לפי"ד הרמב"ם ז"ל ושאר הראשונים דקאי כוותי' צ"ע דברי הירושלמי. ונראה דע"כ צריך לדחוק לישב דברי הרמב"ם דאף דבלשון המשנה רבעי היא לאו בכלל ערלה מדחזינן דכמה פעמים נקיט במשנה לערלה ולרבעי בפ"ע. אבל בהלמ"מ אי לאו הג"ש דקודש קודש ממעשר הוה אמרינן דרבעי היא בכלל ערלה והלמ"מ דערלה נוהגת בחו"ל באה להורות דגם רבעי נוהג בחו"ל וכן ס"ל לרבנן באמת לפי"ד הירושלמי:

סימן ו

שאלה אם נוהג ערלה וכלאים ורבעי בשל נכרי. ואם יש חילוק בין א"י לחו"ל:

תשובה הנה כבר הבאתי למעלה דהרמב"ם כתב בפי' המשנה דאין ערלה נוהגת בשל נכרי. אבל כבר חזר בו הרמב"ם בה' מ"ש פ"י ה"ה ופסק דערלה נוהגת בשל נכרי. וכן כתב הר"ש דמכולהו מתני' מוכח דערלה נוהגת בשל נכרי. אך ברבעי צ"ע כי הרמב"ם שם ה"י כתב ויש לנכרי נ"ר שאם בא לנהוג במצוה זו הרי הוא קודש כנ"ר של ישראל. דמשמע מדבריו אלו שאם הנכרי אינו רוצה להקדיש הכ"ר ולחללו אינו קדוש. ולכאורה נראה דסותר דברי עצמו דכתב שם בה"ה וז"ל הנוטע בר"ה כו' ועכו"ם שנטע בין לישראל ובין לעצמו והגזלן שנטע חייבין בערלה וברבעי עכ"ל. נראה דחייב ברבעי ואינו תלוי ברצון העכו"ם משום דפסקינן כרבנן דיש לעכו"ם כ"ר. דרבעי דינו כערלה ובערלה דאסורה בהנאה ודאי אינו תלוי ברצון העכו"ם. וא"כ ברבעי נמי אינו תלוי ברצון העכו"ם והוה קדוש ממילא. ויש להביא ראי' לזה מהתוספתא דתרומות פ"ב דמביא דר"י סובר אין לעכו"ם כ"ר בסוריא וחכ"א יש לו אמר ר"י מעשה בשביון ראש בית הכנסת של כזיב שלקח [מן] עכו"ם רבעי בסוריא ונתן לו דמיו ובא ושאל את ר"ג שהי' עובר ממקום למקום וא"ל המתן עד שנהיה בהלכה [והתירו] א"ל משם ראי' אף הוא שלח לו ביד שליח מה שעשית עשית אבל לא תשנה לעשות כן ע"כ. והא הכא לא רצה העכו"ם לנהוג ברבעי ואפ"ה אמר אל תשנה לעשות כן. אלמא דרבנן סברי דרבעי של עכו"ם אסור אפי' אם העכו"ם אינו רוצה לנהוג ברבעי. וכן יש להביא ראי' מהא דאמרינן (ביבמות קכב.) כותי שהי' מוכר פירות בשוק ואמר פירות הללו של ערלה הן של עזיקה הן של נטע רבעי הן לא אמר כלום לא נתכוין אלא להשביח מקחו. אלמא דלפי הסוברים דנ"ר נוהג בשל עכו"ם אינו תלוי ברצון העכו"ם. ודוחק לומר דכל הענינים הללו מיירי שהנכרי מכר את הרבעי אחר שהקדיש אותו לשם רבעי:

אמנם ראיתי להגאון בעל משכנות יעקב ביו"ד סי' ס"ד שהאריך הרבה בזה וירד להקל. ובמחכ"ת לא צדקו דבריו שם. ומוכרח אנכי להעתיק דבריו וז"ל והרא"ש והר"ש והרע"ב הביאו ראי' מדקאמר ר"י אין לנכרי כ"ר ש"מ דערלה נוהגת בשל נכרי לכו"ע. והמעיין בפי' המשניות שם יראה דלא קשה מידי דכוונת ר"י אם רוצה לנהוג במצוה זו אף שאין מצווה מקבלין הימנו כמו תרומה של נכרים אף בדגן של נכרים דפטור מתו"מ אפ"ה אמרינן שם במשנה תרומתן תרומה והקדשן הקדש ודבר הלמד מענינו הוא דמה שייכא דר"י שם במס' תרומות בערלה הו"ל למיתני אלא ודאי חד טעמא הוא משום הקדש הנכרי. וכמעט שזה ראי' להיפך מדלא תני לה במס' ערלה ש"מ דבאמת ליכא ערלה בשל נכרי רק ברבעי פליגי משום הקדשן הקדש. וכן פי' הוא ז"ל ריש ערלה בהדיא דאין ערלה נוהג בשל נכרי כלל כו'. רק התוי"ט כתב שבחיבורו חזר בו שכתב בין שנטע לעצמו בין שנטע לישראל חייב בערלה וברבעי. ולע"ד י"ל שלא חזר בו וכוונתו בין שנטע לעצמו ואח"כ לקח ישראל ממנו הכרם וגדל ברשות ישראל. וראי' לזה דכאן כתב חייב בערלה וברבעי ולקמן כתב דיש לנכרי כ"ר שאם בא לנהוג במצוה זו מקבלין ממנו והוא קודש כנ"ר של ישראל. ומה חידש בזה הא כבר כתב לעיל חייב בערלה וברבעי. ובודאי איירי אם רוצה דאטו כייפינן לנכרי לנהוג במצוה זו. ועוד דשם כתב סתם חייב. אלא ודאי כמש"כ דאיירי שמכר אח"כ לישראל וכיון דקיי"ל אין לנכרי קנין בא"י חייב בערלה וברבעי מה"ת אף דבחו"ל אין רבעי נוהג לדעת הרמב"ם. רק דבזה חזר בו מפירושו דבפי' המשנה כתב להדיא דאף שנטע בשל עצמו ולקח ישראל ממנו אין ערלה נוהגת כלל כו' יעו"ש עכ"ל הגאון הנ"ל. ודבריו תמוהים לפע"ד דמה שכתב דכמו דתרומה של נכרי אף בדגן של נכרי דפטור מתו"מ אפ"ה אמרינן שם במשנה דתרומתן תרומה. לא ידעתי מנ"ל זה הא בקדושין (מא:) על הא דתנן העכו"ם והכותי שתרמו תרומתן תרומה. פירש"י לאסור לזרים דקסבר אין קנין לעכו"ם בא"י להפקיע ומירוח עכו"ם אינו פוטר מן התרומה. ועיי"ש בפי' התוס' ד"ה העכו"ם כו' שכתבו דאפי' אם יש קנין משכחת שפיר שתבואתו חייב בתרומה כגון שגדלה שליש ביד ישראל. ואי משום מירוח העכו"ם דפוטר י"ל דמיירי שמרחו ישראל כו'. וא"כ מוכח מזה להדיא דהיכא דהעכו"ם פטור מתו"מ אפי' אם תרם אין תרומתו תרומה וגם הרמב"ם כתב בה' תרומות פ"ד הט"ו וז"ל העכו"ם שהפריש תרומה משלו דין תורה שאינה תרומה לפי שאינן חייבין ומדבריהם גזרו שתהא תרומתן תרומה משום בעלי כיסין שלא יהא זה הממון של ישראל ויתלה אותו בעכו"ם כדי לפוטרו אלמא דס"ל להדיא דזה רק משום גזירת בעלי כיסין נגעה בה לכך תרומתו תרומה מדרבנן. [ועיין במהרשד"ם סי' קצ"ב שמבאר דברי הרמב"ם

ז"ל בטוב טעם]. אבל מה"ת כיון דדגן עכו"ם פטור אפי' תרם אין תרומתו תרומה. וא"כ ה"נ לענין רבעי לפי שיטתו דאם גדל ברשות עכו"ם פטור. מה מהני מה שנכרי רוצה להקדישה לשם רבעי. ולומר דדמי להקדש זה ג"כ אינו. דאין לרבעי דין הקדש דלא חל עליו קדושת פיו אלא בכ"מ רבעי ממילא הוא קדוש כמבואר. וכמו דגבי מע"ש היכא דפטור מה"ת להפריש מע"ש בודאי אף אם רוצה להפריש מע"ש אינו חל עליו מה"ת קדושת מע"ש כלל. גם על עיקר החילוק מה שמחלק הגאון הנ"ל בין אם הפירות גדלו ביד העכו"ם דאז תלוי ברצון העכו"ם ובין אם נטע עכו"ם וגדלו ביד ישראל דאז חייב. יש לתמוה דהא הרמב"ם כתב להדיא בה' תרומות פ"א ה"י דכיון דאין קנין לעכו"ם אפי' גדלה התבואה ברשות עכו"ם רק שנתמרח ביד ישראל חייב בתו"מ מה"ת. וא"כ חזינן שהתבואה שגדלה ביד עכו"ם היה טבל מה"ת. וא"כ ה"נ לענין רבעי אמאי תלוי ברצון העכו"ם מה שגדל ברשות עכו"ם. ואם אינו רוצה להקדיש מותר לישראל ליקח ממנו הא אין קנין לעכו"ם להפקיע. אך זה אפשר לישב ע"ד הגאון הנ"ל רק לא מטעמי' לפי מה שהבאנו למעלה בסי' ה' דברי הרמב"ן בחידושיו לר"ה דלפי"ד איכא למימר דהא דפסק הרמב"ם דאין נ"ר בסוריא לא משום דכל המיקל בארץ הלכה כמותו בחו"ל אלא הוא ס"ל דהלכה דילפינן קודש קודש ממעשר אף לענין מקום וזמן רק לענין שביעית שאני דלא ילפינן ממעשר כמשכ"ל. ולפי"ז נראה כמו דגבי מע"ש תלוי בגמר דאם גמרו ביד עכו"ם פטור ממע"ש מה"ת [מטעם דמירוח עכו"ם פוטר] אע"ג דאין קנין. ה"נ לענין נ"ר כיון דהגמר הי' ביד עכו"ם היינו שהעכו"ם לקט הפירות וכל או"א לפי גמר שלו כמבואר במעשרות פ"א מ"ה ו' לכך פטור מה"ת ותלוי ברצון העכו"ם. אבל אם לקטו ישראל אף שגדל ברשות העכו"ם ודאי חייב ברבעי מה"ת ואינו תלוי ברצון העכו"ם. ולפי"ז צ"ל דהא דכתב שם בה"ה דעכו"ם שנטע חייב ברבעי היינו שלקטו ישראל. והא דכתב דתלוי ברצון העכו"ם זה מיירי שלקטו העכו"ם בעצמו. אך מה שהקשינו מאי מהני ברבעי רצון העכו"ם דמשמע מדברי הרמב"ם דאז הוא קדוש כנ"ר של ישראל הא גבי תרומה לא מהני רצון העכו"ם צ"ע. וד' יאיר עיני לישב דברי הרמב"ם ז"ל:

סימן ז

גם מה שכתב הגאון הנ"ל לענין ערלה של נכרי מדלא תני לה במס' ערלה ש"מ דבאמת ליכא ערלה בשל נכרי רק ברבעי פליגי משום הקדשן הקדש. נפלאתי עליו הלא מבואר להדיא בהתוספתא [הביאה גם הר"ש] וז"ל אבל ערלה וכלאי הכרם שוין לעכו"ם בא"י בסוריא ובחו"ל אלא שר"י אומר אין לעכו"ם כ"ר בסוריא וחכ"א יש לו כו' ע"כ. הרי להדיא דערלה נוהג בשל נכרי. וכן איתא בתשובות הגאונים סי' ב' וז"ל וששאלתם מי

שהי' מוכר פירות בשוק ואמר פירות הללו של ערלה הן של עזיקה הן של נ"ר הן לא אמר כלום לא נתכוין זה אלא להשביח מקחו הא לא"ה חיישינן למימרא דנטיעת גוי נהגא בה ערלה הכי הלכתא כך הראנו מן השמים שנטיעת גוי נהגא בה ערלה שכך שנינו עת שבאו אבותינו לארץ ומצאו נטוע פטור. נטעו אעפ"י שלא כיבשו חייב. הנוטע לרבים חייב ור"י פוטר הנוטע ברה"ר והגזלן שנטע והנכרי שנטע כו' חייב בערלה. ושוב שנו חכמים כי תבאו ונטעתם פרט לשנטע גוי עד שלא באו ישראל לארץ או יכול שאני מוציא את שנטעו גוים משבאו ישראל לארץ ת"ל מכל עץ. מיכן שמענו שנטיעת גוי נוהג בו ערלה עכ"ל. ויותר מסתבר לומר שהרמב"ם ז"ל חזר מדבריו מפי' המשנה ובחיבורו מודה לדעת הגאונים דערלה נוהגת נמי בשל נכרי כמשב"ל. ועיין במהרי"ט ח"א סי' מ"ג. וכן הביא הגאון הנ"ל בעצמו דהרמב"ם בתשובתו פאר הדור סובר בהדיא דערלה נוהגת בשל נכרי אך הרשב"א בחידושיו לב"ק הבאתיו למעלה סי' ה' ס"ל דהא דערלה נוהגת בשל נכרי הוא רק מדרבנן בלבד ודחקו לומר כן משום דברי הירושלמי. וכבר כתבתי למעלה מה שנ"ל בזה:

עוד כתב שם הגאון הנ"ל ולכאורה יש להביא ראי' מהירושלמי דאין ערלה נוהגת בשל נכרי דאמר שם ר' יאשי' מייתי נטיעות מחו"ל בגושיהן ונטען בא"י ואמר שם לחד מ"ד נשכר השנים. ופי' נראה ברור אחר העיון בירושלמי דהיינו שהביאן בתוך שנות ערלה ובחו"ל לא נהגא בהן ערלה וכיון שלא נהג מקצת מהג' השנים בעת שהי' בחו"ל נפטרו לגמרו אח"כ גם כשהובאו לארץ דכל שאין יכולה לנהוג ג' שנים ערלה אין נוהג כלל. ואידך מ"ד אמר שנשכר רבעי דכל שאין בו ערלה ג' שנים אין בו רבעי אבל ערלה נהגא בהן עד תשלום ג' שנים כו' וא"כ קשה הא ערלה נוהגת בחו"ל או מהלכה או מדרבנן ואיך נפטר בבואן לארץ. אלא ודאי שהביאו מחו"ל משל נכרים כו' ע"כ דברי הגאון הנ"ל. ולפע"ד אין זה ראי' כלל לדחות דברי הראשונים משום דאיכא למימר דמ"ד דס"ל נשכר שנים הוא משום דס"ל דערלה בחו"ל אינה אלא מהלכות מדינה ולכך דוקא כשהם בחו"ל אז נהגא ערלה מדרבנן. אבל כשהם באים מחו"ל לא"י אפילו מדרבנן לא נהגא. ומנא אמינא לה מהא דכתב הרמב"ם בה' תרומות פ"א ה' כ"ב פירות א"י שיצאו חוצה לארץ פטורין מן החלה ומן התרומות ומן המעשרות שנאמר אשר אני מביא אתכם שמה שמה אתם חייבים בחו"ל פטורין. וכתב ע"ז הראב"ד ול"נ שלא נחלקו ר"א ור"ע בזה אלא בחיוב תורה ובפטור תורה כו' אבל מדרבנן מיהא אעפ"י שיצאו חו"ל ונמרחו שם חייבין מדרבנן משום דלא גרעי מפירות שנער ומצרים ועמון ומואב עכ"ל. והכ"מ כתב ע"ז דאיכא למימר שאני הכא דלא שכיחי. וכן מוכרחים לתרץ ולומר ג"כ לענין חלה אף

דנוהגת בחו"ל מדרבנן מ"מ בכה"ג היכא דהובאו מא"י לחו"ל לא גזרו משום דלא שכיחי ה"נ לענין ערלה אע"ג דבחו"ל מהלכות מדינה מ"מ כשהם באים לא"י כיון דזהו דבר דלא שכיח לא גזרו בהו רבנן. ועוד נ"ל ליתן טעם אחר מה דלא נהגא ערלה כשהובאו הנטיעות מחו"ל לא"י למ"ד דלא נהגא ערלה בחו"ל אלא מהלכות מדינה דהא אמרינן שם בירושלמי דלר"י פליגי ר"א ור"ע גם בפירות חו"ל שנכנסו לא"י דר"א פוטר ור"ע מחייב. ולדעת הרמב"ם דס"ל דהא דאמרינן שם פטור הוא אפי' מדרבנן. א"כ ה"נ גבי פירות חו"ל שנכנסו לא"י לר"א דפוטר פוטר אפי' מדרבנן. א"כ קשה אמאי גרע פירות חו"ל שנכנסו לא"י מפירות חו"ל. ומשום דלא שכיחי לא שייך גבי פירות חו"ל שהובאו לא"י. דבשלמא פירות א"י שהובאו לחו"ל הוא לא שכיח משום דאין מוציאין מא"י לחו"ל דבר שיש בהם חיי נפש. משא"כ בפירות חו"ל שהובאו לא"י אמאי יקראו אינו שכיח. וע"כ מטעם אחר דכיון דאיכא הכא חלה דאורייתא לכך ס"ל לר"א דפטור אפי' מדרבנן. ולר"ע דמחייב חייב מה"ת כדגמרי' מקרא דשמה גו'. אלמא אע"ג דבמקומן נהוג מדרבנן מ"מ כשהובאו למקום ששם יש חיוב מה"ת לא החמירו בהו רבנן. וא"כ ה"נ גבי ערלה בחו"ל אע"ג שבנטיעות שבחו"ל נהגא ערלה מדרבנן הוא משום שלא ישתכח תורת ערלה. אבל כשהובאו לא"י כיון דאיכא שם ערלה דאורייתא אינו נוהג בהו אפי' מדרבנן. הלכך סובר ר' יונה שנשכר שנים שאינו נוהג אפי' מדרבנן דלגבי א"י חשבינן כמו שלא נהג בה ערלה עד עתה. וא"כ ממילא פטור כאן אפי' מדרבנן כמו שפי' הגאון הנ"ל דכל שאינה יכולה לנהוג שלש שנים ערלה אינו נוהג כלל. ולמ"ד נשכר רבעי נ"ל דס"ל דערלה בחו"ל היא מהלמ"מ. א"כ א"א לומר שהובא בתוך שנות ערלה דמאי נ"מ הא גם בחו"ל נוהג ערלה אלא שהובא אחר שנות ערלה ונשכר רבעי משום דס"ל דבחו"ל אינו נוהג רבעי כנ"ל. דאם נפרש כדברי הגאון הנ"ל דמ"ד נשכר רבעי ס"ל דכל שאינו ג' שנה ערלה אין לו רבעי תקשה לפי"ז דאמאי פסק הרמב"ם בה' מ"ש ונ"ר פ"י ה"ב דכל שאין לו ערלה כלל אין לו רבעי. ואמאי לא פסק כר' יאשי' דס"ל דמקצת ערלה אינו חייב ברבעי כיון דלר' יוחנן מספקא לי' ולר' יאשי' פשיטא לי' א"כ צריך לפסוק כמאן דפסיקא לי'. אבל לפי"ז ניחא דפסק כהך מ"ד דס"ל אליבא דר' יאשי' נשכר רבעי. והובא אחר שנות ערלה ולא הי' אפילו מקצת ערלה בארץ:

עוד נ"ל לאחר העיון דהיכא דנטע בחו"ל ואח"כ עקר עם גושיהן והביאן לארץ אף בתוך שנות ערלה דכו"ע מודים בזה דאין לו דין אלא רק של ערלה דחו"ל משום דשורש פטור פוטר. וכן אמרינן בירושלמי שם ה"ב ונטעתם פרט לשנטעו גוים עד שלא באו ישראל לארץ. ר"ה בשם ר' אבא הדא אמרה שורש פטיר פוטר ודוקא בנטע שנה ראשונה לסייג

ואח"כ חשב עליו למאכל התם הוא דמסתפקא לי' לר"י לחד מ"ד אם משלימות שנים הנשארות לשנות ערלה. ולחד מ"ד פשיטא ליה דמשלימות שנות ערלה רק לענין רבעי הוא דמספקא לי' משום דבזה לא שייך שורש פטור פוטר כיון דראוי בכל זמן לחשבו עליו למאכל ולחייבו. וכן אמרינן שם בירושלמי להדיא דעל הא דאמרינן שורש פטור פוטר פריך הירושלמי והתנינן ר' יוסי אומר אפי' הפנימי למאכל והחיצון לסייג הפנימי חייב והחיצון פטור כו' ר' לא בשם ר"א ראוי הוא לחשב עליו ולחייבו ע"כ. א"כ מבואר להדיא דהיכא דלא שייך ראוי לחשבו עליו ולחייבו שורש פטור פוטר. ולפי"ז א"ש כמש"פ דלמ"ד נשכר שנים ס"ל דערלה בחו"ל אינה אסורה אלא מהלכות מדינה בלבד. א"כ כשבאו אח"כ לארץ פטור מכלום כמש"ב. ולמ"ד נשכר רבעי ס"ל דערלה בחו"ל נוהג מהלמ"מ. רק רבעי אינו נוהג בחו"ל. ולפי"ז אין צ"ל דלמ"ד נשכר רבעי שהובא לאחר שנות ערלה אלא אפי' בתוך שנות ערלה נמי פטור מרבעי כיון דרבעי אינו נוהג בחו"ל ושורש פטור פוטר. וכן נראה מה דקאמר שם הירושלמי סיפקה לזקנה פטור לחו"ל פטור. ופי' אף לילדה. משום דס"ל דערלה בחו"ל אינה אסורה אלא מהלכות מדינה בלבד וזהו רק בחו"ל. אבל כשהובאו לארץ פטור מכלום. לכך אף מה שגדל בא"י כיון שהיא יונקת מן הילדה דחו"ל פטור מכלום כנ"ל בזה:

גם מש"כ הגאון ועוד יש להביא ראי' מירושלמי דערלה הנ"ל על המשנה עת שבאו אבותינו לארץ ומצאו נטוע פטור ודריש לה מדכתיב ונטעתם פרט לשנטעו כותים עד שלא באו לארץ אמר ר' אבא הדא אמרה שורש פטור פוטר. ויש להבין מנ"ל הא דמשמע דמדקא ממעט נטעו גוים כו' מוכח דשורש פטור כו' בשלמא אי אמרינן דבלא המיעוט הי' השורש פטור בודאי דאינו נוהג בשל נכרי ואשמועינן קרא דשורש פטור פוטר לגמרי אף שבא אח"כ לרשות ישראל והוא מקום חיוב הלך אחר השורש ניחא. אבל אי אמרינן דערלה נוהגת בשל נכרי א"כ בלא המיעוט ונטעתם גם השורש בר חיובא הוא ואפ"ה מיעטי' קרא וע"כ גזה"כ דבמה שנטעו קודם שבאו לא תנהג ערלה אף אחר ביאתן כמו דממעטינן בנגעים ובזבין כי יהי' מן הדבור ואילך דנגעים שקודם הדבור טהורים אף אח"כ כו' ואין לומר דהשורש הי' פטור משום חו"ל שקודם שבאו לארץ הי' חו"ל. ז"א חדא דגם בחו"ל נוהגת ערלה עכ"פ מהלכה לר"י דקיי"ל כוותי' כו' יעו"ש מה שהאריך בזה. ודבריו תמוהים מאד הלא אדרבא מכאן מוכח דערלה נוהגת בשל נכרים. דאפי' אי נימא דפי' הקרא דמרבה הוא לאחר שכבשו אותם אח"כ. אכתי הא שורש פטור פוטר וצריך להיות פטור גם אח"כ. וא"כ למ"ד יש קנין לנכרי ודאי מוכח מהקרא דערלה נוהגת בשל נכרים. ואפי' למ"ד אין קנין ג"כ נראה דהיינו דוקא לאחר שכבשו אותן וקדשו

בקדושת א"י אז סובר דאין קנין לנכרי להפקיע מקדושתן. אבל קודם שכבשו ודאי לכו"ע יש קנין לנכרי להפקיע. ואפי"ה מרבינן לי' מקרא דנוהג אף שנטעו נכרים. אלמא דערלה נוהגת אף בשל נכרי. והא דממעטינן נטעו גוים קודם שבאו לארץ היינו משום שקודם שבאו הי' חו"ל. ומה שמיאן בזה הגאון הנ"ל מחמת דגם בחו"ל נוהגת ערלה עכ"פ מהלמ"מ לפי מאי דקיי"ל כר"י. נפלאתי ע"ז דהא ההלמ"מ היתה מעת שינהוג בארץ מה"ת אז יתחיל לנהוג גם בחו"ל מהלכה. אבל כ"ז שלא באו לארץ לא הי' נוהג בחו"ל אף מהלכה. וראי' לזה מעבר הירדן דאף לאחר שכבשו אותה מ"מ לא נהגא בה ערלה כ"ז שלא עברו ישראל את הירדן ובאו לארץ. והנוטעים בעבר הירדן מקודם אף שנטעו ישראל נמי פטור אף אח"כ משום דשורש פטור פוטר כדמוכח מהתוספתא דמנחות נמצא אתה אומר משעברו ישראל את הירדן נתחייבו בערלה ובחלה ובחדש ע"כ. וע"כ הוא דזהו גזה"כ דכ"ז שלא עברו ישראל את הירדן אין עליהם חיוב ערלה ולא הוא מטעם של נכרי משום דלענין ערלה אין חילוק בין של ישראל או של נכרי:

סימן ח

עוד כתב הגאון הנ"ל ועוד יש להביא ראי' לכאורה מדברי הירושלמי דסוף ערלה דאין כלאים נוהגים בשל נכרים בחו"ל. דאיתא שם אין עושים עם הגוי בכלאים בא"י בין בכלאי זרעים בין בכלאי הכרם והעיירות המובלעות בא"י כגון כו' עושין עם גוי בכלאים כשם שכלאים בארץ כך כלאים בחו"ל. ומפרש שמואל כשם שכלאים בארץ קאי על כלאי הכרם שהם מד"ס בחו"ל אבל כלאי זרעים מותר בחו"ל אף לישראל כו' ואי כלאים נוהגים בשל נכרי בחו"ל קשה מאי טעמא מותר לעשות עמו הא עובר מדרבנן משום חופר ומחפה כו' אלא ודאי בשל נכרים אין איסור כלאים נוהג כלל כו' רק בא"י אסור לעשות עמו כו' אבל בחו"ל לא גזרו כו' ע"כ. ולפע"ד דבריו תמוהין כי מדברי הירושלמי הזה יש להביא ראי' ברורה להיפך דכלאים נוהגים בשל נכרי אף בחו"ל והא דשרי לעשות עם העכו"ם בכלאים אע"ג דאיכא איסור מדרבנן דחופר ומחפה דחייב משום זורע הוא משום דזה אינו זורע ממש ובכה"ג בחו"ל בשל נכרי לא גזרו בה רבנן ואדרבה מוכח מדאמר שם עושין עמהם ולא קאמר זורעין בחו"ל שדות של נכרים כלאים. דדוקא בכה"ג מותר משום דלא היה זורע ממש. אע"ג דחייב בזה משום זורע. אבל זורע ממש ודאי אסור אף בשל נכרים. וכה"ג מצינו (במ"ק ב:) על הא דמשקין בית השלחין בשביעית פריך שם הגמרא כיון דעל השקאה חייב משום חרישה או משום זריעה אמאי שרו רבנן להשקות בית השלחין ומשני אביי בשביעית בזה"ז ורבי היא [דסובר שביעית בזה"ז הוא דרבנן] ר"ל כיון דזה לא חורש וזורע ממש לא גזרו בה רבנן במקום פסידא וכמו

לרבא דמתרץ שם אבות אסרה רחמנא תולדות לא אסרה רחמנא [פירושו כיון דלא אסרה רחמנא ואיסור השקה הוא אינו אלא מדרבנן ובמקום פסידא לא גזרו. עיין בריטב"א שם]. והא לפי דבריו ודאי אינה מותרת משום פסידא אלא השקה לבד כיון דהוא אינו זורע וחורש ממש. ה"נ אף לאביי לא התירו אלא השקה בלבד במקום פסידא ואע"ג דגם זורע אינו אלא מדרבנן בלבד מ"מ לא התירו לזרוע משום פסידא. ולא דמי לארנונא (סנהדרין כו.) ששם היו כופין מבית המלך לגבות את הארנונא. עיי"ש בתוס' ד"ה משרבו האנסין. ונראה דגם לפי תירוץ קמא צ"ל דמטעם כפיית המלך שרי לי' רבנן. אך לפי תירוץ קמא אין צריך לומר דהיה בזה סכנת נפשות. אבל מ"מ ודאי דרק מטעם אונס התירו רבנן. וכן משמע פשטות הגמרא ומש"כ הגאון הנ"ל וכן לר' יוחנן שם דסבר כלאי זרעים אסור מה"ת הך ברייתא דשרי לעשות עם הגוי בחו"ל מיירי ג"כ בין בכלאי זרעים בין בכלאי הכרם. לפע"ד ז"א דהאיך אפשר לומר כדבריו דכלאי זרעים מותר בשדות של נכרים אף לר"י. כיון דלר"י לא ממעטינן משדך חו"ל משום דמדמינן לה לכלאי בגדים ולהרבעת בהמה א"כ כמו שהרבעת בהמה אע"ג דכתיב בהמתך מ"מ אסור אף בהמות נכרים להרביע שלא במינם כדאמרינן להדיא בת"כ פ' קדושים אין לי אלא בהמתך על בהמתך מנין בהמתך על בהמת אחרים בהמת אחרים על בהמתך בהמת אחרים על בהמת אחרים מנין ת"ל את חקותי תשמרו ועיי"ש בפי' הראב"ד שפי' על בהמת אחרים דהיינו בהמת גוים. וכ"ש כלאי בגדים דודאי אסור ללבוש אפי' בגדי נכרים. א"כ ה"נ כלאי זרעים אע"ג דכתיב שדך לא ממעטינן מיני' שדות של נכרים כיון דאיתקש לכלאי בגדים ולהרבעת בהמה. אלא ע"כ צ"ל שם אליבא דר"י דהא דאמרינן בברייתא דעיירות המובלעות בא"י כו' עושין עמהן בכלאים קאי דוקא על כלאי הכרם. אבל כלאי זרעים אסורים אף בחו"ל ואפי' בשל נכרים כיון דאסורין מה"ת חמירא מכלאי הכרם. ונראה דכך צריך להיות הגירסא בירושלמי ר"י פתר מתני' אין עושין עם הגוי בכלאים בארץ בין בכלאי כרם בין בכלאי זרעים. אבל עיירות המובלעות בא"י כגון באינה ובאימה וחברותיה עושין עמהם בכלאים בכלאי הכרם הא בכלאי זרעים אסור כשם שכלאים בא"י כך כלאים בחו"ל:

גם מה שהביא הגאון הנ"ל ראי' מדברי רש"י דברכות ר"פ כיצד מברכין דמייתי שם מהא דספק ערלה בארץ אסור ובסוריא מותר בחו"ל יורד ולוקח. וכתב שם רש"י הלוקח מן החשוד על הערלה ויודע הוא שיש בפרדסו זקנות ונטיעות דמדדחיק רש"י לפרש דמיירי בישראל חשוד אלמא דס"ל דערלה אינו נוהגת בשל נכרי יעו"ש מש"כ בזה. לפ"ד נראה דכונת רש"י הוא מדמחלק בין סוריא לחו"ל דבסוריא ספיקא מותר אבל לכתחלה

אסור לי' לצוות ללקוט שמא ילקוט מן הערלה. ובחו"ל מותר לצוות ללקוט לכתחלה אף שאפשר שיתן לו מן הערלה. ע"כ זה מיירי בישראל חשוד. דבשל נכרי כיון דיש קנין לנכרי בסוריא להפקיע מיד תו"מ א"כ בשל נכרי שוה סוריא לחו"ל גם לענין ספק ערלה וכלאים. אמנם דברי התוס' (דקדושין לו:) ד"ה כל כו' דפירשו דמשנה זו מיירי בנכרי לכאורה צ"ע דא"כ אמאי חמיר סוריא מחו"ל כיון דבסוריא יש קנין א"כ צריך להיות ספק ערלה וכלאים בסוריא כמו בחו"ל. ונראה דע"כ צ"ל דדעת התוס' הוא דדוקא לענין תו"מ הוא דפליגי אם יש קנין לעכו"ם להפקיע מקדושתה משום דהתם כתיב דגנך. אבל לענין שארי איסורים אף שהם תלויין בחובת קרקע לא מהני קנין נכרי לכו"ע להפקיע מקדושתה. וכן ביאר הש"א החדש בקונטרס חובת קרקע סי' ג' דברי הרא"ש בתשו' כלל ב' וז"ל ותו בא הרא"ש לומר דאפי' למ"ד יש קנין לנכרי להפקיע מידי מעשר לאו למימרא שהיינו טעמא משום דפקע קדושת הארץ ע"י הנכרי מן הקרקע כל זמן. דהארץ לעולם עומדת בקדושתה אפילו בעוד שהיא תחת יד הנכרי. והא דמפקע לה מן המעשר משום דכתיב דגנך היא ומוכרח הדבר דע"כ כו"ע מודו דאין הארץ פקע מקדושתה אפי' כל זמן שהיא ת"י הנכרי כו'. והלא ערלה דאינה נוהגת אלא בארץ ואפי' הכי נוהגת בנטיעת נכרי כו' וש"מ דלא פקע קדושת ארץ מקרקע ארץ ישראל ע"י נכרי כו' ומה שנוהג בשאר ארץ ישראל כגון ערלה ורבעי וכלאים שאינו נוהג אלא בארץ ישראל נוהג נמי בהאי קרקע שביד הנכרי כו' עכ"ד. אבל לפע"ד זה תמוה מאד דהא מפורש בירושלמי פ"ז דכלאים ה"ג דגם בכלאי הכרם תלוי בפלוגתא אם יש קנין לעכו"ם בא"י לפטור מן המעשר או לא. אלמא דכלאים דמי למעשר משום דגבי כלאים נמי כתיב כרמך לכך ממעטינן כרם של עכו"ם למ"ד יש קנין. אבל גבי ערלה כיון דליכא מיעוטא למעט של עכו"ם לכך נוהג אף בשל עכו"ם ומרבינן מכל עץ דהיכא שנטעו נכרים מיד שבאו ישראל לארץ והם גם עתה ביד הנכרי נמי איסור ערלה נוהגת בהם. ועוד נ"ל עיקר דהא כבר בארנו למעלה דערלה נהגי מיד שבאו לארץ. אבל כלאים לא נהגי אלא לאחר כבוש וחלוק לכך גבי ערלה כיון דנהגא מיד ואינו תלוי בקדוש שקידש יהושע ע"י כבוש וחלוק לכך לא פקע הקדושה של הארץ אעפ"י שהוא ביד הנכרי. אבל כלאים כיון שלא נהגא רק לאחר כבוש וחלוק ותלוי בקדוש יהושע ע"י כבוש וחלוק לכך כיון שקנה הגוי למ"ד יש קנין פקע הקדושה שקידש יהושע. וכן בארתי למעלה בסי' ב' דמהאי טעמא ערלה בזה"ז נמי אסורה בארץ מה"ת וספיקא אסורה. ומ"מ משכ"ל לישב דברי רש"י ז"ל מה דפירש גבי ערלה דמיירי בישראל חשוד ולא פי' דמיירי בנכרי משום דא"כ הי' שוה סוריא לחו"ל דיש קנין לנכרי להפקיע מקדושתה ניחא שפיר. אע"ג דגבי ערלה בארץ לא אמרינן דיש קנין להפקיע

מקדושתה. שאני א"י דגלי קרא להדיא דמיד שבאו אף קודם שכבשו נמי קדיש לענין ערלה. אף שהי' עדיין בידי נכרים. ע"כ אמרינן דגם מה שקנה הנכרי מיד ישראל אחר כבוש וחלוק לא נפקע קדושתה. אבל בסוריא דכ"ז שלא כבשוה לא הי' עלי' קדושה כלל לכך אף שלאחר שכבשוה ונתקדשה מדרבנן לכל דבר שבקדושה. מ"מ כיון שהקנה אותה לנכרי נתבטלה הקדושה ממנה לגמרי אף לענין ערלה ושוה לחו"ל ממש:

והמתבאר מכל דברינו אלה דלענין ערלה ודאי דאין חילוק בין של נכרי לשל ישראל בין בארץ בין בחו"ל. אך לענין סוריא נראה מדברי רש"י ז"ל דבשל נכרי שוה סוריא לחו"ל ולענין כלאים הנה לפי המבואר בירושלמי למ"ד יש קנין יש חילוק בין של נכרי לשל ישראל. דבשל נכרי אף בארץ דינו כמו בחו"ל ואינו חייב מה"ת אלא מדרבנן בלבד. ונראה דגם ספיקא מותר. וכן בסוריא דלכו"ע יש קנין של נכרי שם דינו כמו בחו"ל. אמנם בארץ צ"ע לדינא אע"ג דאנן קיי"ל כמ"ד דאין קנין לנכרי להפקיע מיד תו"מ מ"מ הא הרבה פוסקים ס"ל דקדושת עזרא בטלה בזה"ז וכלאים בזה"ז גם בא"י אינו אלא מדרבנן לפי דבריהם והא דעת הסה"ת הביאו הגר"א בסי' של"א סק"ו וסקכ"ח יעו"ש דלמ"ד תרומה בזה"ז דרבנן אף בא"י דינא כמו בסוריא ואמרינן דיש קנין. ולפי"ז בזה"ז יהא ספק כלאים של נכרי בא"י מותר. ואף לפי משב"ל בסי' ד' דגם לפי המ"ד דכלאים בזה"ז הוא מדרבנן מ"מ בספק כלאים אסור. מ"מ בשל נכרי יש להקל כיון דיש קנין. וזה יהי' קולא גדולה ליושבי א"י. מ"מ צ"ע למעשה כי לפי הנראה מסה"ת בה' א"י דדבר זה לא פסיקא לי' לסמוך ע"ז יעו"ש היטב. ומדברי הרמב"ם נראה דבארץ אף דתו"מ הוא מדרבנן שם מ"מ אמרינן דאין קנין ודוקא בסוריא אמרינן דיש קנין. דהא הוא ז"ל סובר דתרומה אף בימי עזרא הוא רק מדרבנן מ"מ פסק דאין קנין בא"י ודוקא בסוריא יש קנין ורחוק לומר דכותו הוא רק על זמן בית ראשון. ובאמת לפע"ד יש לחלק בין א"י לסוריא. אע"ג דבשניהם הוא מדרבנן מ"מ בא"י החמירו טובא והעמידו לכל דבר כמו דאורייתא כמש"כ המל"מ בה' תרומות. רק לענין לתלות שאני אומר תרומה לתוך תרומה נפלה הקילו אי אמרינן דתרומה בזה"ז דרבנן אבל לא לענין שאר ספיקות. א"כ ה"ה דנוכל לומר לענין דאין קנין בא"י דאף בזה"ז אין קנין. וכן משמע פשטות הגמרא בפרק השולח דלמה לי' לדחוקי ולתרוצי דהב"ע בסוריא. הו"ל לתרוצי הב"ע בזה"ז דתו"מ הוא מדרבנן. וכה"ג משני בכל מקום. אלא ודאי משום דגם בזה"ז דתו"מ דרבנן מ"מ אמרינן דאין קנין:

ולענין רבעי אם נוהג בארץ בשל נכרי לפ"ד הפוסקים דס"ל דלא ילפינן קודש קודש ממ"ש לענין מקום וזמן א"כ נ"ר דמי לערלה ונוהג בשל נכרי כמו בשל ישראל. אמנם לפי"ד הרמב"ן שהבאתי למעלה סי' ה' דס"ל דילפינן קודש קודש ממ"ש אף לענין מקום

וזמן א"כ אם נלקט הנ"ר ביד הנכרי לא נהגא בו רבעי כמו מירוח הנכרי דפטור ממעשר ה"ה דפטור מרבעי מה"ד. אך דעת הרמב"ם הוא דאם רוצה הנכרי לנהוג בו רבעי הוא קודש כמו נ"ר של ישראל כמשב"ל בסי' ו'. אמנם הוא אם נלקט ביד ישראל אף שהקרקע הוא של נכרי נוהג בו רבעי כדין בשל ישראל כיון דאנן קיי"ל דאין קנין. אך אם נאמר כדעת הסה"ת הנ"ל כיון דתו"מ בזה"ז דרבנן לכו"ע יש קנין א"כ יש להקל אף אם נלקט ביד הישראל. אולם כבר בארנו למעלה דקשה לסמוך ע"ז כיון דזה לא ברירא להסה"ת. וגם מדברי הרמב"ם לא נראה כן. א"כ לענין רבעי ודאי דאין לסמוך על כלל להקל דהא רוב הפוסקים חולקין על הרמב"ן בזה וס"ל דלא ילפינן רבעי ממ"ש לענין מקום וזמן. ולדבריהם בודאי רבעי דמי לערלה לכל דבר:

ואם נוהג כ"ר בשל נכרי בחו"ל ובסוריא הדבר פשוט כיון דבשם לכו"ע ס"ל לר"י דאינו נוהג בשל נכרי א"כ הלכה כמותו בחו"ל דכל המקיל בארץ הלכה כמותו בחו"ל. ואף בסוריא הדין כמו בחו"ל דהא מקילינן בספיקא גם בסוריא כמבואר במשנה. והנה ראיתי להא"ז בה' ערלה סי' שכ"ו דכתב וז"ל ונראה בעיני כ"ר נמי דבעי חילול בחו"ל דוקא בשל ישראל אבל בשל עכו"ם לא בעי חילול דתנן בתרומות ס"פ התורם קישות ריי"א אין לעכו"ם כ"ר וחכ"א יש לו ואי בא"י פליגי קשיא דר"י אדר"י דהכא סבר דיש קנין לעכו"ם להפקיע מידי מעשר מדקאמר דלית לעכו"ם כ"ר ולא בעי פדיון. ובפ' ר"י במנחות קאמר ר"י תורמין כו' משל נכרי על של ישראל. אלמא קסבר אין קנין לנכרי להפקיע מידי מעשר,. ואין בידי לחלק בין מעשר לפדיון נ"ר דתרווייהו תלוין בארץ. אלא האמת כמו שפי' רבינו שמשון דלא פטר ר"י כ"ר מפדיון אלא בסוריא כדתניא בתוספתא כו'. ונראה בעיני דלא פליגי חכמים עלי' דר"י אלא בסוריא דמקרבי לא"י אבל בחו"ל מודו לר"י דאין לנכרי כ"ר להצריכו פדיון כדתנן בפ' בתרא דמכילתין ספק ערלה בא"י אסור ובסוריא מותר ובחו"ל יורד ולוקח לעולם סוריא חמירא מחו"ל כו' עכ"ל. והנה מה שכתב דאי בא"י פליגי קשיא דר"י אדר"י דבריו אינם מוכרחין. דהא לפי"ד התוס' (בב"מ קא.) ד"ה סברוה כו' אדרבה מוכרח לומר דר"י סובר דיש קנין. וכן הביאו שם דבירושלמי מבואר להדיא דר"י סבר דיש קנין. ומה שהקשה מדברי ר"י דאמר תורמין משל כל על של כל. ע"כ צריך לתרץ כמו שתי' התוס' (מנחות סו:) ד"ה מירוח העכו"ם על דברי ר"מ דסובר דיש קנין לעכו"ם כמו דאמרינן בפ"ק דעכו"ם ואפי"ה ס"ל דתורמין משל כל על של כל. דאיירי כגון שלקח העכו"ם משל ישראל תבואה במוץ שלה. וגם לפע"ד נראה דר"א דקאמר על הך משנה דר"י אמר אין לעכו"ם כ"ר כל עיקר. כונתו כל עיקר אף בא"י משום דר"א אזיל לשיטתי' דסובר יש קנין ודלא כהתוספתא דפי' דר"י מיירי דוקא בסוריא.

אבל המשנה דקאמר סתם ר"י אומר אין לנכרי כ"ר משמע אף בא"י. ועיין לעיל סי' ה' שבארתי דברי הירושלמי בזה באריכות. ומש"כ הא"ז דהחכמים מודו לר"י דבחו"ל אין לעכו"ם כ"ר תמוה לפע"ד דהא אף לפי"ד התוספתא דסובר דחכמים ור"י לא פליגי אלא בסוריא מ"מ הא חזינן דבסוריא כ"ע ס"ל דיש קנין לנכרי להפקיע. ואפי"ה סוברים החכמים דנוהג כ"ר בשל נכרים. וע"כ צ"ל דס"ל דכ"ר לא דמי למעשר ואינה תלויה בארץ והוה כמו ערלה דנוהגת אף בחו"ל ובשל נכרי כדאיתא בתוספתא להדיא וא"כ מה לי סוריא מה לי חו"ל:

סימן ט

שאלה למ"ד חדש בחו"ל לאו דאורייתא. ואי אמרינן דקדושת עזרא בטלה. אם בזה"ז נוהג חדש בא"י מדאורייתא או לא. וגם האיך הדין בא"י בזה"ז אם מותר לקצור קודם שהאיר המזרח של ט"ז בניסן:

תשובה כבר הבאתי למעלה סי' ב' דברי המל"מ ה' מ"א פ"י הי"א דלמ"ד דבטלה הקדושה וחדש בחו"ל לאו דאורייתא. לפ"ד בזה"ז גם בא"י לאו דאורייתא. וערלה אינה אסורה בא"י אלא מהלמ"מ בלבד וספיקא מותרת עכת"ד. והנה גבי ערלה כבר בארתי שם דלפע"ד אינו כן. והטעם דכיון דנהגא ערלה מיד קודם כבוש וחלוק ונתקדשה הארץ מיד לענין זה לכך לא בטלה קדושתה ממנה אף משגלו. דדוקא לענין הדברים דלא נהגי רק לאחר כבוש וחלוק כיון שגלו נתבטלה הקדושה שנתקדשה ע"י הכבוש. ולכן ס"ל לרבנן דבי רב (בכתובות כה.) דאף למ"ד תרומה דרבנן חלה דאורייתא. ואף שר"ה בדר"י פליג ע"ז דוקא גבי חלה פליג כמשב"ל. אמנם לענין חדש צריך לבאר מקודם מאיזה טעם סובר הך מ"ד דחדש בחו"ל לאו דאורייתא. ואז יבורר הדין לענין בזה"ז בא"י בין לענין אכילתו ובין לענין קצירתו:

הנה הגאון בעל פנ"י בקונטרסו על חדש כתב דעיקר מה דס"ל להני אמוראי דחדש בחו"ל לאו דאורייתא הוא משום דפסקו כסתם מתני' דמנחות דס"ל דחדש בחו"ל לאו דאורייתא דתנן שם ריש פ' כל קרבנות הצבור והיחיד באין מארץ ומחו"ל מן החדש ומן הישן חוץ מן העומר ושתי הלחם דאין באין אלא מן הארץ ומן החדש. ואמרינן עד כאן לא פליגי אלא מן הישן. אבל כו"ע מודים דעומר ושתי הלחם מארץ ולא מחו"ל כמאן דלא כר"י ב"י דאמר עומר בא מחו"ל ומה אני מקיים כי תבאו שלא נתחייבו בעומר עד שבאו לארץ. ומפרש הגמרא קסבר ר"י בר"י חדש בחו"ל דאורייתא וממושבותיכם כל מקום שאתם יושבים משמע וכי תבאו זמן ביאה הוא וכיון דאסור אקרובי נמי מקרבינן ע"כ. ודקדק הפנ"י מדאמר דר"י בר"י סבר חדש בחו"ל דאורייתא כו' וכיון דאסור אקרובי נמי

מקרבינן אלמא דאיסור חדש והבאת עומר ממנו תלוין זה בזה. א"כ תנא דמתניתין דס"ל דעומר אינו בא אלא מן הארץ ס"ל דחדש בחו"ל לאו דאורייתא ע"כ תו"ד יעו"ש. וכעת שנתגלה לנו הא"ז הגדול מצאנו שם כדברי הפנ"י וז"ל [בסי' שכ"ח ח"א] ונראה בעיני אני המחבר לפסוק הלכה דחדש חו"ל דרבנן וספיקא דרבנן לקולא דתנן כל קרבנות הצבור כו' וסתם לנו תנא דחדש חו"ל דרבנן דאי דאורייתא הי' בא מחו"ל דהא בהא תליא כדאמר הגמרא כו' והאי סתמא עדיף טפי דתני לי' בהדי קרבנות ושתי הלחם כההיא דפ' אחד דיני ממונות דההיא סמיא כו' ואיבעית אימא משום דתני לה לגבי הלכתא דדינא. הלכך ה"נ האי סתמא עדיף דהא עומר מנחת צבור הוא ותני לה גבי הלכות מנחות. אבל הכא בשמעתא תני אגב ערלה וכלאים ולא עדיפא כי האי סתמא ואמרינן בפ' ר' ישמעאל ר"פ ור"ה בדר"י אכלי באורתא דשיתסר נגהי שיבסר קסבר חדש חו"ל דרבנן ולספיקא לא חיישינן. ואי משום רבנן דבי רב אשי דאכלי בצפרא בשיבסר קסברי חדש חו"ל דאורייתא ור"י ב"ז מדרבנן תיקן ליום הנף ולספיקא לא תיקן. ההיא לאו ראי' היא דאשכחן דלא בעי תלמודא לסמוך על רבנן דבי ר"א בפי האשה שנתארמלה כו' ודלמא רבנן דבי ר"א כדשמואל ס"ל דכתיב בי' ואמר לנו רבנא אשי. הא למדת דלא בעי רבנן לסמוך על רבנן דר"א. והא דאמר רבינא אמרי' לי' אם אביך לא הוה אכיל אלא בשיבסר כו' אבוה דרבינא הכי סבר. אבל רבינא גופא שפיר אפשר דסבר מדרבנן כו' ומסיק שם מ"מ ודאי חדש אסור מדרבנן אבל ספיקא מותר עכת"ד יעו"ש:

ולפע"ד יש להביא ראי' לסברא זו דאיסור חדש והבאת העומר תלוין זה בזה כסברת הא"ז והפנ"י מדברי הגמרא (מנחות ה:) דאיתא שם ת"ר כשהוא אומר מן הבקר למטה שאין ת"ל אלא להוציא את הטרפה והלא דין הוא ומה בעל מום שמותר להדיוט אסור לגבוה טריפה שאסורה להדיוט אינו דין שאסורה לגבוה כי' אמר רב משום דאיכא למימר מנחת העומר תוכיח שאסורה להדיוט ומותרת לגבוה מה למנחת העומר שכן מתרת חדש בשביעית שביעית נמי שכן מתרת ספיחין בשביעית. כר"ע דאמר ספיחין אסורין בשביעית א"ל רב אחא בר אבא לרב אשי לר"ע נמי לפריך מה למנחת העומר שכן מתרת חדש בחו"ל ואפי' למ"ד חדש בחו"ל לאו דאורייתא שכן באה להתיר לאו שבתוכה. והנה רש"י ז"ל פי' ספיחין אסורין קדושת שביעית נוהגת בהו וחייבין בביעור משנה שעברה דהא כלה לחיה שבשדה הלכך אין העומר מתירן והא נתבערו כולן ע"כ. והתוס' ד"ה כר"ע תמה על פי' זה יעו"ש. וע"כ דעת התוס' לפרש דר"ע ס"ל דספיחין לעולם אסורין. וא"כ קאי הא דקאמר הגמרא בשביעית על שנה השביעית. אבל גם זה תמוה דמאי קאמר הגמרא לר"ע אין שום דבר שיתיר העומר כיון דסובר דספיחין אסורין. הא עדיין איכא

מה שמתיר העומר היינו מה שגדלה אחר הפסח עד ר"ה של שביעית. ואח"כ מצאתי בר"ש בשביעית פ"ט סוף משנה א' שהקשה זאת. ודחק לישב די"ל דהא מילתא דלא שכיחא. וזה תמוה דהא מוכח (בב"ב כח.) לפי פירש"י שם דזה שכיח שיזרעו ויקצרו סוף שנה. ועיי"ש בתוס' ד"ה שלשה חדשים כו' דמביא ראי' מר"ה דאמרינן שם כל תבואה הנקצרת בחג בידוע שהביאה שליש לפני ר"ה אלמא דגדילה לפעמים באותו זמן. א"כ קשה דהא יש דבר מה שהעומר מתיר. וכ"ש לפי פרש"י הנ"ל דמוכרח לפרש לפי דבריו דקאי על שנה השמינית דאז זמן הביעור מה שגדלה בשביעית ודאי קשה הא העומר מתיר מה שגדלה מר"ה של שמינית עד פסח של שמינית. ולפי פירש"י ז"ל א"א לתרץ דהא מילתא דלא שכיחא דהא עיקר הגידול הוא בחורף עד הפסח. דבפסח הוא תחלת קציר שעורים. והא אמרינן משקרב העומר היו מוצאין שוקי ירושלים שמלאין קמח וקלי. וחכם אחד אמר לי שנוכל לישב דברי רש"י דמיירי בשביעית שהיא קודם היובל שגם ביובל שאחר השביעית אסור לזרוע. אבל זה דחוק. ע"כ נראה לפע"ד לפרש דברי הגמרא פי' אחר. דהא דפריך שם הגמרא מה למנחת העומר שכן מתרת חדש לא כמו שפירש"י שם שכן מרובה מצותה דמתרת חדש תאמר בטריפה. אלא כונת הגמ' הוא דכיון שמשלה האור בהקומץ מותר חדש מיד אף לגבי הדיוט. א"כ ההקרבה וההיתר שלה באין בבת אחת. וא"כ אין זה מיקרי מקריב איסור לגבי מזבח ולא דמי לטריפה וע"ז קאמר הגמרא בשביעית. ר"ל דנוכל למילף מקומץ של עומר שמקריב בשביעית היינו היכא שנזרע בשביעית דאז אף לאחר הקרבה עדיין רביע על העומר איסור שביעית לגבי הדיוט. [וכן מפורש בירושלמי דשקלים פ"ד ה"א דבכה"ג היכא שנזרע בשביעית השיריים אינם נאכלין מפני איסור שביעית. דאיתא שם ההן עומר מהו שיזרע בתחילה רב חייא בר אדא בעי קומי ר' מנא לא נמצא בקומץ על השיריים שאינן נאכלין אמר לי' נעשה כחמשה דברים שהן באין בטומאה ואין נאכלין בטומאה עכ"ד]. וקאמר הגמרא שביעית נמי שכן מתרת ספיחין. ר"ל והעומר בא מן הספיחין. כמבואר במשנה שקלים פ"ד שומרי ספיחין בשביעית נוטלין שכרן מתרומת הלשכה ומדברי הגמרא מוכח דפליג על הירושלמי דס"ל דאם לא מצא ספיחין זורעין בתחילה כדי להקריב את העומר. אבל הגמרא דידן סובר כיון שאפשר להביא מן הספיחין אסור להקריב מן הזרוע משום דבעינן ממשקה ישראל. ועיין בק"ע שם דתמה ע"ד הירושלמי הנ"ל דהא בעינן ממשקה ישראל יעו"ש]. ומשני בשביעית כר"ע דאמר ספיחין אסורין בשביעית. וא"כ אכתי יש על העומר איסור שביעית משום איסור ספיחין ואפ"ה מקריבין לגבוה. וקאמר רב אחא בר אבא לר"א לר"ע נמי ליפרך מה למנחת העומר שכן מתרת חדש בחו"ל. וא"כ בא העומר מחו"ל

כמש"כ (התוס' שם פד.) ד"ה בעינא כרמל וליכא דלר"י בר"י דס"ל דחדש אסור בחו"ל מדאורייתא ומביאין ממנו עומר היו מביאין העומר בשביעית מחו"ל דהא הגמרא קאמר שם דגבי פירות שביעית איכא איסור לאכלה ולא לשריפה. והא גבי עומר צריך להקריב הקומץ ולשורפו אלא משום דרחמנא אמר לדורותיכם וא"כ יבטל וע"כ צריך להקריב גם בשביעית. אבל לר"י בר"י מביאין העומר מחו"ל. וכן איתא בירושלמי שם להדיא דלמ"ד מביאין עומר מסוריא היו מביאין לכתחילה בשביעית מסוריא. אך בירוש' איתא שם דלכו"ע אם לא מצאו בסוריא מביאין מספיחין דא"י. אבל הגמרא דידן אינו סובר כן. וס"ל כיון דלר"ע ספיחין אסורין בשביעית ויכולין להביא מסוריא אינן יכולין להביא מספיחין דא"י אף אם לא נמצאו בסוריא משום דבעינן ממשקה ישראל כמשב"ל. וגם הא גבי שביעית איכא איסור להקריב מפירות א"י משום לאכלה ולא לשריפה. ודברי הירושלמי צ"ע. וקאמר שם הגמרא עוד ואפי' למ"ד חדש בחו"ל לאו דאורייתא וא"כ אין העומר בא אלא מן הארץ ויש עליו איסור ספיחי שביעית איכא למיפרך שכו בא להתיר לאו שבתוכה וה"ה שמתיר איסור ספיחי שביעית ושירי העומר מותר לאכול עיי"ש בתוס' ד"ה שכן כו'. וכ"ש לפי מאי דמסיק שם אלא פריך הכי מה למנחת העומר שכן מצותה בכך. דודאי פירושי' כיון שא"א להביא רק מן הספיחין ומצותה בכך א"כ מותר שירי העומר לאכול ואין עליו איסור ספיחין. וזה לא דמי למה שהבאתי למעלה מדברי הירושלמי דאם זורעין לכתחילה בשביעית השיריים אינם נאכלין. דשאני התם דלא מיקרי מצותה בכך כיון דס"ל שאפשר להביא מסוריא ואם לא מצאו בסוריא מביאין מספיחי דא"י. אך אם לא מצאו ספיחי דא"י אז מותר לזרוע לכתחילה משום העומר לכך לא מיקרי זאת מצותה בכך והשיריים אינם נאכלין. אבל לר"ע אי אמרינן אליבי' דחדש בחו"ל לאו דאורייתא א"כ א"א להביא מחדש דחו"ל וע"כ צריך להביא רק מספיחי דא"י א"כ זה מיקרי מצותה בכך ומותר גם השיריים לאכול. כנ"ל לפרש סוגיא זו:

ולפי דברינו אלה בפירוש סוגיא זו יצא מזה יסוד גדול לדברי הפוסקים דס"ל דחדש בחו"ל לאו דאורייתא כיון דר"א ב"א קאמר לר"א בפשיטות דלמ"ד דחדש בחו"ל דאורייתא יכולין להביא העומר גם מחו"ל נראה להדיא דלאו דוקא ר"י בר"י סובר כן אלא דכו"ע ס"ל דחדש והבאת העומר תלויין זה בזה והא אשכחינן כמה סתמות דמתני' דס"ל דעומר ושתי הלחם אינן באין אלא מן הארץ. חדא במס' שקלים פ"ד דשומרי ספיחין בשביעית נוטלין שכרן מתרומת הלשכה. דלמ"ד דעומר יכולין להביא מחו"ל לא הי' בא בשביעית אלא מסוריא כמשב"ל דכן מוכח מגמרא דידן משום דפירות שביעית אסורין להקריב ממנו משום לאכלה ולא לשריפה. וסתם משנה דריש פ' כל הקרבנות

המובא למעלה. וסתם משנה דריש כלים פ"א מ"ו. וא"כ איכא תלתא סתמי דעומר ושתי הלחם אינם באים אלא מן הארץ. וע"כ ס"ל דחדש בחו"ל לאו דאורייתא. וכן ס"ל לרבנן במס' קדושין דחדש בחו"ל לאו דאורייתא. א"כ צריכין לפסוק כהנך סתמי נגד חדא סתמא דערלה דס"ל דחדש בחו"ל דאורייתא. וגם נראה דהנך סתמי דפליגי אי חדש בחו"ל דאורייתא אי לא פליגי אליבא דר"ע. דאמרינן בכמה מקומות דכולהו סתמי אזלי אליבא דר"ע. וכן מוכח בסוגיא דידן דקאמר אפי' למ"ד חדש בחו"ל לאו דאורייתא אע"ג דזה אזלי אליבא דר"ע דאית לי' איסור ספיחין. אע"ג (דבקדושין לז.) אמר אביי מאן תנא דפליג על ר"א ר' ישמעאל הוא דס"ל דמושב לאחר ירושה וישיבה משמע. א"כ ר"ע דס"ל מושב בכל מקום שאתם יושבין לכאורה משמע דהוא ס"ל דוקא כר"א דחדש בחו"ל דאורייתא. אבל באמת ז"א דה"פ ר"י דס"ל מושב לאחר ירושה וישיבה משמע ע"כ דס"ל דחדש בחו"ל לאו דאורייתא ופליג על ר"א. וכן הובא בירושלמי הנ"ל דר"י ס"ל דאין העומר בא מסוריא. משום דאזיל לשיטתי' דחדש בחו"ל לאו דאורייתא. אבל ר"ע דס"ל בכל מקום דכתיב מושב בכל מקום שאתם יושבין משמע לא ידעינן האיך ס"ל בחדש אם הוא פליג על ר"א או לא. משום דאיכא למימר דס"ל כר"א. ואיכא למימר דבחדש כיון שהיא תלויה בארץ גם הוא ס"ל כרבנן דדוקא בא"י נוהג חדש. והא דכתיב בכל מושבותיכם ס"ל כדאמרינן בירושלמי פ"ג ה"ז מאי מקיימין רבנן טעמא דר"א בכל מושבותיכם בחדש שכן יצא לחוץ. ומהירושלמי הזה מוכח דרבנן דפליגי על ר"א הוא לאו ר"י בלבד. דלר"י הא הוא דריש דבכל מושבותיכם אתי דדוקא לאחר ירושה וישיבה נוהג חדש. [והגאון בעל משכנות יעקב אמר בזה דבר נחמד דר"ע ור"א אזלי לשיטתייהו דר"ע דס"ל גבי חלה דהיכא דיצא מן הארץ לחו"ל פטור מן החלה ע"כ צריך קרא להשמיענו דגבי חדש אינו כן שאף שיצא לחו"ל נוהג בו חדש. אבל ר"א לשיטתי' דס"ל דאף גבי חלה אף שיצא לחוץ נמי חייב בחלה. א"כ לא צריך קרא להשמיענו גבי חדש וע"כ אתי קרא לרבות דאף חדש חו"ל נמי אסור.] אלא אף ר"ע נמי פליג עליה לכך קאמר שם על המתני' דחדש אסור מה"ת בכל מקום מתני' דר"א. אבל שארי רבנן פליגי עלי' ולכך הוכרח לומר דרבנן מוקי האי בכל מושבותיכם בחדש שיצא לחו"ל. ולכאורה יש להביא ראיה דגם הגמרא דידן סובר כן דאמרינן שם (במנחות פג:) והכתיב ראשית למצוה הכתיב חדשה האי מיבעי' לי' לכדתניא ר"נ ור"ע אמר שתי הלחם הבאות מן הישן כשרות ומה אני מקיים חדשה שתהא חדשה לכל המנחות ע"כ לא פליגי אלא בחדש אבל בארץ לא פליגי דעומר ושתי הלחם מארץ אין מחו"ל לא ע"כ. ולפי מה שהוכחנו לעיל דחדש והבאת העומר תלוי זה בזה א"כ כיון דר"ע סובר אין עומר בא

אלא מן הארץ ע"כ סובר דחדש אינו נוהג בארץ והקרא דמושבותיכם ע"כ צ"ל כדברי הירושלמי דאתי על חדש שיצא מארץ לחו"ל. ואח"כ התבוננתי בא"ז וראיתי דגרים שם בגמרא ר' נתן ור' יעקב. וקצת משמע כן מדנקט ר' נתן קודם. א"כ ראי' זו ליתא. וגם בזה נדחה נמי דברי הש"א מה שרוצה להוכיח דאף למ"ד דס"ל חדש בחו"ל דאורייתא מ"מ אין העומר בא אלא מן הארץ מסוגיא זו יעו"ש:

סימן י

והנה עלה בדעתי להביא עוד ראי' דגם תלמודא דידן סובר דלר"ע חדש בחו"ל לאו דאורייתא (מר"ה יג.) דקאמר שם הגמרא בעי מיני' חבריא מרב כהנא עומר שהקריבו ישראל בכניסתן לארץ מהיכן הקריבו אם תאמר דעייל ביד נכרי קצירכם אמר רחמנא ולא קציר נכרי. ממאי דאקריבו דלמא לא אקריבו לא ס"ד דכתיב ויאכלו מעבור הארץ ממחרת הפסח ממחרת הפסח אכול מעיקרא לא אכול דאקריבו עומר והדר אכלו מהיכן הקריבו כו' ע"כ. וע"כ קאי זה דוקא לר"ע דס"ל דכי תבאו לארץ מיד משמע אע"ג דכתיב בו מושבות. דלר' ישמעאל לא הקריבו את העומר אלא לאחר ירושה וישיבה. והא דממחרת הפסח אכול מעיקרא לא אכול משום דלא הוה צריכי דנסתפקו מן המן שבכליהם כדאמרינן (בקדושין לח.) ולפי מה שהוכחנו למעלה דהבאת העומר ואיסור חדש תלויין זה בזה א"כ כיון דס"ל דקציר נכרי פסול להקרבת העומר ממילא נמי אין בו איסור חדש. וכן כתב הפנ"י בקונטרסו על איסור חדש. ומה שהביא הגאון בעל ש"א ראי' מבית השלחין דג"כ אין מביאין ממנו את העומר מ"מ איסור חדש נוהג בו. אלמא דחדש והבאת העומר אינו תלוי זה בזה. נפלאתי ע"ז מאד דהא גבי בית השלחין בדיעבד אם הביא את העומר ממנו כשר. לכך איסור חדש נוהג בו ג"כ. אבל קציר נכרי הא אף בדיעבד אם הביא ממנו פסול דכן מוכח מדברי הגמרא דפריך האיך הביאו את העומר. ואם הי' בדיעבד קציר נכרי כשר כיון דלא הי' אפשר להביא את העומר רק מקציר נכרי כדיעבד דמי. וכיון דפסול בדיעבד הוה קציר נכרי כחו"ל למ"ד דאין מביאין את העומר ממנו. וזה רחוק לומר שהגאון הנ"ל כוון להביא ראי' לפי הי"א שהביאו התוס' (מנחות סח.) ד"ה קוצרין כו' אשר מבית השלחין שבעמקין אף בדיעבד פסול להביא ממנו העומר יעו"ש. שנראה שהתוס' אינם מסכימים לדברי הי"א הללו. וגם מדברי הרמב"ם נראה דאינו סובר כן. ואם איתא דס"ל דלר"ע גם בחו"ל נוהג איסור חדש א"כ יהא דין חדש מהופך מדין ערלה, ערלה דאינה נוהגת בחו"ל אלא מהלכה בלבד ואין לוקין עלי' לפי"ד הרבה הראשונים כמשב"ל בסי' א'. וכ"ש למ"ד דאינה אלא מהלכות מדינה בלבד. נוהגת בארץ בשל נכרי ולוקין עלי' דהא ילפינן מקרא מכל עץ. וחדש דנוהג בחו"ל מה"ת

אינו נוהג בשל נכרי אף בארץ. וכעין ראי' זו כתב הרא"ש להוכיח דלפי"ד דס"ל דנוהג חדש בחו"ל מה"ת ע"כ נוהג נמי בשל נכרי דאל"כ יהא דין חדש מהופך זה מזה. אלא ע"כ דהנהו חבריא סברי דאף לר"ע ממעטינן חו"ל מהבאת עומר וה"ה מאיסור חדש וכן קציר נכרי. ומושבותיכם ס"ל כהירושלמי דאתי לחדש שיצא מן הארץ לחו"ל. ולפי"ז נסתר ראיית הב"ח ביו"ד סי' רצ"ג דהביא ראי' מסוגיא זו דס"ל דחדש אינו נוהג בשל נכרי אפי' למאן דס"ל דחדש נוהג בחו"ל מה"ת. ולפי"ד ז"א דהנך חבריא ס"ל דגם לר"ע חדש אינו נוהג בחו"ל מה"ת לכך ס"ל דאינו נוהג בשל נכרי. אבל לפי הסוברים דחדש נוהג בחו"ל ומביאין עומר אף מחו"ל א"כ לא ממעטינן מקצירכם קציר נכרי. דלא גרע קציר נכרי מחו"ל ומוקי קרא דקצירכם לדרשא אחריתי למה דדרשינן (במנחות עב.) קצירכם ולא קציר מצוה. ומה שכתבו הש"ך והט"ז דמסוגיא דר"ה מוכח דחדש נוהג בשל נכרי אף שאין מביאין עומר ממנו מדאיבעי' להו להנך חבריא ממה הביאו ישראל את העומר ולא איבעי' להו אמאי לא אכלו אלא ממחרת הפסח ולא אכלו מעיקרא הלא אין חדש נוהג במה שגדל ביד הנכרי אלא ודאי דאין תלוי דין חדש בדין הבאת העומר. תירצו האחרונים דזה היה ידעי הנך חבריא דאפשר לתרץ הקרא דממחרת הפסח אכלו מכל תבואת הארץ ואפי' מן התבואה שהי' להו לחוש דלמא לא הביא שליש ביד נכרי דאסורה משום חדש. אבל לענין הבאת עומר כיון דבעינן שיהא קים להו בודאי דלא הביא שליש ביד נכרי הוה ס"ד דא"א לדעת זאת בבירור ולכך איבעי' להו ממה הקריבו העומר. והשיב להו שהיו יכולין להקריב העומר ממה שהי' ברור להם דלא הביא שליש ביד נכרי משום דקים להו בין הביא שליש ללא הביא שליש. כן היה נ"ל לכאורה:

אבל לאחר העיון נראה דז"א. דהא ממה דהביא ר' ירמיה ראי' שם דקים להו בין הבאת שליש ובין פחות משליש מדאיבעי' הנהו חבריא לרב כהנא וממה דהשיב להם רב כהנא. נראה דסובר ג"כ כדבריהם דמה שגדל ביד נכרי עד שלא באו לארץ אין מקריבין ממנו העומר. ואפ"ה קאמר ר' ירמיה להדיא בירושלמי פ"ב דחלה [הביאו התוס' שם] דאסורין משום חדש דאיתא שם ר' יונה בעיא קמי דר' ירמיה בשעה שנכנסו ישראל לארץ ומצאו קמה לחה מהו שתהא אסורה משום חדש א"ל למה לא עד כדין לחה אפי' יבשה א"ל אפי' יבשה ואפי' קצורה. אלמא דסובר ר' ירמיה דמה שגדל ביד נכרי אסור משום חדש אף שאין מקריבין ממנו את העומר. וע"כ צריך לישב קושית הש"ך והט"ז כמו שתירצו האחרונים עפ"י דברי התוס' ד"ה ולא קציר נכרי וז"ל ואע"ג דירושה היא להם מאבותיהם כדאמר בע"ז פ' ר' ישמעאל דאמר רחמנא ואשריהם תשרפון באש מכדי ירושה היא להם מאבותיהם ואין אדם אוסר דבר שאינו שלו מ"מ יש לו במה שזרע ומ"מ

דייק התם שפיר משום אשירות שמדורות הראשונים עכ"ל. ועיין בט"א ובקונ"א שם. א"כ א"ש קושיתם בפשיטות הלכך לא הי' קשה להנהו חבריא אמאי לא אכלו מעיקרא אע"ג דבקציר של נכרי כיון דאינו ראוי להקרבה אינו אסור משום חדש דאיסור חדש והבאת העומר תלוי זה בזה. הוא מטעם דכיון דיש בה ג"כ חלק של ישראל דירושה היא להם מאבותיהם לכך לא היו יכולין לאכול אף מה שהביא שליש ביד הנכרי משום חלקו של ישראל. ומטעם זה קאמר ר' ירמיה נמי בירושלמי דאסורין משום חדש כל התבואות שמצאו בעת בואם לארץ. אבל לענין הקרבת העומר לא היו יכולין להקריב משום קצירך ולא קציר נכרי כיון דגם העכו"ם יש לו חלק בה. ולכך פריך רק מהקרבת העומר. אך כ"ז יש לישב לפי"ד האחרונים דפירשו בכוונת התוס' דמה שכתבו מ"מ יש לו במה שזרע. היינו דלעכו"ם יש חלק במה שזרע. אבל עיקר הקרקע והפירות הוא של ישראל. והעכו"ם היו כאריסים אצל ישראל. אבל לפ"ד נראה שאינו כן. דלפי דבריהם קשה האיך אמרינן דמה שגדל ביד הנכרי קודם שנכנסו ישראל לארץ פסול להבאת העומר דהא מצינו תרומות ומעשרות שאם הנכרי הוא אריס ואפי' קבלן חייב בתו"מ לכו"ע אפי' למ"ד יש קנין ולא ממעטינן מדגנך דגן נכרי אלא דוקא אם העכו"ם קנה מהישראל אז אמרינן דדגן נכרי פטור מתו"מ. אבל אם יש להעכו"ם חלק בהתבואה חייב בתו"מ. וכן מצינו להיפוך למ"ד יש קנין דאם הנכרי קנה קרקע מישראל והישראל הוא אריס אצלו פטור מתו"מ. עיין ברמב"ם ה' תרומות פ"א הי"ז. וא"כ גם כאן כיון דיש להעכו"ם רק חלק בה לא הוה ממעטינן מקצירך קציר נכרי. ויותר נפלאתי על הגאון בעל שב יעקב שאלה ס"א דמדמה להדיא הא דקצירך ולא קציר נכרי לדגנך ולא דגן נכרי יעו"ש. ומ"מ סובר דהפירות שייכי לישראל משום דלמפרע ירשו. א"כ האיך מצינן למעוטי מקצירך כיון דהעכו"ם היו רק כאריסים הא בכה"ג לא ממעטינן מדגנך ולא דגן נכרי:

ע"כ נ"ל דאף שזכה אברהם בארץ משעה שנתנה לו היינו דוקא רק גוף הקרקע וכל המחובר לה. אבל הפירות לא זכו אלא עד שבאו ישראל לארץ וכן נראה דעת הגאון בעל פ"ד בדרך הקודש שהביא שם דברי אגדה הביאה רש"י ז"ל בפ' לך לך גבי ויהי ריב בין רועי מקנה אברם ובין רועי מקנה לוט. שהיו רועיו של לוט רשעים ומרעים בשדות אחרים ורועי אברהם מוכיחים אותם על הגזל והם אומרים נתנה הארץ לאברהם ולו אין יורש ולוט יורשו ואין זה גזל. והכתוב אומר והכנעני אז בארץ ולא זכה בה אברהם עדיין ע"כ. ופי' שם דהיו סוברים רועי לוט דאין לגוי במה שזרע משעה שנתנה הארץ לאברהם משו"ה כינה אותם הכתוב ואמר והכנעני והפרזי אז בארץ כלומר דכ"ז שלא נעקרו הז' עממים יש לגוי במה שזרע וא"כ מה שמרעים רועי לוט בהמתם בשדות אחרים גזל הוא

בידם ע"כ. ואם איתא דמשעה שנתנה הארץ לאברהם זכה גם חלק בפירות שגדלו אח"כ אכתי אמאי לא היו יכולין לרעות מקניהם שם. ואף שהכנעני והפרזי היו אז בארץ כיון דגם להם יש חלק בהפירות. אלא ודאי כמ"ש דלא זכה אברהם כלל בפירות כ"ז שלא נעקרו הז' עממים. והיה כמו מתנה שנתנה מהיום ולאחר מיתה דהגוף זכה מיד והפירות לאחר מיתה. ה"נ הגוף זכו מיד שנתנה הארץ לאברהם והפירות זכו מעת שבאו לארץ. וע"כ דכונת התוס' הוא דמ"מ יש לו במה שזרע היינו דכל הפירות הוא של העכו"ם שזרע כנ"ל:

מ"מ לכאורה קשה אמאי מיקרי הפירות שהיו מחוברין בשעה שבאו ישראל לארץ קציר נכרי הא אמרינן בב"ב (קלח:) האב תולש ומאכיל לכל מי שירצה. ומה שהניח תלוש הוא של יורשים. ופריך שם הגמרא הא מחובר לא והתניא שמין את המחוברין ללוקח אמר עולא לא קשיא כאן בבנו כאן באחר הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו. אלמא דאצל בנו זכה הבן בפירות המחוברין מחמת המתנה שנתנה לו. וא"כ ה"נ זכו ישראל בפירות המחוברין מחמת המתנה שנתנה להם. וכיון דזכו ישראל בפירות המחוברין מחמת שנתנה הארץ לאברהם [דישראל נקראים בנים של מקום] ולא מחמת הכיבוש. ונמצא שהיה למפרע של ישראל. ואמאי מיקרי קציר נכרי. ונראה דע"כ לא אמרינן דדעתו של אדם קרובה אצל בנו ונותנו המתנה בעין יפה דיזכה ג"כ בפירות המחוברין אלא היכא דבלאו הכי לא יזכה הבן בפירות אבל הכא דגם בלא"ה יזכו ישראל בפירות מחמת הכיבוש קם לה אדינא דאינו זוכה בפירות המחוברין למפרע ולהכי מיקרי קציר נכרי. ובזה יובן היטיב דברי הירושלמי שהבאתי לעיל דר' יונה בעיא קמי' דר' ירמיה בשעה שנכנסו ישראל לארץ ומצאו קמה לחה מהו שתהא אסורה משום חדש א"ל למה לא עד כדין לחה אפי' יבשה א"ל אפי' יבשה ואפי' קצורה מעתה אפי' חיטין בעליה דלכאורה קשה באיזה סברא יש לאסור יותר לחה מיבשה ויבשה מקצורה וקצורה מחיטין בעליה. אבל לפי"ד ניחא משום דבלחה איכא למימר דלכך אסורה משום חדש דלא מיקרי קציר נכרי אף שהביא שליש ביד נכרי כיון דהפירות עדיין צריכין לקרקע זכו ישראל בהן למפרע. כמ"ש דבבנו זכה בפירות המחוברין לקרקע ע"כ שואל מעמו עד כדין לחה אפי' יבשה ר"ל שהגיעו לקצור וקיי"ל כל העומד לקצור כקצור דמי וכן פסקינן בשו"ע ח"מ סי' רנ"ז ס"ב דאם הגיע לבצור לא זכה בהן הבן מחמת מתנתו והוה של יורשין. וא"כ ה"נ לא זכו בהן ישראל למפרע ומיקרי קציר של נכרים אם הם אסורין משום חדש. והשיב לו אפי' יבשה. ואמר לי' א"כ לא מבעי יבשה דאכתי איכא קצת סברא למימר דלא מיקרי קציר נכרי כדעת הרשב"ם דס"ל דמחוברין אפי' הגיעו לבציר הרי הן של הבן ע"ש בש"ך.

אלא אפי' קצורה דהם פירות תלושים דודאי זכו בהן ישראל רק מחמת הכיבוש. ובודאי נקראו קציר של נכרי ואפ"ה נוהג בהן איסור חדש. וקאמר מעתה אפי' חטין בעליה דאינם צריכין לקרקע כלל אפי' ליבשם. ואפ"ה נוהג בהם איסור חדש, משום דאיסור חדש נוהג אפי' בשל נכרי. והא דצריך ר' ירמיה לאשמועינן הך מעתה אפי' חטין בעליה. משום דאיכא לאסוקי אדעתא דלכך בקצורה אסורה משום חדש משום דקצורה ג"כ לא מיקרי קציר נכרי דאיכא למימר כיון דעדיין צריכין לקרקע ליבשם הוה דינם כמו מחוברין לקרקע. וכמו שמצינו גבי הנותן שדה במתנה לחבירו והיו בהן פירות הצריכין ליבשם לדעת הרשב"ם והרמב"ן ב"ב (עא.) זכה בהן המקבל מתנה מחמת השדה דהנותן בעין יפה הוא נותן [עיין בחו"מ סי' רט"ז ס"ו ובסמ"ע סק"מ ובהגר"א סק"כ] ה"נ איכא למימר דזכו ישראל בפירות הקצורים מחמת המתנה ולא מחמת הכיבוש וא"כ הי' זכיה למפרע. ולא מיקרי קציר נכרי. אבל באמת אינו כן דאף לדעת הרשב"ם לא זכה הבן אלא בפירות המחוברין ממש [אף שהגיעו לבצור] כיון דשייר להדיא הפירות וא"כ ע"כ הטעם גבי קצורה משום דאיסור חדש נוהג אף בשל נכרי ומעתה אפי'. חטין בעליה כו'. וצדקו דברי הש"ך מה שהביא ראי' מהירושלמי הזה דחדש נוהג אף בשל נכרי דלא כהב"ח. וע"כ צ"ל דקציר נכרי לא דמי לחו"ל. ואף דבחו"ל תלוי בהבאת העומר כמו שהוכחנו למעלה. אבל קציר נכרי לא דמי לזה דאע"ג דפסול להבאת העומר מ"מ חדש נוהג בו ודוקא חו"ל דהקרא גלי להדיא דהעומר תלוי בביאת הארץ. ומשמע מפשטות הקרא דהבאת העומר ואיסור חדש הוא דוקא בא"י ולא בחו"ל. אבל פסול דקציר נכרי הוא כמו שארי פסולין דפסולין להבאת העומר אפ"ה אסורין משום חדש. א"כ הראי' שהבאנו למעלה מחבריא דר"כ דס"ל אליבא דר"ע דחדש בחו"ל לאו דאורייתא ליתא. מ"מ מה שהוכיח הגאון בעל ש"א דמחבריא דר"כ מוכח דס"ל דחדש בחו"ל מה"ת. לפע"ד צ"ע מנין לו זה ואי משום דס"ל דחדש אסור מיד שבאו לארץ. הא איכא למימר דס"ל אף דאיסור חדש מיד שבאו לארץ מ"מ בכל מושבותיכם בא לרבות חדש דא"י שיצא לחו"ל. כדאמרינן בירושלמי. ולקמן נבאר עוד בזה בס"ד:

ועלה בדעתי לומר דנידון זה אם שייכין כל הפירות להנכרי עד שבאו ישראל לארץ או לאו. איפליגי בזה בירושלמי שם. דז"ל הירושלמי על הך דאמר ר' יהודא פירות חו"ל שנכנסו לארץ ר' עקיבא מחייב בחלה ור' אלעזר פוטר ואיתא שם מה משיב ר"ע לר"א אי אתה מודה לי בשעה שנכנסו ישראל לארץ ומצאו קמחין וסלתות שחייבין בחלה ולא גידולי פטור הן והוא מקבל מיני'. ואמר ר' יוסי תמיהני איך ר"ע השיב תשובה זו ומקבל מיני' תמן עד שלא נכנסין לה למפרע ירשו כו' עכ"ל. ואין פירושו כמו שנראה לכאורה

דר"ע לא ס"ל דא"י ירושה להם מאבותיהם ולמפרע זכו. דז"א דהא זה מילתא דפסיקא לן בכמה מקומות דא"י מוחזקת היא מיד אבותיהם מדנטלו בנות צלפחד חלק בכורה. אלא נראה דר' יוסי דתמה על ר"ע ס"ל דישראל זכו למפרע הקרקע והפירות רק העכו"ם היו דינם כאריסין כמו שהבאתי לעיל שיטת האחרונים בדברי התוס' דר"ה. אבל ר"ע ס"ל אף שגוף הקרקע וכל האילנות המחוברין נתן הקב"ה לישראל וזכו בה למפרע מימות אברהם. אבל שייר עדיין זכות להעכו"ם בהקרקע שכל הפירות שיגדלו בה עד שיבואו ישראל לארץ יהי' שייך להעכו"ם. לכך שפיר הביא ר"ע ראי' מהקמחין וסלתות שמצאו בעת בואם לארץ וחייבין בחלה אף דגדלו ברשות העכו"ם. ואפשר אף למ"ד אין קנין לעכו"ם בא"י להפקיע מידי תו"מ היינו דוקא אח"כ שכבשו אותה ונתקדשה אין כח ביד ישראל למוכרה ולהפקיע מקדושתה. אבל קודם שכבשוה כיון ששייר הקב"ה זכות בקרקע דכל הפירות שייכין להם לכ"ע יש קנין לעכו"ם להפקיע מקדושתה. ולכך אמרינן בר"ה שם מה שגדלה ביד נכרי פסולה להבאת העומר בפשיטות אף דאנן קיי"ל דאין קנין. דלפע"ד נראה ברור דלמ"ד אין קנין ודאי אף שגדל ביד הנכרי אינו פסול לקצירת העומר מטעם קצירך ולא קציר נכרי. כמו דלגבי תרומות ומעשרות אמרינן אע"ג דכתיב דגנך מ"מ מה שגדל ביד הנכרי חייב בתו"מ. ה"ה גבי הבאת העומר כיון דאין קנין אין אנו יכולין למעטן מקצירך. ובזה ניחא מה דהשמיט הרמב"ם דין זה דקציר נכרי פסול להבאת העומר. משום דהרמב"ם פסק כמ"ד אין קנין. ודוקא מה שגדל ביד הנכרי קודם שכבשו הוא דפסול להבאת העומר. (אך לפי"ד הכ"מ דס"ל דדוקא אם חזר ולקח ישראל ממנו הוא דאין קנין. אבל בעודו ביד הנכרי לכ"ע יש קנין עדיין צ"ע דברי הרמב"ם אמאי השמיט דפסול קציר נכרי בעודו ביד העכו"ם.) כן לענין חלה מיקרי גידולי פטור מה שגדלו קודם שכבשוה. אך מה שחייבה התורה להפריש חלה מיד שבאו לארץ משום דגדולי חו"ל משבאו לארץ חייב בחלה. כן הוא סברת ר"ע. וחבריא דרב כהנא ע"כ כר"ע ס"ל. דלר"י כיון דס"ל דעכו"ם אין דינם אלא כאריסין א"כ לא מצי לממעטינן מקצירך ולא קציר נכרי כמשב"ל:

אבל לאחר העיון אפשר לומר דכ"ע ס"ל דעד שבאו ישראל לארץ היו שייכין כל הפירות להעכו"ם. והא דס"ל לר"י דאף קודם שכבשוה נמי דינה כא"י משום דס"ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי א"כ מיד שזכו ישראל בגוף הקרקע מימות אברהם דינה כא"י ולא כחו"ל ואף שהעכו"ם יש להם קנין פירות אינם מפקיעין מקדושתה ואיכא למימר דר"ע ור"י פליגי בזה אם קנין פירות כקנין הגוף דמי או לא. ועוד איכא למימר דגם ר"ע ס"ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי אך דס"ל דקודם שבאו ישראל לארץ הי' להנכרי רשות

אף לחפור בורות שיחין ומערות א"כ זה מיקרי קנין הגוף. והא דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי הוא דוקא היכא דמוכר לו הפירות בלבד ואין לו בה רשות לחפור בורות שיחין ומערות וכן המוכר בזמן שהיובל נוהג אין להקונה רשות לחפור בשו"מ כמו שמפורש בירושלמי דגיטין סוף פ' השולח [אף שבדברי הראב"ד וה"ה בה' מכירה פ' כ"ג ה"ו מבואר שם דאינו כן וס"ל דאף בזמן שהיובל נוהג עושה בה כל חפצו. אבל באמת כבר תמה ע"ד המל"מ פי"א ה' שמיטה ויובל מדברי הירושלמי הנ"ל. ומה שתירץ ע"ז הבעל מרכבת המשנה ח"ג וז"ל ולק"מ דלחפור בשו"מ לקלקל הקרקע אינו רשאי הלוקח לזמן או בשעת היובל ומ"מ קנה קרקע תוך הזמן לבנות ולהרוס ולעשות כאדם העושה בשלו בדבר שאין קלקול כמו לחפור באר מים ולהרוס ע"מ לבנות במקומו על תואר אחר וזה פשוט עכ"ל, לפע"ד דבריהם אינם סובלים זאת כלל. דהא כתבו להדיא דעושה בה כל חפצו אלמא דרשאי אף לקלקל וחופר בה בשו"מ כמו קונה קנין עולם. ודבריהם צע"ג.] ור"י ס"ל דמיד שנתנה הארץ לאברהם לא הי' לעכו"ם רשות לחפור בה בשו"מ לכך ס"ל דבקנין פירות לבד אין מפקיעין מקדושתה. ור"א דס"ל בגיטין (מז.) דאין לעכו"ם רשות לחפור בשו"מ מ"מ ס"ל דיש קנין לעכו"ם להפקיע מיד תו"מ ע"כ ס"ל כר"י רבו דקנין פירות כקנין הגוף דמי. אבל למ"ד דס"ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי כל היכא דקנה העכו"ם רק לקנין פירות בלבד. אין קנין לעכו"ם להפקיע מקדושתה לכ"ע ואף לפי"ז ע"כ צ"ל דחבריא דר"כ כר"ע ס"ל מטעם שב"ל:

סימן יא

וראיתי להגאון בעל משכנות יעקב שמוכיח מהירושלמי דס"ל דחדש בחו"ל לאו מה"ת ומפרש דהא דהביא שם בחלה מאי דבעי ר' יונה קומי דר' ירמיה בשעה שנכנסו ישראל לארץ ומצאו קמה לחה מהו שתהא אסורה משום חדש. האיך שייך שם דברי ר' יונה לשאול לענין חדש. אע"כ משום דשייך זה למעלה דר' ירמיה השיב לו דלכך אסור משום דא"י היא ירושה למפרע כמו שתמה ר' יוסי לכך אסורה משום חדש יעו"ש בדבריו מה שהאריך בזה. לפע"ד אין דבריו מוכרחין כלל ואדרבה נראה דלכך שייך הך איבעי' דר' יונה מר' ירמיה הכא משום דר"ע ס"ל דעד שבאו ישראל לארץ היה דין א"י כחו"ל משום שעדיין לא זכו בפירות. לכך איבעי' לו האיך הדין לענין חדש ואף אם חדש דחו"ל אסור מ"מ איכא למימר דדוקא חדש דחו"ל אסור משום דמביאין העומר ממנו. אבל פירות דעכו"ם כיון שאין מביאין העומר ממנו משום קצירך ולא קציר נכרי איכא למימר דאינו אסור משום חדש. והשיב לו דאף דאין מביאין העומר ממנו מ"מ משום חדש אסור. אבל לדברי ר"י כיון דס"ל דאף דשייך הפירות לעכו"ם מ"מ אין מפקיעין מקדושת הארץ.

א"כ ליכא למעוטי מקצירך ולא קציר נכרי כמו דלא ממעטינן מדגנך ולא דגן נכרי למ"ד אין קנין. א"כ לא שייך הך איבעי' כלל. וזה א"א לומר דבאמת דלכך השיב לו דאסור משום חדש משום דס"ל כר"י. דהא ר' ירמיה הביא בגמרא דידן מה דשאלו חבריא דר"כ ומאי דהשיב לו נראה דס"ל ג"כ כדבריהם. ודבריהם ע"כ כר"ע אזלי ולפי"ז יש להוכיח מדבריהם דס"ל דלר"ע מביאין העומר מחו"ל מדפסלו להבאת העומר מה שהביא שליש ביד נכרי רק מטעם קציר נכרי ולא מטעם חו"ל ע"כ דס"ל דחו"ל כשר להבאת העומר וכן יש להוכיח מדברי הירושלמי ממה דהשיב לו דאסור משום חדש אף מה שגדלו מקודם שבאו לארץ דחדש נוהג אף בחו"ל:

וע"כ צריך לפרש לפי"ז דמה דמשני שם דאכלו ישראל מצה בליל פסח ממה שהיו תגרי עכו"ם מוכרין להם וכר' ישמעאל דאמר כל ביאות שנאמר בתורה לאחר ירושה וישיבה הוא חד תירוצא. וכמו שפירשו הגר"א והש"א דלר' ישמעאל חדש דחו"ל מותר לכך אכלו מה שתגרי עכו"ם מכרו להם מחוץ לארץ. אולם לפי"ז צריך להבין מה הוצרך הירושלמי לומר מה שהיו תגרי עכו"ם מוכרין להם. כיון דלר"י הי' מותר אז כל חדש. אך אפשר לומר דמוכרח לתרץ מה שתגרי עכו"ם מוכרין להם משום דאכתי קשה לר' ישמעאל האיך אכלו מצה בפסח שתיכף לאחר י"ד שנים דאז נאסר להם חדש. ואין לומר דאכלו משל אשתקד משום דשל אשתקד נמי אסור כ"ז שלא הביאו העומר. וכן כתב הר"ש ופי' מה דקאמר אפי' חטין בעליה היינו משל אשתקד [ואף דלפי מה שפירשנו לעיל דברי הירושלמי אין דברי הר"ש מוכרחין. מ"מ נראה כן מדלא משני דאכלו מדאשתקד. ודוחק לומר שא"א להכיר בין חדש לישן] וכן מצאתי להגאון בעל ש"א בקונטרסו חובת קרקע דפי' כן. אך עדיין לא נחה דעתי מזה דמ"מ קשה דלמה הוצרך לומר לדברי ר' ישמעאל מה שתגרי עכו"ם מוכרין להם. דבשלמא אי אמרינן דחדש נאסר מיד שבאו ישראל לארץ ואף חדש דחו"ל נמי אסור א"כ אין חדש תלוי כלל בקדושת הארץ והתורה אסרה כל תבואות שבעולם עד שיקריבו העומר שפיר הקשה האיך אכלו ישראל מצה בליל פסח. אבל לדברי ר' ישמעאל דעד י"ד שנים שכבשו וחלקו וקדשו את הארץ הי' מותר להם חדש וגם אח"כ מותר להם חדש דחו"ל וחדש תלוי בקדושת הארץ א"כ במאי נאסר אח"כ התבואה שגדלה קודם הגמר של כבוש וחלוק וקדשו את הארץ. דהא קודם שקדשו את הארץ הי' דינה דא"י כמו חו"ל לענין חדש לדברי ר' ישמעאל. וא"כ היו יכולין לאכול מהם מצה בליל פסח. וזאת תמיהה רבתא על הגר"א והש"א:

ונראה לישב דבריהם לאחר העיון דע"כ צ"ל לפי פירושם בהירושלמי דאף לפי"ד ר"י דחדש דחו"ל מותר וגם קודם הגמר של כבוש וחלוק היו מותרין לאכול כל התבואות אף

של חדש. מ"מ דוקא אז היו מותרין לאכול כיון שלא הי' אז ראוים להביא את העומר. אבל מיד כשנגמר הכבוש והחלוק וחל עליהם להביא את העומר בזמנו אז אסרה להם התורה כל התבואות שגדלו בארץ אף קודם שנתקדשה הארץ עד שיביאו את העומר דכן משמע מן הקרא דלאחר שגמר הכבוש והחלוק אסורין לאכול לחם וקלי וכרמל עד שיביאו את העומר. והא הסוף של הי"ד שנה נגמר עד עשרה בניסן דאז נתקדשה הארץ לכל דבר שטעון קדוש. ואמרינן בר"ה (יג.) כל תבואה שנקצרת בחג בידוע שהביאה שליש לפני ר"ה. א"כ מהבאת שליש עד הקצירה הוא יותר משני שבועות וא"כ הלחם וכו' שנתקצר קודם הבאת העומר ע"כ הביא שליש קודם שנתקדשה הארץ ואעפי"כ אסרה התורה וזה לא דמי לחדש דחו"ל. וע"כ הוכרח הירושלמי לומר דאכלו בפסח שלאחר י"ד שנה ממה שתגרי עכו"ם מכרו להם מחו"ל כנ"ל. ודלא כמש"פ בזה הגאון מהר"י מילר ז"ל בתשו' שב יעקב שאלה ס"א יעו"ש. ודבריו תמוהים. ומזה הטעם יש לסתור מה שהבאנו למעלה ממה דהשיב ר' ירמיה לר"י שתבואה שגדלה מקודם שבאו לארץ דאסור משום חדש אף לר"ע דס"ל דא"י קודם שבאו הי' דינה כחו"ל דע"כ סובר דחדש בחו"ל ג"כ אסור. דאיכא למימר דחדש דא"י אף קודם שבאו שאני מחדש דחו"ל ממש משום דמהקרא מוכח דמיד שבאו לארץ אסורין לאכול לחם וכו' אף דמסתמא הביא שליש מקודם שבאו. וכיון דאסור משום חדש אקרובי נמי מקרבינן אי לאו דפסול משום קציר נכרי לכך חבריא דרב כהנא הקשו רק האיך הביאו את העומר הא פסול משום קציר נכרי:

אך מה שקשה לי לפי"ד הגר"א והש"א דמה הוצרך הירושלמי לומר דר' יוסי ע"כ סובר כר"י הא בירושלמי מבואר דאף למאן דס"ל דכל מקום דכתיב כי תבאו מיד משמע. מ"מ סובר דחדש בחו"ל לאו דאורייתא והך דמושבות אתא לרבות חדש שיצא מא"י לחו"ל. ואמאי הוצרך לומר דסבר כר"י הא מצי סובר דכי תבאו מיד משמע ואפ"ה אכלו מצה מה שתגרי עכו"ם מכרו להם מחו"ל. והא אפי' למאי דמשני דס"ל כר' ישמעאל דאמר כל ביאות שנאמרו בתורה לאחד י"ד שנה נאמרו ע"כ צ"ל דס"ל דמושבות אתי לחדש שיצא מן הארץ לחו"ל דאל"כ תקשי מושבות למאי אתי. ובאמת בגמרא דידן שם (לז:) אמרינן דהאי תנא דבי ר' ישמעאל דס"ל דביאה לחוד משמע לאחר ירושה וישיבה מפיק מאידך תנא דבי ר"י. ונראה דס"ל לדידי' דבכל מושבותיכם אתי לרבות חו"ל. אבל הירושלמי ע"כ לא סבר הכי דא"כ אכתי תקשי לדידי' האיך אכלו מצה בפסח שלאחר י"ד שנה שחלקו כיון דס"ל דחדש דחו"ל נמי אסור א"כ לא מהני מה שתגרי עכו"ם מכרו להם מחו"ל. אלא ע"כ צ"ל דס"ל לר"י דמושבות אתא לחדש שיצא מן הארץ לחו"ל. א"כ למה

הוצרך לומר דס"ל כר"י הא מצי סובר נמי אפ"י כמ"ד דביאה מיד משמע מ"מ ס"ל דחדש דחו"ל מותר משום דמושבות אתי לחדש שיצא מארץ לחו"ל ועיין בש"א דדחק לפרש דברי הירושלמי דהך ר' ישמעאל דהביא הירושלמי לאו מפרשת מלך יליף דביאה לחוד לאחר ירושה וישיבה משמע. אלא ביאה ומושב קאמר אע"ג דנקט ביאה לחוד. וז"א במשמע כלל. ועוד אף לפי"ז עדיין נשאר הקושיא דלמה הוצרך הירושלמי לומר דסבר כר' ישמעאל ולא קאמר דס"ל כרבנן דר"א דס"ל דחדש בחו"ל מותר והש"א מתרץ קושיא זו משום דבגמרא דידן אמרינן מאן תנא דפליג על ר"א ר' ישמעאל הוא. אבל באמת **אין** זה תירוץ כלל על הירושלמי דהא הירושלמי ס"ל להדיא דהתנא דפליג על ר"א הוא לאו ר"י לחוד אלא אף ר"ע כדמסיק שם הש"א בעצמו:

ע"כ נראה לפע"ד דיותר נכון הוא בדברי הירושלמי כדברי הפנ"י דזהו שני תירוצים. היינו מה שתגרי עכו"ם מכרו להם מחו"ל ואתיא אפי' לר"ע דר"ע נמי סובר דחדש דחו"ל לאו דאורייתא לפי שיטת הירושלמי. או כדברי ר"י דס"ל דכל מקום דכתיב כי תבאו לאחר ירושה וישיבה משמע. א"כ בפסח ראשון ודאי יכולין לאכול אפי' חדש דא"י. ומה דלא הקשה הירושלמי האיך אכלו מצה בפסח שלאחר י"ד שנה. משום דאיכא למימר דה"נ דלא אכלו משום דעיקר הקושיא של הירושלמי שם האיך אכלו מצה בליל ראשון של פסח הוא רק בפסח ראשון משום דכתיב ויעשו את הפסח בגלגל מסתמא עשאוהו כדין והא בעינן על מצות ומרורים ובפסח מעכב מצות ומרורים. דכן כתב הגאון בעל משכנות יעקב שם בשם הירושלמי. ועיינתי בירושלמי ומצאתי דבפסחים פ"ט ה"ג משמע שם כדבריו דאיתא שם על מצות ומרורים יאכלוהו אין לך דבר חוץ מגופו מעכבו אלא מצה ומרורים בלבד ולפי"ז אתיא כל דברי הירושלמי שם על נכון:

אמנם ברמב"ם הק"פ פ"ח ה"ב מבואר להדיא דמצה ומרור אינו מעכב את הפסח. ועיי"ש בכ"מ דכתב דכן איתא במכילתא מנין אתה אומר שאם אין להם מצה ומרור הן יוצאין ידי חובתן בפסח ת"ל יאכלוהו. ואף שסוף דברי המכילתא דמסיים שם מנין שאם אין להם פסח יוצאין במצה ומרור הרי אתה דן הואיל והפסח מ"ע ומצה ומרור מ"ע הא למדת כמו שאם אין מצה ומרור יוצאין ידי חובתן בפסח כך אם אין להם פסח יוצאין ידי חובתן במצה ומרור עכ"ד. הוא כנגד דברי הגמרא דידן. דלפי"ד המכילתא גם מרור בזה"ז הוא דאורייתא כיון דהפסח אינו מעכב את המצה ומרור. ובגמרא דידן אמרינן דמרור בזה"ז מדרבנן. ודוקא מצה היא מדאורייתא אף בזה"ז משום דכתיב בערב תאכלו מצות. מ"מ מה דלא מצינו שיחלק הגמרא ע"ד המכילתא אין לנו לדחות דברי המכילתא. ובדברי הירושלמי יש לדחוק דכונתו הוא הא דקאמר חוץ מגופו מעכבו אלא מצה ומרור בלבד

היינו שאם יש לו הוא מחויב לאכלו על מצות ומרורים אבל אין כונתו לעכב את הפסח אם אין לו מצה ומרור כלל. א"כ לפי"ז ע"כ צ"ל דפירכת הירושלמי האיך אכלו מצה בליל פסח לאו דוקא משום דמצינו דעשו את הפסח בגלגל. מזה אינו ראי' דאכלו אז מצה דהא מצה אינו מעכב את הפסח. אלא משום דלא מסתברי דבטלו כל ישראל אכילת מצה בפסח. א"כ אכתי תקשי לפי"ד האיך אכלו מצה בליל פסח שלאחר י"ד שנה לדברי ר"י. ולפי"ז ע"כ צ"ל דאחרי י"ד שנה כל התבואות שגדלו מקודם מאחר שעדיין לא נתקדשה הארץ דינן כמו שגדלו בחו"ל ומותרין משום חדש ומהן אכלו בפסח שלאחר י"ד. והא דכתיב בקרא ולחם גו' ע"כ קאי הקרא היכא שהביאה שליש לאחר שנתקדשה הארץ:

אך לפי"ז ע"כ צ"ל דהא דהשיב ר"י לר' יונה דכל התבואות שמצאו ישראל כשבאו לארץ אסורין משום חדש דאף קודם שבאו לארץ חלוק דין א"י מדין חו"ל משום דירושה היא למפרע. ולכאורה אתיא כסברת ר"י דתמה על ר"ע דהא מן הקרא דכתיב ולחם גו' אין ראי' דאיכא למימר דאיירי היכא שהביא שליש אחר שבאו לארץ. וכן הבאתי למעלה בשם הגאון בעל משכנות יעקב. אבל אין דעתי נוחה מזה דא"כ האיך השיב ר"י לר' יונה למה לא. אלמא דבזה אין חולק כלל דלכו"ע אסור משום חדש אף לר"ע דס"ל דגבי חלה קודם שבאו לארץ היה דין א"י כחו"ל. ע"כ נ"ל דשאני חלה מחדש דהא אנן קיי"ל דחלה בזה"ז דרבנן אפי' למ"ד תרומה בזה"ז דאורייתא כסברת ר"ה בדר"י. וכבר בארנו למעלה בסי' ב' דר"ה בדר"י דייקי זאת מן הברייתא דלא כרבנן דבי רב דלפי דבריהם עדיין תקשי למה שני הקרא לכתוב בבואכם וצריך לגלות בסיפא דקרא אשר אני מביא אתכם שמה דלא אתי למטעי דהאי בבואכם אתא לגלות דאף בשנים ושלשה מרגלים נמי חייב בחלה. לכתוב כי תבאו כמו דכתיב בכ"מ. אלא ע"כ האי בבואכם וסיפא דקרא אתי לגלות דחלה בעי קדוש דוקא ע"י ביאת כולם ולמאי נ"מ בימי יהושע הא אז ודאי כולהו סליק. מזה אנו למדין דחלה בטלה הקדושה משגלו וצריכה קדוש פעם שנית דוקא ע"י ביאת כולם וכיון דחלה הי' ע"י קדוש שקדש יהושע מיד שבאו לארץ לכך ס"ל לר"ע דקודם שבאו לארץ הי' דינה כחו"ל לענין חלה. אבל חדש שנהג מיד שבאו לארץ ולא מצינו דבעי קדוש לזה אף שלא נהג רק בארץ לכך כו"ע מודים בזה דאף התבואה שמצאו מיד שבאו לארץ אסורין משום חדש. ונראה דר"י דתמה על ר"ע וס"ל דאף קודם שבאו לארץ כיון דירושה למפרע דינה כא"י לענין חלה ע"כ ס"ל כרבנן דבי רב דחלה בזה"ז הוא דאורייתא דס"ל דגם לענין חלה לא בעי קדוש כלל כסברתם כיון דנהג בשבע שכבשו ושבע שחלקו. א"כ חזינן דלחלה אין צריך קדוש כלל. לכך לא בטלה הקדושה ממנה אף משגלו. ולפי"ז הי' נראה דאף ר"ע סובר דירושה למפרע ואף הפירות

שגדלו ביד העכו"ם שייכין לישראל רק דהעכו"ם היו דינם כאריסין כשיטת האחרונים. לכך השיב ר"י לר' יונה דאסור משום חדש. אמנם אם נאמר כן עדיין תשאר קושיתנו שהקשינו למעלה דאמאי פסול התבואה שהביא שליש ביד העכו"ם מטעם קצירך ולא קציר נכרי כיון דהעכו"ם לא היו להם זכות בפירות רק כאריסין הא בכה"ג גבי תרומות ומעשרות לא ממעטינן מדגנך ולא דגן נכרי אף למ"ד יש קנין:

לכן נראה יותר כפי משב"ל דעד שבאו ישראל לארץ היו כל הפירות שייכין להעכו"ם. ובזה אתי כל דברי הירושלמי מה דמחלק בין לחה ליבשה ובין יבשה לקצורה מדוקדק מאד. גם ניחא מה דפסל להבאת העומר מטעם קצירך ולא קציר נכרי כיון דשייכין כל הפירות לעכו"ם. וס"ל הני חבריא דר"כ דקנין פירות כקנין הגוף דמי או כפי מש"ל דעכו"ם היו להם רשות לחפור בורות כו' וא"כ הי' להם גם קנין הגוף. ומה דאסור משום חדש כל התבואה שמצאו מיד שבאו לארץ משום דלא ממעטינן כל האיסורין שנוהגין בארץ אף היכא שיש להעכו"ם בהקרקע קנין הגוף. ואף למ"ד יש קנין הוא דוקא היכא דגלי קרא להדיא היינו גבי תו"מ משום דכתיב דגנך. אבל היכא דלא גלי קרא כגון ערלה וחדש לכו"ע אין קנין לעכו"ם להפקיע מקדושתה. וכן כתב הרא"ש בתשו' כלל ב' סי' א'. אף שהרא"ש כתב שם ובחדש כיון שנוהג בחו"ל מהיכא תיתי לומר שלא לנהוג בשל נכרי. הוא לאלומי מילתא קאתי דכיון דנוהג בחו"ל כ"ש דנהג בשל נכרי. אבל באמת אף למ"ד דחדש אינו נוהג אלא בארץ. מ"מ נוהג בשל נכרי אף למ"ד דיש קנין כיון דליכא גבי ערלה וגבי חדש מיעוטא למעט של נכרי כו"ע מודי דנוהג אף בשל נכרי:

והנה הגאון בעל ש"א תמה ע"ד הרא"ש וכתב וז"ל ובאמת גם על הרא"ש אני תמה שאוחז החבל בתרי ראשין מדהביא ראי' דחדש נוהג בשל נכרי. מהא דאפי' למ"ד יש קנין לנכרי בא"י להפקיע מידי מעשר. היינו משום דדריש לה מקרא דגנך ולא דגן עכו"ם. ואי לאו קרא תבואות עכו"ם בעי עישורי. ש"מ שמביא ראי' על חדש הגדילה בקרקע של נכרי שאסור מן התורה. ומיד מסיים והלא ערלה דאינה נוהגת אלא בארץ ואפ"ה נוהגת בנטיעת נכרי כדתנן כו'. ומה ראי' היא זו מנטיעות של נכרי שהנסיעה לחוד היא של נכרי. ואיכא למימר שנטעה בקרקע של ישראל דלא שייך בזה למימר יש קנין לנכרי כיון שאין לנכרי חלק בגופה של קרקע רק הנטיעה לחודי' שלו בתבואה הגדילה בקרקע של נכרי לענין איסור חדש. דשם איכא למימר יש קנין לנכרי ואין איסור חדש נוהג בו משום טעמא דמסקינן יש קנין וכש"כ שאין ענין לנידון זה מה שהביא מהא דעת שבאו אבותינו לארץ כו'. ומהירושלמי שאתמר עלה ונטעתם פרט לשנטעו נכרים קודם שבאו לארץ. יכול שאני מוציא את שנטעו נכרים משבאו לארץ ת"ל כל עץ. שהרי כיון שא"י ירושה

להם מאבותיהם. ומן הדין אי לאו קרא דכי תבאו ונטעתם הי' איסור ערלה נוהג אפי' במה שנטעו נכרים משבאו לארך. אפילו אם תמצא לומר יש קנין דהא קרקע של ישראל היא. אלא דאתי קרא דכי תבאו ונטעתם למעט את שנטעו נכרים מקודם שנכנסו לארץ אע"ג שקרקע של ישראל אינו נוהג בו ערלה. ודומיא דהא מרבה לאסור את שנטעו נכרים משבאו לארץ דאחר ביאתם לארץ כש"כ שהקרקע של ישראל היא. אלא שהנטיעה של נכרי. דסד"א ונטעתם כתיב שתהי' אתם הנוטעים ולא נכרי ת"ל כל עץ לחייב בכה"ג בערלה ולעולם מיירי בשגוף הקרקע של ישראל. אבל בגוף הקרקע של נכרי עדיין לא שמענו. ואיכא למימר שפטור מן הערלה ומן החדש היכא שגוף הקרקע של נכרי דיש קנין לנכרי עכ"ל. ולפע"ד דברי הרא"ש ז"ל נכונים דס"ל להרא"ש כדברינו דעד שכבשו ישראל את הארץ מיד הנכרים הי' להנכרים זכות קנין פירות בארץ. רק שגוף הקרקע הי' ירושה לישראל מאבותיהם. א"כ שפיר הביא ראי' דאף בקרקע של נכרי נמי נוהג איסור ערלה מה"ת כקרקע של ישראל דהא מבואר שם במשנה ובירושלמי דמיד שבאו ישראל לארץ אם נטעו נכרים אף במקום שעדיין לא כבשו שם ישראל נמי חייב בערלה. והא ר"א ס"ל בגיטין דאף קנין פירות בלבד נמי מפקיע מקדושתה לענין תו"מ דהא ס"ל דעכו"ם שקנה קרקע בארץ אין לו בה רשות לחפור בשו"מ. מ"מ ס"ל דיש להם קנין להפקיע מידי תו"מ. ולדבריו תקשי אמאי חייב בערלה אף שנטעו נכרים משבאו ישראל לארץ כיון שעדיין לא כבשו שם ישראל את הארץ במקום שנטעו א"כ יש להנכרים שם ק"פ והא ס"ל ק"פ כקנין הגוף דמי ומפקיע מקדושתה. אלא ודאי דאף היכא דגוף הקרקע היא של נכרים נמי אין קנין לעכו"ם לאפקועי מקדושתה ונוהג בה איסור ערלה מה"ת כיון דבזה לא גלי קרא ודוקא גבי תו"מ דגלי קרא דגנך הוא דס"ל לר"א דיש קנין. וכ"ש אם נאמר דהי' להעכו"ם רשות אף לחפור בשו"מ עד שכבשו ישראל את הארץ מידם. בודאי יש להביא ראי' מזה דלענין ערלה לא מהני קנין עכו"ם לאפקועי מקדושתה אף למ"ד קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי כיון דיש להם רשות לחפור בשו"מ כקנין הגוף דמי כמו שמבואר בחי' הרשב"א גיטין (מז:) יעו"ש. וגם מה שדחה הש"א ראיית הרא"ש מהא דעכו"ם שנטע דש"ה דהנטיעות לחוד הי' של נכרי ואיכא למימר שנטע בקרקע של ישראל. לפע"ד ז"א דחיה כלל. דאף לפי"ד דמיירי שנטע בקרקע של ישראל מ"מ מי לא עסקינן דהנכרי נטע שלשה אילנות דהא קאמר המשנה סתם דנכרי שנטע חייב בערלה וכיון שהקנה לו הקרקע שלו לנטוע שלשה אילנות הרי זה קנה קרקע. דזה אין סברא לחלק בין קנה שלשה אילנות בין הקנה לו הקרקע לנטוע שלשה אילנות. וכיון דהנכרי קנה קרקע ומ"מ חייב בערלה א"כ ה"ה היכא דנטע הנכרי בקרקע שלו נמי חייב בערלה.

כנ"ל לבאר דברי הרא"ש ז"ל. וכן נראה דזהו דעת הר"ש בסוף ערלה דהביא ראי' ממשנה זו דערלה נוהגת בשל נכרי ומיירי אף בקרקע של נכרי דהא קאמר שם הר"ש ובכרם רבעי פליגי ר"י ורבנן בפ"ג דתרומות משנה ט' דתנן ר"י אומר אין לנכרי כרם רבעי אבל מודה ר"י דיש לנכרי ערלה כו' עכ"ל. ובכרם רבעי ע"כ פליגי היכא דהקרקע היא של נכרי. דהא טעמא דר"י שם משום דס"ל דילפינן רבעי קודש קודש ממעשר וכיון דיש קנין ופטור ממעשר לכך פטור נמי מרבעי. ועיין שם בירושלמי דמביא שם התוספתא דר"י סובר דאין לנכרי רבעי דוקא בסוריא. ועיין משב"ל סי' ד'. א"כ ע"כ מיירי שם היכא דהקרקע היא של נכרי. וע"כ דגם הר"ש סובר כדברי הרא"ש דמהמשנה דנכרי שנטע מוכח דאפי' היכא דהקרקע של מקום הנטיעה היא קנויה להנכרי נמי חייב בערלה. וכן יש לדקדק מדברי תשו' הגאונים בחמדה גנוזה סי' ב' שע"כ הם מפרשים כדברינו. עיין מה שהבאתי למעלה דבריהם בסי' ז':

ועתה נשובה לנידון שאלתנו. הנה אם מותר לקצור בזה"ז בא"י קודם שהאיר המזרח של ט"ז בניסן לפי"ד הרי"ף והרמב"ם ושאר הראשונים דפסקו דחדש בחו"ל דאורייתא א"כ פסקינן כר"ע דחדש נהג מיד שבאו לארץ לפי"ז בודאי לא בטלה קדושת הארץ אף בזה"ז וראוי להבאת העומר לכך אסור לקצור קודם שהאיר המזרח אף בזה"ז. דלא כדברי הגאון בעל ש"א. אמנם לפי הפוסקים דפסקי דחדש בחו"ל לאו דאורייתא לכאורה יש לומר דהני אמוראי ס"ל כר"י דמושב לאחר ירושה וישיבה משמע. א"כ חדש לא נהג עד אחר י"ד שנה של כבוש וחלוק. ואי תרומה בזה"ז דרבנן משום דקדושת עזרא בטלה גם חדש בזה"ז אף בא"י לאו דאורייתא. א"כ מותר לקצור קודם שהאיר המזרח של ט"ז בניסן. אבל באמת נראה כיון דבסוגיא דמנחות (ה) קאמר שם אפי' למ"ד חדש בחו"ל לאו דאורייתא ע"כ זה קאי אליבא דר"ע דס"ל דספיחין בשביעית אסורין דאורייתא ומ"מ ס"ל חדש בחו"ל לאו דאורייתא א"כ זהו כשיטת הירושלמי דגם לר"ע איכא למימר דחדש בחו"ל לאו דאורייתא. יותר מסתברא לומר דהני אמוראי ר"פ ור"ה בדר"י דפסקי דחדש בחו"ל לאו דאורייתא ס"ל כשיטת הירושלמי וס"ל דהני סתמי היינו סתמא דמתני' דערלה דחדש אסור מה"ת בכ"מ. והני סתמי דס"ל דעומר אינו בא אלא מן הארץ משום דחדש בחו"ל לאו דאורייתא. פליגי אליבא דר"ע. ולהם נראה יותר לפסוק כהני סתמות דאינו בא אלא מן הארץ וכיון דעיקר דינם סמכו אר"ע א"כ בזה"ז בא"י ודאי דאורייתא ואסור לקצור קודם שהאיר המזרח:

סימן יב

שאלה לפי מש"ב דאסור בזה"ז לקצור בא"י קודם שהאיר המזרח של ט"ז בניסן אם מותר לקצור מה שגדל ביד הנכרי. או לא:

תשובה לכאורה הדבר פשוט הא אמרינן בר"ה (יג:) דממעטינן קציר נכרי להבאת העומר משום דקצירכם אמר רחמנא. א"כ היה קציר נכרי מקום שאין מביאין ממנו ודינו כבית השלחין שמותר לקצור קודם העומר. אבל מדהשמיט הרמב"ם דין זה נראה דסובר דחבריא דר"כ ס"ל יש קנין לנכרי להפקיע מידי תו"מ וממעטינן מדגנך ולא דגן נכרי. ה"ה דממעטינן מקצירכם ולא קציר נכרי. אבל לפי מאי דקי"ל דאין קנין ולכך מוקי האי דגנך למעט דגן נכרי. ה"ה דס"ל דלא יכול למעט מקצירכם קציר נכרי. ומוקי האי קצירכם לדרשא אחרינא קצירכם ולא קציר מצוה כדדרשינן במנחות (עב.) ולמאי דדרשינן בפסחים (כג.) קצירכם שלכם יהא עיי"ש בתוס' ד"ה קצירכם כו'. עוד נוכל לומר כמשב"ל דאפשר לומר דאף למ"ד אין קנין הוא דוקא לאחר שכבשו את הארץ וקדשו אותה אז אין כח במה שמכר להנכרי להפקיע מקדושתה. אבל מה שהי' להעכו"ם זכות בא"י קודם שכבשו ישראל את הארץ והי' שייך להם הפירות כמש"ב כו"ע מודים דיש קנין. לכך הי' פסול אז מה שהביא שליש ביד הנכרים קודם שבאו ישראל לארץ וכבשו מידם משום קציר נכרי. ולפי"ז כיון דאנן קיי"ל דאין קנין א"כ קציר נכרי נמי מותר להבאת העומר. וא"כ אסור לקצור קודם העומר אף מה שגדל ביד הנכרי מ"מ עדיין יש לחקור בזה דהא סובר הב"י בדעת הרמב"ם הא דאין קנין לעכו"ם להפקיע מידי תו"מ היינו דוקא שאח"כ קנה ישראל מידו. אבל בעודו ביד העכו"ם הופקע מקדושתה לכך סובר הב"י דפירות שגדלו בקרקע של עכו"ם בשביעית פטורין מן הביעור ומכל קדושת שביעית וחייב בתו"מ כמו שהאריך בזה בתשובת אבקת רוכל סי' כ"ד. וכן כתב בכ"מ ה' שו"י פ"ד הכ"ט. וא"כ לפי"ז נראה דמה שגדל ביד עכו"ם פסולה להבאת העומר דמיקרי קציר נכרי א"כ מותר לקצור קודם העומר. אמנם כבר חלק עליו המבי"ט וסובר דלמ"ד אין קנין לנכרי אף מה שגדל ביד נכרי לא הופקע מקדושתה ונוהג בהן קדושת שביעית. והחזיק ע"י בנו המהרי"ט בסי' מ"ג בתשובות נצחות. ולפי"ד א"ש מה דהשמיט הרמב"ם דין דקציר נכרי פסול להבאת העומר משום דאנן קיי"ל דאין קנין לנכרי להפקיע מקדושתה. אבל לפי"ד הכ"מ קשה דאמאי לא הביא הרמב"ם היכא שגדל ביד הנכרי פסול לקצירת העומר:

ומחמת שזו היא קושיא חמורה על הכ"מ ע"כ עלה בדעתי לישב דבריו דהא כתב הרמב"ם בה' תמו"מ פ"ז ה"ה וז"ל אין מביאין מנחה זו אלא מא"י שנאמר והבאתם את

עומר ראשית קצירכם אל הכהן. ועיין בל"מ שכתב שם וז"ל ואע"ג דרבינו ז"ל פסק בהלכות מאכלות אסורות דחדש בחו"ל הוי דאורייתא מ"מ אית לי' דאקרובי לא מקרבינן אלא מן הארץ משום דכתיב קרא כי תבאו אל הארץ דבביאה בארץ הכתוב מדבר ומאי דהביא רבינו ז"ל ראי' ממאי דכתיב עומר ראשית קצירכם אל הכהן ארישא דקרא הוא סמיך דכתיב כי תבאו אל הארץ וכן מבואר בסמ"ג סי' קצ"ט עכ"ל. אבל לפע"ד נראה דהרמב"ם סובר כיון דחדש אסור מה"ת אף בחו"ל א"כ ע"כ כי תבאו לזמן ביאה הוא דאתי. והא דאין מביאין עומר מחו"ל הוא מטעם דכתיב קצירכם. וגם מטעם זה ס"ל לחבריא דר"כ דמה שהביא שליש ביד הנכרי קודם שבאו לארץ פסול להבאת העומר כיון שהי' קנויה להם לפירות או אף לחפור בו שו"מ יש קנין להנכרי להפקיע מקדושתה והוה כחו"ל. אבל קציר נכרי אין זה פסול בפ"ע. לפי"ז י"ל מה שלא הביא הרמב"ם דין זה דמה שגדל ביד הנכרי פסול להבאת העומר משום דהרמב"ם סמך עצמו על מה שביאר בה' תרומות פ"א דמשם מוכח דמה שגדל ביד הנכרי לכו"ע יש קנין לפי"ד הכ"מ הללו. וכיון שיש קנין והוה כחו"ל א"כ ממילא פסול להבאת העומר. וא"צ להזכיר זאת בפירוש כיון דכבר ביאר הרמב"ם להדיא דאין מביאין מחו"ל. אבל אין דעתי נוחה מזה דאכתי הו"ל להרמב"ם להביא היכא דהביא שליש ביד הנכרי פסול להבאת העומר דכן מוכח מדברי הגמרא דר"ה. וזה א"א להוכיח ממה שביאר בה' תרומות. ושיטת הכ"מ צע"ג:

אבל זה ודאי מוכח מדברי הרמב"ם דהיכא דגוף השדה הוא של ישראל והנכרי הוא אריס אצלו או אפי' קבלן מיתר להבאת העומר ואינו פסול משום קציר נכרי. וממילא אסור לקצור קודם העומר דלא כשיטת האחרונים שהבאתי למעלה בסי' י' דס"ל דגם עד שבאו ישראל לארץ היו שייכין כל הפירות לישראל משום דירושה היא להם מאבותיהם אך העכו"ם היו דינם כאריסין אצל הישראל מ"מ פסול להבאת העומר משום קצירך ולא קציר נכרי. ולפי"ד ע"כ צריך לחלק בין דגנך ולא דגן נכרי למ"ד יש קנין ובין קצירך ולא קציר נכרי. דגבי דגנך תלוי בגוף הקרקע אם היא של הישראל או של העכו"ם ועל הגידולין לא איכפת לן כלל אם הם של ישראל או של נכרי. אבל גבי קצירכם העיקר תלוי בהגידולין אם הם של ישראל או של עכו"ם. וכן דעת הגאון בעל ש"א להדיא. אבל לפי"ד תשאר קושיא חמורה על הרמב"ם דאמאי לא הביא דין זה דקציר נכרי פסול להבאת העומר אף בכה"ג היינו היכא שהעכו"ם הוא אריס וכ"ש קבלן דפסול להבאת העומר. אלא ודאי כדברינו דהרמב"ם מפרש דהא דס"ל לחבריא דר"כ דקציר נכרי פסול להבאת העומר הוא דוקא מטעם קנין ומפקיע את הארץ מקדושתה והוה כחו"ל. א"כ בכה"ג דלהעכו"ם אין להם קנין בקרקע רק אריסות וקבלנות בלבד כשר להבאת העומר ולדעת

המבי"ט אפי' היכא דהעכו"ם קנה קנין גמור כיון דאנן קיי"ל דאין קנין כשר להבאת העומר. ואף לפי"ד הכ"מ נראה דאם מכר ישראל להנכרי את השדה לפירות מ"מ לפי מאי דקיי"ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי לא מיקרי קציר נכרי וכשר להבאת העומר. והא דס"ל לחבריא דר"כ דפסול להבאת העומר מה שגדל ביד הנכרי עד שכבשו ישראל משום דס"ל דקנין פירות כקנין הגוף דמי. או נאמר דהי' קנוי להם גם לחפור בה בשו"מ. ולפ"ד נראה ברור דלענין תו"מ דאם מכר ישראל לנכרי שדהו לפירות בלבד אפי' למ"ד יש קנין מ"מ חייבת בתו"מ ולא נפקע מקדושתה מחמת קנין פירות כיון דאנן קיי"ל קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי. ומכירה לפירות דמי לקבלן. וא"כ ה"ה לענין קציר נכרי להבאת העומר דלא מסתברא לחלק בין קצירך ולא קציר נכרי לבין דגנך ולא דגן נכרי למ"ד יש קנין:

סימן יג

עוד יש לחקור בזה לפי משב"ל סוגיא דמנחות (ה) דמשם מוכח להדיא לפ"ד דרב אחא בר אבא דפריך לרב אשי ס"ל בפשיטות דאי חדש בחו"ל אסור מה"ת מביאין העומר אף מחו"ל. ונראה דהני אמוראי דפליגי בחדש דחו"ל אי אסור מדאורייתא אי לא פליגי בזה. דהני אמוראי דס"ל דחדש בחו"ל דאורייתא ס"ל דהלכתא כסתמא דמתני' דערלה. והני אמוראי דס"ל דחדש בחו"ל לאו דאורייתא ס"ל דמסתברא יותר לפסוק כסתמא דמנחות משום דאיכא כמה סתמי דעומר אינו בא אלא מן הארץ. ולדידן הוה ספיקא דדינא בזה. ופסקו כמה ראשונים להחמיר בשל תורה. א"כ נראה לפע"ד דלפי דבריהם איכא למיחש אף בזה"ז דגם בחו"ל אסור לקצור קודם שהאיר המזרח כמו בא"י כיון דלהני אמוראי ס"ל דחדש בחו"ל דאורייתא א"כ מביאין העומר גם מחו"ל. וכן קאמר בירושלמי דשקלים פ"ד ה"א תמן תנינן כל הקרבנות כו' חוץ מן העומר ושתי הלחם שאינו בא אלא מן החדש ומן הארץ רב חונה בשם ר' ירמיה ר' ישמעאל היא דר' ישמעאל אומר אין העומר בא מן הסוריא. נראה להדיא דלרבנן דפליגי אדר"י ס"ל דעומר בא מן הסוריא דס"ל דחדש בחו"ל דאורייתא. א"כ הוה גם חו"ל מקום שמביאין ממנו העומר. וא"כ הישראלים שיש להם קרקעות לחלוטין הירא וחרד לדבר ה' וחושש לדעה זו דחדש בחו"ל דאורייתא לפ"ד נראה דצריך לחוש גם שלא לקצור קודם שהאיר המזרח. אמנם הקרקעות ששוכרין ישראל מן הנכרים אע"ג דעיקר הפירות הם שייכין לישראל מ"מ כיון דגוף הקרקע הוא של נכרי ודאי דפסול להבאת העומר ואינו צריך בזה לחוש בחו"ל. כמו דגבי תו"מ אזלינן בתר גוף הקרקע בא"י למ"ד יש קנין. וכן כתב הגאון בעל פנ"י בקונטרס אחרון דהיכא דלישראל אין לו אלא קנין פירות בלבד לפי שעה לא מיקרי

קצירך ובלא"ה אשכחינן כמה דוכתי דשכירות לא קניא יעו"ש. ולפ"ד נראה דאפי' היכא דמכר הנכרי לישראל לפירות נמי כיון דאנן קיי"ל קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי לא מיקרי קצירך:

אח"כ מצאתי לש"מ על מנחות (פד) דפליגי בזה בעלי התוס' ז"ל אם מותר לקצור בחו"ל קודם זמן קצירת העומר דכתב שם וז"ל כתב ר"י בתשובה דבתבואה הנשרשת לאחר העומר כמו לאחר ששה עשר אסורה מה"ת לקוצרה דחו"ל הוי שפיר ממקום שאתה מביא דקיי"ל כר' יוסי בר"י וכרבנן דבי רב אשי דאמרינן לעיל בפ' ר' ישמעאל דלא אכלי עד צפרא דשיבסר דסברי חדש דחו"ל דאורייתא. אמנם כתב דמותר להערים למכור לעכו"ם עד לאחר קצירה ואז מותר אח"כ אף להכניסם לבית דאע"ג דאין גודשין של בית העמקים היינו טעמא דהתם אין הפסד להמתין בגדיש עד לאחר העומר אבל הכא אם יהי' שם כל ימות החורף יפסיד הכל. והר"ם מפרש דלר' יוסי נמי שרי לקצור בחו"ל דהא דאמרינן ממקום שאתה מביא אי אתה קוצר הא אמרינן בקדושין דהוי מצוה התלויה בארץ ונפקא לן מקרא בקדושין דמצוה התלויה בארץ אינה נוהגת אלא בארץ דהא איסור אכילת חדש בחו"ל נפקא לן ממושבותיכם דכתיב גבי אכילה ולחם וקלי וכרמל לא תאכלו בכל מושבותיכם עד עצם היום הזה בכל מקום שאתם יושבים וגבי קצירה לא כתיב מושבותיכם עכ"ל. ולולא דמסתפינא מרבותי הי' נ"ל טעם אחר להתיר קצירה בחו"ל קודם זמן קצירת העומר כי טעם הר"ם הוא דחוק לפע"ד כיון דהקרא דקצירך קאי נמי על חו"ל כיון דמביאין העומר גם מחו"ל א"כ מנ"ל דקרא דראשית שיהא תחלה לכל הנקצרין לא קאי גם על חו"ל אף שהיא מצוה התלויה בארץ מ"מ הא גם חדש היא תלויה בארץ ומ"מ גלי קרא דהוא נוהג בין בארץ ובין בחו"ל. אלא נ"ל דהא קצירת העומר דאסור בכל חמשת המינים ילפינן ראשית ראשית מחלה כדאמרינן שם (ט:) א"כ אין ג"ש למחצה וילפינן נמי כמו דחלה אינו נוהג אלא בארץ כמו כן איסור קצירה נמי אינו נוהג אלא בארץ:

סימן יד

שאלה הא דאמרינן בר"ה (יג:) אמרי רבנן באילן בתר חנטה. וכן איתא שם (טו:) אילן שחנטו פירותיו קודם ט"ו בשבט מתעשרין לשנה שעברה אחר ט"ו בשבט מתעשרין לשנה הבאה. אימתי הוא זמן החנטה של הפירות דאזלינן בתרה לענין מעשר ולענין שביעית וכן לענין ערלה ורבעי דקיי"ל דכל הפירות שחנטו קודם ט"ו בשבט משל שנה רביעית אסורין משום ערלה ומשל שנה החמישית צריכין לפדות. וכן הא דפסקינן בשו"ע חו"מ סי' ר"ט ס"ד בהג"ה דלאחר חנטה מיקרי דבר שבא לעולם. וזה נובע

מדברי רש"י ב"מ (סו:). באיזה זמן מיקרי אחר החנטה דהוה אז דבר שבא לעולם ויכול להקנותם:

תשובה לכאורה יש ללמוד מדברי הרשב"א בחידושיו לקדושין (נד:) דחנטה מיקרי אף קודם שהגיע לכלל סמדר מיקרי אז לולבי גפנים ויחורי תאנים. עיין בב"ק (נט.) יעו"ש ברש"י. דז"ל הרשב"א הב"ע בדיהיב לי' כשהוא סמדר ודלא כר"י דאמר סמדר אסור מפני שהוא פרי. ופירש"י בלשון ראשון דמשו"ה לא אמר בדיהיב לי' מקמי דלהוי סמדר דבעי לאשמעינן אגב אורחי' דליתא לדר"י. ובלשון שני פי' דמקמי דלהוי סמדר א"א לאוקמה דאפי' ר"מ דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם לא אמר אלא היכא דודאי אתו אבל הכא מי יימר דאתא ותמיה לי דהא מוכר פירות דקל ואפי' קודם חנטה לר"מ קנה וקרית לי' עבידי דאתו דממילא קא אתו וכ"ש הכא דלאחר חנטה קודם שהגיע לסמדר דעבידי דאתו ולר"מ קנה עכ"ל. הרי כתב להדיא דחנטה היה קודם שהגיע לכלל סמדר. ונראה דזה היה דעת הגאון בעל אבני מלואים סי' מ' דכתב אמנם בעיקר הדין שכתב הרמ"א בחו"מ סי' ר"ט דאם חנטו הפירות הוו באו לעולם מידי ספיקא לא נפקא דאינו נראה כן מדברי הריטב"א בפ' האיש מקדש מדכתב דמקמי שהוא סמדר חשיב דשלב"ל. וכן כתבו התוס' רי"ד וכן מוכח מדברי הרשב"א יעו"ש עכת"ד. וכונתו לדברי הרשב"א הנ"ל דע"כ לא פליג ע"ד רש"י בלשון שני דס"ל דאף לר"מ לא קנה מקמי דלהוי סמדר. אבל לרבנן נראה דגם הוא מודה דלא קנה. אבל לפע"ד זהו תמוה לומר דרש"י דב"מ ס"ל דאף מקמי דלהוי סמדר דאז עדיין לא הוה פרי כלל הוה דשב"ל וקני. דהא ע"כ לא פליגי ר"י ורבנן בערלה פ"א אלא בסמדר דר"י ס"ל דסמדר אסור משום דזה הוי פרי. ורבנן ס"ל דסמדר לא הוה פרי. אבל קודם שהגיע לכלל סמדר לכו"ע לא הוה פרי כלל. א"כ האיך אפשר לומר דאז הוה דבר שבא לעולם. וגם קשה לפי"ז דאף אם נאמר דלשון שני דרש"י דהביא הרשב"א לא ס"ל כדברי רש"י דב"מ דלאחר חנטה מיקרי דשב"ל. מ"מ תמוה האיך תהא פלוגתא רחוקה ביניהם מן הקצה אל הקצה דלשון שני דרש"י ס"ל דקודם שהגיע לכלל סמדר אף לר"מ לא קנה ורש"י דב"מ ס"ל דלאחר חנטה אף לרבנן קנה. וזה יהי' אף קודם שהגיע לכלל סמדר:

ע"כ נ"ל לדחוק דכונת הרשב"א בחידושיו דמש"כ לאחר חנטה קודם שהגיע לכלל סמדר היינו התחלת החנטה. והתחלת החנטה הוא בעת פריחת הפירות והוא מקודם שהגיע לכלל סמדר. אבל גמר החנטה לא הוה אלא לאחר שפרח הפירות ונפל הפרח מעליהם ואז מיקרי סמדר כמש"כ רש"י בב"ק שם סמדר ענבים דקין בהתחלתן לאחר שפרח מיד. ואז ס"ל לרש"י דב"מ דחשיב דשב"ל כיון שיש כאן פרי. ולפי"ז א"א להוכיח

מכאן דהרשב"א והתוס' רי"ד והריטב"א פליגי ע"ד רש"י דב"מ. ועיין לקמן שאבאר דעת הריטב"א בזה בס"ד. אכן בירושלמי דשביעית פ"ד ה"ט נראה דזמן החנטה הוא מזמן שאסור לקצוץ בשביעית. דאמרינן שם תני ר' חנינא בר פפא חרובין שלשולן הוא חנטן. וכן גבי גפנים דאינם אסורין לקצוץ אלא עד שיגרעו. ועיין בברכות (לו:) דהוא בוסר הוא גרוע. נראה ג"כ דגמר חניטתן לא הוה אלא דוקא משהגיע לכלל בוסר. והסברא נותנת כך דהא אנן קי"ל כרבנן דסמדר לא נקרא עדיין פרי עד שיגיע לכלל בוסר:

ועלה בדעתי לומר דכן יש להוכיח מדברי רש"י הנ"ל דהא רש"י ס"ל בלשון שני דמקמי דלהוי סמדר אף לר"מ לא קנה. ורש"י דב"מ ס"ל דלאחר חנטה אף לרבנן קנה. ואם נאמר דכונת רש"י לאחר חנטה היינו משהגיע לכלל סמדר א"כ תקשי באיזה זמן פליגי ר"מ ורבנן במוכר פירות דקל אי קנה או לא. אלא ע"כ דחנטה לא מיקרי אלא דוקא משהגיע לכלל בוסר והא דפליגי ר"מ ורבנן כשמכר משהגיע לכלל סמדר דאז הוה עדיין דשלב"ל. והמתני' דמוקי הגמרא בקדושין שם דנתן לו כשהוא סמדר. ע"כ צ"ל לדברי רש"י דמוקי כר"מ ולא כרבנן. אבל לאחר העיון ז"א. דהא דוקא בגפנים פליגי ר"י ורבנן אם סמדר חשיב פרי אי לא. אבל בשאר אילנות אמרינן שאסור לקצוץ בשביעית מיד שיוציאו פרי ומזה הביא הגמרא ראי' בברכות (לו:) ובפסחים (נג.) דבשאר אילנות גם רבנן מודו דמיד שיוציאו פרי חשוב פרי גמור ואסור בערלה. א"כ הכא בב"מ דמיירי בפירות דקל דמיד שיוציא כפנות אף שעדיין הוא כמו סמדר בגפנים מ"מ אסור בערלה. ולדברי רש"י דב"מ חשיב דשב"ל. א"כ עדיין תקשי באיזה זמן פליגי ר"מ ורבנן במוכר פירות דקל לחבירו כיון דקודם שהגיע לכלל סמדר אף לר"מ לא קנה ללשון שני דרש"י. ומיד שהגיע לכלל סמדר אף לרבנן קנה:

אח"כ התבוננתי דבדברי רש"י דיבמות (צג.) מוכח להדיא דס"ל דחנטה מיקרי משהגיע לכלל סמדר. דכתב שם וז"ל המוכר פירות דקל בימות הגשמים עד שלא באו לעולם בא לחזור בו קודם ניסן שאז האילנות מוציאין יכול לחזור עכ"ל ונראה ברור דכונת רש"י ביבמות הוא כמש"כ רש"י בב"מ (סו:) דקודם חנטה הוה דשלב"ל אבל לאחר חנטה מיקרי דשב"ל. לכך כתב רש"י ז"ל ביבמות בא לחזור קודם ניסן דזה ידוע דזמן הוצאת הפרי הוא בניסן כדאמרינן בר"ה (יא.) איזה חודש שהארץ מלאה דשאים והאילנות מוציאין פירות הוי אומר זהו ניסן. והוצאת הפירות מיקרי לאחר שפרחו והגיעו לכלל סמדר. וזהו כוונת רש"י קודם ניסן שאז האילנות מוציאין היינו הוצאות הפירות והוא לאחר גמר החנטה. ולאחר שנפל הפרח מעליהם ונעשו כפנות לכך חשיב דשב"ל. ולפי"ז ע"כ צ"ל דלשון שני דרש"י לא ס"ל כדברי רש"י דב"מ ודיבמות דמיד אחר החנטה מיקרי

דשב"ל. דא"כ תיקשי באיזה זמן פליגי ר"מ ורבנן. אלא ס"ל כ"ז שלא הביא שליש לא מיקרי דשב"ל כמו גבי תבואה דכ"ז שלא הב"ש לא מיקרי תבואה כדמוכח בקדושין (סב:) וכן ס"ל להרמ"ך הובא בש"מ בב"מ (סד.). וכן הביא המח"א בה' מוכר דשלב"ל מדברי הריטב"א דכתב בקדושין שם וז"ל ושמעי' מיני' דהמוכר פירות דקל עד שלא הב"ש לא קנה. ומה שהקשה המח"א שם מה ענין תרומה אצל קנין דתרומה שאני כיון דעכשיו אינם ראויים הפירות להפריש מהן תרומה חשיב כדבר שלב"ל כו' אבל לגבי קנין למה לא יכול להקנותו כדי להאכיל לבהמה עכשיו עכ"ל. לפעד"נ דודאי כו"ע מודים דכמו שהוא יכול להקנותו אף קודם שהב"ש כיון דחזי כמו שהוא להאכיל לבהמה. אך אם מוכר לו דגן או חטים ועדיין לא הב"ש כיון שלא מיקרי אז תבואה ולכך לא יכול להפריש מהן תרומה ע"כ אינו יכול להקנותו וחשיב דשלב"ל. וזה למדו הראשונים מהגמרא דקדושין. וה"ה גבי מוכר פירות דקל אם מוכר לו תמרים ותמרים הא לא מיקרי כ"ז שלא הב"ש אף שהוא כמו כופרא והוא כמו בוסר בענבים כמש"כ רש"י בב"ק (נט:) מ"מ אמרינן שם הא לאו תמרי שקיל מיני' לכך כיון דמכר לו תמרים ועדיין לא הב"ש הוה דשלב"ל. אבל אם מקנה כמו שהוא כיון שהגיע לכלל סמדר מצי להקנותו. ובזה מיושב מה שלכאורה סותר הריטב"א דברי עצמו דהא בפ' האיש מקדש מתרץ דלכך קאמר שנתן לו כשהוא סמדר דקודם שהוא סמדר הוה דשלב"ל ואינו יכול להקנותו. והא הוא בעצמו סובר בפ' האומר דאף לאחר שהוא סמדר נמי אינו יכול להקנותו כ"ז שלא הב"ש. אבל לפי"ד ניחא דבפ' האיש מקדש מיירי שנותן לו כמו שהוא. ובפ' האומר מיירי דמקנה לו תמרים לכך כ"ז שלא הב"ש לא קני:

אמנם מדברי רש"י דיבמות ודב"מ נראה דס"ל דאפי' מקנה לי' תמרים נמי קנה לאחר החנטה כיון שנעשו כפנות ומיקרי אז פרי אע"ג דעדיין לא נגמר הפרי. דלא כהקצה"ח בסי' ר"ט דס"ל דגם רש"י מודה דכ"ז שלא הב"ש לא הוה פרי גמור מ"מ כיון דחנטו הפירות מיקרי דשב"ל קצת. ומהני אפי' לר"נ משום דהוא ס"ל דגבי מזכה לעובר דכשתלה קנה לכך. פירש"י דמיירי שם דלא חנטו הפירות. ונפלאתי ע"ז מאד דהא מדברי רש"י מוכח דלאחר שחנטו הפירות מיקרי דשב"ל ממש. דהא כתב רש"י לר"ה דס"ל דמשבא לעולם אינו יכול לחזור בו דמיד שחנטו הפירות אינו יכול לחזור. אלמא דס"ל דבזה מיקרי דשב"ל ממש. וכן נראה מדברי הרמ"א דלמד מדברי רש"י דמיד אחר החנטה מיקרי דשב"ל ממש. גם מה דמסיק הקצה"ח לישב דברי הרמ"א מקושית הבני יעקב מסוגיא דקדושין משום דשאני גבי חנטה דודאי לכו"ע איתא במכירה אותה חנטה למישקל וליזול הלוקח בהו. אבל גבי תרומה כ"ז דלא הב"ש ליתא כלל בתרומה. כוון

בזה לד' הגאון בעל מח"א כמו שהבאנו למעלה. אבל מדברי הרמ"א לא משמע כן. דא"כ אף לגבי תבואה נמי אם מכר תבואת שדהו כמו שהיא אף קודם שהב"ש ודאי דג"כ קנה. ומדברי הרמ"א משמע דדוקא גבי פירות האילן לאחר חנטה הוא דמיקרי דשב"ל. ע"כ נראה דס"ל להרמ"א דרש"י סובר דאף אם מכר לו פירות גמורין כיון שהוא לאחר החנטה והוה פרי הוה דשב"ל וקנה. אבל גבי תבואה אם מכר לו תבואת שדהו כ"ז שלא הב"ש הוה עדיין דשלב"ל דכ"ז שלא הב"ש לא מיקרי תבואה:

ונראה דרש"י למד זאת מהא דקיי"ל לענין שנת המעשר ולענין שביעית באילן בתר חנטה ובתבואה וזיתים בתר הב"ש. אלמא דשאני פירות אילן מתבואה משום דגבי פירות האילן מיד אחר החנטה מיקרי פרי לכך אזלינן בתר חנטה. אבל בתבואה לא מיקרי תבואה כלל כ"ז שלא הב"ש כדילפינן שם בר"ה מקרא ועשת את התבואה לשלש שנים ה"ה לענין דבר שלב"ל. אף שרש"י כתב בר"ה (יב:) על הא דקאמר שם מנה"מ וז"ל אתבואה ואזיתים קאי דמעשר דידהו דאורייתא ומנלן דבתר שליש אזלי דאילו ירק דאזיל בי' רבנן בתר לקיטה ואילן דאזיל בתר חנטה מעשר דידהו מדרבנן ולא מבעי בהו מנלן ולקמן מפרש בהו טעמי' ירק משום דגייזי לי' כל שעתא והדר צמח וגדל על מי גשמים של שנת לקיטתו אזיל בי' בתר לקיטה. אילן גדל על מי שנה שחנט בה שעל ידי שרף שבא באילן לפני חנטה פירותיו חונטין ובו נגמרין כו' עכ"ל. א"כ לפי"ז ליכא ללמוד משם לענין דשלב"ל אבל באמת זה ניחא לענין מעשר משום דמעשר פירות האילן הוא מדרבנן. אבל לענין שביעית דאזלינן בתר חנטה תשאר הקושיא דאמאי לא אזלינן בהו בתר הב"ש כמי גבי תבואה. אע"כ משום דשאני פירות האילן דמיד אחר החנטה הוא חשיבי פרי אבל תבואה לא חשיבי כ"ז שלא הב"ש. ומה דהוצרך רש"י לדחוק גבי מעשר. משום דקשה לרש"י גבי מעשר דאמאי אזלינן בתר חנטה גבי אילן כיון דעדיין לא הגיע לעונה"מ דהא מהסברא צריך להיות דשנת המעשרות תהא תלוי בעונה"מ. לכך הוצרך רש"י לומר משום דמעשר פירות האילן הוא מדרבנן ולכך נראה להו לחכמים ליזול בהו בתר חנטה:

ואין להקשות לפי"ז מדברי רש"י דב"מ (עג.) דכתב שם וז"ל פרדיסא לקנות יין מן הכרם בדמים פחותים כל פירות שנה זו בכך וכך ולוקחין אחר שהן בוסר או סמדר אבל עדיין לא הגיע לביכור עכ"ל. וכיון שהוא לאחר חנטה א"כ קנה הפרדס קנין גמור לדבריו וא"כ אמאי ס"ל לרב דאסור משום דמקדים לו המעות ומוזיל גבי'. אבל באמת ז"א דהתם מיירי דמוכר לו יין וכ"ז שהוא בוסר לגבי יין מיקרי זה דבר שלבל"ע דכ"ז שהוא בוסר משקה היוצא מהם אינו מכשיר כדאיתא בירושלמי. [ומטעם זה תמוה לי דברי התוס'

שם (סד.) ד"ה מה כו' דכתבו שם ולאיכא דאמרי דשרי רבא גבי קרי כיון דממילא קרבו שפיר דמי איכא לאוקמי גבי פרדיסא דאסר רב דמיירי שעדיין לא יצא הפרי כלל. דהא התוס' בעצמם פירשו שם דגבי פרדיסא מיירי שמכר לו יין א"כ אפי' אם יצא הפרי כיון שעדיין הוא בוסר הא גבי יין הוה כמו שאינו בעולם כלל וצ"ע]. אבל אם מכר ענבים כיון שהגיע לכלל בוסר מותר. אך לכאורה יש להקשות כיון דמיירי שם דמכר לו יין א"כ למה הוצרך רש"י לומר דמיירי שהפרדס הוא עדיין בוסר או סמדר דילמא מיירי שהפרדס הוא קרוב לביכור מ"מ אסר רב משום דהוא ס"ל דמחוסר שתים פוסק אבל מחוסר שלש אינו פוסק. אף שאפשר לומר דרש"י פי' כן משום דברי שמואל דקאמר הגמרא דלכך שרי משום כיון דהוה בי' תיוהא לא מיחזי כאגר נטר לי'. והא שמואל ס"ל דאף במחוסר שלש פוסק א"כ למה צריך להאי טעמא. לכך פירש"י דמיירי שהפרדס הוא עדיין בוסר מ"מ שרי שמואל. אבל באמת מדברי רש"י משמע דגם לדברי רב פירש כן דאם הי' קרוב לביכור אף לרב הוה שרי. ונראה דאף דסובר רב דמחוסר שלש אינו פוסק מ"מ מודה דזה מיקרי דבר שבא לעולם. והכא מיירי שהקנה לו יין מזה הפרדס וא"כ אם הוה הפרדס קרוב לביכור א"כ הוה דשב"ל וקונה את הפרדס קנין גמור ואף לרב הוה שרי. ולא דמי לפוסק על המעטן של ענבים דשם לא הקנה כלום רק על סמך זה פוסק עמו לכך ס"ל לרב דמחוסר שלש אינו פוסק ומזה ראי' גדולה לתשו' המהר"ם אלשיך סי' קל"ו דמחוסר שלש מלאכות לא מיקרי דשלב"ל. ועיין בחו"ד סי' קע"ה ס"א:

סימן טו

אמנם הרמב"ם פ"א מה' מע"ש כתב וז"ל וכן פירות האילן שבאו לעונה"מ קודם ט"ו בשבט של שנה שלישית אעפ"י שנגמרו ונאספו אחר כן בסוף שנה שלישית מתעשרין לשעבר ומפריש מהן מע"ש כו' ואם באו לעונה"מ אחר ט"ו בשבט מתעשרין להבא. והחרובין אעפ"י שחנטו פירותיהן קודם חמשה עשר בשבט מתעשרין להבא כו' יעו"ש היטב בהשגת הראב"ד. ומדבריהם נראה להדיא דהם מפרשים דהא דאמרינן באילן בתר חנטה הוא משהגיע לעונה"מ. וכן כתב הרמב"ם בה' שמיטה פ"ד ה"ט דבפירות האילן אזלינן בתר עונה"מ לענין שביעית. וצע"ג מאין יצא להם זאת. דהא בירושלמי דשביעית פ"ה ה"א מבואר להדיא דחנטה מיקרי מיד שהגיע לכלל פגין. דאיתא שם הני רשב"ג אומר מן צאת עלין ועד הפגין נ' יום מן הפגין ועד השיתין הנובלות נ' יום מן שיתין הנובלות עד התאנים נ' יום כו' לקט תאנה ואינו יודע אימתי חנטה אמר ר' יונה מאה יומין למפרע והוא יודע אימתי חנטה. אלמא דחנטה מיקרי מעת שנקרא פגין גבי תאנה. וגבי חרובין שלשולן הוא חנטן כמבואר בירושלמי הנ"ל והא עונה"מ היא

אח"כ כמבואר במשנה פ"א דמעשרות. והאיך ס"ל להרמב"ם והראב"ד דחנטה הוא זמן עונה"מ. ועלה בדעתי לומר דהרמב"ם למד זאת מהירושלמי דשביעית פ"ב דאמרינן שם בפירות הלכו אחר שליש ובאורז אחר השרשה. והתוס' כ' בר"ה (יב:) ד"ה התבואה כו' דכל עונה"מ המוזכרין במשנה הוא זמן הבאת שליש לכל או"א. וכן מצאתי בפנ"י בר"ה דכתב דבירושלמי דשביעית פ"ב משמע קצת כדברי הרמב"ם דחנטה הוא זמן עונה"מ. אבל באמת המעיין שם בירושלמי יראה להדיא דהירושלמי לא קאי אלא על תבואת תירוש ויצהר דהביא שם הקרא מגרנך מיקבך מגרנך ולא כל גרנך מיקבך ולא כל יקבך. א"כ מיירי להדיא רק בתבואת תירוש ויצהר. אך זאת יש ללמוד מהירושלמי דאף דבבבלי קאמר דרק בתבואה וזיתים לבד אזלינן בתר הב"ש גם ענבים הוה בכלל תבואה כדברי רש"י שם. דלא כדברי התוס' שם דכתבו דענבים הוי בכלל אילנות ואזלינן בתר חנטה. דהא הירושלמי קאמר להדיא מיקבך ולא כל יקבך. ויקב ודאי דהוה בין ענבים ובין זיתים. וקאמר דאזלינן בהו בתר הב"ש. וזה רחוק לומר דהירושלמי והבבלי מחולקין בזה. אלא יותר נכון לומר משום דענבים הוה בכלל תבואה כדכתיב ותבואת הכרם. ומה שהשיגו התוס' על פירש"י דהא שיעור אחר תנא גבי ענבים. מצאתי בתוס' רי"ד שם שמישב קושיא זו וז"ל עוד מקשים בתוס' על פתרון שפירש דיין ותירוש הוי בכלל תבואה כו' נ"ל דלק"מ ופתרון המורה עיקר דאימת הוי יין ותירוש דינו כתבואה דוקא באותן ענבים העתיד לדורכן ולעשות מהן יין כדכתיב וכתבואת יקב ואותן הענבים אם לא הביאו שליש ובצרן ודרכן אין אותו היין חייב במעשר שאינו יין אלא חומץ הבוסר. ומאי דתנן התם הענבים משיבאישו כגון שליקטן כדי לאוכלן שמשעה שיבאישו שיתמתקו מעט אדם תולש מהן לאוכלן וקודם לכן הן בוסר בעלמא ואפי' ליקטן לאכילה פטורין מן המעשר שאינו אוכל עד שיבאישו ויהיו חשובין אוכל. ודוקא אם ליקטן לאכילה חייבין במעשר בזה השיעור אבל אם ליקטן לדורכן בגת עד שלא יביאו שליש שיהו ראויין לעשות מהן יין ע"י הדחק אינן חייבין במעשר. והכל לפי מחשבתו בצרן לאכילה משיבאישו. לדרכן בגת משיביאו שליש עכ"ל:

וגם נ"ל לומר דהא דנשתנו זיתים וענבים דאזלינן בהו בתר הב"ש ובשאר אילנות אזלינן בתר חנטה. משום דזיתים וענבים עיקר המעשר שלהם אינו אלא משום המשקה היוצא מהם דתירוש ויצהר כתיב. וכ"ש לדעת הרמב"ן דזיתים וענבים עצמן מעשר שלהם אינו אלא מדרבנן. והא איתא בירושלמי דזיתים וענבים שלא הב"ש משקה היוצא מהם לא מכשיר. לכך אזלינן בהו בתר הב"ש. אבל בשאר פירות מיד אחר החנטה חשיבי פרי לכך אזלינן בהו בתר חנטה. ובזה הדרך יתורץ מה שיש להקשות מה נשתנו זיתים וענבים

מכל האילנות לענין מעשרות דאזלינן בהו בתר הב"ש. ובערלה ורבעי שוים זיתים וענבים לכל האילנות ולפי"ד ניחא דשאני ערלה ורבעי דחל האיסור על הפרי עצמו לכך אזלינן בכולהו בתר חנטה. אבל לענין מעשרות עיקר החיוב אינו אלא משום משקה היוצא מהם. ואף אם נאמר דלא כהרמב"ן מ"מ ודאי עיקר חשיבות שלהם אינו אלא משקה שיש בהם. אך לפי"ז צ"ע בשביעית דאמאי בזיתים וענבים אזלינן בתר הב"ש ולא אזלינן בתר חנטה כמו בשאר אילנות. דהא קדושת שביעית חלה מיד על הפירות אף קודם שהגיע לעונה"מ מזמן שאסור לקצץ בשביעית משום הפסד הפרי. ולפע"ד באמת היה נ"ל לומר דלענין שביעית גם בזיתים וענבים אזלינן בתר חנטה ודוקא בתבואה אזלינן גבי שביעית בתר הב"ש דהא כל הקרא דילפינן דגבי שביעית אזלינן בתר הב"ש איירי רק בתבואה. והא דילפינן מעשרות משביעית הוא רק בתבואה. אבל זיתים וענבים לא ילפינן מעשר משביעית. והא דגבי מעשר אזלינן בתר הב"ש טעמא אחרינא אית בי' משום דתירוש ויצהר כתיב בו. ועיקר חשיבות שלהם אינו אלא משום משקה שיש בהו וקודם הב"ש לא חשיבי כמש"ב. אבל גבי שביעית אזלינן בתר חנטה גם בזיתים וענבים. והגמרא דקאמר מנה"מ לא קאי רק על תבואה בלבד דמנלן דאזלינן בזה בתר הב"ש לענין מעשרות. והא דקאמר הגמרא באילן בתר חנטה תבואה וזיתים בתר הב"ש קאי רק לענין מעשר בלבד ולא לענין שביעית. אך בדברי התוס' שם מבואר דאין חילוק בין מעשר לשביעית.

ומצאתי להריטב"א בר"ה שם דכתב וז"ל התבואה והזיתים משיביאו שליש מנה"מ פירש מדחזינן דמייתי ראיה מענין שביעית שמעינן דלאו בזיתים איירינן דההוא בתר חנטה הוא לשביעית ככל האילנות אלא לענין תבואה שקלי' וטרי' דקים לן שדינה בשליש לכל דבריה שאין לחלק בדיני תבואה בזה ולכולם ראוי להיות זמן אחד שהוא שלימות הפרי ופוק חזי בכולא שמעתא דכולהו קראי דמייתי לענין תבואה נינהו כו' עכ"ל. וזה עולה כדברינו. אך מה דס"ל שם דגם לענין חדש וישן שניה ושלישית זיתים שוים לכל האילנות ואזלינן בתר חנטה ודחק שם בדברי הגמרא הא דקאמר אילן בתר חנטה תבואה וזיתים בתר הב"ש יעו"ש. לכאורה דבריו תמוהים דהא בירושלמי אמרינן להדיא בפירות אזלינן בתר הב"ש וילפינן מיקבך ולא כל יקבך. א"כ האיך אפשר לומר דגם בזיתים אזלינן בתר חנטה. ואדרבה נראה מזה דגם בענבים אזלינן בתר הב"ש לענין חדש וישן שניה ושלישית כדברי רש"י ז"ל. אך מדברי הברייתא שם (טו:) דפליג ר' נחמיה על הת"ק וקאמר בד"א באילן העושה שתי בריכות אבל באילן העושה בריכה אחת כגון דקלים וזיתים וחרובין אף שחנטו קודם ט"ו בשבט מתעשרין לשנה הבאה.

משמע כדברי הריטב"א. דלפי"ד רש"י והתוס' צריך לדחוק דבחנם נקט זיתים כדכתבו שם התוס' ד"ה כגון כו' דמודה בהו ת"ק דאזלינן בתר הב"ש ולא אחר חנטה. אבל לפי"ד הריטב"א א"ש דת"ק ס"ל דגם בזיתים אזלינן בתר חנטה. אמנם דברי הירושלמי קשה לדבריו. אבל לאחר העיון אפשר ליישב דברי הריטב"א דהוא מחלק גבי זיתים בין אם בצרן לדרוך מהם שמן ובין אם בצרן לאכילה. ע"ד שמחלק התוס' רי"ד גבי ענבים שהבאתי למעלה. דאם בצרן לדרוך מהם שמן כיון דשמן קודם הב"ש אינו חשיב שמן כלל ואינו מכשיר כמו שמבואר בירושלמי לכך אזלינן בהו בתר הב"ש. ובזה אירי הירושלמי דקאמר מיקביך ולא כל יקביך. אבל אם בצרן לאכילה אזלינן בתר חנטה גבי זיתים כמו בשאר פירות. וכן גבי ענבים אזלינן בתר חנטה אם בצרן לאכול. משום דמיד אחר החנטה חשיב פרי כמשב"ל בסי' י"ד דכן היא שיטת רש"י לענין דשב"ל:

עוד עלה בדעתי דאפשר ליישב דברי הריטב"א באופן זה שמחלק בזיתים בין היכא שעומדין לאכילה ובין לעשות מהם שמן עפ"ד הרמב"ן שהבאתי למעלה דס"ל דדוקא אם עשה מהן שמן מעשר שלהם מדאורייתא. אבל לאכילה מעשר שלהם דרבנן. לכך אם עשה מהן שמן אזלינן בתר הב"ש. משום דעיקר שנת המעשרות צריך להיות בתר הב"ש שאז חל עליהן חיוב המעשרות. אבל בעומדין לאכילה דמעשר שלהם דרבנן קבעו חכמים שנתם כפי מה שנראה בעיניהם כמו שפירש"י לעיל גבי אילן וירק. לכך אזלינן בתר חנטה. ובזה נראה ליישב גם דברי רש"י והתוס' שם דפי' דבאילן העושה בריכה אחת אזלינן בתר לקיטה. ולכאורה תמוה דא"כ האיך כולל זיתים עם כל האילנות העושים בריכה אחת. הא בכל האילנות העושין בריכה אחת אזלינן בתר לקיטה. ובזיתים הא אזלינן בתר הב"ש. אבל לפי"ז ניחא דהכא מיירי בזיתים העומדין לאכילה ומעשר שלהם אינו אלא מדרבנן בזה פליגי ת"ק ור' נתן דת"ק סבר דאזלינן בתר חנטה. ור"נ סבר דאזלינן בתר לקיטה. אבל באמת דברי הרמב"ן תמוהין מאד. דא"כ האיך אמרינן בתרומות פ"א מ"ט דתורמין שמן על זיתים הנכבשים. דהא בשמן חייב לפרוש תרומות ומעשרות מדאורייתא ובזיתים אינו חייב אלא מדרבנן. א"כ תורם מן החיוב על הפטור. ומצאתי שכבר העיר בזה הגאון רעק"א ז"ל. ובלא"ה מדברי רש"י והתוס' מוכרח בכמה מקומות דאינם סוברין כשיטת הרמב"ן. ע"כ דברי רש"י והתוס' צע"ג. ועוד קשה לי ע"ד רש"י והתוס' שפי' דר"נ ס"ל באילן העושה בריכה אחת אזלינן בתר לקיטה. דהא בירושלמי פ"ה ה"א מבואר להדיא דאינו כן דלאחר שהביא שם הפלוגתא דר"נ ורבנן קאמר שם הירושלמי וז"ל תמן אמרין אילן שחנט קודם ר"ה של עולם מתעשר לשעבר ולאחר ר"ה של עולם מתעשר לבא התיב ר' יודן בר פדיא קומי ר' יונה הרי חרובין הרי

הן חונטין קודם ר"ה של עולם והן מתעשרין לבא ולא שמיע דא"ר חיננא בר פפא חרובין שלשולן היא חנטן אמר ר' יסא הביא שליש לפני ר"ה של עולם מתעשר לשעבר אחר ר"ה של עולם מתעשר לבא התיב ר' זעירא קומי ר יסא פעמים שהשנים מאפילות ותמרים מטילות שאור אחר ר"ה של עולם והן מתעשרות לשעבר א"ר זעירא לא מן דעתי' אמר הדא מילתא אלא מן הדא ר' יוחנן ורשב"ל ר' יעקב בר אחא בשם שמואל בר אבא הביא שליש קודם ט"ו בשבט מתעשר לשעבר אחר ט"ו בשבט מתעשר לבא אמר ר' זעירא ויאות הרי אתרוג עקרתה חנטו ולא עקרתה שנתו וכאן עקרתה שנתו ולא עקרתה חנטו עכ"ל. והמעיין היטב בדברי הירושלמי יראה דה"פ דכל הני אמוראי פליגי בפירושי' דר"נ דקאמר באילן העושה בריכה אחת אף שחנטה קודם ט"ו בשבט מתעשר להבא תמן אמרין דלכך מתעשר להבא משום דר"נ ס"ל דבהם עקרינן שנתן ואזלינן אחר שנת העולם. ולכך התיב ר' יודן ע"ז דהא חרובין הן חונטין קודם ר"ה ומ"מ מתעשרין להבא אלמא משום דר"נ ס"ל דאזלינן בתר הב"ש לכך מתעשרין להבא. ומשני משום דחנטן הן שלשולן וזה הוא אחר שנת העולם ולכך מתעשרין להבא. ור' יסא ס"ל דבאילן העושה בריכה אחת ס"ל לר"נ דאזלינן בתר הב"ש וגם אחר שנת העולם. ולכך התיב ר"ז עליו דהא פעמים שהתמרים מאפילות מטילות שאור אחר ר"ה והן מתעשרין לשעבר ומזה ראי' משום דאזלינן בהו אחר חנטה והחנטה שלהן הוא קודם שנת העולם ולכך מתעשרין לשעבר. והא דאמר ר"ז ע"ז לא מן דעתי' אמר הדא מילתא אלא מן הדא ר"י ורשב"ל. נראה משום דר"ל פריך לר"י דאמר נהגו בחרובין כר"נ מבנות שוח דשביעית שלהן שניה ואי אמרת דנהגי כר"נ א"כ אמאי שביעית שלהם שניה אלמא דר"י ור"ל ס"ל דר"נ סובר דאזלינן בתר הב"ש. ולא אחר חנטה ובתר שנת העולם כדברי תמן ור' יעקב בר אחא משום שמואל בר אבא אמר דלא כר' יסא ודלא כתמן אלא לר"נ הביא שליש קודם ט"ו בשבט מתעשרין לשעבר לאחר ט"ו בשבט מתעשרין להבא ועקרינן רק חנטה באילן העושה בריכה אחת. וא"כ יתישב שפיר מה דבתמרים אף דמטילות שאור אחר ר"ה של עולם מתעשרין לשנה שעברה משום דאזלינן בתר ט"ו בשבט. וע"ז אמר ר"ז ויאות הרי אתרוג עקרתה חנטו ולא עקרתה שנתו וכאן עקרתה שנתו ולא עקרתה חנטו. וה"פ דר"ז קאמר דדברי ר"י ב"א הם נכונים יותר מדברי תמן. דלפי"ד תמן דר"נ סובר דעקרינן שנתן ולא דעקרינן חנטן א"כ זה היפך מאתרוג דבאתרוג אזלינן בתר לקיטה מ"מ אמרינן דט"ו בשבט הוא שנתו כמבואר בברייתא שהובא בגמרא דידן שם (יד:) א"כ עקרינן באתרוג חנטו ולא דעקרינן שנתו. ובאילן העושה בריכה אחת עקרינן שנתו ולא עקרינן חנטו בתמיה. אע"כ כדברי ריב"א דעקרינן בהו חנטה ולא שנתן. כנ"ל בפי'. אח"כ מצאתי

בפי' מהרא"פ שגם הוא ז"ל מפרש על דרך זה. אך בדברינו מבוארים הדברים יותר. ות"ל שכוונתי לדעתו. ודלא כהבעל פנ"מ שבמחכ"ת שגה בפירושו יעו"ש:

עוד נ"ל דלפי"ז ע"כ צריך לפרש בפי' שתי בריכות דלא כפירש"י דפי' היינו תאנים שאינן נלקטין כאחת. דלפי פירושו א"א להבין דברי הירושלמי כלל בין למ"ד דעקרינן שנתו ואזלינן באילן העושה בריכה אחת בתר שנת העולם. ובין למ"ד דעקרינן חנטה ואזיל בתר הב"ש. דלמה נשתנו אלו שנלקטים כאחת ליזול בתר הב"ש מחמת זה או לעקור שנתו מחמת זה. ובלא"ה קשה לפע"ד פירש"י ז"ל. (א) דהא כיון דאינם נלקטים כאחת א"כ אינם חונטים ג"כ כאחת כדאמרינן בירושלמי שם לקט תאנה ואינו יודע אימתי חנטה אמר ר' יונה מונה מאה יומין למפרע. מוכח משם להדיא דכל תאנה ותאנה נלקטת לפי זמן החנטה בכל אחת ואחת. וא"כ אמאי עדיפא חנטה דאזלינן בהו בתר חנטה. ולא בתר לקיטה. דהא ע"כ לפי פירש"י לקיטה עיקר מה"ד וכן כתבו הגאונים בעל טו"א והפנ"י. אלא דבשתי בריכות היא תקנת חכמים ליזיל בהו בתר חנטה משום דלקיטתן אינה כאחת יעו"ש. דמאי מהני ליזיל בהו בתר חנטה כיון דחנטה שלהן ג"כ אינה כאחת. (ב) למה לא חשיב רק זיתים ודקלים וחרובין הא רוב האילנות [לבד תאנים וכיוצא בה] נלקטים כאחת כמו שחשיב בפ"ק דפאה. (ג) דהא דקאמר ר"י נהגי העם בחרובין כר"נ הוא לאו דוקא חרובין כמש"כ התוס' שם מדפריך מבנות שוח ואף לפי המסקנא דקאמר ולימא לי' כי קאמינא לך מעשר חרובין דרבנן ואת אמרת לי שביעית דאורייתא. לאו דוקא חרובין אלא ה"ה בשאר אילנות הנלקטים כאחת לפי שיטת רש"י ורוב הראשונים דכל מעשר אילן היא מדרבנן א"כ קשה למה אמר הגמרא סתם באילן בתר חנטה כיון דרוב האילנות כאחת לא אזלינן בהו בתר חנטה. ע"כ נ"ל לפרש דפי' שתי בריכות הוא היינו שאינם חונטים בב"א אלא בשתי פעמים. והפירות המוקדמין אשר ימהרו להתבשל מאילן זה חונטין מקודם ונגמרין מקודם. והפירות המאוחרין מאילן זה חונטין אח"כ ולכן נגמרין אח"כ. וכן היא כוונת הירושלמי דקאמר שתי גרנות. היינו משום שבוצרין אותן מן האילן ג"כ בשני זמנים. מ"מ לענין פאה מיקרי זה נלקטין כאחת כיון שאין להם רק שתי גרנות בלבד. אבל תאנה וכיוצא בה יש להם הרבה גרנות לכך מיקרי אינם נלקטין כאחת. ובריכה אחת היינו שכל הפירות הגדלין על האילן הזה חונטין בב"א ובוצרין אותן ג"כ בב"א. לכך האילן העושה שתי בריכות אף שהפירות המוקדמין מאילן זה חונטין קודם ט"ו בשבט מ"מ פירות המאוחרין בודאי יחנטו אחר ט"ו בשבט. ולהכי אזלינן בהו בתר חנטה משום דאף שהפירות המוקדמין מתעשרין לשעבר מ"מ הפירות המאוחרין יתעשרו להבא. אבל בעושה בריכה אחת שאינו חונט אלא פ"א בב"א ואי

אזלינן בהו בתר חנטה ויקדימו קודם ט"ו בשבט יתעשרו רק לשעבר מאילן זה. והא עיקר גידול פירות האילנות הוא מימי ניסן ואילך כידוע ומ"מ לא יתעשרו כפי שנה זו שגדילין בה כלל כיון שחנטו קודם ט"ו בשבט. ע"כ לא נראה לחכמים למיזל בהו בתר חנטה ואמרו שבאילן העושה בריכה אחת אזלינן בתר הב"ש. וחד מ"ד ס"ל דגם בהו אזלינן בתר חנטה. אך דעקרינן שנתו ואזלינן בתר שנת העולם. א"כ אף אם יקדימו קודם ט"ו בשבט יתעשרו להבא:

המתבאר מכל דברינו אלה דבהירושלמי מבואר להדיא דהא דקאמר ר"נ באילן העושה בריכה אחת אף שחנטו קודם ט"ו בשבט מתעשרין לשנה הבאה. היינו משום דאזלינן בתר הב"ש. ולא משום דאזלינן בתר לקיטה כדפירש"י והתוס'. א"כ א"ש בפשיטות מה דנקט זיתים בהדייהו. ועיין בתוספות רי"ד מש"פ בזה:

ועתה נשובה לדברי הרמב"ם והראב"ד דס"ל דחנטה היא משהגיע לעונה"מ. והוא תמוה מאד גם מדברי הירושלמי האלה. דהא בכל דברי הירושלמי הדין מבואר להדיא דחנטה והב"ש הם שני דברים. גם הא לפי"ד ע"כ מוכרחין לפרש דר"נ דפליג על הת"ק דקאמר באילן העושה בריכה אחת אף שחנטו קודם ט"ו בשבט מתעשרין להבא היינו משום דאזלינן בתר לקיטה וזהו ג"כ כנגד הירושלמי הנ"ל. ונראה דע"כ צ"ל דהרמב"ם והראב"ד ס"ל דהגמ' דידן פליג על הירושלמי וס"ל להגמרא דידן דחנטה הוא משהגיע לעונה"מ. ולמדו זאת מדברי הגמרא דאיתא שם (יב:) תנן התם התלתן משתצמח התבואה והזיתים משהביאו שלישׁ. וקאמרינן מנה"מ והביא הגמרא ראי' משביעית דאזלינן בהו בתר הב"ש. והוא תמוה דהא המשנה מיירי לענין עונה"מ והאיך יליף עונה"מ משביעית כמו שהקשו שם התוס' והא כל האילנות הולכין בשביעית בתר חנטה ועונה"מ בהן הוא זמן אחר כמו שמפורש במשנה שם. ועיין בתוס' רי"ד מה שדחק לישב זאת. ומחמת דוחק סוגיא זו ע"כ הוכרחו הרמב"ם והראב"ד לפרש דעונה"מ ושנת המעשרות וה"ה לענין שביעית הם דברים התלויין זה בזה. לכך הביא הגמרא המשנה דעונה"מ ילפינן משביעית. משום דגם לענין שביעית אזלינן בתר עונה"מ אף לגבי אילנות. והא דאמרינן בכ"מ באילן בתר חנטה בין לענין שנת המעשרות ובין לענין שביעית הוא זמן עונה"מ:

אח"כ מצאתי שהגאון רעק"א ז"ל בחידושיו על משניות עמד ע"ד הרמב"ם ותמה מאד דהאיך השמיט הרמב"ם הדין דאזלינן לענין שנת המעשרות בתר חנטה. והאיך תלה הרמב"ם שנת המעשרות בעונה"מ והרמב"ם לא הביא דין זה דאזלינן בתר חנטה רק בדרך שלילות שם בהלכה ג' והחרובים אעפ"י שחנטו דמשמע בשאר אילנות אזלינן בתר חנטה עכ"ד. ולפע"ד הדבר ברור כמש"כ הרמב"ם מפורש דהא דאזלינן בתר חנטה

הוא עונה"מ. וכן כתב הפנ"י להדיא. וכן השיב לי הגאון ר' אליעזר משה ז"ל אב"ד דק"ק פינסק שהרמב"ם למד זאת מדברי הגמרא הנ"ל. והסכים לדברי שזהו נגד הירושלמי כי בירושלמי מבואר להדיא דחנטה הוא קודם עונה"מ וכמשב"ל באריכות. והנה הגאון בעל תפארת ירושלים כתב ע"ד הגאון רעק"א ז"ל וז"ל ואשתמיטתי' במחכת"ה דברי רמב"ם בפ"ה מה' בכורים ה"ז וז"ל אין מביאין בכורים לא מה"ח עה"י ולא מה"י עה"ח כיצד לא יביאו מפירות שחנטו קודם ט"ו בשבט ע"פ שחנטו אחר ט"ו בשבט. אולם בעיקר הדבר מסתברא דטעמייהו דרש"י ורמב"ם דדוקא לענין חדש וישן הוא דתלי' בחנטה לחוד שהוא ר"ה לאילנות וכ"כ רש"י להדיא ריש ר"ה בד"ה לאילן וכו' וע"ש אבל לענין שנת המעשר כגון מעשר עני ושני כל שלא נקבע שם מעשר עליו אפילו במקצת דהיינו שלא הגיע לעונת המעשר בשנה זו לא נקבע עדיין בחובת השנה ההיא כו' עכ"ל. ודבריו דברי שגגה הם במחכת"ה כי לפ"ד דחנטה ועונה"מ הם שני דברים גם לפי"ד הרמב"ם א"כ האיך אפשר לומר דלענין שנת המעשר אזלינן בתר עונה"מ הא אמרינן שם (טו:) להדיא אילן שחנטו פירותיו קודם ט"ו בשבט מתעשרין לשנה שעברה [פי' במעשרות שנה שעברה אם שניה מעשר שני אם שלישית מעשר עני] הרי להדיא דגם לענין שנת המעשרות אזלינן בתר חנטה. ומה שהביא מבכורים לענין חדש וישן שכתב הרמב"ם דאזלינן בתר חנטה. הרמב"ם נקט לשון הירושלמי דבכורים פ"א ה"ו. ולפי"ד קרוב לומר דלפי הרמב"ם דס"ל דהגמרא דידן סובר דחנטה ועונה"מ הוא דבר אחד. ה"ה גם לענין בכורים הוא כן דחדש וישן תלוי בהגיע לעונה"מ. וגם נראה דלפ"ז אינו רשאי לקרוא שם בכורים עליו כ"ז שלא הגיע לעונה"מ. וכן משמע קצת מלשון הרמב"ם ה' בכורים פ"ב ה"ט יעו"ש. דלא כדברי הירושלמי פ"ג דבכורים דס"ל דמשהגיע לפגין ובוסר רשאי לקרוא עליהם שם בכורים. והירושלמי אזיל לשיטתי' דס"ל דחנטה הוי משהגיע לכלל פגין ובוסר. וכעת זכני ד' להשיג את הספר היקר מהר"י קורקוס על הרמב"ם ומצאתי בו שגם הוא עמד ע"ד הרמב"ם. וכתב שהרמב"ם למד מדברי הגמרא שם (יב:) כפי מה שבארנו דחנטה ועונה"מ הוא דבר אחד. והאריך שם ליתן טעם לדברי הרמב"ם משום דהוא ס"ל דמעשר פירות האילן הוא מדאורייתא א"כ אין סברא דליזול בתר חנטה כפי דעת שארי הראשונים כיון דאז לא הגיע לעונה"מ. והביא שם דברי הרד"ק שפי' חנטה יציאת הפירות והראותם טרם גמר בשולם תקרא חנטה. ואף שנראה פשוט שזהו דעת רבינו הארכתי בזה מפני שלא ראיתי לאחד מן הראשונים שפי' כן רק כולם סוברים דחנטה לחוד ועונה"מ לחוד יעו"ש. אמנם לפלא בעיני מדוע לא הזכיר שמדברי הירושלמי מוכח כדברי הראשונים דחנטה לחוד ועונה"מ לחוד. ויותר נפלאתי

על הב"י שקבע בשו"ע בסי' של"א סי' קכ"ה כדעת הרמב"ם דאזלינן בתר עונה"מ לענין שנת המעשרות. ולא הזכיר דעת שארי הראשונים שחולקין ע"ז וס"ל דחנטה ועונה"מ הם שני דברים. אף שנראה שגם הראב"ד מודה לי' בזה. מ"מ הא רבו החולקין ע"ז. ובפרט שבירושלמי מבואר להדיא כדבריהם וצ"ע:

סימן טז

אמנם לענין ערלה ורבעי נראה דאף לפי"ד הרמב"ם והראב"ד שבארנו לעיל דהם ס"ל דהא דאמרינן דלענין מעשר ות ושביעית באילן אזלינן בתר חנטה הוא כשהגיע לעונה"מ מ"מ גם הם מודים דגבי ערלה ורבעי דאזלינן בתר חנטה דכל החונטין קודם ט"ו בשבט דשנה הרביעית אסורין משום ערלה ושנה החמישית משום רבעי הוא משהגיע לכלל בוסר כמו שהוכחתי למעלה מדברי הירושלמי. וכן מוכח מהמשנה דערלה פ"א מ"ז דע"כ לא פליגי ר"י ורבנן אלא אם סמדר אסור בערלה ורבעי. אבל בוסר כו"ע מודים דאסור. [אח"כ מצאתי להמהר"י קורקוס דס"ל דחנטה הוא משהגיע לכלל סמדר. וצ"ל לפי"ד אע"ג דאנן קיי"ל דסמדר מותר בערלה מ"מ הפירות שחנטו קודם ט"ו בשבט אע"ג שעדיין הם מותרין משום ערלה מ"מ לאחר שנעשו בוסר אף שזהו לאחר ט"ו בשבט אסורין. אבל לפע"ד דבריו תמוהין מדברי הירושלמי פ"ה ה"א דקאמר דגבי חרובין שרשן הוא חנטן. ורק המקשה היה סבר דהחנטה הוא מיד שנפל הפרח. אבל אח"כ מסיק שאילו כן ורק ששרשן הוא חנטן. א"כ נראה דחנטה אינה מיד שנפל הפרח. אלא מזמן שמיקרי פרי. וצ"ע לדינא]. ולפע"ד נראה דמה דאיתא בירושלמי שם ה"ה פרי אתה פודה ולא פגין ובוסר היינו לענין פדיון דבעינן שהגיע לעונה"מ דומיא דמע"ש. אבל מ"מ אסורין וטעונין קבורה כמו דאיתא שם בהדיא הורי ר' זבידא באילן פגין תמרה שיקברו. וקאמר שם ר' יונה בעי עבר ופדאו שמא אינו פדוי ותימר טעון קבורה. ונראה דה"פ משום דס"ל דהא דקאמר הברייתא פרי אתה פודה ולא פגין ובוסר זה לכתחילה דצריך להמתין עד שיגמרו ולא לתלוש אותן כשהן פגין ובוסר ולפדותן. אבל בדיעבד מהני אף כשהן פגין ובוסר וכאן כיון שאם לא יפדה אותן יצטרך לקוברן כדיעבד דמי ופודין אותן כשהן פגין ובוסר. וכן מוכח מהגמרא דקדושין (נד:) דקאמרינן שם הב"ע דיהב לי' כשהוא סמדר ולא כר"י דאמר סמדר אסור מפני שהוא פרי. וכיון דלר"י נוהג רבעי אף בסמדר ה"ה בבוסר אף לרבנן. דזה אין סברא כלל לומר דלר"י מיקרי פרי גמור אף סמדר ולרבנן אף בוסר נמי לא מיקרי פרי ותמוה בעיני דעת הרא"ש והטור והשו"ע דפסקו דפגין אינו נוהג בהן רבעי והביאו ראיה מהירושלמי הנ"ל. דהא הירושלמי מיירי לענין פדיון. ולפ"ד ר' יונה מותר לפדות אף כשהן פגין ובוסר כיון שכבר נתלשו. אבל

קדושת רבעי חיילי לכו"ע אף כשהן פגין ובוסר. ויותר יש להפליא על הב"י דהוא בעצמו בכ"מ בה' מע"ש ונ"ר פ"ט ה"ב ע"ד הרמב"ם דכתב לפיכך אין נקנה במתנה אלא כשנתן לו כשהוא בוסר. כתב שם וז"ל ומ"מ יש לתמוה למה שינה רבינו וכתב בוסר במקום סמדר דמשמע דבוסר גדול מסמדר וע"כ לא שרינן אלא סמדר ולא בוסר ואין לומר שטעמו משום דמשמע לי' טעמא דשרינן סמדר משום דאינו פרי ובוסר נמי אינו פרי שהרי משהגיע לכפול הלבן מברכין עליו בפה"א [ט"ס וצ"ל בפה"ע] וצ"ע עכ"ל. א"כ ס"ל להב"י בעצמו דבוסר חל עליו רבעי כיון דהגיע לכפול הלבן ומברכין עליו פרי העץ אלמא דחשיב פרי אף שלא הגיע לעונה"מ. ובשו"ע יו"ד פסק כהרא"ש והטור דס"ל דפגין אינו נוהג בהן רבעי כ"ז שלא הגיע לעונה"מ אע"ג דהוא בעצמו פסק באו"ח סי' ר"ב ס"ב דבשאר אילנות משיצא פרי מברכין עליו בורא פרי העץ. א"כ על פגין מברכין בפה"ע אע"ג דלא הגיע לעונה"מ ואמאי אינו נוהג בהן רבעי כיון דלפי דעתי תלוי רבעי בברכה. ולפ"ד נראה דפגין ובוסר נוהג בהן רבעי אלא שאסורין לפדות וטעונין קבורה ודברי הרמב"ם הנ"ל צריך לפרש דמיירי כשנתן לו כשהוא בוסר היינו קודם שהגיע לפול הלבן דאז דינו כסמדר ולא חל עליו רבעי:

והנה בימי חרפי פלפלתי בזה עם הגאון ר' אליעזר משה ז"ל והשיב לי ע"ז וז"ל ובענין החנטה לערלה ורבעי הוא כמ"ש כת"ר בלא ספק שהרי בחרובין אמרו בפי' שם דשרושן חנטן ובגפנים נמי אמרינן להדיא דלרבנן סמדר שרי ובוסר אסור דהיינו גרוע כשמן גבי קציצת שביעית [ועיין בהג"ה שע"ד דהרמב"ם ז"ל לפ"ד מה' שמטה ה' י"ב] אולם כ"ז לענין מנין השנים דערלה ורבעי. ולענין איסור ערלה. אבל לאיסור רבעי הכריעו כה"פ דבעי פרי גמור. וכן הרמב"ם ז"ל לא הזכיר הך דינא דירושלמי שהביא כת"ר דלבעי בוסר קבורה או דליתסר באכילה ופדי'. ונראה שדעתם ז"ל דכיון דאסקינן כמ"ד דענקוקלות אף שהב"ש מותרין ע"כ דבוסר שרי. ומ"ד בקבורה סבר כר"ז שם ואקשינן עלי' לטעמי' ואנן קיי"ל דשרי עכ"ל. וכעת עיינתי בזה וראיתי דמה שכתב הגאון הנ"ל שהראשונים למדו מזה שענקוקלת מותרין ברבעי ע"כ דבוסר שרי. דבריו נכונים המה דהאיך אפשר דלאחר שנאסרו יחזור ויותרו. וכן נראה דזה כוונת הר"ש דעל הך משנה דענקוקלות כתב ומותרין ברבעי כדתניא פרי אתה פודה ואי אתה פודה לא בוסר ולא פגין. אבל זה תמוה בעיני דהא ר"י בר בון ס"ל דאפי' לקו משהב"ש נמי מותרין ברבעי. א"כ האיך אפשר לומר דילפינן מהך קרא דפרי אתה פודה ולא בוסר ופגין. דהא בוסר לא מיקרי רק עד הב"ש ולאחר הב"ש לא מיקרי בוסר. וראי' לזה דהא כל מה שמיקרי בוסר משקה היוצא מהם מיקרי מים בעלמא כמבואר בתוס' גיטין (לא.) ד"ה ובשעת כו'. ומשהב"ש מבואר

להדיא בירושלמי שהבאתי למעלה דמשקה היוצא מהם מכשיר משום דאז נקרא יין. וגם הר"ש בעצמו הא כתב בתחילת מעשרות דזמן עונה"מ גבי ענבים הוא משהב"ש. א"כ אז הוה פרי גמור. והאיך אפשר לומר דמהך קרא ממעטינן ענבים שלקו משהב"ש. ע"כ נ"ל לומר דהא דילפינן פרי אתה פודה ולא בוסר ופגין. לא מהך קרא ילפינן משום דבוסר ופגין לא הוה פרי. דז"א דהא בוסר ופגין מיקרי פרי. והראי' דהא גבי ערלה נמי כתב פרי ומ"מ בוסר ופגין אסורין. ומש"כ הש"ך סי' רצ"ד סק"ד משום דגבי נ"ר כתיב פריו ולא כתיב את ודרשינן פרי אתה פודה ולא מה שאינו פרי. ולדבריו משום דגבי ערלה כתיב את פריו לכך לא בעי פרי גמור. לפע"ד דבריו תמוהים דהא דרשה דאת פריו דרשינן בגמרא להדיא דקאי לרבות שומר לפרי אבל גבי ערלה נמי בעינן פרי לכך סמדר מותר לרבנן משום דלא הוה פרי. ולר"י אסור משום דזה מיקרי פרי. וגם לענין ברכה פסקינן דבוסר שהגיע לפול הלבן ועל פגין מברכין בפה"ע כמשב"ל אלמא דהוי פרי גמור. אלא נראה דכוונת הברייתא פרי אתה פודה ולא בוסר ופגין משום דילפינן רבעי ממע"ש דבעי פרי גמור שהגיע לעונה"מ דומיא דמע"ש. וכן כתב המהרא"ה בפירוש משום דילפינן קודש קודש ממע"ש. ולפי"ז אפשר לומר דר"י בר בון ס"ל דהא ילפינן רבעי ממע"ש נמי דאינו נפדה במחובר כדאיתא בתוספתא וכמו גבי בוסר ופגין דילפינן רבעי ממע"ש דאינו נפדה אמרינן דגם אינו חלה קדושת רבעי עליו כ"ז שהוא בוסר ופגין. כמו כן כ"ז שהוא מחובר אמרינן נמי כיון שאז אינו ראוי לפדות ע"כ אינה חלה עליו ג"כ קדושת רבעי. לכך ס"ל לר"י בר בון דאפילו לקו משהב"ש נמי מותרין. ולפ"ד ע"כ צריך לפרש דהך ברייתא דקאמר פרי אתה פודה ולא בוסר ופגין. לאו דוקא. אלא פרי גמור היינו תלושין דומיא דמע"ש אתה פודה. וכה"ג מצינו לענין בכורים דפלי'גי רבנן ור"ש בפ"ג דבכורים דרבנן סברי דקורא שם לבכורים אף כשהם מחוברין. ור"ש סבר דקורא שם לבכורים כשיתלשו וקאמר שם הירושלמי מאי טעמא דרבנן משום דכתיב ועתה הנה הבאתי את ראשית פרי האדמה בשעת הבאה פרי הא בשעת הפרשה אפי' בוסר אפי' פגין ועל דעתי' דר"ש מה בשעת הבאה פרי אף בשעת הפרשה פרי. והנה התוי"ט תמה וכתב וז"ל ואינו יודע היכי מפיק לי' מפרי דהא אף במחובר פרי הוא ובפרט לאחר נגמר בשולו עכ"ל. ולכאורה תמוה ג"כ הא דקאמר בשעת הבאה פרי בשעת הפרשה אפי' בוסר אפי' פגין אטו בוסר ופגין לאו פרי הוא. אלא נראה דהכא בעינן פרי גמור דהגיע לעונה"מ דומיא דמע"ש דילפינן פרי מפרי דכתיב גבי מע"ש. וזהו כוונת הירושלמי דבשעת הבאה בעינן פרי גמור שהגיע לעונה"מ. אבל בשעת הפרשה אפי' כשאינו פרי גמור דהיינו בוסר ופגין נמי מהני קריאת שם בכורים. דלא כהתיו"ט דכתב דמהני קריאת

שם אפי' כשהם סמדר ולפעד"נ דז"א כיון דעדיין הוא סמדר לא מהני קריאת שם כלל כיון שעדיין הוא קודם חנטה לדברי הירושלמי כמשב"ל דודאי לא מהני אז קריאת שם בכורים כלל. ור"ש ס"ל דבעי פרי גמור אף בשעת הפרשה דומיא דמע"ש. לכך ממעטינן מפרי אף פרי גמור כיון שעדיין מחובר ובעינן דוקא תלושין. כנ"ל לישב דברי הר"ש:

אך מ"מ קשה לדברי הר"ש דהאיך לא הזכיר דברי רב זבידא דס"ל דרק לענין פדיון ממעטינן בוסר ופגין אבל קדושת רבעי חל עליו אף כשהן בוסר ופגין. וגם ר"י ס"ל דאם עבר ופדה כשהן בוסר ופגין הוה פדוי. אבל דלא יחול עלי' קדושה כלל כשהן בוסר ופגין לא מצינו בירוש' בפי' לשום מ"ד דיסבור הכי. והבעל פ"מ דחק שם דר"י הקשה זאת לטעמי' דרב זבידא אבל בעצמו ס"ל דלא חלה עלי' קדושה כלל כשהן בוסר ופגין. הנה פשטות דברי הירוש' לא משמע כן. ע"כ נ"ל דהר"ש והרא"ש גרסי בהירושלמי ר"י בעי עבר ופדאו שמא אינון פדוי ותימר טעון קבורה. וה"פ שמא אינון פדוי בתמיה הא ודאי אינו פדוי אף בדיעבד דגמרינן ממע"ש וכיון דאינו חל עליו פדיון אינו חל עליו איסור רבעי כלל דס"ל דהא בהא תליא. אבל רב זבידא ס"ל דאף שבדיעבד אינו פדוי מ"מ לענין קדושת רבעי לא גמרינן ממע"ש. ומחמת דר' זעירא וחד מדרבנן בשם רב וכן ר"י ב"ב שפירשו הך דענקוקלות דהך ענבים שלקו ע"כ כר"י ס"ל דפרי אתה פודה ולא פגין ובוסר היינו דלא חל עליו רבעי כלל. לכך הביא הר"ש רק הך מ"ד. אבל רב זבידא ע"כ מפרש פי' אחר בהך דענקוקלות. ואפשר דמפרש כפי שרצה הראב"ד לפרש בת"כ פ' קדושים לולי דברי הירושלמי. והוא דהם הנוקנות שבענבים והן השדראות והעוקצין שהגרגרים תלויים בהם ומפני שהם נעשים שומרי פרי נקראו כן עכ"ל. ונראה דכן פי' הילקוט פ' קדושים יעו"ש. ונראה דהגמרא דידן ס"ל כרב זבידא דהא אמרינן בקדושין להדיא דלר"י חל רבעי אף בסמדר אע"ג דודאי לא חזי לפדיון כ"ז שהוא סמדר כיון שלא הגיע לעונה"מ דלא מצינו דר"י פליג על הא דאין פודין רבעי עד שיגיע לעונה"מ. מ"מ ס"ל להגמרא דלר"י כיון דס"ל שהוא פרי א"כ חל עליו רבעי נמי וע"כ דס"ל דאע"ג דלא חזי לפדיון כיון דלא הגיע לעונה"מ מ"מ קדושת רבעי חל עליו א"כ ה"ה לדידן כשהוא בוסר. וצ"ע מנ"ל להרא"ש לפסוק כהירושלמי ודלא כהגמרא דידן. דהא דרכו של הרא"ש לפסוק כהגמרא דידן נגד הירושלמי בכ"מ שמחולקים הם:

אמנם הרמב"ם ודאי דנמשך אחרי הירושלמי לכך הביא הך דענקוקלות כפי' הירושלמי דכתב שם בה' נ"ר פ"ט הי"ג ענבים ששדפן הקדים והפסידן אסורין בערלה ומותרין ברבעי. ולפי"ז יתיישב שפיר קושית הכ"מ שהבאתי למעלה על הא דכתב שם ה"ב לפיכך אינו נקנה במתנה אלא כשנתנו כשהוא בוסר. דלמה שינה הרמב"ם מלשון הגמ'

דמוקי כשנתנו כשהוא סמדר. משום דהרמב"ם פסק כהירושלמי הנ"ל דס"ק דקדושת רבעי אינה חלה עליו כ"ז שאינו ראוי לפדיון. ואף כשהגיע לכפול הלבן כ"ז שלא הגיע לעונה"מ אינה חלה עליו קדושת רבעי. ואין צריך לדחוק דהרמב"ם מיירי שלא הגיע לפול הלבן וראיתי לבעל מרכבת המשנה דכתב וז"ל ולפי"ז נראה דבוסר היינו קודם שיראה החרצן שלהם מבחוץ ועפ"ב מה' מעשר ה"ה. ואז הוא פחות מפול הלבן עכ"ל. ודבריו תמוהין דזהו נגד המשנה דשביעית דהא קאמר שם אין קוצצין בשביעית משיגריעו וזהו כפול הלבן. כדאמרינן להדיא (בברכות לו:) ומשהגיע לעונה"מ מבואר במשנה להדיא דמותר לקצוץ. א"כ כשהוא כפול הלבן עדיין לא הגיע לעונה"מ. וכשהוא עדיין פחות מפול הלבן מיקרי סמדר. מ"מ דברי הרמב"ם עדיין צ"ע מדכתב סתם ענבים ששדפן הקדים נראה מדבריו דס"ל כהך מ"ד דאפי' לקו משהב"ש נמי מותרין. וא"כ קשה דהאיך אפשר דלאחר שנאסרו יחזור ויותרו. וע"כ צ"ל דהך מ"ד ס"ל כיון דאין פודין במחובר משום דגמרינן ממע"ש לכך קדושת רבעי נמי אינה חלה עליו כ"ז שהוא מחובר כמשב"ל. והא הרמב"ם פסק להדיא דבמחובר חלה עליו קדושת רבעי מדקאמר דאינה נקנה במתנה אלא כשנתנו לו כשהוא בוסר. אבל אם הגיע לעונה"מ אע"ג שלא נתלשו אינו יכול ליתן במתנה. אלמא דס"ל דחל קדושת רבעי אף במחובר. א"כ האיך מותר אם לקו משהביאו שליש והגיעו לעונה"מ. ע"כ עלה בדעתי דאולי סובר הרמב"ם דלא כדברי התוס' והר"ש והרא"ש דס"ל דכל אותן שיעורין דחשבינן במשנה דמעשרות הוא הבאת שליש שלהן. אלא הוא זמן מאוחר להבאת שליש. לכך בענבים אפי' לקו משהב"ש נמי מותרין משום דעדיין לא הגיעו לעונה"מ. אבל באמת מדברי הירושלמי דשביעית שהבאנו למעלה מוכח להדיא כדבריהם. דקאמר שם ר' יסא דבאילן העושה בריכה אחת אזלינן בתר הבאת שליש ואחר שנת העולם. ופריך ר"ז עליו דהא פעמים שהתמרים מאפילות ומטילות שאור אחר ר"ה והם מתעשרין לשנה שעברה [וזהו עונה"מ דחשיב במשנה דמעשרות] אלמא דזמן עונה"מ דחשיב במשנה הוא הבאת שליש שלהן כדברי התוס'. ואולי יש לומר דדוקא בתמרים הי' ידוע להם דזה הוא הבאת שליש שלהם. אבל בענבים זמן עונה"מ משהבישו הוא זמן מאוחר להב"ש שלהם אף דמשהביאו שליש ודאי דיצאו מכלל בוסר כמשב"ל מדברי הירושלמי דלאחר שהב"ש משקה היוצא מהם מכשיר אלמא דמיקרי יין. מ"מ לעונה"מ איכא למימר דלא הגיע וממעטינן פרי אתה פודה ולא בוסר ופגין היינו לאו דוקא בוסר ופגין ממש אלא כיון שלא הגיע לעונה"מ. ועיין ברמב"ם פ"ט דמע"ש ה"ב דהביא הך דרשה דאין פודין עד שהגיע לעונה"מ שנאמר להוסיף לכם תבואתו עד שנעשה תבואה והוא מדברי התוס' וצ"ע:

אח"כ התבוננתי וראיתי דמה שתירצנו לדברי הר"ש דר"י ב"ב דס"ל דאפי' לקו משהב"ש נמי מותרין משום דאין קדושת רבעי חלה עליו כ"ז שהוא מחובר. ז"א דעל הר"ש א"א לתרץ כן. דהא הר"ש כתב במע"ש פ"ה מ"ה ח"ל וקצת היה נראה הטעם שאין מועיל חילול במחובר משום דילפינן קודש קודש ממעשר ואין מעשר במחובר אבל א"א לומר כן דמשמע במרובה (סט.) דמועיל. דאמר לא תימא כל הנלקט אלא אימא כל המתלקט כו' והא דאין פודין במחובר היינו לפי שאין בקיאין בשומא בעודו במחובר עכ"ד. א"כ א"א לומר דאינה חלה קדושת רבעי בעודו במחובר. ע"כ דברי הרא"ש צע"ג וד' יאיר עיני ליישב דבריו אמנם לפי מה שהסכים הגר"א ז"ל בשו"ע יו"ד סי' רצ"ה סי"ט דטעמא של הרמב"ם עיקר דהא דאין פודין במחובר משום דילפינן נ"ר ממע"ש א"כ ודאי שפיר איכא למימר כמש"ב דר"י ב"ב ס"ל דאין קדושת רבעי חלה עליו במחובר:

עוד ראיתי לבאר דמשכ"ל דלענין ערלה ורבעי לכו"ע החנטה הוא משהגיע לכלל בוסר נראה דזה דוקא בגפנים דאנן קיי"ל דלא כר"י וסמדר מותר. א"כ זמן החנטה שלהם הוא דוקא משיגריעו והגיעו לכלל בוסר. וזהו שהוא כפול הלבן. ובחרובין משישרישו. ובזיתים משהניצו משום דאז הוא זמן שאסור לקצוץ בשביעית. אבל בשאר האילנות דמיד שהוציאו פרי אסור נראה דזמן החנטה שלהן מתחיל מיד שנפל הפרח ומוציאין פרי. אמנם ראיתי להראב"ד והר"ן סוף פרק ג' דע"ז שפי' דהא דאין מרכיבין בכפנות דערלה היינו מתחלי ומפני שנעשו שומר לפרי משום דר"י אזיל לטעמי' דאמר סמדר אסור. אבל לרבנן מותר ונפלאתי מאד ע"ז דהאיך פירשו נגד דברי הגמרא בברכות שם דרצה הגמרא לומר כן דהא דמתחלי אסירי הוא דוקא לר"י וקדחי לי' משום דכל האילנות משיוציאו פרי אסור לקצוץ בשביעית. אלמא דכו"ע מודים דבכל האילנות עד שנפל הפרח הוא מקרי פרי. וכן מסיק הגמרא (בפסחים נג.) אמנם בירושלמי דערלה איתא שם דהא דאין מרכיבין בכפנות של ערלה הוא דוקא לר"י. ונראה דהירושלמי מפרש דהא דקאמר בכל האילנות משיוציאו פרי הוא דוקא בוסר דלא כהגמרא דידן. ולכאורה משמע דהרמב"ם ס"ל כן דכתב בה' שמיטה פ"ה הי"ח ושאר כל האילנות משיוציאו בוסר. אמנם הא מסיים שם להדיא ואין קוצצין את הכפנות בשביעית מפני שהוא הפסד פרי. וכן פסק בה' מע"ש ונ"ר פ"י הכ"א ואין מרכיבין כפנות של ערלה בדקלים מפני שהן כפרי אלמא דפוסק כהגמ' דידן:

סימן יז

שאלה מקום שלא קדשו עולי בבל אם דינו כא"י או כחו"ל לענין ערלה וכלאי הכרם דבחו"ל ספיקא מותר. אם זהו דוקא בחו"ל ממש. או אף במקום שלא קדשו עולי בבל

נמי דינו כחו"ל לענין זה. וכן יש להסתפק לענין כלאי זרעים דבחו"ל לא גזרו רבנן. אם זהו דוקא בחו"ל ממש. או אף במקום שלא קדשו עולי בבל מותר לזרוע כלאי זרעים. ולא מצאתי מבואר זאת בדברי הפוסקים:

תשובה הנה כבר בארנו למעלה בסי' ב' דאף למ"ד דקדושת עזרא בטלה בזה"ז מ"מ לענין ערלה אף בזה"ז בא"י ספיקא אסורה [דלא כהמל"מ] כיון דזה נהגו מיד שבאו ישראל לארץ לא בטלה הקדושה לענין זה אף משגלו. ודוקא לענין דברים שלא נהגו מיד רק אחר כבוש וחלוק הוא דבטלה הקדושה משגלו. וזהו סברת רבנן דבי רב בכתובות לענין חלה. ובארנו שם דאף ר"א דפליג עלייהו לא פליג רק לענין חלה משום דכתיב בבואכם יעו"ש מה שהבאתי ראיות ברורות לזה. א"כ אף במקום שלא קדשו עולי בבל דהיינו מכזיב ולהלן נמי לא בטלה הקדושה ממנה כיון שלא נתבטלה הקדושה הראשונה ממנה לענין הדברים שנהגו מיד שבאו לארץ אף קודם הכבוש א"כ אין חלוק בין מקום שקדשו עולי בבל או לא. ובזה נ"ל ליישב דברי הירושלמי דחלה פ"ד מ"ח על הא דקאמר רשב"ג שלש ארצות לחלה מא"י ועד כזיב חלה אחת מכזיב ועד הנהר ועד אמנה שתי חלות אחת לאור ואחת לכהן של אור יש לה שיעור ושל כהן אין לה שיעור כו' וקאמר הירושלמי שם של אור יש לה שיעור שהוא דבר תורה של כהן אין לה שיעור שהוא מדרבנן. והנה המפרשים נדחקו דהא דקאמר דבר תורה לאו ממש דבר תורה אלא מפני שקודם שנתבטלה קדושה הראשונה הי' מה"ת. ולפע"ד נראה יותר דהירושלמי ס"ל כרבנן דבי רב דס"ל דחלה בזה"ז דאורייתא (ועיין בירושלמי שביעית סוף פ"ט). ולכך אף מכזיב ולהלן כיון שהוא בגבול שכבשו עולי מצרים לא בטלה הקדושה אף בזה"ז ושם חלה הוא דבר תורה. וכ"ש לפי"ד השאלתות והבה"ג שהבאתי לעיל בסי' א' דס"ל דערלה אינה תלויה כלל בארץ וגם בחו"ל לקי עלי' דבר תורה וכי תבאו דכתיב לא קאי רק על זמן ביאה בלבד רק דהלכה גלה לן דבחו"ל ספיקא מותר. א"כ ודאי א"א להקל במקום שלא קדשו עולי בבל. כיון דהלכה לא הי' רק על חו"ל א"כ א"א להקל מטעם הלכה בספיקא רק חוץ לגבול שגבלה התורה. אבל בתוך הגבול שגבלה התורה א"א להקל מטעם הלמ"מ. כנ"ל ברור:

אמנם לענין כלאי הכרם דלא נהגו רק אחר כבוש וחלוק כמשב"ל בסי' ד' א"כ בטלה הקדושה הראשונה משגלו לכאורה היה נראה דמקום שלא קדשו עולי בבל דינו כחו"ל וספק כלאים שם מותר. אבל באמת ז"א דהא קאמר שם המשנה לענין ספק ערלה בא"י אסורין ובחו"ל יורד ולוקח. וכן קאמר שם אח"כ לענין כלאי הכרם. וכיון דגבי ערלה בארנו דשם מיקרי א"י אף במקום שלא קדשו עולי בבל א"כ ע"כ צ"ל דהחכמים לא

רצו לחלק ולהקל במקום שלא קדשו עולי בבל כיון דקודם שגלו הי' שם ספק כלאים אסור ע"כ החמירו בזה והשוו אותו למקום שקדשו עולי בבל. וכונת המשנה דקאמר סתם בא"י הוא על כל המקום שקדשו עולי מצרים אף שלא קדשו עולי בבל. וכן מצינו בלשון הברייתא (גיטין ח.) דקאמר איזהו ארץ ואיזהו חו"ל כל ששופע ויורד מטורי אמנון ולפנים א"י מטורי אמנון ולחוץ חוצה לארץ. והא מכזיב ועד טורי אמנון לא קדשו עולי בבל ומ"מ מיקרי זאת א"י וכן משמע מדברי הרמב"ם ה' תרומות פ"א ה"ו דכתב שם וז"ל נמצא כל העולם לענין מצות התלויות בארץ נחלקת לג' מחלוקות. א"י וסוריא וחו"ל. וא"י נחלקת לשנים. כל שהחזיקו עוני בבל חלק א'. וכל שהחזיקו עולי מצרים בלבד חלק שני. וחו"ל נחלקת לשנים כו' עכ"ל. ובאמת לפ"ד הרמב"ם והראב"ד בה' שמיטה פ"ד הכ"ח דסוריא קילי ממקום שהחזיקו עולי מצרים דז"ל הרמב"ם שם וספיחי סוריא ועבר הירדן מותרין באכילה לא יהא ארצות אלו חמורין מא"י שהחזיקו עולי מצרים עכ"ד. וכן כתב הראב"ד שם להדיא דבסוריא לא החזיקו עולי בבל. א"כ בודאי קילי סוריא ממקום שהחזיקו עולי מצרים. והאיך אפשר לומר דכונת המשנה דערלה חו"ל אף במקום שכבשו עולי מצרים רק חוץ לארץ שקדשו עולי בבל דאמאי החמיר בסוריא יותר מבהם. והדבר ברור לפי"ד הרמב"ם והראב"ד דכונת המשנה הוא על חו"ל ממש דשם הקיל בספק ערלה וספק כלאים. אבל לא במקום שכבשו עולי מצרים:

הכלל מה שנראה לפע"ד דדעת הרמב"ם הוא דבכל מקום שנזכר במשנה א"י כונתה היא אף על המקום שכבשו עולי מצרים. ולכך פירש הרמב"ם שם ה"ז איזו היא ארץ כל שהחזיקו בה עולי מצרים מרקם שהיא במזרח א"י עד הים הגדול מאשקלון שהיא לדרום א"י עד עכו שהיא בצפון עכ"ל. [ודלא כפי' התוס' בריש גיטין דהמשנה מציין איזה מקום שהחזיקו עולי בבל. ודעת התוס' אבאר לקמן בס"ד]. ולפ"ד גם לענין גיטין דוקא בחו"ל ממש הוא דצריך לומר בפ"נ ובפ"נ. אבל במקום שהחזיקו עולי מצרים אף שלא כבשו עולי בבל א"צ לומר בפ"נ ובפ"נ והרי הוא כא"י ממש. וכן נראה דלפ"ד הרמב"ם הא דמוכר עבדו לחו"ל יוצא לחירות הוא דוקא לחו"ל ממש. אבל לא למקום שכבשו עולי מצרים. וכן הא דאמרינן (בכתובות קי:) הכל מעלין לא"י ואין מוציאין הוא אף במקום שכבשו עולי מצרים. וראי' לדבר דהא קאמר המתני' שם שלש ארצות לנשואין יהודה ועבר הירדן והגליל דאין מוציאין מעיר לעיר היינו אף מעבר הירדן ליהודה. והא הבאתי למעלה דברי הרמב"ם דכתב דזה א"א לומר דעבר הירדן יהא חמור מא"י שהחזיקו בה עולי מצרים. והראב"ד השיג עליו דמה צריך לקו"ח דהא בעבר הירדן ג"כ לא החזיקו עולי בבל א"כ מוכח מזה דמקום שכבשו עולי מצרים דינו כא"י לענין כפיה לעלות.

דאל"כ אמאי אין מוציאין מעבר הירדן ליהודה כיון דיהודה חמיר קדושתה. וכ"ש לדעת הראב"ד דס"ל דבעבר הירדן לא החזיקו עולי בבל. לדבריו הרי מבואר להדיא דאף במקום שלא החזיקו עולי בבל רק עולי מצרים בלבד שוה לענין כפיה לעלות כמקום שהחזיקו עולי בבל:

ולפי"ז יהא ראי' גדולה למש"כ הגאון בעל כפתור ופרח בפ"י דאין חילוק בין מקום שכבשו עולי מצרים למקום שכבשו עולי בבל דלענין קדושה שוים הם ומקיימא מצות ישוב א"י וירשת וישבת בה אף במקום שכבשו עולי מצרים יעו"ש. ונראה דמטעם זה כייפינן לעלות אף למקום שכבשו עולי מצרים לבד. ואף לדעת הרמב"ם דלא מנה מצות ישוב א"י במנין המצות מ"מ בזה ודאי מודה דמעלה גדולה יש בישיבתה כדאמרינן בכתובות שם ת"ר לעולם ידור אדם בא"י אפי' בעיר שרובה עכו"ם ואל ידור בחו"ל אפי' בעיר שרובה ישראל שכל הדר בא"י דומה כמו שיש לו אלוה כו'. ואפשר לומר דמטעם זה המוכר עבדו לחו"ל יוצא לחירות לכך דוקא בחו"ל ממש הוא דיוצא לחירות. אבל לא למקום שכבש עולי מצרים. אמנם רש"י בגיטין פי' משום דמפקע לי' ממצות ולכאורה היה אפשר לומר דלפי"ז דאף למקום שכבשו עולי מצרים נמי מפקע לו ממצות דהא מקום שכבשו עולי בבל חייב מדאורייתא בכל המצות הנוהגין בארץ למ"ד קדושת עזרא לא בטלה. אבל במקום שכבשו עולי מצרים אינן חייבין אלא מדרבנן בלבד. אבל מ"מ נראה דאף לפ"ד רש"י אין חילוק כיון דאכתי הוא מחוייב מדרבנן לא מיקרי מפקע ממצות. וכ"ש לפ"ד הפוסקים דקדושת עזרא בזה"ז ג"כ אינה אלא מדרבנן בלבד ודאי דאין לחלק בין מקום שכבשו עולי בבל למקום שכבשו עולי מצרים:

ובזה שבארנו דדעת הרמב"ם הוא דכל מקום שהוזכר א"י כוונתם היא אף על מקום שכבשו עולי מצרים נתיישבו דברי הרמב"ם דפסק בה' סנהדרין פ"ד ה"ו דכל א"י שהחזיקו בה עולי מצרים ראויה לסמיכה. ועיי"ש בכ"מ שדחק בזה מאין יצא זאת להרמב"ם. ולפי דברינו הדבר פשוט דהרמב"ם אזיל לשיטתי' דס"ל דבכל מקום שהוזכר בגמרא חילוק בין א"י לחו"ל אף מקום שכבשו עולי מצרים הוא בכלל א"י וחו"ל הוא חוץ לגבול שגבלה התורה בואלה מסעי. וקצת ראי' לזה מהא דאמרינן חלת חו"ל נאכלת עם הזר על השולחן ושם מיירי להדיא בחו"ל ממש כדמוכח מהמשנה דחלה. וכן הא דחלת חו"ל אוכל והולך ואח"כ מפריש. והא דאמרינן (בבכורות כז.) דתרומת חו"ל בטלה ברוב איירי בחו"ל ממש כמו שנראה בירושלמי חלה פ"ד. ובזה ניחא הא דכתב הרמב"ן בקו"א על יבמות דלכך תרומת חו"ל בטלה ברוב ואפי' לאוכלה לזר משום דאין לה עיקר מה"ת. וע"כ משום דקאי על חו"ל ממש. אבל במקום שלא קדשו עולי בבל אינה בטלה ברוב

משום דהא יש לה עיקר מה"ת כיון דבקדושה הראשונה הי' אסורה מדאורייתא. ובזה נ"ל ליישב הא דהקשו התוס' (מנחות סז.) ד"ה ותרומתו כו' ע"ד רש"י ז"ל דס"ל דבטול ברוב מהני בתרומת חו"ל אפי' לאוכלה לזר. א"כ האיך אמרינן שם דדוקא תרומת עכו"ם בחו"ל אינה מדמעת אבל דישראל מדמעת. ולפעד"נ דהתם מיירי לא בחו"ל ממש. אלא במקום שלא קדשו עולי בבל ובבכורות איירי בחו"ל ממש. וגם הא דאמרינן בתרומות פ"א מ"ה ולא מפירות ארץ על פירות חו"ל נראה נמי דמיירי דוקא בחו"ל ממש. ולכך אמרינן שם דאם תרמו אין תרומתן תרומה ולא הוה תרומה כלל משום דהוה כאלו תרם מן החיוב על הפטור ממש. דאי מיירי לא בחו"ל ממש אלא במקום שלא קדשו עולי בבל א"כ אמאי לא הוה תרומה כלל דהא מכזיב ולהלן אמרינן בדמאי פ"א דפטור מן הדמאי אבל בודאי חייב מדרבנן. וכן הסכימו רוב הראשונים. א"כ אפי' אם נאמר דמקום שקדשו עולי בבל חייב בתרומה דאורייתא מ"מ אמאי לא הוה תרומה כלל. וצריך להיות תרומה ולא תאכל עד שיוציא עליה תו"מ. כמו דאמרינן בדמאי פ"ה מ"י דאם תרם מן הנקוב על שאינו נקוב. וכ"ש לפי המ"ד דאפי' במקום שקדשו עולי בבל נמי לא הוה תרומה בזה"ז אלא מדרבנן ודאי דקשה אמאי לא הוה תרומה כלל. [וצ"ע אם צריך להוציא על התרומה תו"מ כיון דשניהם הם מדרבנן. ואולי כיון דמקום שקדשו עולי בבל חמור יותר ע"כ צריך להוציא עליו תו"מ] לכך נראה דהמשנה דתרומות מיירי בפירות דחו"ל ממש לכך לא הוה תרומה כלל. וכן נראה הא דאמרינן שם פ"ז מ"ג האוכל תרומת חו"ל משלם את הקרן ואינו משלם את החומש מיירי דוקא בחו"ל ממש ולכך הוא קיל מן הדמאי אע"ג דבדמאי ס"ל לר"מ דחייב קרן וחומש מ"מ בחו"ל פטור. אבל מכזיב ולהלן כיון דחייב בתו"מ מדרבנן ודאי דחייב קרן וחומש דלא גרע מתו"מ של דמאי. ומסתברא דזה עדיפא מתו"מ של דמאי והכל מודים בה דחייב קרן וחומש:

היוצא לנו מכל דברינו אלה לענין שאלתנו. דלענין ערלה וכלאים ודאי דאף מקום שכבשו עולי מצרים ספק ערלה וכלאים אסור. ולענין כלאי זרעים לפ"ד הרמב"ם וכן הוא דעת הראב"ד כמו שנראה מדבריו שהסכים בזה לדעת הרמב"ם דבכל מקום שנזכר בגמרא חילוק בין א"י לחו"ל כוונתם הוא לחו"ל ממש א"כ גם גבי כלאי זרעים דאמרינן דבא"י הוא דאסור אבל בחו"ל לא גזרו בה רבנן. דוקא בחו"ל ממש הוא דלא גזרו רבנן אבל בא"י בכל מקום אסור לזרוע כלאים אף במקום שכבשו עולי מצרים. וכן בסוריא מסתברא דג"כ אסור לזרוע כלאים:

אמנם דעת התוס' בריש גיטין ד"ה ואשקלון כו' אינו כן. וס"ל דכל מקום שלא כבשו עולי בבל אף שכבשו עולי מצרים מ"מ דינו כחו"ל לענין גיטין וכן לענין עבדים. ולכך

המוכר עבדו לעכו יצא לחירות אע"ג דעכו הוא ממקום שכבשו עולי מצרים. וכן הוכיחו הרשב"א והריטב"א מדכתיב אשר לא הוריש את יושבי עכו. וכל היכא דכתיב לא הוריש הוא ראי' דהיא מא"י כדמוכח (בחולין ז.) ולשיטתם הא דאמרינן הכל מעלין לא"י הוא דוקא למקום שכבשו עולי בבל. וכן מוכח שם מהתוס' דאסור לצאת מא"י לחו"ל אף ממקום שכבשו עולי בבל למקום שכבשו עולי מצרים. והא דקאמר המשנה שם דאין מוציאין מעבר הירדן ליהודה ע"כ ס"ל דגם עבר הירדן כבשוהו עולי בבל (ועיין בתשב"ץ ח"ג סי' קצ"ח דהוכיח מפ' בתרא דערכין דעבר הירדן כבשו עולי בבל. ותמה שם על הרמב"ם והראב"ד יעו"ש). וכן מוכח לדבריהם מהתוספתא דריש גיטין דקאמר המביא גט מעבר הירדן אין צ"ל בפ"נ ובפ"נ. ולפ"ד יש להוכיח מדברי התוס' דס"ל דגם סוריא כבשוהו עולי בבל. דהתוס' הקשו שם ע"ד הגמרא היכי דייק דמוכר עבדו לסוריא יצא לחירות מדתנן עכו כא"י לגיטין לגיטין אין לעבדים לא. כ"ש סוריא דמרחקא טובא. אדרבה סוריא עדיפא כיון דמתני' איירי בצד של חו"ל דקסבר כבוש יחיד שמי' כבוש והויא היא עצמה א"י כו' עכ"ד. ולכאורה דבריהם תמוהין דהא דבעכו הוה חצי חו"ל אף שכבשוה עולי מצרים משום שלא קדשוה עולי בבל. א"כ שפיר הביא הגמרא ראי' על סוריא דאף דכבוש יחיד שמי' כבוש כיון דגם סוריא לא קדשוה עולי בבל א"כ סוריא דמרחקא ודאי גריעי מעכו אף מהצד שהיא חו"ל. וע"כ צריך לומר דהתוס' ס"ל דסוריא כבשוה עולי בבל. ולדבריהם ודאי דצע"ג גבי כלאי זרעים אם אסור לזרוע במקום שכבשו עולי מצרים כיון דס"ל דסתם חו"ל שהוזכר בגמרא כוונתם חו"ל שכבשו עולי בבל דוקא. וכן מוכח מדברי התוס' (חולין ו:) ד"ה והתיר רבי כו' דס"ל דמקום שכבשו עולי מצרים דינו לכל דבר כחו"ל אף לענין תו"מ. א"כ יותר מסתבר לומר דלפי דבריהם ה"ה לענין כלאי זרעים דינו כחו"ל וצ"ע.

אח"כ מצאתי בכנסת הגדולה על אה"ע סי' ע"ד אות כ' דכתב שם וז"ל. יש סוברים דעזה וכיוצא בה אעפ"י שלא כבשום עולי בבל דין אחד יש להם כא"י לענין כפיה. ומורי הרב ז"ל בתשו' ח"א סי' מ"ז כ' דכל שלא כבשו עולי בבל כחו"ל הם לענין כפיה עכ"ל. ועיינתי בתשו' המהרי"ט אשר עליו כוון הכה"ג וראיתי שהאריך הרבה להוכיח לענין עזה אף שכבשוה עולי מצרים מ"מ כיון שלא כבשוה עולי בבל יש לה דין חו"ל לכל דבריה ומסיק שם וז"ל לכך נ"ל שכל א"י שלא כבשו עולי בבל יש לה דין סוריא דתניא ומייתי בפ"ק בשלשה דרכים שוה סוריא לא"י ובשלשה לחו"ל עפרה טמא כחו"ל והמוכר עבדו לסוריא כמוכר לחו"ל והמביא גט מסוריא כמביא מחו"ל והני תלת מילין שוה בה א"י שלא כבשו עולי בבל עפרה טמא מההיא דיוסי הכהן ולענין עבדים מדדייקינן התם עכו

כא"י לגיטין אין לעבדים לא ומעכו וכזיב ולהלן עד הנהר ועד אמנה החזיקו עולי מצרים כדתנן בשביעית ולענין גיטין תנן בהדיא מעכו לצפון ועכו כצפון אלמא כסוריא גמורה חשבינן לה עכ"ל. ונפלאתי על כבוד גאונו דאף דלפ"ד התוס' דפי' דהמשנה דגיטין מציירי הגבולין שכבשו עולי בבל ואשקלון ועכו הן מתוך הגבול שכבשו עולי מצרים אך הן חוץ לגבול שכבשו עולי בבל. ולפי דבריהם ודאי דמוכרח לומר כדברי המהרי"ט דמקום שכבשו עולי מצרים דינו לכל דבר כסוריא מ"מ האיך לא שת לבו לדברי הרמב"ם בה' תרומות דפירש דהמשנה בגיטין מציירי כל מה שכבשו עולי מצרים. ועכו ואשקלון הן חוץ לגבול שכבשו עולי מצרים. א"כ לפי דבריו כל מה שכבשו עולי מצרים לענין גיטין כא"י וכן לענין עבדים. והא דמוכר עבדו לעכו יצא לחירות משום שהוא חוץ לגבול שכבשו עולי מצרים. וגם האיך לא שת לבו לדברי הראב"ד דס"ל דעבר הירדן לא כבשוהו עולי בבל מ"מ לענין כפיה לעלות הרי מבואר להדיא במשנה דשוה ליהודה שכבשו עולי בבל:

מ"מ לענין עזה מש"כ המהרי"ט דאין כופין לעלות לשם. הדין כדבריו אף לפי"ד הרמב"ם דנראה מדבריו דסובר דכ"מ שכבשו עולי מצרים דינו כא' לכל דבר וה"ה לענין כפיה לעלות כמו שהוכחנו למעלה. מ"מ כיון דהרמב"ם סובר דאשקלון הוא חוץ לגבול שכבשו עולי מצרים לצד דרום א"כ כ"ש עזה דהיא יותר דרומית מא"י מאשקלון. דהיא חוץ לגבול שכבשו עולי מצרים והיא חו"ל ממש. וראי' גדולה לזה דהא הרמב"ם פסק דכל א"י שהחזיקו בה עולי מצרים ראויה לסמיכה. א"כ תקשי לדבריו מה דאיתא בירושלמי בכורים פ"ג ה"ג דעזה הוה לענין סמיכה כחו"ל אע"כ ס"ל להרמב"ם דעזה הוה חוץ לגבול שכבשו עולי מצרים. ונפלאתי על הרדב"ז חלק ד' סי' ל' דכתב בפשיטות דעזה היא מא"י יעו"ש מה שהביא ראי' מדברי הרמב"ם. ולפע"ד ז"א. דע"כ הרמב"ם סובר דעזה היא חוץ לגבול שכבשו עולי מצרים. והא דכתיב (שופטים א') וילכד יהודה אח עזה ואת גבולה ואת אשקלון ואת גבולה. כבר הקשה ע"ז הירושלמי בשביעית פ"ו ר' סימון ור' אבהו הוון יתיבון אמרי הא כתיב וילכד יהודה את עזה ואת גבולה ומשני ליתי עזה. ופי' שם המהר"א דכוונת הקרא על גבולה לבד ולא על עזה עצמה. וכן גבי אשקלון. וכן מצאתי במה"מ ח"ג דפי' כן. ומה דמסיים שם מעתה ההן נחל מצרים ליתי נחל מצרים. ע"כ צריך לפרש דכונתו כמו כן נחל מצרים אע"ג דכתיב (יהושע ט"ו) ועבר עצמונה ויצא נחל מצרים. לאו דנחל מצרים הוא בתוך הגבול אלא הוא חוץ לגבול. ודלא כמש"פ המהר"א שם. ופי' הפ"מ הוא דחוק מאד:

אמנם המהרי"ט שם הוכיח מדברי הירושלמי הללו כדבריו דכל היכא דלא כבשו עולי בבל דינו כחו"ל וז"ל ובירושלמי דשביעית פ' שלש ארצות איתא בהדיא דחשיב התם תחומי א"י וקחשיב גניה דאשקלון ודייק מן מה דתני גנייה דאשקלון הדא אמרה אשקלון כלחוץ ובתר הכי אמרי' ר' סימון ור' אבהו הוו יתבין אמרי הא כתיב וילכוד יהודה את עזה ואת גבולה ליתי עזה את אשקלון ואת גבולה ליתי אשקלון ומשני ההן נחל מצרים ליתי נחל מצרים פי' בתמיה דאין ראיה מן הכתובים שהרי גם נחל מצרים מתחומי ארץ ישראל היא אלא שלא נכבשה בכבוש שני וקדושה הראשונה לא קדשה לעתיד לבא כדאמרינן ירושה ראשונה ושניה יש לה שלישי אין להם עכ"ל. נפלאתי מאד על פירושו דא"כ לפי"ד נחל מצרים הוא בתוך הגבול שכבשו עולי מצרים. ובאמת ז"א לפי מה שפירשו כמה מהראשונים המשנה דשביעית וחלה דהא דקאמר כל שהחזיקו עולי מצרים מכזיב ועד הנהר ועד אמנה נאכל אבל לא נעבד דזה קאי על נחל מצרים לצד דרום ואמנה לצד צפון. א"כ מוכח מהמשנה להדיא דנחל מצרים הוא חוץ לגבול שכבשו עולי מצרים. ובתוספתא מ"ש פ"ב איתא פלוגתא בזה ר' יוסי אומר תחומי א"י שבכתובים נידונין כחו"ל ר"א בר"י אומר נידונין כא"י. ומהמשנה מוכח דס"ל כר"י דהלכה כר"י נגד ר"א בר"י לכך נחל מצרים דהוא מתחומי א"י הוה כחו"ל, ובלא"ה פירושו בדברי הירושלמי תמוה מאד דהא הירושלמי מנה להדיא מקודם תחומי עולי בבל דהא אינם שוים לתחומי עולי מצרים דהרבה כרכים כבשו עולי מצרים ולא כבשו עולי בבל. וכן מבואר במשנה דמכזיב ולהלן לא כבשו עולי בבל והאיך אפשר לומר דרב סימון ור' אבהו יקשה להם דהאיך אפשר לומר דאשקלון כלחוץ הא כתיב וילכוד יהודה את אשקלון. כיון דהכא מיירי אם כבשו עולי בבל גם אשקלון או לא. אלא ע"כ צ"ל דהא דנמנו על אשקלון לפוטרה מן המעשרות היינו משום דזה הוא מן המקום שלא כבשו גם עולי מצרים אבל אם היה ממקום שכבשו עולי מצרים לא היו נמנו עליה לפוטרה מן המעשרות כמשב"ל דמכזיב ולהלן רק מן הדמאי פטור אבל לא מן הודאי לכך הקשו להם האיך אפשר לפוטרה מן המעשרות הא מן הקרא מוכח דכבשוה עולי מצרים. ומשני דלא כבשו רק הגבול לבד כמש"פ. ומזה יהי' ראי' גדולה לדברי הרמב"ם דפי' דאשקלון היא חוץ לגבול שכבשו עולי מצרים ואע"ג דבית שאן התיר רבי אף שהיא בתוך הגבול שכבשו עולי מצרים. ולפי"ד הרמב"ם התיר לגמרי ופטורה אף מן הודאי. מ"מ דוקא בית שאן התיר. אבל בכ"מ שכבשו עולי מצרים לא התיר רבי ולא פטור מן הודאי. וכן משמע מדברי הרמב"ם שם דכתב ורבינו הקדוש התיר בית שאן מאותם המקומות שלא החזיקו בהם עולי בבל כו' עכ"ל ומה שנמנו על אשקלון ופטרוה מטעם שנתברר להם

ע"י מנין שהיא חוץ לגבול שכבשו עולי מצרים. ודלא כהכ"מ שם שתמה ע"ד הרמב"ם יעו"ש. ובזה יתישב מה שהקשה הכ"מ שם וז"ל מ"מ איני יודע למה תלה רבינו עני באשקלון דמאי פשיטותא דאשקלון טפי מעכו עכ"ל. אבל לפי"ד ניחא דגבי אשקלון מצינו להדיא דנמנו עליה לפוטרה מן המעשרות מטעם שהיא חוץ לגבול שכבשו עולי מצרים. אבל גבי עכו לא מצינו להדיא האיך הוא הדין לענין מעשרות. אך הרמב"ם למד זאת מהמשנה דגיטין דקאמר שם מאשקלון לדרום ואשקלון כדרוס. ובירושלמי מבואר דלאו דוקא לענין גיטין הוה כלחוץ אלא ה"ה לענין מעשרות. א"כ ה"ה עכו דינה כלחוץ גם לענין מעשרות ופטורה אף מן הודאי:

ועוד נ"ל לבאר לאחר העיון דהרמב"ם סובר דהיכא דמבואר דלא הוריש אותו המקום אף שהיא בתוך הגבול שגבלה התורה בפ' מסעי מ"מ כיון שלא הוריש השבט אותם אח"כ והניחום בקרבם לא נתקדשו המקומית הללו לענין תו"מ. ולכך עכו וצידון דמבואר בקרא (שופטים א' ל"א) אשר לא הוריש את יושבי עכו ואת יושבי צידון וגו' הוי כחו"ל ממש. אע"ג (דבחולין ז.) פריך ר"י בן פזי ומי איכא למ"ד דבית שאן לאי מא"י היא והכתיב לא הוריש מנשה את בית שאן ובנותיה וגו' אלמא דכל היכא דכתיב ולא הוריש היא ראי' דהיא מא"י. ומזה הוכיחו הרשב"א והריטב"א דעכו היא מא"י. והרמב"ם סובר דדוקא היכא דמבואר בקרא דשמום למס כמו דכתיב בבית שאן ובנותיה וגו' וישם את הכנעני למס כיון דשמום למס היה כמו שכבשום. וראיית ר"י ב"פ הוא מסיפא דקרא. וכן הוא כוונת רש"י שם דכתב הוריש וגו' אלא הניחום למס עובד ויושבים ביניהם יעו"ש. אבל גבי עכו דלא כתיב וישם למס א"כ כיון דלא הורישם ולא כבשום הוה כחו"ל ממש. וכן נראה מדברי הירושלמי פ"ב דדמאי דאיתא שם רבי התיר כפר צמח ר' אימי בעי ולא ממעלי מסין הן סבר ר' אימי ממעלי מסין כמו שנכבשו. וכן סובר ר"י בן פזי בגמרא דידן דכל היכא דמצינו בקרא דשמום למס הוה כמו שנכבשו. לכך פריך על רבי דהתיר בית שאן. אך הגמרא מתרץ כיון דקיי"ל דקדושה ראשונה קדשה לשעתה ולא קדשה לע"ל א"כ אינה אסורה אלא מדרבנן בלבד אף דכבשו עולי מצרים לכך היה בידו להתיר לפי"ד הרמב"ם אף לענין ודאי בדגן תירוש ויצהר. ולפי"ד רש"י והראב"ד דוקא פירות ירק התיר:

אך מה שכתב המהרי"ט להוכיח דמקום שכבשו עולי מצרים עפרה טמא כחו"ל הדין עמו. אף שראייתו מהא דיוסי הכהן שהלך לצידון אין ראי' משום שלפי"ד הרמב"ם צידון היא חוץ לגבול שכבשו עולי מצרים דהא צידון מרחק טובא מעכו לצד צפון של עכו כמו שהאריך המהרי"ט בעצמו סי' פ"ד. וכיון דלדעת הרמב"ם עכו היא גבול צפונית של

א"י לצד צפון א"כ כ"ש צידון דמרחק טובא. וכ"ש לפי מש"ב דדעת הרמב"ם הוא כיון דכתיב אשר לא הוריש את יושבי עכו לכך הוי כחו"ל ממש אף בכבוש ראשון. א"כ גם צידון הא כתיב שם דלא הורישו. מ"מ הדין כהמהרי"ט לענין זה דמקום שכבשו עולי מצרים בלבד עפרה טמא משום דכן מוכח מהמשנה דחלה פ"ד מ"ח דקאמר שם מכזיב ועד הנהר ועד אמנה שתי חלות אחת לאור ואחת לכהן. ועי"ש מש"כ בזה הראשונים משום דמקום שלא כבשו עולי בבל עפרה טמא כטומאות ארץ העמים ע"כ החלה שהיא מה"ד היא נשרפת. מ"מ אין ראי' מזה דשם דינה כסוריא לכל דבר משום דיש לדחות כמש"כ המהרי"ט בעצמו דכיון דלא החזיקו בה ישראל הו"ל כמדורות העכו"ם שהם בחזקת טומאת קברות דדוקא א"י שהחזיקו בה בדקוה וטהרוה. ועיין בר"מ שם בפי' המשנה דנראה ג"כ דס"ל טעם זה:

שוב ראיתי במל"מ ה' טומאת מת פי"א ה"ו דכתב שם דנ"ל דכבוש עולי מצרים חשוב כא"י ואין דינה כארץ העמים וכן כתב הבעל כפתור ופרח עכ"ד. ועיינתי בכו"פ וראיתי שהוא האריך הרבה בזה וז"ל העולה בידנו מכל זה שכל מקום שנמצא לרבותינו ז"ל אומרים וקוראים חוצה לארץ לאיזה חלק שיהא מן הארץ בתוך גבולי אלה מסעי שרצונם לומר חוצה לארץ של כבוש שני. לא שיהיה דעתם כחוצה לארץ גמור חלילה. כעמון ומואב וסוריא בבל ומצרים וכיוצא בהן וכן כשגזרו טומאה על ארץ העמים לא גזרו אלא אלו ודומיהם לא על ארץ ישראל אם לא שיהי' מדורם ששהו ארבעים יום עכ"ל. ונפלאתי עליו דהוא סותר דברי עצמו מש"כ בפ' ט"ו דכל המקום שמכזיב עד הנהר [היינו נחל מצרים] ועד אמנה [היינו טור אמנון] הוא טמא משום טומאת ארץ העמים לכך החלה הראשונה נשרפת. והסביר שם הטעם וז"ל והסבה בטומאת זה החלק מן הארץ וטהרת החלק שני לפי שכשגלו לבבל נטמאה כל א"י שהיתה משכן הגוים ומדור הגוים טמא וכמו שזכרנו. לפיכך כשעלה עזרא מה שכבש חזר לטהרתו ומה שלא כבש נשאר בטומאתו אבל שם ארץ ישראל לא נפל ממנה אף במה שלא כבש עזרא ולזה אמרו שקדושה ראשונה בטלה ועמדה הטומאה במקומה עכ"ל. עוד כתב המל"מ שם וז"ל אחר שכתבתי כל זה ראיתי למהרימ"ט בח"א סי' מ"ז שכתב בפשיטות דכל שלא החזיקו בני בבל טמא משום ארץ העמים והביא ראיות לזה. ומדברי רבינו בפ"ה מה' בכורים נראה כסברת מהרימ"ט. הן אמת שדברי רבינו דפ"א מה' תרומות קשים לזה והדבר אצלי צריך תלמוד עכ"ל. הנה מש"כ מדברי רבינו בפ"ה בכורים נראה כסברת המהרי"ט הוא מש"כ שם דמכזיב ועד הנהר ועד אמנה חלה הראשונה נשרפת מפני שלא נתקדשה בימי עזרא עכ"ל וכונתו דלכך היא נשארה בטומאתה משום טומאת ארץ העמים. ובאמת

לא רק הרמב"ם בלבד פי' כן אלא גם שאר הראשונים פירשו כן דברי המשנה דחלה ומש"כ שדברי רבינו דפ"א מה' תרומות קשים לזה. לא יכולתי לעמוד על כונתו. דמאין מוכח שם דלא כדברי המהרי"ט. דאי ממה שכתב שם היה הולך מעכו לכזיב כו' וכל הארץ שעל שמאלו שהוא מערב הדרך הרי הוא בחזקת א"י וטהורה משום ארץ העמים וחייבת במעשר ובשביעית. ואולי מזה למד המל"מ דאף שמקום שלא כבשו עולי בבל נמי טהורה משום ארץ העמים לא ידעתי מנ"ל דשם לא כבשו עולי בבל. ואדרבה כיון דהתם קאי על הרצועה דנפקא מעכו לכזיב כמו שתירץ הגמרא (בגיטין ז:). בודאי י"ל דהך רצועה כבשוה עולי בבל. והא לפי דעת התוס' שהבאתי למעלה דהמשנה מציין הגבול שכבשו עולי בבל ורק מה שכבשו עולי בבל נקרא א"י. א"כ פירכת הגמרא שם למימרא דעכו לצפונה דא"י קאי על מקום שכבשו עולי בבל ופריך מהברייתא דמוכח שם דאינו כן. ומשני דהברייתא קאי על הרצועה דנפקא מעכו לכזיב שהיא מא"י א"כ ע"כ צ"ל לפי"ד דהך רצועה כבשו עולי בבל. א"כ מנ"ל דהרמב"ם אינו סובר כן:

והנה לפ"ד יש להביא ראי' לדברי הרמב"ם שבארנו למעלה דס"ל דאף המקום שהוא בתוך הגבול שגבלה התורה באלה מסעי יש מקום שלא כבשו עולי מצרים. מדברי הברייתא דקאמר היה מהלך מעכו לכזיב מימינו למזרח הדרך טמאה משום ארץ העמים ופטורה מן המעשר ומן השביעית. וע"כ צ"ל דשם לא כבשו גם עולי מצרים. דאי כבשו עולי מצרים האיך קאמר הברייתא דפטורה מן השביעית דאף דהא דפטורה מן המעשר יש לומר כשיטת התוס' שהבאנו למעלה דס"ל דמקום שכבשו עולי מצרים פטור מן המעשר לגמרי. מ"מ לענין שביעית תמוה מאד דהא במשנה דשביעית פ"ו מ"א מבואר להדיא דכל שהחזיקו עולי מצרים כו' נאכל ולא נעבד. א"כ נוהגת בה שביעית. והא עכו וכזיב הן בתוך הגבול שגבלה התורה וכ"ש לפי גירסת הגר"א ז"ל מימינו למערב הדרך טמאה משום ארץ העמים. משום דעכו וכזיב הן עומדות על גבול מערב א"י על שפת הים כמש"ב הכו"פ. א"כ בודאי הוא בתוך הגבול שגבלה התורה ומ"מ קאמר הברייתא דפטורה מן השביעית וע"כ צ"ל דזהו מקום שלא כבשו שם גם עולי מצרים. ומטעם זה תמהתי הרבה על דברי המהרי"ט כיון דהוא בעצמו סובר בסי' מ"ז כדברי התוס' ושארי הראשונים דס"ל דאשקלון וכן עזה מן הדרום הוא ממקום שכבשו עולי מצרים וכן מן הצפון עכו וצידון הן ממקום שכבשו עולי מצרים רק לכך הן כחו"ל כיון שלא כבשום עולי בבל. האיך השיב בסי' פ"ד על מה ששאלו ממנו על צידון מהו לזרוע בשביעית. והשיב להם בפשיטות איברא שצידון אינה מקדושת א"י והאריך שם הרבה בזה לבאר דמעכו לצפון לצד מזרח. של כזיב אין שם א"י. הא כיון שלפי שיטתו צידון היא ממקום

שכבשו עולי מצרים האיך התיר לזרוע בשביעית. הא במשנה מבואר דמקום שכבשו עולי מצרים נאכל אבל לא נעבד. וזה רחוק לומר דהמהרי"ט סובר דברייתא זו פליג על המשנה דשביעית וסברי דמקום שכבשו עולי מצרים אינו נוהג כו שביעית כלל. ויותר נ"ל לדחוק לפי שיטת התוס' ושאר הראשונים דכונת הברייתא דקאמר דפטורה מן השביעית היינו דאינו נוהג בו ביעור ומותרין שם הפירות אף לאחר הביעור וכן מפרשים הרבה ראשונים דהא דקאמר המשנה נאכל היינו אף לאחר הביעור אבל דברי המהרי"ט דמתיר שם אף לזרוע הוא צע"ג. מ"מ לפי"ד הרמב"ם דס"ל דעכו היא חוץ לגבול שכבשו עולי מצרים כ"ש צידון ודאי דמותר לזרוע שם. ואפשר דמטעם זה החזיקו בצידון שהיא חו"ל כמו שכתב שם השואל להמהרי"ט מפני שנהגו שם עפ"ד הרמב"ם. וכן מה שהביא המהרי"ט לענין עזה בסי' מ"ז וז"ל ועוד פוק חזי מה עמא דבר שהרי כל ישראל אשר ישבו שם מעולם ושנים קדמוניות מעולם החזיקוה כחו"ל ורבותינו הקדמונים שבירושלים החזיקוה כחו"ל לענין תו"מ ושביעית שרוב הפירות והתבואה של ירושלים מביאין לה מעזה כו' עכ"ל לפע"ד נראה דנהגו שם עפי"ד הרמב"ם דאשקלון וכן עזה הן חוץ לגבול שכבשו עולי מצרים לכך לא נהגו שם תו"מ כלל והקילו לענין שביעית:

סימן יח

שאלה אם נטע רבעי בזה"ז בירושלים יכולין לאכלו אף שאין הבית קיים אם עדיין הפירות לא הוכשרו:

תשובה לכאורה עלה בדעתי בפשיטות שודאי אין יכולין לאכלו בזה"ז אלא יקבר כיון שאין לו פדיון בירושלים אלא א"כ נטמא כדין מע"ש דהא גמרינן לכל מילי קודש קודש ממעשר. אמנם מצאתי להרדב"ז בח"ד סי' שני אלפים קצ"ט שכתב וז"ל שאלת ממני על הפירות הגדילין בתוך חומת ירושלים אם נוהג בהן דין נטע רבעי. תשובה לא ידעתי מקום לשאלה זו כיון שהפירות נטע רבעי דינם להעלותם לירושלים. הגדלים בירושלים הרי אוכל אותם בתוך ירושלים ואין צריך לא פדיון ולא חילול ומה שלא הוזכר בדברי הפוסקים לרוב פשיטותו כו' ומעשר שני אין נאכל בזה"ז בירושלים ואין פודין אותו בירושלים אלא א"כ נטמא ונטע רבעי נאכל בזה"ז בירושלים הלכך נפדה הוא בירושלים אעפ"י שלא נטמא דהא בהא תליא עכ"ל. ונפלאתי על דבריו מנין לו לחלק מעשר מנטע רבעי הא בכל דוכתא ילפינן נ"ר ממעשר שני בגז"ש דקודש קודש. ועוד הא דצריך להעלותו לירושלים ולאכלו שם אינו מפורש בנ"ר. וע"כ דגמרינן זה ממעשר שני וא"כ מנין לו לחלק. וגם מדברי הרמב"ם פ"ט מה' מ"ש ה"א שכתב ודינו להאכל לבעליו כמעשר שני. משמע דדינו שוה כמ"ש לכל:

אמנם מדברי רש"י ביצה (ה:) שפי' בעובדא דכ"ר שהי' לי' לר"א ובקש להפקירו לעניים שיעלו הם ויאכלו שם. נראה דס"ל דאף בזה"ז נאכל נ"ר בירושלים כדעת הרדב"ז. אבל באמת אין ראי' כלל מדברי רש"י הנזכר דאזיל לשיטתי' זבחים (ס:) ומכות (יט:) ותמורה (כא.) דגריס שם אמר רבינא לעולם קסבר קדשה לשעתה ולא קדשה לעתיד לבוא. וא"כ לפ"ד למ"ד דס"ל קדשה לשעתה וקדשה לעתיד לבוא וס"ל דמקריבין אעפ"י שאין בית. נאכל מעשר שני בזה"ז בירושלים אף שאין בית. וכ"ש נ"ר. והא פירש"י שם בביצה דר"א ס"ל כמ"ד קדשה לשעתה וקדשה לע"ל. ולכך פי' שיעלו העניים ויאכלו בירושלים. אבל לפ"ד התוס' זבחים (שם ושם) דס"ל דאף למ"ד קדשה לשעתה וקדשה לע"ל אינו נאכל מעשר שני בזמן הזה בירושלים כיון שאין מזבח בנוי וכן סובר הרמב"ם בפ"ב מה' מע"ש ה"א דאינו נאכל בירושלים אלא בפני הבית. ואף דפסק בפ"ו מה' בה"ב הי"ד דקדשה לע"ל ולא בטלה קדושת הבית והחומה וע"כ צ"ל דס"ל כדעת התוס' דגמרינן מבכור דבעינן דיקא מזבח בנוי. ולפי"ז נראה דה"ה נמי נ"ר שאינו נאכל אלא בפני הבית. והא דר"א דבקש להפקירו לעניים צ"ל כתירוץ השני שבתוס' שם בביצה דפירשו שירויחו העניים שיוכלו לחללו על שוה פרוטה וא"כ הרדב"ז שמחלק בין נ"ר למ"ש צ"ע מנ"ל:

שוב התבוננתי בזה וראיתי דהדבר תלוי בפלוגתת האמוראים בזבחים (נ.) אי אזלינן בתר מלמד או בתר למד דהא בקדשים קיי"ל דדבר הלמד בהיקש אין חוזר ומלמד בגז"ש ומעשר הא גמרינן מבכור בהיקש. וא"כ אי בתר מלמד אזלינן אין יכולין לגמור נ"ר ממ"ש בגז"ש דקודש קודש כיון דמ"ש גופא גמרינן מבכור ובכור הוא בקדשים ולכך נאכל אף שאין בית. אבל אי בתר למד אזלינן שפיר ילפינן נ"ר ממ"ש כיון דמ"ש ונ"ר חולין בעלמא נינהו וא"כ נמצא דלמר זוטרא דס"ל דבתר מלמד אזלינן נאכל נ"ר אף שאין בית. ולר"פ ורבינא דס"ל דבתר למד אזלינן אינו נאכל בזה"ז כיון שאין בית. ולענין הלכה לכאורה נראה דהלכתא כרבינא ור"פ נגד מר זוטרא. אך יעו"ש בדברי התוס' ד"ה אמר אמרה. ונראה לפי דבריהם דסתמא דגמרא ס"ל כמר זוטרא. אכן מפוסקים הראשונים שכתבו שאין יכולין להעלות נ"ר בזה"ז לירושלים משמע קצת דפוסקים כרבינא ור"פ ועיין בטור יו"ד סי' רצ"ד. אבל באמת אין ראי' מהפוסקים דהלכתא כרבינא ור"פ די"ל דהא דכתבו שיחללו נ"ר על ש"פ בזה"ז מפני שאין יכולין להעלותו לירושלים בזה"ז. לאו משום דאין יכולין לאכול אותו בלא מזבח בנוי. אלא משום טומאה. דאנו כלנו

**(ובזה יש לדחות ראיית הגאון בעל קהלת יעקב בברכות (לה) שכתב שם וז"ל ובמסכתא ב"מ (קא) על משנה דשטף נהר זיתיו משמע כמ"ד כ"ר דאמר ר"ל לא שנו אלא תוך שלש אבל לאחר שלש הכל לבעל הקרקע משום דלא מהני לי' גושיה לבעל הקרקע.

וקשה הא גם בשנה הרביעית מהני לי' להוציא מידי רבעי שצריך לאוכלו בירושלים או לפדותו ובודאי אין הפירות שוים רק מעט ואינו חשוב ממונו כלל דממון גבוה הוא כמע"ש והיכי אמר דלא מהני לי' מידי כו' עכ"ל. אבל באמת אין שום ראי' מזה כיון דבזה"ז יכול לפדות שוה מנה על שוה פרוטה א"כ לא מהני מידי בעל הקרקע לבעל האילן רק ש"פ בלבד וזה אינו חשוב כלל שיתן לו בעד זה:)** טמאי מתים. וא"כ אי הוכשרו הפירות אסור לאכלן נמי משום טומאה הפירות. ואפי' לא הוכשרו אסור לאוכלן משום טומאת הגוף. וגבי מע"ש כתיב קרא להדיא ולא בערתי ממנו בטמא וגמרינן נ"ר מיני'. ועיין ב"י שם דנראה שפי' כן. ומחמת זה תמוה לי מאד דברי הרדב"ז ז"ל האיך התיר לאכול נ"ר בירושלים בזה"ז ולא חשש לטומאה. גם תמוה לי דברי סה"ת שהביאו הסמ"ג במ"ע קל"ו לאחר שהביא דברי הגמרא מקיש מעשר לבכור מה בכור אינו נאכל אלא בפני הבית אף מעשר אינו נאכל אלא בפני הבית כתב שם ובס' התרומה בה' א"י שפי' שם שאם הפירות לא הוכשרו שמותר בזמן הזה לאכלו בירושלים לא ידעתי מנין לו ע"כ. ועיין בכ"מ פ"ב מה' מ"ש ה"א שבמחכ"ת שגג בכונת הסמ"ג שפשוט שהאי לא ידעתי מנ"ל שכתב הסמ"ג קאי על סה"ת מנ"ל לאמר דלא כדמוכח מהגמרא. ובאמת אי משום הא לא קשה כ"כ על סה"ת דאפשר לומר דגרס בגמרא כגירסת רש"י הנ"ל קדשה לשעתה ולא קדשה לעתיד לבוא. אבל לכי מאי דקיי"ל דקדשה לעתיד לביא נאכל מע"ש אף שאין בית. אבל אי קשיא לי הא קשיא לי אמאי קאמר דאם הפירות לא הוכשרו מותר לאכלן בזה"ז בירושלים הא אכתי אסור לאוכלן משום טומאת הגוף. דהא אמרינן להדיא ביבמות (עג:) דהאוכל בטומאת הגוף לוקה וילפינן מדכתיב ולא בערתי ממנו בטמא בין שאני טמא והוא טהור כו' ומצאתי שהב"ח ביו"ד ה' תו"מ סי' של"א עמד נמי על דברי סה"ת וכתב שלא ידע ליישבו. אך מה שמסיים שם דאולי וה הסמ"ג שכתב לא ידעתי מנ"ל אפשר דזאת הי' קשה לו. לפ"ד לא משמע כן מדברי הסמ"ג להמעיין היטב. אח"כ עיינתי בס' התרומות עצמו וראיתי כי היא בעצמו פסק להדיא בפסק של"ו וז"ל הלכך נראה דקדושת מחיצת העיר קיימת לעולם להיות מותר לאכול מ"ש בתוכה אי בנה מזבח אבל בלא מזבח לא דאיתקש מעשר לבכור תם שצריך לו מזבח לאכילת בשרו לר"י כדאיתא פ' אלו הן הלוקין כו' עכ"ל. א"כ ס"ל להדיא כדברי הרמב"ם דבלא מזבח בנוי א"א לאכול בירושלים מע"ש בזה"ז ונפלאתי על הסמ"ג איך לא ראה סוף דברי הבעל התרומות ומחמת זה נ"ל ע"כ לומר דמה שכתב מקודם אם פירות לא הוכשרו א"כ הוא מותר לאכלו בירושלים. כונה אחרת יש בדבריו. ומוכרח אנכי להעתיק לשונו וז"ל. אבל מ"ב ובז"ה שהוא טמא מחמת שאין לנו הזאה וכל אדם טמא אם הפירות לא

הוכשרו א"כ הוא טהור א"כ הוא מותר לאכלו בירושלים אע"ג דעכשיו ליכא מחיצות מקודשות דלענין מחיצות קדושה ראשונה קדשה לעתיד לבוא כו' אע"ג דלא קדשה לע"ל לענין חיוב מעשרות ותרומות מה"ת. ואם הפירות הוכשרו או פת שנלוש ממים ועכשיו המעשר טמא ואסור בין לאכלו בטומאה בין לשורפו בטומאה דכתיב לא בערתי ממנו בטמא וגם לוקה כדאיתא פ' הערל א"כ יפדנו אפי' בירושלים דאמרינן מנין למ"ש שנטמא שפודין אותו כו' עכ"ל. ונראה לכל דכל כונתו הוא לענין הפדיה בירושלים אם יכול לפדותו דאם הפירות לא הוכשרו אע"ג דעתה אין לנו מזבח ולא אפר פרה מ"מ מיקרי ראוי לאכלו דאולי יבוא ב"ד היום ויתגלה לנו אפר פרה ויבנה המזבח ע"כ א"א לפדותו וטעון גניזה. וחסרון הניכר יש בדבריו דלאחר תיבת מן התורה צ"ל וטעון גניזה אבל כשהוכשרו ונטמאה אז מותר לפדותו אף בירושלים. וזה ברור. ונפלאתי על הסמ"ג מה שתמה על דבריו וכתב לא ידעתי מנין לו. ונשובה לדברי הרדב"ז דתמוהים מאד האיך התיר לאכול נטע רבעי בזה"ז אפי' בירושלים הא אסור לאוכלן משום טומאת הגוף דהא גמרינן קודש קודש ממעשר:

ועוד נ"ל לומר לענין נ"ר דאפי' למאן דסובר דלא ילפינן נ"ר ממע"ש בגז"ש דקודש קודש. מ"מ מודה דהאוכל נ"ר בטומאת הגוף לוקה דהא אזהרה דאסור לאכול מע"ש בטומאת הגוף מדכתיב לא יאכל מן הקדשים. כי אם רחץ בשרו במים כדאמרינן ביבמות (עד:) יעו"ש. וזה דקאי הקרא על מעשר שני הוא מדאיקרי קודש. א"כ נטע רבעי נמי מיקרי קודש וממילא קאי הקרא נמי על נטע רבעי דמנ"ל לחלק בין מעשר שני לנטע רבעי דנימא דהקרא קאי דוקא על מעשר שני ולא על נטע רבעי. וכן לענין טומאת עצמו נמי אפי' למ"ד דלא ילפינן נ"ר ממ"ש בגז"ש מ"מ מודה דאסור לאכלו משום דילפינן מדכתיב בשעריך תאכלנו לזה ולא לאחר גבי פסולי המוקדשין כמו דילפינן לענין תרומה שם ביבמות. ובזה ניחא לי דברי הירושלמי פ"ה דמ"ש דפריך שם על דעתי' דהדין תניא לא למדו נ"ר ממע"ש כל עיקר מעתה אל יהא לו קדושה. קדושתו מאליו למדו כו' ויהא מותר לאונן תני קודש הלולים מגיד שהוא אסור לאונן. שלכאורה קשיא אמאי פריך הירושלמי דוקא על איסור אכילתו באנינות ולא פריך מכח איסור אכילתו בטומאה אבל בזה שאמרנו אתי שפיר. משום דזה לא צריך ממעשר וכדאמרינן דנ"ר קודש איקרי וממילא קאי הקרא דטומאה ג"כ על נטע רבעי. אבל לפי מאי דקיי"ל דגמרינן קודש קודש ממעשר לוקה נמי בנטע רבעי באוכלו בטומאת עצמן וכן אם אכלו באנינות כמו במעשר שני. וכן נמי נ"ל לענין אכילת חוץ לחומה ושארי דינים הנהוגים במעשר נוהגים בנ"ר

דלכל מילי גמרינן מהדדי. וחדא מנייהו נקט המשנה והגמרא. ואף שבדברי הרמב"ם אינו מבואר להדיא לענין מלקות בנטע רבעי. מ"מ נראה ברור דהדין כמ"ש:

ויותר תמוה לי דברי הרדב"ז מה שמחלק בין הגדלים בירושלים או שהובאו לשם ממקום אחר ממ"נ אי אמרינן נ"ר נאכל בירושלים אף שאין בית. מותר לאכול אף המובאים לשם. וראיתי להגאון בעל ברכי יוסף חיו"ד סי' רצ"ד דהביא כל דברי הרדב"ז להלכה. וגם עליו נפלאתי מאד דהאיך לא הרגיש בכל מה שכתבנו. וגם סוף דברי הרדב"ז אינם מובנים לי שכתב שנפדה נטע רבעי בזמן הזה בירושלים אף אם לא נטמא. מנין לו דבר חידוש כזה. ומש"כ כיון דנאכל בזה"ז בירושלים לכך נפדה דהא בהא תליא. לא יכולתי לירד לסוף דעתו בזה. אדרבה דאי אמרינן דראוי לאכול בירושלים א"כ אינו נפדה. סוף דבר דברי הרדב"ז הללו תמוהים מאד וא"א לסמוך עליהם. ובודאי נ"ר בזה"ז אסור לאכול בירושלים אף הגדלים בירושלים מטעם טומאת הגוף. ואפשר שמטעם שאין עתה מזבח נמי אסור וגם לפדותו נמי נראה דאסור לפדותו בירושלים. אלא א"כ נטמא וכדין מ"ש:

סימן יט

קשה לי בד הכ"מ בה' תרומות פ"א ה' כ"ב בדין פירות חוץ לארץ שנכנסו לארץ דכתב הרמב"ם כשנקבעו למעשר ביד ישראל אחר שנכנסו לארץ חייבים במעשרות מדבריהם. ודחק שם הכ"מ בתירוץ הב' לפרש בדברי הרמב"ם דכונתו שנקבעו למעשר ביד ישראל בחוץ לארץ חייבים במעשר מדבריהם אחר שנכנסו לארץ. אבל כשנקבעו למעשר בארץ חייבים במעשר מן התורה כחלה. ותמוה לי מאד דא"כ עפר חוצה לארץ שבא בספינה לארץ דאמרינן בגיטין (ז:) שיש חילוק בין שהספינה גוששת או לא. למאי נ"מ אם זה מיקרי ארץ או לא לענין חיוב מעשרות. הא עיקר נ"מ הוא באיזה מקום נתמרח דאם נתמרח בארץ אף שזה מיקרי חוץ לארץ נמי חייב. ואם נתמרח בחוץ לארץ אף שזה מיקרי ארץ נמי פטור. ואין לומר דמיירי דנתמרח בספינה שגדל שם דא"כ ל"ל להזכיר עפר חוץ לארץ שבא בספינה לארץ הו"ל למימר ספינה שבאה לארץ אם דינה כארץ לענין התבואה שנתמרח בה או לא. דאם הספינה גוששת חשיב כארץ ואם לא חשיב כחוץ לארץ. ודוחק לומר דעפר חוץ לארץ נקט משום שביעית. ועוד דהא אמר ר"ז שם עציץ נקוב המונח על גבי יתדות באנו למחלוקת ר"י ורבנן אם חשיב כארץ או לא. וזה ודאי א"א לומר דגם שם נתמרח. אך אפשר לדחוק דזה קאי לענין שביעית דלא כרש"י ז"ל דפירש דקאי לענין מעשר. ויותר קשה הא דאמרינן באילן שמקצת שרשיו בארץ ומקצתן בחוץ לארץ דטבל וחולין מעורבין זה בזה היכא משכחת לה כיון דהכל תלוי באיזה מקום נקבעו למעשר. ומצאתי שהגר"א ז"ל ביו"ד סי' של"א ס"ק כ"ט עמד בזה. ומתרץ

דהתם מיירי בפירות שאינו צריך גורן למעשרות. ולא זכיתי להבין דבריו הקדושים דהא שם ג"כ התלישה מן האילן גורמת החיוב וא"כ תליא בהיכן נתלשו וצע"ג. והנה דברי הברייתא דפליגי רבי ורשב"ג גבי אילן מקצתו בארץ ומקצתו בחו"ל היה אפשר ליישב דס"ל דתרומה לא דמי לחלה דדוקא גבי חלה תליא באיזה מקום נקבע לחלה משום דשם כתיב אל הארץ אשר אני מביא אתכם שמה שמה אתם חייבים בחו"ל פטורין. והא דפסק הרמב"ם דגבי תו"מ נמי הדין כן משום דהוא פסק כר' יאשי' דספרי דגם תרומה כתיב שם גבי חלה כמש"כ המהרי"ט. ובארתי זאת בסי' ג'. אבל מ"מ דברי הרמב"ם בעצמו דהביא שם ה' כ"ד היו מקצת שרשיו בארץ ומקצתן בחו"ל טבל וחולין מעורבין זה בזה. תמוה לי דלפ"ד הכ"מ היכא משכחת לה. ויותר תמוהין דברי הרמב"ם מש"כ שם ה' כ"ג עפר חוצה לארץ שבא בספינה לארץ בזמן שהספינה גוששת לארץ הרי הצומח בו חייב בתרומה ומעשרות ושביעית כצומח בארץ ישראל עצמה עכ"ד. דהא אין נפקותא אם הצמיחה היתה בארץ או לא כיון דעיקר נפקותא היא באיזה מקום נקבע למעשר. וד' יאיר עיני ליישב דברי הרמב"ם ז"ל:

קונטרס קל וחומר

קונטרס לבאר בדין מי שאחזו בולמוס דמאכילין אותו הקל הקל תחלה.

סימן א

שאלה נבלה ושביעית איזה מהן קול להאכילו תחלה למי שאחזו בולמוס. או שניהם שוין ויכול להאבילו איזה שירצה:

תשובה הנה המג"א סי' תרי"ח סק"ט כתב נבלה ושביעית מאכילין אותו שביעית. וכן הסברא נוטה דהא גבי שביעית לאחר הביעור אינו אלא לאו הבא מכלל עשה לבד. כמש"כ רש"י במס' יומא (פג.). והא לאו הבא מכלל עשה קיל מלאו כמו שבארנו בס' מלבושי יו"ט ח"א סי' י"ח דברי הרשב"א ז"ל ובארנו שם דכן הוא שיטת הרבה הראשונים יעו"ש. אמנם ראיתי להגאון בעל דברי אמת בקונטרס הלאוין (פה:) דסובר דנבלה ושביעית מאכילין אותו נבלה. והשיג על הרשב"א דס"ל דלאו הבא מכלל עשה אין דינו כעשה דכתב וז"ל הרי במס' יומא (פג.) ת"ר מי שאחזו בולמוס מאכילין אותו הקל הקל תחלה טבל ונבלה מאכילין אותו נבלה טבל ושביעית מאכילין אותו שביעית. ופירש"י לאחר זמן הביעור שהטבל במיתה בידי שמים והשביעית בעשה. ומדקאמר טבל ושביעית מאכילין אותו שביעית משמע דנבלה ושביעית מאכילין אותו נבלה. דאי לא. לאשמועינן רבותא נבלה ושביעית מאכילין אותו שביעית וכ"ש טבל ושביעית הרי

דשביעית לאחר הביעור חמיר מנבלה. אלמא דאף דשביעית לאחר הביעור הוא רק לאו הבא מכ"ע מ"מ דחי ללאו דנבלה אף שהוא מפורש עכ"ל. אבל באמת נפלאתי על הגאון הנ"ל האיך רוצה לומר דבר זר כזה דאיסור לאו הבא מכלל עשה ידחה ללאו דא"כ לר"י מאורלייניש חולין (צט.) בתוס' ד"ה רבא כו' דסובר אע"ג דטעם כעיקר דאורייתא מ"מ לא לקי על טעם כעיקר משום דר' יוחנן ס"ל כר"ע דגמרינן טעם כעיקר מגיעולי עכו"ם ואינו אלא עשה דתעבירו באש דמצריך ליבון והגעלה. יהא הדין לפי דעת הגאון הנ"ל באם יהי' לפנינו מאכל שאין בו אלא טעם מהאיסור היינו מרק שנתבשל בו האיסור. והאיסור עצמו. אנו צריכין ליתן לו גוף האיסור ולא המרק שנתבשל בו האיסור משום דעל גוף האיסור הוא בלאו והמרק שנתבשל בו האיסור ויש בו הטעם מהאיסור יש בו לאו הבא מכלל עשה. אתמהה כי זהו דבר שאין הדעת סובלתו לומר כן. והגאון בעל תויה"כ כתב שם בסוגיא דיומא הנ"ל דמכל הסוגיות נראה דחייבי עשה קיל מחייבי לאוין. והראי' אפי' למ"ד יש ממזר מחייבי לאוין מ"מ מחייבי עשה ס"ל דלא הוה ממזר. אמנם כתב שם דמדברי הרמב"ן על התורה נראה דס"ל דעשה חמיר מלאו. וגם עליו נפלאתי דהא הרמב"ן לא כתב דעשה חמיר מלאו ולכך דחי עשה לל"ת אלא עשה שיש בקיומה מצוה. דהא הסביר שם דלכך דחי עשה לל"ת משום דכמו שאהבה גדולה מיראה כמו כן המקיים ועושה בגופו ובממונו רצון אדוניו הוא גדול מהנשמר לעשות הרע בעיניו. אבל עשה שאין בקיומה מצוה היינו לאו הבא מכ"ע ודאי דגם הרמב"ן מודה דקיל מלאו מפורש. והא הרמב"ן לא מנה לאו הבמכ"ע לא בעשין ולא בלאוין. והשיג על הרמב"ם לפי דעתו דהרמב"ם מנה בכמה מקומות לאו הבא מכ"ע. וכבר האריכו גדולי האחרונים להציל את הרמב"ם מהשית הרמב"ן עליו שגם הרמב"ם לא מנה לאוין הבאין מכלל עשין אלא כל הני דמנה הרמב"ם ס"ל דזהו עשין גמורין בקיום המצוה אבל לאוין הבאין מכלל עשין תרווייהו ס"ל דאינו ראוי לחשוב לא בלאו ולא בעשה כי זהו רק אזהרת איסור מה"ת בלבד. וא"כ ודאי קיל הוא מעשה גמור ומלאו:

ויותר נראה דאף לפ"ד התוס' בכמה מקומות דס"ל דלאו הבא מכ"ע דינו כעשה גמור ואינו נדחה מפני עשה אחרינא כגון מצרי ואדומי אינו נדחה מפני עשה דיבום וכבר ביארתי בספרי שם דהתוס' ס"ל למנות לאוין הבאין מכ"ע בעשין. וכן הוא דעת התשב"ץ בס' זוהר הרקיע ולכך ס"ל להתוס' דאין חילוק בין עשה שיש בקיומה מצוה לבין עשה שאין בקיומה מצוה ואמרינן מאי אולמא דהאי עשה מהאי עשה. מ"מ מודים היכא דאיתא לפנינו איסור לאו גמור ואיסור לאו הבא מכ"ע מאכילין אותו האיסור דלאו הבא מ"ע כי לאו גמור חמיר מיני'. והא דס"ל דלאו גמור נדחה מפני עשה שיש בקיומה מצוה

ולאו הבא מכ"ע אינו נדחה מפני עשה שיש בקיומה מצוה. משום דס"ל להתוס' דהא דעשה דחה לל"ת לאו משום דעשה חמיר מיני' אלא הוא רק גזה"כ אע"ג דל"ת חמיר מ"מ אתא עשה ודחה לי' כמו דאמרינן ביבמות (ז.) הדר אמר אטו עשה דוחה את ל"ת לאו ל"ת חמיר מיני' וקאתי עשה ודחה לי' כו' וכיון דזהו רק גזה"כ בלי טעם א"כ דוקא ל"ת גמור אמרינן דאתא עשה ודחה לי' כיון דגלי קרא. אבל לאו הבא מכ"ע כיון דזה מיקרי עשה לא מצי אתא עשה דיש בקיומה מצוה ודחה לי' כיון דעשה שיש בקיומה מצוה אינו חמיר מהעשה שאין בקיומה מצוה ואמרינן מאי אולמא דהאי עשה מהאי עשה כיון דבזה לא מצינו דגלי קרא. ואין לומר כיון דס"ל להתוס' דלאו הבמכ"ע דינו כעשה א"כ היכא שיש לפנינו ב' איסורים איסור לאו הבמכ"ע ואיסור לאו גמור דידחה האיסור לאו הבמכ"ע ללאו גמור אע"ג דלאו גמור חמיר מיני' כמו דמצינו בכל מקום דאתא עשה ודחי ללאו. דזה אינו. דודאי גם התוס' ס"ל דהא דאתא עשה ודחה ללאו הוא דוקא עשה שיש בקיומה מצוה כמו כלאים בציצית דילפינן מזה לכל מקום. אבל עשה שאין בקיומה מצוה לא מצינו שידחה ללאו דאל"כ תקשה מה שהקשינו למעלה לדברי הר"י מאורלייניש. וזה ברור לפע"ד דלא כהגאון בעל דברי אמת:

אכן מה שמדקדק הגאון הנ"ל מדברי הברייתא דתנא מתחילה טבל ונבלה מאכילין אותו נבלה. ואח"כ קאמר טבל ושביעית מאכילין אותו שביעית ולא קאמר נבלה ושביעית מאכילין אותו שביעית והוה ידעינן טבל ושביעית מכ"ש. זהו דיוק גדול. וע"כ נ"ל דלא כהמג"א ודלא כהגאון בעל ד"א. אלא נבלה ושביעית מאכילין אותו איזה שירצה. והטעם בזה אע"ג דנבלה חמיר משביעית דשביעית אינו אלא לאו הבמכ"ע ונבלה היא לאו גמור. מ"מ יש חומרא בשביעית מה שאין בנבלה. דשביעית לאחר הביעור טעון שריפה ואסורה בהנאה. לכך שקולין הן ומאכילין אותו איזה שירצה. ובזה יתישב היטב גם דברי הרמב"ם בהמ"א פי"ד הי"ז דכתב נבלה וספיחי שביעית מאכילין אותו ספיחי שביעית שאיסורן מד"ס.. דכונתו דוקא ספיחי שביעית שהוא מדרבנן מאכילין אותו. ולא נבלה שאיסורה מדאורייתא. אבל שביעית לאחר הביעור דג"כ אסור מדאורייתא שוין הן נגד נבלה כיון שיש בה חומר שאסורה בהנאה. וראי' ברורה לדברינו אלה מדברי הירושלמי דיומא דקאמר שם חלה וערלה צריכא. וע"כ דהיינו טעמא דמספקא דאיזה מהן חמיר משום דבחלה יש בה עון מיתה. וערלה יש חומר דאסורה בהנאה. ונראה הא דלא פשיט מטבל ושביעית. משום דשביעית קיל ריבה מטבל. משום דשביעית אינו אלא איסור עשה בלבד. לכך אעפ"י שאסורה בהנאה מ"מ טבל שבמיתה אע"ג שמותר בהנאה שאינה של כלוי חמיר משביעית שאינו אלא איסור עשה בלבד. אבל ערלה כיון דהיא

איסור לאו ויש בה ג"כ חומר שאסורה בהנאה מספקא לי' דאולי היא חמירה מחלה אע"ג שיש בה עון מיתה. וכיון דלא איפשטא כהדדי נינהו ומאכילין אותו איזה שירצה. ובמה שבארתי מסולק קושיא עצומה שהקשה הגאון בעל דברי אמת על דברי התוס' דשבועות דס"ל דגבי נבלה איכא ג"כ איסור עשה שאינה זבוחה דכתיב וזבחת ואכלת מה שאתה זובח אכול אבל שאי אתה זובח לא. וכתב הגאון הנ"ל וז"ל ותמהני מרז"ל בעלי התוס' שהרי במס' יומא בסוגיא שהזכרתי למעלה אמרו דטבל ונבלה מאכילין אותו נבלה אף שאיסור נבלה הוא איסור עשה ול"ת ומה צורך להשמיענו טבל ושביעית מאכילין אותו שביעית השתא נבלה דאית בה תרי איסורי מאכילין אותו. שביעית דליכא כ"א איסור עשה לבד מיבעיא. ומה גם כפי משכ"ל דנבלה ושביעית מאכילין אותו נבלה ואי נבלה קאי באיסור עשה היכי מאכילין אותו איסור חמור עכ"ל. אבל לפי משנ"ב דאיכא חומר גבי שביעית משום דאסור בהנאה לאחר הביעור א"ש דאע"ג דתני טבל ונבלה מאכילין אותו נבלה אף דאיכא בי עשה ולאו. מ"מ לא הוה ידעינן שביעית נגד טבל דטבל מותר בהנאה שש"כ ושביעית אסורה בכל הנאות לכך תני שביעית וטבל מאכילין אותו שביעית להשמיענו דחומרא דטבל חומר מיתה. חמור מחומר איסור הנאה דשביעית דאינו אלא רק איסור עשה לבד. ולגבי ערלה דאסור בהנאה ויש בה איסור לאו מבעיא להירושלמי איזה מהן חמור כמשפ"ל:

סימן ב

מ"מ עדיין יש לחקור בזה בנבלה ושביעית איזה מהן חמיר דאף דבארתי דבשביעית אע"ג דאינו אלא לאו הבמכ"ע מ"מ מחמת חומר איסור הנאה דמי לאיסור נבלה שהוא בלאו בכ"ז איכא למימר לפ"ד התוס' דבנבלה איכא גם עשה שאינה זבוחה. ונראה מדעת הרמב"ם והסמ"ג [וכן נראה דעת הרמב"ן מדלא השיג על הרמב"ם בזה] דמ"ע דוזבחת היא מ"ע גמורה דבכל עת שירצה לאכול בשר צריך לזבוח ולא לאכול שאינה זבוחה והוה כמו מ"ע דבתולה לכה"ג דבכל עת שירצה ליקח אשה צריך ליקח בתולה והיא מ"ע גמורה. א"כ איכא למימר כיון דבנבלה צריך לעבור על ל"ת ומ"ע גמורה אתא עשה דזבוחה ודחי ללאו הבמכ"ע דאיסור שביעית [וכבר בארתי בס' מלבושי יו"ט סי' הנ"ל דשיטת הרבה ראשונים דלאו הבמכ"ע דינו כלאו ועשה דחי לו] והא דטבל ונבלה מאכילין אותו טבל ולא אמרינן דאתא עשה ודחי לו. משום דשאני טבל דיש בו איסור מיתה ואין עשה דוחה ללאו דיש בו איסור מיתה כמו שאינו דוחה ללאו דיש בו כרת. וכן כתב השא"א בסי' צ"ו בפירוש דאין עשה דוחה ללאו דיש בו מיתה. אבל גבי שביעית כיון דאין בו אלא חומר איסור הנאה ודאי דאתא עשה ודחה לו. אע"ג דבירושלמי מדמי

חומר איסור הנאה לחומר מיתה. דקאמר ערלה וחלה צריכא. מ"מ לענין נדחית מפני עשה ודאי לא דמי להדדי דהא לאו שיש בו איסור הנאה אמרינן להדיא בזבחים (צז:) דאתא עשה ודחי לו. מדפריך שם הגמרא לענין יקדש להיות כמוה הא כיצד אם פסולה היא תפסול כו' ואמאי ליתי עשה [פי' דאכלו אותם דכשירה] ולידחי ל"ת (דלא תאכל דפסולה] אע"ג דפסולי קדשים הן בשריפה ואסורין בהנאה:

אבל לאחר העיון ראיתי דודאי דעת הרמב"ם והסמ"ג אינו כן. דהם לא הזכירו בשום מקום דהאוכל נבלה עובר על מצות עשה דוזבחת כמו שכתבו לגבי בהמה טמאה. וגם בה' מ"א לא הזכיר הרמב"ם מ"ע דוזבחת. רק בריש ה"ש כתב מ"ע לשחוט כל מי שירצה לאכול בשר. ע"כ נ"ל דדעת הרמב"ם והסמ"ג הוא כדעת רש"י והריב"א דגבי נבלה ליכא איסור עשה שאינה זבוחה והאוכל נבלה אינו עובר אלא על ל"ת בלבד רק דסברי דהיכא שרוצה לאכול בשר והורג את הבהמה או נוחרה אז מבטל גם המ"ע דוזבחת לבד איסור הל"ת של נבלה. ודלא כהגאון בעל פמ"ג דכתב בריש ה"ש דהרמב"ם והסמ"ג ע"כ ס"ל כשיטת התוס' דגבי נבלה איכא עשה דאינה זבוחה. כי לפ"ד אינו כן. לבד דעת הראב"ד דמשיג על הרמב"ם דמונה במ"ע לשחוט בהמה חיה יעוף ואח"כ לאכול בשרה. וכתב ע"ז הראב"ד זו אין לו טעם. ואולי לאו הבמכ"ע עשה. דנראה מזה דסובר כדעת התוס' שהאי וזבחת בא לאסור שאינה זבוחה בלאו הבמכ"ע:

וראי' לזה דאף המונים שחיטה במ"ע מ"מ סברי דגבי נבלה ליכא איסור עשה דאינה זבוחה [דלא כהפמ"ג] דהא הרמב"ן מדלא סליק מהמצות עשיות שמנה הרמב"ם גם מצות שחיטה [עיין בסוף הסמ"ק בדברי הרמב"ן ד"ה ואתה אם תבין כו'] אלמא דמודה להרמב"ם דמצות שחיטה הוה מ"ע ובחידושיו לקדושין (עז:) לענין האוכל נבלה ביוה"כ מקשה שם קושית התוס' על רש"י ז"ל. ולא הזכיר שם האיסור דאינה זבוחה. מוכח להדיא דס"ל דנבלה אינה אסורה משום עשה דאינה זבוחה. אבל באמת נבוך אנכי בדברי הרמב"ן ז"ל דמדבריו שכתב בשורש הראשון ד"ה ובתשו' ב' חתם תבנית כו' שמישב שם קושית הרמב"ם על הבה"ג. שהקשה לפ"ד הבה"ג שמנה גם מצות דרבנן אמאי אינו מונה גם מצית נט"י ומצות עירוב. ומתרץ וז"ל וא"ת שראוי למנותן מצות מפני שהעירוב עצמו יקרא מצוה מדבריהם שהרי אנו מברכין עליו אשר קב"ו וכן בנט"י תדע ותשכיל שאין זה אצל בה"ג מצוה שתמנה לפי שאין אדם מצווה לעשות העירוב או שלא לעשותו ואינו נכלל בקום ועשה וכן נט"י כו' אבל אלו היתר האיסור הן דומה למצות השחיטה שתקנו בה נמי וצונו על השחיטה ודקדקו בה לימא לשחוט לא סגיא דלא שחיט. ואלו וכיוצא בהן לא הבמכ"ע ועיקרן הוא הלאו שנאמר בהן כמו כל צפור

טהורה תאכלו [שם חסר תיבת כמו] כו' יעו"ש. אלמא דס"ל כשיטת התוס' דשחיטה עצמה אינה מצות עשה רק בא לאסור שאינה זבוחה. ונראה לאחר העיון לישב דברי הרמב"ן דמה דהסביר הוא ז"ל דכיון שאין אדם מצווה לעשות זאת אין למנותם במ"ע. זהו רק לישב דעת הבה"ג שהוא ודאי סובר כן. והראי' שלא מנה הבה"ג מצות שחיטה במ"ע. כיון שאין אדם מצווה לשחוט ולאכול רק כשרוצה לאכול צריך לשחוט. אבל הרמב"ן בעצמו ודאי מודה לדעת הרמב"ם דשחיטה היא מ"ע מקרא דוזבחת. אף שאינה מ"ע דקום ועשה מ"מ מיקרי זאת מ"ע כשרוצה לאכול בשר מצוה לשחוט. ולהכי לא הזכיר בפירושיו שם האיסור שאינה זבוחה. דהקרא לא בא לאסור שאינה זבוחה:

ועוד נ"ל לאחר העיון דהא ליכא מאן דס"ל דהאוכל נבלה מבטל מ"ע דוזבחת רק היכא שרוצה לאכול בשר והורג או נוחר אז מבטל מ"ע דוזבחת אבל האוכל נבלה דמעיקרא ליכא בזה ביטול מ"ע לכו"ע. א"כ לא שייך בזה למימר דאתא עשה דוזבחת ודחה ללאו הבמכ"ע דשביעית דאף למאן דסברי דגבי נבלה איכא עשה שאינה זבוחה הא כיון דאין זה רק לאו הבמכ"ע ולא עשה ממש א"כ לא שייך למימר דאתא עשה דזביחה ודחה ללאו הבמכ"ע דשביעית. ואף שלדעתם בנבלה איכא לאו ולאו הבמכ"ע ובשביעית אינו אלא לאו הבמכ"ע לבד מ"מ שקולים הם כמשכ"ל. משום דבשביעית יש בה חומר שהוא אסור בהנאה. דהא חזינן דתרומה וטבל כיון דיש בהן איסור מיתה חמירי מנבלה אע"ג דיש בה לאו ולאו הבמכ"ע א"כ איסור הנאה דמדמי הירושלמי לחומר מיתה דמיבעיא להירושלמי חלה וערלה צריכא א"כ לכה"פ גבי שביעית אע"ג דקילא מאיסור מיתה כיון דאין בו אלא איסור עשה בלבד מ"מ לגבי נבלה שוין הן. ודלא כהגאון בעל דברי אמת דס"ל דלאו ולאו הבמכ"ע חמיר מאיסור אחד אף דאית בו חיוב מיתה. דכתב וז"ל ואי לאו דמסתפינא הוה אמינא דלהכי נקט הברייהא טבל ונבלה מאכילין אותו נבלה. ולא לקט טבל וטרפה מאכילין אותו טרפה דדוקא טבל ונבלה מאכילין איתו נבלה אבל טבל וטרפה אע"ג דטבל חמיר שהוא במיתה מ"מ מיקרי חד איסורא אבל טרפה מקרי תרי איסורא. תדע דאלת"ה לימא טבל וחזיר מאכילין אותו חזיר וממילא ידענו דטבל ושביעית מאכילין אותו שביעית דהשתא חזיר דאית בו חרי איסירי לאי ועשה נדחית מפני טבל להיותו במיתה שביעית מיבעיא. אלא ודאי להכי נקט נבלה דאינה אלא בלאו ולאשמועינן דשביעית שהיא בעשה חמיר ממנה. ולעולם טרפה וחזיר וערלה חשיבי תרי איסורי והטבל נדחית מפניהם עכ"ל. והנה דבריו אינם מדוקדקים כלל לפע"ד דמה דסובר דלאו ולאו הבמכ"ע חשיבי תרי איסורי ז"א דהא מדברי הרמב"ן מוכח להדיא דאינו כן דהא גבי גרושה לכ"ה והיא מצרית כתב הרמב"ן בחידושיו

ליבמות דעשה דיבום אינה דוחה אותם ואם בעלה לא קנה כמו אלמנה לכה"ג. וע"כ משום דס"ל דאין עשה דוחה לתרי איסורי כמש"כ בספרי שם. ואפ"ה ס"ל להרמב"ן וכמה ראשונים דפירכת הגמרא בכתובות (מ.) דליתי עשה דולו תהיה ולידחי ללאו קאי על נמצא עליה דבר ערוה אע"ג דיש בו לאו ועשה לאו דטומאה ועשה דונטמאה וע"כ משום דס"ל דלאו הבמכ"ע אינו מוסיף חומר בפ"ע אלא הוה כמי איסור שנזהר עליו כמה פעמים בתורה ואין לוקין אלא אחת עיין בסמ"ק בשורש ט' דעת הרמב"ם ודעת הרמב"ן] וכן מ"ע שנצטוה ע"ז כמה פעמים בתורה דנראה שאין באזהרות הללו שום צד חומר לנגד חבירו שאין בו כ"כ רבוי אזהרות בתורה. וראי' לזה מדפליגי בירושלמי במי שאין ידו משגת לקנות אלא תפילין או מזוזה הי מינייהי קדים. חד סובר דמזוזה קדים דנוהגת גם בשבתות ויו"ט ולכן חמורה. וחד סובר דתפילין חמירי משום דנהגי במפרשי הים והולכי מדבריות [הביאו הרא"ש בה"ק] ואם איתא דרבוי אזהרות מוסיף חומר הא אמרינן במנחות (מד.) כל שאינו מניח תפילין עובר בשמונה עשה. וכל שאין לו מזוזה בפתחו עובר בב' עשה. וא"כ תפילין חמיר מצד רבוי אזהרות. ואף דע"כ הירושלמי איירי לענין תפלה אחת ש"י או ש"ר דאי איירי שיוכל לקנות במה שיש לו שתי תפילין או מזוזה ודאי דתפילין קודם משום דב' תפילין הן שתי מצות לכמה ראשונים ומזוזה היא מצוה אחת. מ"מ אפי' על תפלה אחת איכא ד' עשה. אע"כ דרבוי אזהרות אינו מוסיף חומר כנגד חבירו שאין בו רבוי אזהרות כ"כ:

אמנם אח"כ ראיתי דלפי דברי הרמב"ן ודאי לאו הבמכ"ע מוסיף חומר והיכא דאיכא לפנינו דבר אחד שאסור משום לאו ולאו הבמכ"ע ודבר אחד שאינו אסור אלא משום לאו בלבד מאכילין אותו הדבר שאסור מלאו בלבד דקילא. והא דרבוי אזהרות אינו מוסיף חומר היינו היכא דצריכא אזהרות יתירי לדרשא. ולכך ס"ל להרמב"ן דאפי גבי לאוין יתירי משום דצריכין לדרשא לא מלקינן על הלאוין יתירי אבל היכא דלא צריכין לדרשא מלקינן עלייהו. א"כ גבי לאו הבמכ"ע דאינו בא לדרשא אלא להוסיף עשה ודאי דמוסיף חומר. והא הרמב"ן ס"ל גבי עופות טמאין ובהמה טמאה ודגים טמאים דהא דקאמר בספרי לעבור עליו בלאו ועשה הוא אינו גמור אלא לאו הבמכ"ע. וא"כ ע"כ דמוסיף חומר. ומדברי הירושלמי שהבאתי אין ראי' דהא דלא אמרינן דתפילין חמירי משום רבוי אזהרות שבה כנגד מזוזה שאין בה רבוי אזהרות כ"כ משום דרבוי אזהרות דתפילין צריכין לדרשא דתפילין צריכין ארבע פרשיות כמש"כ רש"י במנחות שם. וכן גבי מזוזה צריכין לדרשא דבעי שתי פרשיות. והא דס"ל להרמב"ן דעשה דוחה ללאו ולאו הבמכ"ע. נראה דמחלק בין תרי איסורי לחד איסורא. דבתרי איסורי אפי' איכא

בחד איסורא לאו ובחדא איסורא איכא לאו הבמכ"ע נמי לא דחה עשה. ולכך ס"ל גבי גרושה לכ"ה והיא מצרית דאם בטלה לא קלה. אבל בחד איסורא אפי' איכא תרי לאוין ממש ס"ל דדחה עשה וילפינן מכלאים בציצית ואמרינן מה לי חד לאו ומה לי תרי לאוין. וכ"ש היכא דאיכא לאו הבמכ"ע עם הלאו ודאי דדחה. ולכך ס"ל דפירכת הגמ' בכתובות קאי אנמצא עליה דבר ערוה אע"ג דאיכא בה גם לאו הבמכ"ע. ונראה דודאי גם הרמב"ם מודה דלאו הבמכ"ע מוסיף חומר על הלאו. והא דדחק הרמב"ם לומר גבי עופות טמאין ובהמה טמאה כו' דהעשה שבהן הוא עשה גמור היינו קיום המצוה ולא לאו הבמכ"ע כמו שבאר דעתו המ"א יעו"ש. לא משום דס"ל דלאו הבמכ"ע אינו מוסיף חומר אלא משום דלשון הספרי דקאמר שם מצות עשה דחקו לי' לומר דהוא מצות עשה גמורה. אבל ודאי גם לפ"ד לאו הבמכ"ע מוסיף חומר על הלאו. וכן ס"ל היכא דאיכא לאוי יתירי לא מלקינן אלא מלקות אחת כמש"ב הרמב"ם בשורש התשיעי מ"מ מידה דהלאו יתירי הוא כדי להוסיף חומר דאל"כ אמאי קאמר הגמרא לעבור עליו בשני לאוין לפ"ד. ובודאי גם הרמב"ם מודה דהיכא דהלאוי יתירי או העשה יתירי צריכין לדרשא אינו מוסיף שום חומר דאל"כ תקשה דברי הירושלמי הנ"ל. מ"מ אף לפי"ז דברי הגאון בעל ד"א אינם נכונים מה דס"ל דהיכא דאיכא לאו ולאו הבמכ"ע בחד איסורא חמיר הוא מאיסור מיתה. זה ודאי אינו. ומה שהביא ראי' דאלת"ה לימא טבל וחזיר מאכילין אותו חזיר וממילא ידענו דטבל ושביעית מאכילין אותו שביעית כו' לפי מה שבארנו דאיסור הנאה הוא ג"כ איסור חמור א"כ מטבל וחזיר לא הוה ידעינן טבל ושביעית כיון דשביעית יש צד חומר דאסור בהנאה א"כ בודאי טרפה וחזיר ודג טמא נדחית מפני הטבל. ודלא כהגאון הנ"ל. ועיין וטבל צריכא כדבעי בירושלמי:

עוד נ"ל לבאר בזה דנבלה ושביעית כהדדי נינהו אפי' היכא דליכא נבלה דמעיקרא לפניו אלא צריך לנחור בהמה כדי להאכילו [כגון דאין לי סכין] א"כ לכאורה לפי"ז הא הוא מבטל מ"ע גמורה לפ"ד הרמב"ם והסמ"ג והרמב"ן ואיכא למימר דאתא עשה דשחיטה ודחה ללאו הבמכ"ע דשביעית כמו שנראה מדברי הגאון בעל ד"א הנ"ל דגם בכה"ג אמרינן דעשה דחה ללאו. אבל באמת לאחר העיון ראיתי דז"א. דבכה"ג לא שייך למימר דאתא עשה ודחה דדוקא היכא דמקיים העשה אז גלה הכתוב דאתא עשה ודחה ללאו כמו כלאים בציצית. אבל היכא דלא הוה כמו כלאים בציצית לא ילפינן משם. לא מיבעיא לפ"ד הרמב"ן בפי' על התורה שהבאתי למעלה דהסביר דלכך דחה עשה לל"ת משום דכמו שאהבה גדולה מיראה כ"כ המקיים ועושה בגופו ובממונו רצון אדוניו הוא גדול מהנשמר לעשות הרע בעיניו. א"כ ודאי דאינו דוחה עשה לל"ת אלא היכא דמקיים

העשה ממש. אלא אפי' לדעת החולקים על הרמב"ן מ"מ מודים בזה להרמב"ן כיון דלא מצינו למילף מכלאים בציצית אלא היכא דמקיים העשה אבל לא היכא דצריך לעבור על העשה או על הל"ת דנימא דעשה דוחה ל"ת זה לא מצי למילף משם. לכך גם הכא דאם יאכל שביעית ולא ינחור הבהמה לא יקיים בזה העשה דשחיטה אלא דלא יעבור על העשה בכה"ג לא אמרינן דעשה דוחה ללאו הבמכ"ע דשביעית. וכיון דשביעית יש בו חומר דאסור בהנאה א"כ שקולין הן וכמשב"ל:

סימן ג

שאלה נבלה וטריפה איזו מהן קל להאכילו למי שאחזו בולמוס. או דשקולין הן:

תשובה הנה כבר הבאתי למעלה בסי' ב' דברי הגאון בעל ד"א בקונטרס הלאוין. וס"ל דטריפה חמירא מנבלה משום דגבי טריפה איכא עשה דוזאת החיה חיה אכול שאינה חיה לא האכל. והביא ראי' מפ"ב דחולין (לז.) ואי משום דגבי נבלה איכא עשה דאינה זבוחה לשיטת הרבה ראשונים הכריח הגאון הנ"ל דלא כדבריהם. דלפי"ד האיך קאמר הגמרא טבל ונבלה מאכילין אותו נבלה אף שאיסור נבלה הוא איסור עשה ולא תעשה ומה צורך עוד להשמיענו טבל ושביעית מאכילין אותו שביעית השתא נבלה דאית בה תרי איסורי מאכילין אותו. שביעית דליכא כי אם איסור עשה בלבד מיבעיא כו'. וזכינא לדין דמי שאחזו בולמוס ויש לפניו איסור טרפה ואיסור נבלה יאכילוהו נבלה עכ"ד. הנה מה שהכריע נגד דברי הראשונים דס"ל דגבי נבלה איכא גם עשה דאינה זבוחה לפי מה שבארנו למעלה משום דשביעית אסור בהנאה ע"כ הוה ס"ד דשביעית חמירא מאיסור נבלה לכך צריך להשמיענו דמ"מ כיון דטבל חמירא משום דעונש מיתה יש בו ע"כ חמירא אף משביעית דאסור ההנאה א"כ אין הכרעתו כלום נגד דברי הראשונים הללו. וא"כ לכאורה נראה דאדרבה נבלה חמירא דעשה דוזאת החיה נראה מדברי הרמב"ם דלא קאי על טרפה דהא בפ"ב מה' מ"א כתב דבשר אדם אסור בעשה שהרי מנה הכתוב שבעה מיני חיה ואמר בהן זאת החיה אשר תאכלו כל שהוא חוץ מהן לא תאכלו לאו הבמכ"ע עשה עכ"ל. הרי להדיא דמוקי הקרא דוזאת החיה על בשר אדם ולא על טרפה. ואף דהגמרא שם (מב.) יליף מקרא זה לענין טרפה שאינה חיה נראה דע"כ צ"ל דס"ל להרמב"ם דהוא רק אסמכתא בעלמא לענין טרפה. אבל עיקר טרפה דמה שאינה יכולה לחיות דאסורה הוא בכלל טרפה ילפינן זאת מהלמ"מ אף שמדברי הגמרא שם (לז.) משמע דוזאת החיה היא דרשא גמורה זהו רק לפי ההו"א דמסוכנת אסורה אז הוה מוקמינן דוזאת החיה קאי ע"ז. אבל לפי האמת דמסוכנת מותרת א"כ לא קאי זאת החיה ע"ז כן נראה מדברי הרמב"ם. א"כ לפי"ז בשר טרפה קילא נגד בשר נבלה דבנבלה איכא

ג"כ עשה דאינה זביחה לפי שיטת הרבה ראשונים. מ"מ לדינא נ"ל דכי הדדי נינהו. וראי' לזה דהא בזבחים (ע.) אמרינן אלא אמר רבא התורה אמרה יבוא איסור נבלה ויחול על איסור חלב יבוא איסור טרפה ויחול על איסור חלב וצריכי דאי אשמעינן נבלה משום דמטמא אבל טרפה אימא לא ואי אשמעינן טרפה משום דאיסורא מחיים אבל נבלה אימא לא צריכא. ואי אשמעינן דבנבלה איכא איסור עשה דאינה זבוחה ובטרפה ליכא איסור עשה הו"ל להגמרא למימר דאי אשמעינן נבלה הו"א משום דבנבלה איכא איסור לאו ועשה ע"כ חמירא וחל על איסור חלב אבל איסור טרפה דאינו אלא לאו בלבד לא חיילי. אלא ע"כ דמאן דס"ל דבנבלה איכא איסור עשה דאינה זבוחה ס"ל דלא כהרמב"ם אלא דגבי טרפה איכא איסור עשה דוזאת החיה. ולדברי הרמב"ם דס"ל דוזאת החיה לא קאי על טרפה ע"כ דס"ל דבנבלה ליכא איסור עשה דאינה זבוחה. וכן בארתי למעלה בסי' ב' דלא כהפמ"ג דס"ל דהרמב"ם סובר דבנבלה איכא איסור דאינה זבוחה:

גם מש"כ הגאון בעל ד"א על שיטת הראשונים דס"ל דגבי נבלה איכא איסור עשה דאינה זבוחה וכבר ראיתי להתוס' במס' שבועות (כד.) דחה ריצב"א סברא זאת בראיה ברורה ותמהני על הרשב"א והריב"ש ז"ל עכ"ל. מאד נפלאתי עליו דאדרבה לפע"ד דברי התוס' דשבועות שם דהקשו לפי סברא זו דא"כ האיך מצי לחול איסור אבר מה"ח על איסור שאינה זבוחה בקל יש לדחות דמגה"כ הוא דחל. כמו דגלי לן קרא דאיסור נבלה וטרפה חל על איסור חלב אף לפי"ד הסוברים בכ"מ אין איסור חע"א אפי' באיסור כולל. ואין לומר דכוונתם להקשות כיון דגלי קרא דאיסור אבר מה"ח חל על איסור שאינה זבוחה א"כ יחול נמי איסור יוה"כ על איסור שאינה זבוחה. ז"א דלמא היכא דגלי גלי כמו לגבי איסור חלב דודאי חל עליו איסור נבלה וטרפה כמפורש בקרא. ואפה"כ פריך הגמ' בכריתות (כג.) על ר"ש אמאי חל איסור נותר על איסור חלב [לפי שיטתו דסובר דאין איסור חע"א אפי' באיסור כולל. יעו"ש בדברי התוס' ד"ה ומי] ולא אמרינן כיון דגלי הקרא דאיסור חלב קיל וחל עליו איסור אחר חל נמי עליו כל האיסורין אלא אמרינן מה דגלי גלי. וא"כ איכא למימר נמי לענין איסור שאינה זבוחה מה דגלי גלי ומה דלא גלי לא גלי ולהכי לא חל איסור יוה"כ על שאינה זבוחה. ודברי התוס' צ"ע:

אך זאת יש להקשות לפ"ד כיון דהם ס"ל דהך וזבחת בא לאסור אבר מה"ח ונבלה באיסור שאינה זבוחה לר"ע דאמר בחולין (יז.) דהקרא דכי ירחק ממך המקום וזבחת וגו' בא לאסור בשר נחירה שמתחילה הותר להם בשר נחירה ומשנכנסו לארץ נאסר להם בשר נחירה. א"כ מנ"ל דבשר נחירה לאחר שנאסר אסור משום נבלה. הא כיון שקודם שנאסר בשר נחירה לא הי' בכלל נבלה א"כ דלמא אף לאחר שנאסר ג"כ אין בה איסור נבלה

ואינה אסורה אלא בלאו הבמכ"ע. בשלמא לדעת הריצב"א דסובר דהאי וזבחת אינו לאו הבמכ"ע רק בא לגלות דבשחיטה שריא ולא בנחירה. א"כ בנחירה כדקיימא קיימא כמש"כ התוס' שם דהוה כמו תזבח ולא גיזה דלית בה איסור עשה אלא קאי באיסור לאו הראשון א"כ גלי קרא דבנחירה הוה נבלה אבל לפ"ד קשה טובא דמנ"ל דבנחירה לקי על איסור דנבלה. ואף לפ"ד המוני מצות דס"ל דבהאי וזבחת בא להורות על מ"ע נמי צ"ע דמנ"ל דלאחר שנאסר קאי באיסור נבלה דלמא לא בא הקרא אלא לגלות דשחיטה מצוה היא והנוחר ואוכל מבטל מ"ע אבל איסורא ליכא אף לאחר שנכנסו לארץ כמו שהי' קודם שנכנסו לארץ ולא מצינו בקרא דנוחר יהי' אסור משום נבלה כיון דוזבחת ואכלת צריכין לגופו להורות שאם ירצה לאכול מצוה לשחוט. אך לפ"ד מוני המצות יש לדחוק ולומר דבאמת עיקר פשטיות הקרא דוזבחת אינו בא לגלות רק על נחירה שהיא אסורה משום נבלה. ומ"מ ס"ל דכיון דגלי לן הקרא שאינה ניתר הבהמה אלא בשחיטה כל המקיים מצות שחיטה מקיים מ"ע. וכמו מצות טבילה שמנה אותה הרמב"ם במצוה ק"ט במ"ע ואף שאין זה מ"ע של חיוב וכמו שכתב הרמב"ם שם וז"ל ואין הכונה במאמר הטבילה מ"ע שחייב כל טמא שיטהר על כל פנים כמו שהוא חייב כל מי שיתכסה בכסות שיעשה ציצית או כל מי שיש לו בית שיעשה לו מזוזה. ואולם הנרצה בזה דין טבילה והיות התורה אומרת לנו כל מי שירצה לטהר מטומאתו הנה לא ישלם לו זה אלא בטבילה במים ואז יטהר כו' עכ"ל. אבל לפי דעת הסוברים דנבלה אסורה גם באיסור לאו הבמכ"ע דאינה זבוחה, קשה דלמא אף לאחר שנכנסו לארץ ונאסר בשר נחירה אינו אלא באיסור עשה בלבד. וגם מנ"ל דהוה בכלל נבלה לענין טומאה, ויותר קשה לי כיון דהקרא דוזבחת לר"ע אינו מיותר ובא לגלות לנו דמשנכנסו לארץ בשר נחירה הוה כמו מתה מאליה לכל דבר א"כ מנ"ל לומר דוזבחת בא לאסור נבלה ואבר מה"ח עוד בלאו הבמכ"ע כיון דהקרא דוזבחת צריכא לגופו לרבות דנחירה הוה כמו מתה מאליה. וע"כ צ"ל דהסוברים דאיכא עשה שאינה זבוחה גבי נבלה ס"ל דאנן קיי"ל כר' ישמעאל דבשר נחירה לא אישתרי כלל וכן כתב הרמב"ן בפי' התורה בפ' אחרי מות דדרך חכמים באגדות וברוב המקומות הולך ע"ד ר"י. ולר"י האי וזבחת מיותר [עיין ברש"י שם ד"ה בשר נחירה ועיין מהרש"א שם] ובא לגלות על איסור עשה שאינה זבוחה וכן ר"ש דאמר האוכל נבלה ביוה"כ פטור אפילו נתנבלה ביוה"כ. ע"כ כר"י ס"ל ואינו חל איסור יוה"כ על איסור שאינה זבוחה. והרמב"ם דס"ל דקיי"ל כר"ע באמת ס"ל דליכא עשה שאינה זבוחה דלא כהפ"מ כמשב"ל:

אח"כ התבוננתי עוד בזה וראיתי דמדברי הרמב"ם ה' מ"א פ"ד ה' י"ז מוכח דטרפה קיל מנבלה. דהא כתב דנבלה וטרפה מצטרפין משום דטרפה תחלת נבלה. וע"כ כוונתו הוא דכיון דטרפה תחלת נבלה א"כ נבלה מצטרף לטרפה לחייבו משום לאו דטרפה. דבכל מקום החמור מצטרף להקל לחייב משום הקל וכיון דטרפה אינו חייב אלא משום דסופה למות א"כ נבלה ממש ודאי דמצטרף לטרפה לחייב עלי' משום לאו דטרפה. אבל איפכא להצטרף טרפה לנבלה ולחייב משום לאו דנבלה ודאי ליכא למימר דכיון דטרפה אינה רק תחילת נבלה א"כ האיך אפשר להצטרף טרפה לנבלה לחייב משום לאו דנבלה:

שוב מצאתי באבני מלואים בשו"ת שלו סי' ד' שהשיג שם על האחרונים שנעלם מהם דברי הרמב"ם הנ"ל. וכתב אמנם נושאי כלי הרמב"ם לא גלו לנו מקור הדין הזה מהיכן יצא לו לרבינו ז"ל דנבלה וטרפה מצטרפין. ואחרי החיפוש מצאתי בספרי פ' ראה שם לא תאכל כל נבלה אין לי אלא נבלה טרפה מנין ת"ל נבלה כל נבלה ע"ש. והיינו דה"מ למכתב לא תאכל נבלה וכתיב כל נבלה לרבות הטרפה דהו"ל תחלת נבלה ומשו"ה מצטרפין נבלה וטרפה דאתיין מלאו אחד עכת"ד. ולפי"ז איכא למימר דשקולין הן. אבל באמת נפלאתי עליו דהאיך אפשר לומר דהרמב"ם סמך טל דברי הספרי הלזה הא הוא בעצמו פסק שם פ"ד ה"ו דלא כהספרי אלא כהגמ' דידן חולין (קב:) דבין לר"י ובין לר"ל ילפינן טרפה מבשר בשדה טרפה לא תאכלו. ונראה דהגמרא דידן דפליג על הספרי סמך אדברי המכילתא פ' משפטים דס"ל להדיא דטרפה ילפינן מבשר בשדה טרפה יעו"ש. אבל הספרי ס"ל דבשר בשדה טרפה לא קאי רק אבשר מן החי בלבד. וכן מבואר בדברי הת"א דתרגם ובשר תליש מן חיוא חיתא. ולפי"ז ניחא בפשיטות מה דקאמר הקרא לכלב תשליכון אותו ולא קאמר כמו בנבלה לגר אשר בשעריך וגו' משום דבשר מן החי אסור לנכרי וא"צ לדרשת המכילתא שאין הקב"ה מקפח שכר כל ברי'. ועיין בירושלמי נזיר פ"ו ה"א והוא מחולק שם עם דברי הגמרא דידן בכמה דברים בין בדברי ר"י ובין בדברי ר"ל. ושם מבואר דר"י ס"ל כהספרי הנ"ל. אבל בגמרא דידן מבואר להדיא דר"י אינו סובר כן. ומכמה מקומות בגמרא דידן מוכח דס"ל דלא כהספרי. דהא אמרינן בזבחים שהבאנו למעלה וצריכא דאי אשמעינן טרפה ה"א משום דאיסורא מחיים אבל נבלה לא. ולפ"ד הספרי והירושלמי הנ"ל דטרפה ילפינן מרבויא מכל דכתיב גבי נבלה האיך הי' אפשר לומר דטרפה יהא חל טל איסור חלב ונבלה לא כיון דטרפה גופה אינה אסורה אלא רק משום לאו דנבלה. וכן בחולין (לז:) הוכיח שם דטרפה לאו היינו מסוכנת דא"כ לכתוב רחמנא טרפה בלבד ואנן ידעינן נבלה מכ"ש מה מחיים אתא איסור טרפה וחל

על איסור חלב לאחר מיתה לא כ"ש. ולדברי הספרי תשאר הקושיא. וע"כ דהספרי לא ס"ל דהאי ואכל לא תאכלהו קאי דאתא איסור טרפה ואיסור נבלה וחל על איסור חלב. אלא דקאי אחלב גופו ואתא לגלות דחלב חיה מטמא חלבה כבשרה כיון דחלבה מותר כדרשינן שם בזבחים בברייתא. ולקמן בסי' ו' אבאר עוד בזה בס"ד. ויותר מבואר שם בחולין בסוגיא הנ"ל דעל נבלה וטרפה חייב משום שני לאוין. ולדברי הספרי הא אינו חייב על נבלה וטרפה אלא רק משום לאו אחד. א"כ א"א לומר דהא דפסק הרמב"ם דנבלה וטרפה מצטרפין זה עם זה סמך על הא דספרי הנ"ל. וע"כ צ"ל כמש"ב. ומ"מ אף לפי דברינו עדיין דברי הרמב"ם ז"ל שגבו ממני דהאיך אפשר דטרפה אסורה רק משום דהיא תחלת נבלה א"כ תשאר קושית הגמרא לכתוב רחמנא דטרפה חל על איסור חלב ואנא ידענא נבלה מכ"ש כיון דטרפה אינה אסורה רק משום דהיא תחלת נבלה א"כ האיך אפשר דטרפה יהא חל על איסור חלב ונבלה לא וצ"ע:

סימן ד

שאלה נבלה או טרפה ודג טמא איזה מהן קיל:

תשובה לפעד"נ דצריך להאכילו נבלה או טרפה משום דלהפוסקים דס"ל דליכא עשה שאינה זבוחה גבי נבלה ט"כ ס"ל דגם גבי טרפה ליכא אלא לאו בלבד כמו שהוכחנו מהגמרא דזבחים דשם מוכח דנבלה וטרפה שקולין הן וגבי דג טמא הא מבואר להדיא בקרא דאיכא בו לאו ועשה א"כ דג טמא חמירא. ומש"כ הגאון בטל ד"א דגבי נבלה וטרפה איכא איסור עשה ול"ת היינו לכלב תשליכון אותו ולא תאכלהו. לגר אשר בשעריך תתננה ולא תאכלוה. והביא ראי' מסוגיא דגמרא יומא (לו:) והניח בצ"ע. ואם נאמר כדבריו ז"ל איכא למימר דאדרבה דג טמא קיל נגד נבלה או טרפה משום דלהפוסקים דאיכא גבי נבלה גם עשה דאינה זבוחה ולגבי טרפה איכא עשה דוזאת החיה א"כ בנבלה או טרפה איכא לאו ותרי עשה לכמה פוסקים וגבי דג טמא ליכא אלא לאו וחדא עשה לכו"ע א"כ צריך להאכילו דג טמא. אבל באמת נ"ל דהך לכלב תשליכון אותו ולגר אשר בשעריך תתננה וגו' אין זה איסור עשה כלל. כיון דצריכין הקראי הללו כל חד לדרשא. קרא דלגר אשר בשעריך צריך לדרשא להתיר נבלה בהנאה לר' אבוה (פסחים כא:) דאמר כ"מ שנאמר לא תאכל לא תאכלו אחד איסור אכילה ואחד איסור הנאה במשמע ולר"י צריכין הקרא לדברים ככתבם. וכן הקרא דלכלב תשליכון אותו דרשינן שטרפה מותרת בהנאה אבל כל האיסורין שבתורה אסורין בהנאה. ולר"מ בא להורות על חולין שנשחטו בעזרה שאסורין בהנאה. וכיון שכל חד נצרך לדרשא שלו מנ"ל לומר דקראי הללו באו להורות דנבלה וטרפה אסורין באיסור עשה לבד הלאו. והא

דלא מוקי הגמרא דפסחים באמת שהקראי הללו אתו להורות על איסור לאו הבמכ"ע לבד הלאו וא"כ מנ"ל למידרש מזה איסור הנאה בשארי איסורין או לענין חולין שנשחטו בעזרה הוא משום דכל היכא דאיכא למדרש דרשינן ולא מוקמינן בלאוי יתירא כמש"כ התוס' חולין (פא.) ד"ה הנח למחוסר זמן כו' וז"ל ולית לן למימר דאתי קראי דירצה שיש בו גם עשה עם הלאו דכל היכא דמדרש לא מוקמינן בלאוי יתירי עכ"ל:

והראי' שהביא הגאון הנ"ל מהגמרא דיומא (לו:) דסובר ר' ירמי' דלריה"ג לא הוה לאו דנבלה לאו מעליא והוה ניתק לעשה. נראה לפ"ד דזו אינה ראי' כלל משום דריה"ג אזיל לשיטתי' בפסחים (כג.) דסובר דקרא דחלב נבלה וחלב טרפה יעשה לכל מלאכה אתי לגלות לן לענין היתר הנאה. ולפי"ז איכא למימר כיון דגלי לן קרא דאיסור נבלה וטרפה חלין על איסור חלב ואפ"ה מותר בהנאה כ"ש נבלה וטרפה לבד ודאי דמותר בהנאה. וא"כ מיותרים קראי דלגר אשר בשעריך דכתיב בנבלה ולכלב תשליכון דכתיב גבי טרפה. וע"כ ודאי אתו לגלות דאיכא איסור עשה גבי נבלה וטרפה וע"כ הוה ניתק לעשה. אבל לפי מאי דקיי"ל כר"ע דקרא דיעשה לכל מלאכה בא להורות לענין טומאה וטהרה והיתר הנאה גמרינן מקרא דכתיב בגופה דנבלה וכשהותרה חלבה וגידה נמי הותרו. וא"כ ממילא לא אתו הקראי לגלות על איסור עשה דמצריך צריכי כל חד לדרשתו וזה ברור. ונראה דלפי מש"כ רש"י ותוס' שם בפסחים (כב.) ד"ה אותו כו' דהקרא דלכלב תשליכון דגבי טרפה צריכא לגופה רק דתיבת אותו מיותר ע"כ צ"ל דגרסינן שם ביומא רק נבלה בלבד. דלטרפה מנ"ל דאתי לעשה כיון דהקרא אתא לדרשא דאין הקב"ה מקפח שכר כל ברי' או לדברי התוס' שם להתיר עובר שהוציא ידו בהנאה:

ועוד נ"ל מטעם אחר דצריך להאכילו נבלה או טרפה ולא דג טמא. משום דהא הרמב"ם ס"ל דהעשה של דג טמא הוה עשה גמורה והפורש מלאכול דג טמא מקיים מ"ע והאוכלו מבטל מ"ע וכן מבואר להדיא בדברי הרמב"ם ה' מ"א א"כ אפי' אם נאמר דגבי נבלה או טרפה איכא תרי עשה מ"מ הא העשה דנבלה או טרפה הוי רק לאו הבמכ"ע ולא עשה גמורה. וכבר בארנו בס' מלבושי יו"ט בסי' י"ח דלאו הבמכ"ע לפי שיטת הרבה ראשונים וכן הוא דעת הרמב"ם הוה דינו כלאו לענין דחיה וא"כ אתא עשה דדג טמא ודחי ללאו. ואי משום דהוה תלתא לאוי הא בארנו שם דבחד איסורא דחה העשה אפי' כמה לאוין. כנ"ל בזה:

אמנם בטרפה שנתנבלה ודג טמא צ"ע איזה מהן קיל. כי מדברי התוס' חולין (לב.) ד"ה ורמינהו כו' נראה דחייב משום נבלה וטרפה א"כ לפי"ד הרמב"ן דגבי דג טמא ליכא עשה גמורה אלא לאו הבמכ"ע טרפה שנתנבלה חמירא משום דיש בה שני לאוין וגבי דג

טמא ליכא אלא לאו הבמכ"ע לבד הלאו. וזה ודאי דלאו חמיר מלאו הבמכ"ע כמשב"ל. אבל באמת צ"ע דאמאי בטרפה שנתנבלה חייב נמי משום נבלה הא אנן קיי"ל בכ"מ דאין איסור חע"א והאיך חל איסור נבלה על איסור טרפה ומחמת זה תמוה לי תי' התוס' שם דכתבו וז"ל וי"ל דהכי פריך דאי איתא דלא מהניא בה שחיטה והו"ל נבלה לא הי' לי' למיתני אלו טריפות אלא הו"ל למיתני ואלו נבלות שהיא עיקר האיסור עכ"ל. הא אדרבה עיקר האיסור הוה טריפות כיון דהוא חל מחיים ואין איסור נבלה חל עליו אלא לענין לקוברו בר"ג. אך אפשר לומר דהגמרא ס"ל כלוי דס"ל במעילה (טז.) דנבלת טהורה וטמאה מצטרפין אפי' לאכילה וכפי' התוס' שם דלוי סובר דאף למ"ד אין איסור חע"א מ"מ נבלה חל על טמאה משום דהא גלי קרא בנבלה דחל על איסור חלב ה"ה דחל איסור נבלה על איסור טומאה. לכך חייל נמי נבלה על טרפה. ולפי"ז הי' מוכרח לומר דכל הני אמוראי דסוגית הגמרא דחולין שם ס"ל כלוי. ומזה יהי' סייעתא גדולה לדברי הראב"ד בה' מ"א פ"ד הי"ז דפסק כלוי. אבל באמת דברי התוס' במעילה צע"ג דהאיך אפשר להביא ראי' מהא דאיסור נבלה חל על איסור חלב חל נמי אטמאה דהא נבלה על חלב הוה איסור כולל. אבל על טמאה הוה רק איסור חמור על איסור קל משום דנבלה מטמא ולכך הוה איסור חמור לגבי איסור טמאה כמש"כ התוס' ביבמות (לג:) ד"ה אמר כו' יעו"ש:

אח"כ ראיתי בשעה"מ ה' א"ב פי"ז ה"ח דהקשה שם ע"ד התוס' דמעילה שהרי בפ' גיד הנשה ס"ל לר"י דאין איסור נבלה חל על הטומאה ומוכחינן מינה דס"ל דאין אחע"א היפך מש"כ ז"ל. ומישב דברי התוס' דודאי למאן דס"ל בעלמא דאחע"א בכולל ובמוסיף ודאי לית לן למימר דאיסור נבלה חייל על איסור טומאה מדגלי קרא דחייל על חלב. דא"ל דדוקא על חלב חייל משום דהו"ל כולל ומוסיף אבל על טומאה ליכא כולל ומוסיף ה"נ דלא חייל. אלא מאי דפליגי רב ולוי אינו אלא למאן דלית לי' אחע"א כלל אפי' כולל ומוסיף כו' יעו"ש. ולפי"ז א"א לישב כדברינו דסוגיא דחולין אזלי אליבא דלוי כיון דאנן קיי"ל בכ"מ דאחע"א באיסור כולל א"כ האיך אפשר לומר דכל הסוגיא דחולין אזלי שלא אליבא דהלכתא:

עוד עלה בדעתי לישב סוגיא דחולין בדרך אחר דהגמרא ס"ל דבהמה בחייה לאברים עומדת א"כ בחייה איכא עליה איסור אבר מה"ח ע"כ א"א לחול עליה איסור טרפה כ"ז שהיא בחייה ואינו חל עלה איסור טרפה עד אחר שחיטתה ואז חיילי עלה איסור טרפה ואיסור נבלה בב"א. ולכך פריך שפיר הגמרא דהו"ל למיתני ואלו נבלות כיון שזהו עיקר האיסור אף שאסורה נמי משום טרפה מ"מ נ"מ לענין טומאה. אבל באמת גם ז"א דהא

שם מתרץ רבא בתי' הראשון על קושית הגמרא ורבא הא ס"ל בפי' גיד הנשה (קג.) דר"י ס"ל בהמה בחייה לאו לאברים עומדת ור"ל ס"ל לאברים עומדת. ורבא הא פסק בכ"מ כר"י נגד ר"ל בר מתלת. וא"כ האיך אפשר לומר דרבא ס"ל דבהמה בחייה לאברים עומדת. ונראה דכ"ז דחקו להרמב"ם ז"ל לכך ס"ל דנקובת הושט ופסוקת הגרגרת הוה נבלה ג"כ מחיים ולא חל עלי' שום טרפה כלל. וא"ש קושית הגמרא דהו"ל למיתני אלו נבלות:

שוב מצאתי בירושלמי דנזיר פ"ו ה"א בטרפה שנתנבלה אם חייב שתים או לא פלוגתא דר"י ור"ל בזה. ויש שם מחלוקת בהגירסא בין הבעל ק"ע ובין הבעל פ"מ. דהק"ע גריס דר"י ס"ל דחייב אחת משום דר"י אזיל לשיטתי' דס"ל בירושלמי שם מקודם דילפינן טרפה מרבויא דכל נבלה א"כ ליכא עליהם אלא לאו אחד. ור"ל ס"ל דילפינן טרפה מבשר בשדה טרפה לכך ס"ל דחייב שתים. א"כ לפי"ז לפי הגמרא דידן דגם ר"י ס"ל דילפינן טרפה מבשר בשדה טרפה לכו"ע חייב שתים. והפ"מ גריס שם דר"י ס"ל דחייב שתים אע"ג דלפי"ד דברי הירושלמי ילפינן טרפה מכל נבלה מ"מ חייב שתים משום טרפה ומשום נבלה. ור"ל דס"ל דחייב אחת משום דס"ל כיון דנעשה נבלה אח"כ יצא מכלל טרפה כדאסיק אדעתי' דהתוס' בחולין. ולפי"ד יתיישב יותר הראי' דהביא שם הירושלמי לדברי ר"י מהברייתא דת"כ יעו"ש. אך קושיתנו האיך חל איסור נבלה על איסור טרפה קשה טובא גם לדברי הירושלמי. והשירי קרבן ג"כ נתקשה בזה. ומישב זאת בדברי התוס' דמעילה שהבאנו למעלה. אך באמת דברי התוס' הנ"ל צ"ע כפי משב"ל. ולקמן נבאר עוד בזה בס"ד:

סימן ה

שאלה דג טמא ובשר חזיר דבשניהם יש לאו ועשה. לפ"ד הרמב"ם עשה גמורה. ולפ"ד הראב"ד והרמב"ן לאו הכא מכלל עשה אם שקולין הן. או לא:

תשובה לפעד"נ דמאכילין אותו דג טמא ולא בשר חזיר משום דבבשר חזיר מלבד האיסור של בהמה טמאה יש בו נמי איסור נבלה אע"ג דאמרינן בכמה דוכתי' דאינו חייב בבהמה טמאה משום נבלה וטרפה נראה היינו דלא לקי משום נבלה וטרפה משום דאין אחע"א. אבל מ"מ ודאי האיסור של נבלה נמי אית בה ונ"מ לקוברו בין ר"ג וכמו דאמרינן ביבמות (לג:) וא"כ גבי נבלת בהמה טמאה צריכין לדחות תרי איסורי מפני סכ"נ וגבי דג טמא אינו צריך לדחות אלא איסור אחד. וכן מוכח להדיא מהגמרא חולין (קו) דקאמר כי אתא רב דימי אמר מים הראשונים האכילו בשר חזיר אחרונים הוציאו את האשה מבעלה כי אתא רבין אמר ראשונים האכילו בשר נבלה אחרונים הרגו את

הנפש כו' ר' אבא מתני חדא מהני וחדא מהני לחומרא. ופירש"י ראשונים בשר חזיר כרב דימי אחרונים הרגו כרבין. בשר חזיר חמיר מנבלה דאית בו תרי איסורין עכ"ל. אלמא להדיא דנבלת בהמה טמאה חמירא מנבלת בהמה טהורה וכמש"כ דאף דאין אחע"א היינו דוקא לענין מלקות. אבל מ"מ האיסור השני יש עליו. וראיתי להגאון בעל ד"א דרוצה להוכיח מדברי רש"י הנ"ל דסובר דגבי נבלה אינו אלא לאו דנבלה לבד ולא ס"ל דיש בזה גם איסור עשה דאינה זבוחה ומחמת זה חמיר חזיר מנבלה משום דחזיר יש בו לאו ועשה. אבל לפי"ד נראה ברור דלשון רש"י ז"ל תרי איסורי משמע כמש"כ משום חזיר ונבלה דזה מיקרי תרי איסורי ממש. וכן מוכח לפרש דברי הגמרא לפי שיטת הראשונים דס"ל דגבי נבלה יש נמי איסור עשה שאינה זבוחה. ומה חומר יש בחזיר מנבלה וע"כ כמש"כ שיש בו תרי איסורי לענין לקוברו בין ר"ג:

ועוד נראה דחזיר חמיר מדג טמא מטעם אחר. כיון דאנן צריכין לדחות מתחילה איסור בהמה טמאה מטעם פ"נ א"כ חל עליו אח"כ איסור נבלה אע"ג דאין איסור חע"א מ"מ הא האיסור השני מתלי תלי וקאי דאם ימצא מקום לחול יחול. וכה"ג אמרינן ביבמות (לב.) אמר רב אשי איסור אחות אשה מתלי תלי וקאי אי פקע איסור אשת אח אתא איסור אחות אשה וחייל א"כ גבי חזיר ע"כ צריכין לדחות תרי איסורי איסור בהמה טמאה ואיסור נבלה. ובדג טמא אינו אלא איסור אחד. ואע"ג שב"ד אין נפקותא שבודאי חזיר חמיר מדג טמא מטעם הראשון שכתבתי כיון שאיסור חל ע"א לקוברו בין ר"ג. מ"מ נ"מ בטעם זה דאם יש לפנינו זית מנבלת בהמה טמאה וזית מנבלת בהמה טהורה והחולה אינו צריך אלא כזית אחד דלכאורה נראה דצריך להאכילו חצי זית מנבלת בהמה טמאה וחצי זית מנבלת בהמה טהורה כדי שמכל איסור ואיסור יהא רק חצי זית דהא קיי"ל במעילה (טז.) דלאכילה אין מצטרפין. אבל לפי דברינו מאכילין אותו מזית נבלת בהמה טהורה דהא אף אם יאכיל אותו חצי זית מנבלת בהמה טמאה וחצי זית מנבלת בהמה טהורה יעבור על איסור נבלה על כזית שלם משום דגם בחצי זית מנבלת בהמה טמאה כיון שנדחית אצלו איסורא דבהמה טמאה מפני סכ"נ אי חל עליו איסור נבלה ומצטרף לחצי זית נבלת בהמה טהורה:

אמנם ראיתי להגאון בעל נוב"י באו"ח מה"ק סי' ל"ו שדן די חדש דמה ששנינו טבל ונבלה מאכילין אותו נבלה זה בכל ימות השנה. אבל אירע דבר זה ביוה"כ אז אם הנבלה נתובלה מאתמול והטבל לא ראה פני הבית מאתמול או שלא נתמרח בכרי עד יוה"כ דאז אין על הטבל זה כל אותו יום שהוא יוה"כ רק איסור יוה"כ דאין איסור טבל חל שאינו לא כולל ולא מוסיף דמה תוספת יש בטבל יותר מיוה"כ ביומו. ודאי דמאכילין

אותו טבל שהטבל אין שם רק איסור יוה"כ לחוד ובנבלה שנתנבלה אתמול יש בה כ' איסורים איסור נבלה ואיסור יוה"כ עכת"ד. ולפי דברינו אלה דכיון דנדחה איסור הראשון משום סכ"נ חל עליו איסור השני. א"כ ליתא לדין החדש שהמציא הנוב"י דהא אף בטבל שנתמרח ביוה"כ חל עליו חיסור טבל כיון דאנן מדחינן לו איסיר יוה"כ מפני סכ"נ א"כ ממילא חל עליו אח"כ איסור טבל דאיסור טבל מתלי תלי וקאי וכיון דחל עליו איסור טבל ע"כ צריך לדחות לו גם איסור טבל שהוא במיתה א"כ ממילא טבל חמור אף שנתמרח היום וע"כ צריך להאכילו נבל אף שנתנבלה מאתמול. ועוד קשה דהא לפי"ד נראה דחולה שהותר לו לאכול ביוה"כ ויש לפניו היתר ואיסור שאם יניח ההיתר ויאכל האיסור חייב על אכילת האיסור דאף שהותר לו לאכול מחמת סכ"נ מ"מ הא אפשר נו לאכול ההיתר א"כ אכילת איסור לא נדחית לו בלל וחייב עליו א"כ אפי' נתמרח היום חל עליו איסור טבל לגבי חולה שצריך להאכילו היום ואין עליו איסור יוה"כ והוא יניח ההיתר ויאכל האיסור. א"כ חל איסור טבל אף לגבי חולה שאין לפניו היתר לאכול מיגו דאיתוסיף איסורא לגבי חולה שיש לפניו היתר ויאכל מן האיסור וכיון שחל איסור טבל א"כ ממילא צריך להאכילו נבלה ולא טבל. ויותר נ"ל דאפי' לשאר ב"א הבריאים שיש עליהם איסור דיוה"כ נמי חל עליהם איסור טבל אפי' שנתמרח היום משום דאמרינן מיגו דאיתוסיף איסורא לגבי חולים שצריכין להאכילן היום מפני סכ"נ ויאכל באיסור חל נמי על הבריאים:

אח"כ ראיתי דמדברי הרמב"ן והריטב"א בקדושין (עז:) מוכח דאינו כן. דז"ל הרמב"ן שם על הא דאמר ר"ש האוכל נבלה ביוה"כ פטור ואחרים אומרים דפטור מן האחרון קאמר כלומר שאם נתנבלה ערב יוה"כ פטור מיוה"כ ואם נתנבלה ביוה"כ פטור מנבלה ורבנן פליגי עלי' ואמרי שאם נתנבלה בערב יוה"כ אתי איסור חמיר דיוה"כ וחייל על איסור קל של נבלה וכן עיקר ובמס' נזיר (ד.) אשכחן בנוסחי האוכל נבלה ביוה"כ אינו חייב אלא על אחת ע"כ. וכן כתב הריטב"א שם יעו"ש. א"כ ס"ל דנבלה שנתנבלה ביוה"כ לא אתא איסור נבלה וחל על איסור יוה"כ ולא אמרינן דהוה איסור מוסיף מיגו דאיתוסיף איסורא על חתיכה זו לגבי חולים חל נמי האיסור לגבי בריאים. אך מר"ש אין ראי' משום דהא מוכח בגמרא שם דר"ש לית לי' אפי' איסור מוסיף [ע"ש בתוס' ד"ה פרט] ואפי' לתירוץ השני דהתוס' הא בקל על חמור לית לי' איסור מוסיף. והכא נבלה על יוה"כ הוא קל על חמור. אבל הא משמע שם מדברי הרמב"ן וכן כתב להדיא הריטב"א דרבנן מודים לר"ש דנבלה שנתנבלה ביוה"כ אינו חייב אלא משום יוה"כ לבד. ואינהו הוא דסברי איסור חע"א בכולל וכ"ש במוסיף. ולכאורה היה נ"ל דיש לדחות ראי' זו

משום די"ל דהרמב"ן והריטב"א ז"ל דאמרי דרבנן מודים לר"ש בנבלה שנתנבלה ביוה"כ הוא לחד לישנא שבגמרא שם בקדושין דרבנן מודים לר"ש דבקל על חמור אינו חל. וע"כ צ"ל דאפי' באיסור מוסיף לא חל קל על חמור דהתם איסור מוסיף הוא כמש"כ התוס' והרמב"ן והריטב"א. אבל לפי מאי דקיי"ל כר' יוסי דס"ל דאיסור מוסיף חל אף בקל על חמור [עיין בתוס' יבמות (לג:) ד"ה אמר ר' יוסי] א"כ איכא למימר דחל איסור יוה"כ על נבלה משום איסור מוסיף על חולים. אבל שוב ראיתי בשעה"מ ה' א"ב פי"ז ה"ח שתמה על דברי הריטב"א הנ"ל וכתב וז"ל שהרי בנתנבלה ביוה"כ הו"ל איסור מוסיף דקודם שנתנבלה לא נאסר ביוה"כ אלא להדיוט אבל לגבוה שרי וכשנתנבלה נאסר לגבוה. וכן כתבו התוס' פ' ג"ה (קא) ד"ה מאן כו' והכי אמרינן בהדיא בכריתות פ' אמרו לו דנותר חשיב איסור מוסיף מה"ט דאיתסר לגבוה. ואע"ג דאמרינן בשמעתין דכ"ג הבא על אותה אלמנה אפי' רבנן מודי דלא חייל איסור קל על איסור חמור אפי' באיסור מוסיף. וא"כ ה"נ גבי נבלה אע"ג דאיסור מוסיף הוא לא חייל לרבנן משום דהוה קל על חמור. מ"מ אכתי קשה ממה שהקשה הריטב"א וז"ל ואיכא למידק מעיקרא היכא אוקמינהו כר"ש דאי משום ההיא דאוכל נבלה ביוה"כ לא דמי דההיא איסור כולל והא דהכא איסור מוסיף. ואע"ג דל"ל לר"ש איסור כולל אפשר דמודה באיסור מוסיף כו' יעו"ש. והשתא קשה הא מדפטר ר"ש בנתנבלה ביוה"כ משום נבלה ע"כ דל"ל איסור מוסיף ולומר דקושיתי' היא לפירש"י והראב"ד ז"ל הא ודאי דחיקא מילתא טובא מאחר שהוא ז"ל כבר דחאם וכתב שהפי' הנכון כמ"ש כו' עכ"ל. והנה קושית השעה"מ על הריטב"א יש לתרץ בפשיטות דאיירי בבהמה דלא חזי לגביה כגון בעלת מום וכיוצא בזה וא"צ לדחוקי כמו שמסיק הגאון הנ"ל דסובר הריטב"א דמטעם דנאסרה לגבוה לא מיקרי איסור מוסיף משום דסתם בהמה לאו למזבח קיימא. והאי דכריתות שאני דמיירי בבהמת קדשים. ובזה נתישב ג"כ מה שהקשה שם הגאון הנ"ל על תוס' בפ' ד' אחים דכתבו דנבלה על חלב הוא איסור כולל. ותמה ע"ז הא איסור מוסיף הוא כיון דנאסרה לגביה. ולפי"ד ניחא בפשיטות דהא אמרה התורה דיחול איסור נבלה על איסור חלב אפילו בבהמה דלא חזי לגבוה ושם אינו אלא איסור כולל לבד. אך קושיתי על הריטב"א אמאי אינו נקרא איסור מוסיף מטעם שנאסרה לחולים שיש להם היתר עומדת על מקומה. ותירוצי נסתר כמו שסתר השעה"מ דמדברי הריטב"א נראה ברור דס"ל דאינו מוסיף דאל"כ הו"ל להריטב"א להביא ראי' דר"ש ל"ל איסור מוסיף מהך ברייתא גופא. וכן מוכח מדברי הרמב"ן דס"ל דאין זה מיקרי איסור מוסיף מדצריך הרמב"ן שם לתרץ דברי הגמרא דקדושין ולהביא ראי' דר"ש ל"ל איסור מוסיף מיבמות ולא הביא מהך

ברייתא גופא. והוא בעצמו מסכים לפי' דהאוכל נבלה ביוה"כ פטור מן האחרון קאמר. אלא ודאי דס"ל דאיסור נבלה על יוה"כ אין זה איסור מיסיף. וקשה אמאי לא הוה איסור מוסיף לגבי בריאים מגו דאיתוסיף איסורא לגבי חולים שצריכין לאכול ביוה"כ:

וע"כ נ"ל דטעמם של הרמב"ן והריטב"א הוא משום דלא אמרינן מגו דאתוסיף איסורא לגבי חולים שצריכין לאכול ביוה"כ אלא היכא דאיכא חולים לפנינו שצריכין לאכול ביוה"כ בכדי אכילת פרס. אבל היכא דליכא חולים לפנינו שצריכין לאכול כשיעור לא אמרינן כיון דהא בודאי איכא חולה בעולם שצריך לאכול ביוה"כ כשיעור ועליו חל איסור נבלה ומגו דאיתוסיף איסורא לגבי' יחול נמי על הבריאים זה לא אמרינן כיון דהוא אינו לפנינו. ונראה דע"כ הוא כן דעת הרמב"ם דס"ל בפי' המשנה פ"ג דכריתות דהיכא דאתילד בן קטן כיון שיגדל חל עליו איסור אשת אחי אביו ואיסור אשת אביו בבת אחת ומגו דחל עליו חל נמי על יתר האחים משים דהוה איסור מוסיף מגו דאתוסיף איסורא לגבי האי אח אתוסיף איסורא נמי לגבי שאר אחים. א"כ קשה לפי"ד היכא משכחת הא דאמרינן בכ"מ אין אח"ע הא ליכא בכל יום שיהא אחד בסוף העולם שלא הביא שתי שערות ועליו הא באו האיסורין בבת אחת ומחייב על שתיהן ומגו דחל עליו חל נמי אכו"ע. אלא ע"כ דדעת הרמב"ם הו כיון דהאיש שהגדיל איננו לפנינו לא אמרינן מגו דאתוסיף איסורא לגבי האי גדול חל נמי לכו"ע. ועיין בחידושי רעק"א (ליבמות לג.) יעוי"ש. ולפי"ז י"ל נמי דברי הנוב"י מקושיתי השניה שהקשיתי עליו. אמנם קושיתי הראשונה דאמאי לא חל גבי איסור טבל כיון דאנן מדחינן לי' איסור יוה"כ מפני סכ"נ. לפע"ד היא קושיא גדולה על הנוב"י:

ולפ"ד נראה להביא ראי' דלא כהנוב"י מהא דאמרינן בנזיר (מח:) דלר"ע אתי הקרא ולאחיו דאפי' כ"ג והוא נזיר מטמא למת מצוה ור"י סובר מה לי חד לאו ומה לי תרי לאוי. וא"כ קשה לר"ע דסובר חולין (קא:) [יעו"ש בתוס' ד"ה אמר ר"ע כו'] דאין אחע"א אפי' בבת אחת. איך חל כאן איסור נזיר על כה"ג ואפי' אם נאמר דגלי לן קרא על נזירות דחל על שבועה אף לר"ש דסובר דבשאר איסורין אין אחע"א א"כ איכא למימר דחל אפילו על איסור הבא מאליו. וכן דעת הגאון בעל ש"א סי"ס. אך מסיק שם דכמה ראשונים לא ס"ל הכי ומחלקין בין איסור הבא מאליו ובין איסור הבא ע"י עצמו ובאמת נזירות דמי לשבועה דמקרי מהתרי. גופא אחפיצא וא"כ אמאי חל לר"ע איסור נזירות אאיסור כה"ג. אע"כ צ"ל כמש"כ דהיכא דצריכין לדחות האיסורים ע"כ צריכין גם האיסור השני אע"ג שעדיין לא חל משום דהאיסור השני מתלי תלי וקאי כיון שנדחה האיסור הראשון

כגון כה"ג לגבי טומאת מת מצוה מיד חל עליו איסור השני היינו איסור נזירות וע"כ צריך לדחות גם איסור נזירות:

ולכאורה תמיהתי גם על דברי הש"ך בסי' רצ"ח סק"ה דכתב שם ע"ד השו"ע דאם נשבע שלא יאכל נבלות וטריפות אינו חייב משום שבועה. דנ"מ גם האידנא לענין חולה שמותר להאכילו נבלה שא"צ להתיר לו שבועתו. ולפ"ד קשה דהא מה דאין איסור שבועה חל על איסור נבלה הוא משום דאין אחע"א א"כ איסור השבועה מתני תלי וקאי וכיון דפקע איסור נבלה לגבי' מטעם סכ"נ א"כ חל עליו איסור שבועה ואמאי א"צ להתיר לו. אבל אח"כ מצאתי בס' אבני מלואים בתשו' סי' י"ב דכתב וז"ל עוד נ"מ כו' דלטעמא דמושבע ועומד אע"ג דאח"כ פקע איסור הראשון כגון האי שנשבע שלא לאכול נבלות ואח"כ חלה חולי שיש בו סכנה ופקע מיני' איסור נבלה שהרי הותרה לו משום סכנה אפי"ה שבועה לא חיילה כיון דלשעתו לא הי' מקום לחול שהרי היה מושבע ועימד לא מצי לאסור על נפשו בשבועה תו לא הדרא וחיילא. אבל לטעמא דאין אחע"א איסור השני מתלי תלי וקאי וכי פקע איסור הראשון קאי באיסור שני לקרבן ולמלקות כדאיתא ביבמות שם, ומשום דאיסור הבא מאליו כדקאי קאי אלא שאין עונשין על האיסור השני לקרבן ולמלקות וכי פקע איסור הראשון הדר וחייל אף לעונשין עכ"ל. א"כ דברי הש"ך נכונים. אבל דברי הנוב"י תמוהים:

אח"כ התבוננתי דנראה דדעת הנוב"י הוא דהא דאמרינן דאיסור אחות אשה מתלי תלי וקאי היינו דוקא התם כיון דאשת אח לגבי יבום הותרה לגמרי וליכא איסור כלל ע"כ אמרינן דאתא איסור אחות אשה וחייל אי אמרינן דאשת אח פקע. וכן טומאת כה"ג לגבי מת מצוה הותרה לגמרי ולא דחייה כמש"כ הראשונים לכך אמרינן דאתא איסור נזירות וחייל עליו אבל הכא הא איסור יוה"כ לא הותר גבי סכ"נ אלא דחוי הוא לגבי סכ"נ לכך לא מצי לחול איסור טבל על איסור יוה"כ. כיון דאיסור יוה"כ עדיין איתא ולא הותר לגמרי. דאיסורין שהותרו לגבי חולה מטעם סכ"נ נראה דס"ל דזהו רק מטעם דחויה ולא מטעם הותרה לכך איסור אחר לא חל עליו ולא אמרינן מתלי תלי וקאי. ולפד"נ דאף אם יש לפניו היתר וטבל שנתמרח היום או נבלה שנתנבלה היום והניח החולה ההיתר ואכל האיסור אינו חייב על הטבל או על הנבלה משום דלא חיילי על איסור יוה"כ משום דאיסור אכילת יוה"כ לא הותר לגמרי רק דחוי:

וכעת הגיע לידי ס' יקר המציאות מרכבת המשנה ח"ב ומצאתי כתוב בה' מ"א פי"ד הי"ב וז"ל והנה השבתי להרב מפראג בנדון זה ראיתי בספרו נודע ביהודה סל"ו דלשון המשנה אפילו דברים טמאים דלא כר"ש דאליבי' דר"ש אין איסור יוה"כ חל על איסור

נבלה וא"כ נהפוך הוא דדברים טמאים בלאו ודברים טהורים בכרת כו' ואני אומר דשפיר אתיא מתני' אף כר"ש דהא אנן קי"ל דדחויה שבת אצל פיקוח נפש ולאו דוקא דחויה אלא הותרה כמש"כ פ"ב מה' שבת דאין עושין דברים אלו אלא ע"י גדולי ישראל ת"ח וא"כ ה"ה אכילה ביה"כ לזה שאחזו בולמוס הותרה ומצוה נמי איכא שאם יתענה עובר על דמכם לנפשותיכם וא"כ פקע איסור יה"כ לגבי דחייב לאכול וחזר הדין לאסור לאכול נבלה כשיש היתר. ובהכי אזדא נמי מ"ש שם דהיכא דיש לפניו טבל שנתמרח ביה"כ ונבלה שנתנבלה מאתמול מאכילין אותו טבל דלא חייל על יה"כ כו' דזה אינו דביבמות (דל"ב) אמר רב אשי איסור אחות אשה מתלי תלי וקאי אי פקע איסור אשת אח אתי איסור אחות אשה וחייל וא"כ ה"נ כיון דזה שאחזו בולמוס פקע מיני' איסור יוה"כ אתי איסור טבל וחייל וא"כ ודאי מאכילין אותו נבלה דאין כאן איסור יה"כ וה"ה בטבל מאתמול ותרומה של היום דינו כבשאר ימות השנה ואוכל טבל דיה"כ פקע עכ"ל. והנה מה דפסיקא לי' להגאון הנ"ל דאכילה של יוה"כ לחולה שיש בו סכנה היא הותרה ולא דחויה לפע"ד בדברי הרשב"א תשצ"ד מבואר דאינו כן. דהנה הרשב"א שם השיב על חולה שצריך לאכול ביוה"כ שצריך לברך בהמו"צ ובהמ"ז וכתב שם וז"ל ושלא אמרו באוכל טבל אלא שאין מזמנין עליו כלומר דאינו ראוי להתחבר ולהצטרף אבל הוא לעצמו מברך תחלה וסוף דמי שאכל שום לא יאכל שום אחר ובודאי הרמב"ם ז"ל כתב באוכל טבל שאינו מברך אבל מניין לו אבל הראב"ד ז"ל תפס עליו בזה וזו אחת מהשגותיו עכ"ל. ואם נאמר דאכילת חולה ביוה"כ הותרה א"כ אפילו אם נאמר כדעת הרמב"ם דס"ל דעל אכילת איסור אין מברך עליו מ"מ על אכילת חולה ביוה"כ צריך לברך כיון דזה הותרה ולא דחויה. א"כ זה לא הוה אכילת איסור כלל. אלא ע"כ ס"ל להרשב"א דאכילת חולה ביוה"כ דחויה היא ולא הותרה. ועיין ב"י סי' קצ"ו דכתב שם וז"ל האוכל דבר איסור במקום סכנה כ' רבינו ירוחם בשם הרמ"ה שאינו מברך עליו עכ"ל. ונראה דס"ל להרמ"ה כדברי הרמב"ם דאין מברכין על אכילת איסור ולכך סבירא ליה דאף במקום סכנה אין מברכין עליו. וע"כ דסובר דאכילת איסור במקום סכנה היא דחויה ולא הותרה דאי הותרה אמאי סבירא ליה להרמ"ה דאין מברכין עליו. ואף להב"י דסובר דהרמב"ם מודה דבמקום סכנה מברכין אף על אכילת איסור. לא משום דסובר דאכילת איסור במקום סכנה הותרה אלא משום דס"ל דהטעם של הרמב"ם הוא דאין זה מברך אלא מנאץ. אבל במקום סכנה כיון שצריך לאכול דבר האסור אין זה מנאץ ועיין בט"ז סי' קצ"ו סק"א מה שהשיג על הב"י. וגם מדבריו נראה דסובר בפשיטות דאכילת איסור במקום סכנה לא הותרה לגמרי אלא רק דחויה בלבד. דאל"כ האיך מדמה אכילת

איסור במקום סכנה לאכילת שוגג. [אך שלפע"ד דברי הט"ז מה שהשיג על הב"י אינם מוכרחין שלא דמי אכילת איסור במקום סכנה לאכילת שוגג. דהא על אכילת שוגג צריך כפרה ועל אכילת איסור במקום סכנה א"צ כפרה כלל]. אח"כ ראיתי במג"א בסי' ר"ד סקכ"א שהביא הגהות מיימוני וז"ל וחולה שיש בו סכנה שאוכל ביוה"כ אומר מעין המאורע בברכת המזון ודבר פשוט הוא דבהתירא קאכיל ואדרבה מצוה קעביד דהוי לדידי' יוה"כ כשאר יו"ט ושלום מאיר ברבי ברוך זללה"ה עכ"ל. וסיים שם המג"א וא"כ ה"ה לאוכל איסור במקום סכנה דמצוה קעביד להציל נפשו דלא כב"ח שנדחק לחלק ע"כ. א"כ ס"ל להדיא כדעת המה"מ דאכילת דבר איסור לחולה שיש בו סכנה הותרה ולא דחויה ופליג ע"ד הרשב"א ז"ל. וגם מה שהבאתי ראי' מדברי הרי"ו כתב המג"א וז"ל ועוד נ"ל דאף רי"ו לא מיירי אלא באוכל דבר לרפואה שאין עושה להנאתו ע"ש עכ"ל. ונראה דזה הוה פלוגתא דרבוותא אם אכילת חולה שיש בו סכנה דבר האסור הותרה או דחויה. א"כ הדין של הנוב"י הנ"ל תלוי בפלוגתא דרבוותא. כנ"ל בזה:

סימן ו

עוד התבוננתי בזה וראיתי שיש להביא ראי' לדברי הנוב"י הנ"ל. דהנה הגאון בעל אור חדש הקשה קושיא עצומה על הא דאיתא בכמה סוגיות דהא דכתיב בחלב נבלה ואכל לא תאכלהו אשמעינן דאיסור נבלה חל על חלב. א"כ למאן דאמר ביומא (לו.) דאין לוקין על לאו דנבלה משום דהוה לאו הניתק לעשה מאי נ"מ אי לאו דנבלה חל על חלב או לא. וכן כתבו התוס' ריש פ' איזהו איזהו נשך דהיכא דליכא מלקות ליכא למימר דאתי ללאו יתירא. והגאון בעל ברית אברהם בסי' כ"ז תירץ ע"ז דיש למצוא נ"מ במי שאחזו בולמוס דמאכילין אותו הקל תחלה אם יש לפניו חלב דבהמה כשרה וחלב דנבלה כיון דחל איסור נבלה על איסור חלב מאכילין אותו חלב בהמה כשרה ולא חלב נבלה הא לאו הכי מאכילין אותו ממה שירצו. אבל לפע"ד דברי הגאון הנ"ל תמוהים מאד דהא אפי' אם לא גלי קרא דאיסור נבלה חל על חלב והוה אמרינן דאין איסור נבלה חל על חלב משום דאין איסור חע"א מ"מ כיון דהא חל לענין לקוברו בין ר"ג כמשב"ל בסי' ה'. א"כ בודאי הא מאכילין אותו חלב בהמה כשרה משום דבחלב נבלה יש עליו איסור נבלה לענין לקוברו בין ר"ג. אלא נ"ל לפע"ד דצריך לישב קושיא הר"ל בדרך אחר דנ"מ אם יש לפנינו כזית מנבלה וכזית מחלב נבלה וצריך להאכילו למי שאחזו בולמוס כזית אחד דאם נאמר דלא חל איסור נבלה על חלב א"כ צריך להאכילו חצי זית מהחלב וחצי זית מהנבלה [אע"ג דחצי זית חלב הוא מאיסור חמור מאיסור שיש בו כרת מ"מ חצי שיעור כיון דאין בו לא לאו ולא עשה אלא איסור תורה בלבד א"כ הוא קילא מאיסור לאו]

אבל עתה דגלי קרא דחל איסור נבלה על איסור חלב בודאי דמאכילין אותו כל הכזית מהנבלה ולא מחלב של נבלה כלל. וכ"ז יש לומר אי אמרינן כדעת הנוב"י הנ"ל דהא דאיסור השני מתלי תלי וקאי הוא דוקא היכא דאיסור הראשון הותר לגמרי אבל היכא דנדחה איסור הראשון היינו מטעם סכ"נ לא אתא איסור השני וחל עליו. אבל אי אמרינן כפי מה שעלה על דעתנו וכן הוא דעת בעל אבני מלואים באמת דבכל אופן שנדחה איסור הראשון אתי איסור השני וחל עליו. וכ"ש לפי סברת המה"מ שהבאתי למעלה דס"ל דאיסורין לגבי סכ"נ הותרו לגמרי א"כ א"א לומר כמו שתירצנו משום דהא אפי' אי לא גלי קרא דחל איסור נבלה על איסור חלב הוה מאכילין אותו מנבלה ולא חצי זית חלב נבלה וחצי זית נבלה משום כיון דנדחה איסור חלב מחצי זית חלב נבלה מטעם סכ"נ [ולבעל מה"מ הותר] א"כ ממילא חל עליו איסור נבלה ויצטרף לחצי זית נבלה וכיון שגם אם נאכילהו חצי זית חלב נבלה וחצי זית נבלה יעבור על לאו דנבלה א"כ בודאי מאכילין אותו כל הכזית מנבלה כדי שלא יעבור גם על איסור חלב אף שאיסור חלב אינו אלא חצי זית בלבד מ"מ הא איסור תורה יש בו לבד הלאו דנבלה:

והנה עלה בדעתי לישב קושית הא"ח באופן אחר. דאף דרבא אמר בזבחים (ע.) דהאי אכל לא תאכלהו אתא לגלות דאיסור נבלה ואיסור טרפה חיילי על איסור חלב. דאל"כ אמאי כתיב שם טרפה יעו"ש. אבל הברייתא דהובא (שם:) נראה דאינו סובר כן דהא דרשינן שם טרפה למעט בהמה טמאה שאין במינה טרפה חלבה מטמא כבשרה. והאי אכל לא תאכלהו אתא ללמד שחלב נבלת חיה מטמא כבשרה דדוקא של בהמה דאסור החלב באכילה אז החלב טהור מטומאת נבלה. אבל לא של חיה כיון דאין חלבה חלוק מבשרה. ואין להקשות דהאיך פליג רבא על הברייתא משום די"ל דרבא לא קאמר זאת אלא לדברי ר' יהודא שם דס"ל דממעט בהמה טמאה מנבלה כדאיתא שם בגמרא מי שאיסורו משום בל תאכל חלב נבלה יצא זה שאינו אסור משום בל תאכל חלב נבלה אלא משום טמא. א"כ טרפה למאי אתא. אלא ע"כ דבא לגלות דאתא איסור טרפה וחל על איסור חלב אבל הברייתא ס"ל כר"מ דקאמר שם דטרפה אתא למעט עוף טמא. אבל מנבלה לא אתיא למעט עוף טמא. יעו"ש בתוס' דכ' הא דלא נפקא ר"מ מהיכא דנפקא לר"י משום דס"ל דאיסור חע"א. א"כ לפי"ד ר"מ א"א למעט בהמה טמאה מנבלה וע"כ צריך קרא דטרפה למעט בהמה טמאה משום שאין במינה טרפה [ולפי"ז ע"כ פירושו שאין במינה טרפה היינו לחודא ואף שנשחט לקי אף משום נבלה. כמש"פ התוס' בחולין (לב.) ד"ה ורמינהי יעו"ש] והברייתא אתיא כר"מ. א"כ לפי"ד ר"מ אין כאן קרא דאתא לגלות דאתא איסור טרפה ונבלה וחיילי על איסור חלב. א"כ אפשר לומר

דריה"ג דס"ל דלאו דנבלה וטרפה הוה לאו הניתק לעשה ס"ל כהך ברייתא. אבל ז"א דהא לפי"ד התוס' דלכך לא ממעט ר"מ טמאה מנבלה משום דס"ל אחע"א. א"כ ריה"ג דס"ל בחולין (קא.) דאין אחע"א אף בכולל כ"א בחמור על קל לפי"ד הא יכול למעט בהמה טמאה מנבלה כמו דס"ל לר' יהודא. א"כ טרפה למאי אתא. וע"כ דבא לגלות דאתא איסור טרפה וחל על איסור חלב. א"כ הדרא קושית הא"ח לדוכתה:

אבל לאחר העיון נראה דיש לקיים תי' זה. דהנה באמת דברי התוס' שם הא דכתבו דלכך לא נפקא ר"מ מנבלה למעט עוף טמא משום דס"ל אחע"א תמוהים מאד. חדא דהא אמרינן להדיא בכריתות (יד.) נימא אית לי' לר"מ איסור חל על איסור. ומשני נהי דאיסור חל על איסור לית לי' איסור כולל ואיסור מוסיף אית לי'. א"כ ס"ל דאיסור נבלה אינו חל על איסור טומאה יעו"ש בפירש"י ז"ל. וכן משמע מדברי הגמרא יבמות (לד.). ויותר תמוה דהא מפשטות הגמרא משמע דלכך לא נפקא לר"מ מנבלה למעט עוף טמא משום דדריש דנבלה אתיא לשיעור אכילה בכזית להכי לא נוכל למעט מזה עוף טמא כיון דצריכין הך קרא דנבלה לגופי'. ונראה דר' יהודא דפליג ונפקא לי' למעט עוף טמא מנבלה אע"ג דצריכא לגופי' דס"ל דמ"מ נוכל ללמוד גם הך דרשא. ולפע"ד מוכרח לומר כן דאי אמרינן דכיון דאינו מיותר א"א לדרוש מזה דרשא דר"י מי שאיסורו משום בל תאכל נבלה יצא זה שאינו משום בל תאכל נבלה א"כ תיקשי הגמרא דפסחים (לה:) דממעט שם בברייתא דאינו יוצא בטבל משום דכתיב בקרא לא תאכל עליו חמץ מי שאיסורו משום בל תאכל חמץ יצא זה שאינו משום בל תאכל חמץ אלא משום בל תאכל טבל. וקאמר שם הא מני ר"ש דס"ל דאין איסור חל על איסור. הא הך קרא דלא תאכל עליו חמץ אינו מיותר דצריכא לגופי' לאסור אכילת חמץ. ואי משום הך הקישא דכתיב אח"כ שבעת ימים תאכל עליו מצות הא נמי צריך לר"ש לומר דבשעה שישנו משום תאכל מצות ישנו בבל תאכל חמץ ובשעה שאינו בתאכל מצות אינו משום בל תאכל חמץ כדדריש ר"ש שם (כח:) ועוד הא צריך לדרוש מהך הקישא דדברים הבאין לידי חימוץ יוצא בהן אכילת מצה. וגם הא דנשים חייבות באכילת מצה ד"ת. וא"כ האיך נפיק מיני' הך דרשא דאינו יוצא בטבל. אלא ע"כ צ"ל דהך ברייתא סובר דיכולין למדרש הך דרשא אפי' היכא דהקרא אינו מיותר. א"כ הדבר ברור דר' יהודא נמי סובר הכי. אך ר' מאיר ס"ל כיון דהנבלה אינו מיותר לא מצינו למדרש מזה למעט עוף טמא. וס"ל דהטרפה דמיותר בא למעט עוף טמא. ונראה דה"ה גבי חלב נבלה וחלב טרפה נמי פליגי ר' מאיר ור"י בזו הסברא. דר' מאיר ס"ל כיון דהקרא דנבלה אינו מיותר א"כ א"א למדרש מזה למעט בהמה טמאה לכך צריך קרא דטרפה למעט בהמה טמאה כמו דדריש

בברייתא. ואכל לא תאכלהו ג"כ אינו מיותר משום דאתא למעט חלב חיה דמטמא חלבה כבשרה. אבל לר' יהודא ממעט בהמה טמאה מנבלה אע"ג דאינו מיותר א"כ טרפה למאי אתא ע"כ דאתא לגלות דאתיא איסור טרפה ואיסור נבלה וחל על איסור חלב א"כ יש לתרץ קושית הא"ח כפי מה שתירצנו דר' יוסי הגלילי ס"ל כדברי ר' מאיר דנבלה וטרפה אתיא לגופייהו ולא אתיא לגלות דאתא איסור נבלה וחל על איסור חלב:

אך לכאורה יש לסתור תירוץ זה מפסחים (כג.) דקאמר שם ור' יוסי הגלילי לטומאה ולטהרה לא איצטריך קרא כי איצטריך קרא לאיסור ולהיתר א"כ נראה דס"ל לר' יוסי הגלילי דחלב אינו בכלל בשר מסברא דנפשי'. ולפי"ז ה"ה אפי' חלב של חיה נמי אינו מטמא כבשרה וא"כ האיך אפשר לומר דר' יוסי הגלילי ס"ל כהך ברייתא דזבחים דאתיא כר' מאיר והאי אבל לא תאכלהו אתא למעט חלב חיה דמטמא חלבה כבשרה. אבל באמת ז"א דודאי גם ר' יוסי הגלילי מודה דאי לאו דגלי קרא דחלב אינו בכלל בשר הו"א דחלב נבלה מטמא כבשרה. והא דקאמר לטומאה ולטהרה לא איצטריך קרא היינו הקרא דלכל דדריש ר' עקיבא דאתא לרבות דגם למלאכת גבוה הוא טהור זהו ס"ל לריה"ג דלא צריך קרא. אבל ודאי להוציא חלב מכלל בשר גם ר' יוסי הגלילי מודה דאי לאו קרא דיעשה לכל מלאכה לא הוה ידעינן זאת א"כ איכא למימר דגם לר' יוסי הגלילי אתא הקרא דאכל לא תאכלהו ללמד דחלב חיה מטמא כבשרה

שוב ראיתי דרש"י ז"ל בפסחים שם אינו סובר כן דז"ל (שם:) חלבה וגידה לא הותרה דחלב אינו בכלל בשר הלכך לא הוה במשמע תתננה ואכלה וגבי נוגע בנבלה נמי לאו חלב במשמע הלכך יעשה לכל מלאכה לא הוצרך לטהרו אלא להתירו מכלל הנאות לא תאכל חלב עכ"ל. ולפי"ד רש"י ז"ל נראה דלריה"ג גם חלב חיה אינו מטמא כבשרה. אבל התוס' שם ד"ה ומה כו' מפרשי דברי הגמרא כמו שפירשנו. והא דקאמר היא הותרה חלבה וגידה לא הותרו. לא משום דחלב אינו בכלל בשר. אלא משום דאיכא למימר דלא התיר הקרא בהנאה רק איסור נבלה בלבד. אבל איסור חלב הו"א דאסור בהנאה. ולכך אתא הקרא לגלות דגם איסור חלב הותר בהנאה. אבל בכל מקום בודאי חלב הוא בכלל בשר. א"כ גבי נוגע בנבלה הו"א דחלב מטמא כבשר אי לאו דגלי קרא דיעשה לכל מלאכה. א"כ בחלב חיה דלא קאי הקרא ע"ז דהא כתיב ואכל לא תאכלהו מטמא כבשר. ועיקר הפלוגתא דר"ע וריה"ג הוא בקרא דלכל. וכן פי' המהרש"ל, אמנם דברי המהרש"א שם תמוהים. וכבר השיג עליו הפנ"י. מ"מ נפלאתי גם על הפנ"י שם דהאיך לא הרגיש מדברי רש"י ז"ל דהוא אינו מפרש כדברי התוס'. ואיך פי' שם בדברי רש"י ז"ל למעלה דריה"ג ור"ע פליגי רק בדרשא דלכל. הא ברש"י מבואר להדיא דבכל הקרא

דיעשה לכל מלאכה פליגי דריה"ג סבר דלטהרה אין צריך קרא דחלב אינו בכלל בשר. א"כ לדברי רש"י א"א לתרץ קושית הא"ח כפי מה שתירצנו כיון דלפי"ד גם חלב חיה אינו מטמא כבשר לדברי ריה"ג ע"כ האי אכל לא תאכלהו אתא ללמד דאתא איסור נבלה וחל על איסור חלב. אבל באמת לדברי רש"י ז"ל לא קשה כלל קושית הא"ח דכיון דלפי"ד חלב אינו כלל בשר א"כ גם בעשה דלגר אשר בשעריך תתננה ואכלה אין החלב בכלל לכך צריך קרא להתירו בהנאה וכיון שאסרה התורה גם חלב נבלה מחמת לאו דנבלה א"כ ודאי אף לריה"ג דס"ל דבכל לאו דנבלה אין לוקין עליו משום דהוה ניתק לעשה מ"מ על חלב נבלה ודאי דלקי עליו גם מחמת נבלה כיון דזה הלאו לא הוה ניתק לעשה דהא העשה דלגר אשר בשעריך לא קאי ע"ז. וכן גבי טרפה נמי יש לומר כה"ג:

אח"כ ראיתי דא"א לומר כדברינו למעלה דלפי"ד ר"מ והברייתא דאתיא כוותי' טרפה דכתיב גבי חלב אתא למעט בהמה טמאה דמטמא חלבה כבשרה ולפי"ז לא אתא קרא לגלות דאתא איסור נבילה וטרפה וחל על איסור חלב. א"כ האיך קאמר הגמרא בכמה מקומות דהקראי דנבלה וטרפה דגבי חלב אתיא לגלות דאתא איסור נבילה וטרפה וחל על חלב והגמרא (בחולין לז. קג.) קאמר אמר מר והתורה אמרה יבוא איסור נבילה וטרפה וחל על איסור חלב. כיון דאנן קיי"ל כר' יוסי דשחיטת עוף מטהרה טרפה מטומאתה. א"כ ע"כ צריך לדרוש הקרא נבילה וטרפה דכתיב גבי עוף כר' מאיר ולא כר' יהודא. א"כ הך קרא דנבילה וטרפה דכתיב גבי חלב נמי לגופייהו אתיא ולא למידרש דאתא איסור נבלה וטרפה וחל על איסור חלב. והאיך אפשר לומר דכל הסוגיות אתיא דלא כהלכתא. אלא ע"כ צ"ל דאף דלכאורה נראה מהברייתא דזבחים דהך טרפה דכתיב גבי חלב אתא למעט דחלב בהמה טמאה מטמאה כבשרה. זהו מקמי דמסיק מהקרא דאכל לא תאכלהו אבל לבתר דמסיק דממעט מאכל לא תאכלהו דבחיה מטמא חלבה כבשרה ה"ה דבבהמה טמאה נמי נפיק מהך קרא דדוקא היכא דהחלב חלוק מבשרה הן לאיסור והן להיתר מטמא כבשרה א"כ הך טרפה מיותר נמי אף לר"מ. וע"כ צריך למידרש דאתא לגלות דאיסור נבלה וטרפה חל על חלב אף לדברי ר"מ והברייתא דזבחים. וכיון דלא מצינו מי שיחלוק ע"ז א"כ א"א לומר דריה"ג פליג בזה ולא ס"ל כהך דרשא דרבא:

אך לפי"ד הספרי והירושלמי דס"ל דטרפה דרשינן מרבויא דכל נבילה לכאורה מוכרח לומר דלא ס"ל כהך דרשא. דלפי"ד דטריפה אינה אסורה רק משום נבלה תקשה קושית הגמרא (דחולין לז:) לכתוב רחמנא טרפה לבד ואנן ידעינן נבלה מכ"ש. וכן כתבנו למעלה בסי' ג'. אבל באמת לאחר העיון נראה דהספרי והירושלמי נמי יכולין לסבור כהך

דרשא. אך זה לא קשה להו לכתוב רחמנא וחלב נבילה יעשה לכל מלאכה וחלב טריפה לא תאכלהו משום דאי הוה כתיב הכי לא הוה ידעינן למעט דחלב טמאה וחלב חיה מטמא כבשרה והו"א דחלב נבילה יעשה לכל מלאכה קאי נמי עלייהו. דהא טמאה וחיה לא ידעינן למעט רק מדכתיב טריפה ממעטינן טמאה שאין במינה טריפה. ומדכתיב אכל לא תאכלהו ממעטינן חיה דבחיה פשיטא דאסור משום נבילה חלבה דהא חלבה מותר כבשרה ע"כ הוכרח לכתוב ביחד קרא חלב נבילה וחלב טריפה יעשה לכל מלאכה ואכל לא תאכלהו כדי למעט דבהמה טמאה וחיה מטמא חלבה כבשרה ועלייהו לא קאמר יעשה לכל מלאכה. ובגמרא דידן צריך לדחוק דס"ל דאף אי הוה כתיב חלב נבילה בלבד יעשה לכל מלאכה נמי הוה ידעינן למעט טמאה וחיה כיון דכתיב בחד קרא וחלב טריפה לא תאכלהו כנ"ל:

והמתבאר מכל דברינו אלה דקושית הא"ח היא קושיא גדולה וע"כ צריך לתרץ כמו שתירצנו למעלה דנ"מ אם יש לפנינו כזית נבילה וכזית חלב נבילה וצריך להאכילו כזית אחד דמאכילין אותו כזית מנבילה ולא חצי זית נבילה וחצי זית מחלב נבילה. א"כ מוכח מזה כדעת הנוב"י כמשב"ל. א"כ לפי"ז אם יש לפנינו נבילת בהמה טהורה ונבילת בהמה טמאה והחולה אינו צריך אלא כזית בלבד מאכילין אותו חצי זית מנבילת בהמה טהורה וחצי זית מנבילת בהמה טמאה משום דלא אתא איסור נבילה וחל על איסור בהמה טמאה כמו שפסק הרמב"ם דלאכילה אין מצטרפין. (עיין בה"ה ה' מ"א פ"ד הי"ז):

סימן ז

שאלה לפי מש"כ כעת דדברי הנוב"י בדין החדש שלו דאם יש לפנינו טבל שנתמרח היום ונבילה שנתנבלה מאתמול מאכילין אותו טבל שנתמרח היום משום דלא אתא איסור טבל וחל על איסור יוה"כ נכונים הם. מ"מ עדיין צריך לבאר אם נכונים הם לדינא מטעם דהא איסור יו"כ הוא בככותבת ואיסור טבל הוא בכזית:

תשובה לכאורה נראה דזה תלוי בפלוגתא דרבוותא אי אמרינן שבועה חל על דבר דאסור מה"ת ולא אתא אלא מדרשא כגון חצי שיעור. דלדעת התוס' דשבועות וכן הרמב"ם והר"ן דשבועה חל על חצי שיעור אף לר"י א"כ ה"נ חל איסור טבל על איסור יוה"כ. דאיסור יוה"כ הוא בככותבת ואיסור טבל הוא בכזית. וכן העיר שם הנוב"י בעצמו ע"ז. ומסיק שהדין שלו אינו שייך אלא במשקה דשיעורו לענין איסורא ברביעית ולענין יוה"כ במלא לוגמיו שהוא פחות מרביעית. ולפי"ז צ"ל דהרמב"ן דכתב בחידושיו [הבאתיו למעלה סי' ה'] דנבילה לא חל על איסור יוה"כ משום דאזיל לשיטתי' דס"ל דחצי שיעור אסור

מה"ת ודינו ככל איסורי עשה ואין שבועה חל עלי'. והנה השעה"מ הקשה שם על דברי הריטב"א אמאי אינו חל איסור נבילה על איסור יוה"כ הא איסור נבילה בכזית ואיסור יוה"כ בככותבת. וכתב שם וליכא למימר דהריטב"א סובר כחד תי' שכתבו התוס' דלר"י דס"ל ח"ש אסור מה"ת אין שבועה חל עליו שהרי מבואר מדבריהם שלא כתבו כן אלא גבי שבועה ולענין קרבן משום דבעינן שישנו בלאו והן כו' ע"כ. ונפלאתי עליו שבמחכ"ת נעלם ממנו דברי הרשב"א בחידושיו לשבועות דכתב וז"ל הא דאמרינן בשלמא ר"י לא אמר כר"ל משום דמוקי לי' ככו"ע איכא למידק מאי שנא האי טעמא דנקט דמשמע דאי לאו הכי הוה מצי לאוקמה בח"ש כר"ל וח"ש לר"י דבר תורה וכדאיתא בפ' בתרא דיומא. וליכא למימר דכיון דאין בו לא קרבן ולא מלקות אלא איסורא בעלמא אע"ג דהו"ל איסור דאורייתא לא אמרינן בכי האי מושבע ועומד מה"ס דהא אפילו באיסור עשה לחוד אמרינן אין שבועה חלה עלי' כו' יעו"ש שהאריך להביא לזה ראי' מיומא דח"ש ואיסור עשה כהדדי נינהו. וכן כתב בתשובותיו סי' תרי"ז. וכן הוא דעת הרמב"ן כמו שהביא הריטב"א בשמו לכך ס"ל דאין איסור נבילה חל על איסור יוה"כ דח"ש הוה כמו איסור עשה וכמו דבאיסור עשה אין איסור אחר חל עליו כמו שהביאו התוס' ראי' מתרומה טמאה ה"נ בח"ש לפי"ד הרמב"ן והרשב"א. אך על הריטב"א בעצמו קשה קושית השעה"מ מטעם אחר כיון דהוא ז"ל הסכים בחידושיו לשבועות כשיטת התוס' דשבועה חלה על ח"ש וכתב דזה עיקר. א"כ האיך הסכים לדברי הרמב"ן בקדושין דאיסור נבילה אינו חל על איסור יוה"כ:

ע"כ נ"ל לומר דבר חדש לחלק בין איסור אחע"א ובין שבועה אחע"א משום דבגמרא אמרינן בכ"מ דהא דשבועה אחע"א משום דמושבע ועומד מה"ס. ולא אמר סתם דאין אחע"א. וכבר הרגיש בדיוק זה הגאון בעל נוב"י בתשובה הנ"ל בהגהה שם. וכתב דמשמע מזה דאי לאו דמושבע ועומד הי' שבועה חלה. דדוקא שבועה על שבועה אינה חל. ומסיים שם אמנם דבר זה צ"ע ושקידה בכ"מ בש"ס ואכמ"ל עכ"ל. ובאמת זהו דיוק גדול. ומחמת זה נלפע"ד לומר דלכך מוכרח הגמרא לומר גבי שבועה דהא מושבע ועומד מה"ס משום דאי לאו האי טעמא רק משום דאין אחע"א הוה שבועה חלה על איסורין כמו דמצינו בנדרים דחלי על איסורין כמו שכתבו הרמב"ן והריטב"א בשבועות דאם אמר קונם אכילת נבילה עלי חייב משום בל יחל. והטעם נראה לפ"ד משום דכתיב כי ידר נדר לה' שחל על דבר מצוה. וא"כ גלי קרא אע"ג דאין אחע"א בכ"מ מ"מ גבי נדרים חל. וא"כ גבי שבועה נמי דהא כתיב שבועה לד' כמו שמבואר בגמרא (נדרים טז:) דלה' קאי נמי על שבועה לכך אי מטעם דאיסור אחע"א ודאי דחלה. אך מטעם

דאין שבועה חלה על שבועה כיון דהוא מושבע ועומד מה"ס לכך לא חלה על איסורין. ונדרים שאני משום דהנדר הוא איסור חפיצא והל"ת היא איסור גברא אבל בשבועה הן האיסור והן השבועה הוא חובת גברא ולכך אינה חלה השבועה במקום דהוא מושבע ועומד מה"ס" אבל במקום שאינו מושבע ועומד מה"ס אע"ג דאסור מה"ת שבועה חלה עליו אבל איסור דאינו חע"א הא אמרינן בגמרא (חולין קיג:) דאין איסור אחר חל על תרומה טמאה ותרומה טמאה אינה אסורה אלא בלאו הבמכ"ע ולאו הבמכ"ע לא מנו המוני מצות בתרי"ג מצות. והגאון בעל דברי אמת תמה על המוני מצות אמאי לא מנו גם לאוין הבמכ"ע כיון דהם ג"כ מושבעין ועומדין מה"ס כמש"כ התוס' דאין איסור אחר חל על תרומה טמאה אף שתרומה טמאה הוא רק לאו הבמכ"ע. ובכמה מקומות בש"ס מוכח דאינו מיקרי מושבע ועומד אלא התרי"ג מצות בלבד עכת"ד יעו"ש. ולפע"ד נראה דאדרבה מזה מוכח דאין איסור חע"א אפי' בדבר שאינו מושבע ועומד מה"ס. ואף שמדברי התוס' דשבועות מוכח דאינו כן נראה דהתוס' אזלי לשיטתם דס"ל ביבמות דלאו הבמכ"ע הוה עשה גמורה ואינו נדחה מפני עשה אחריתא. א"כ לפי"ד ודאי צריך למנות גם לאוין הבמכ"ע בתרי"ג מצות. אבל הרמב"ם ושאר מוני המצות לא ס"ל למנות לאו הבמכ"ע בתרי"ג מצות. א"כ מוכח מן הגמרא דאין אחע"א אפי' בדבר שאינו מושבע ועומד מה"ס. ובזה אפשר לישב דברי הריטב"א דאף שהסכים לדברי התוס' דשבועה חלה על חצי שיעור הוא דוקא גבי שבועה כיון שאינו מושבע ועומד מה"ס על חצי שיעור לכך שבועה חלה עליו אבל איסור אחר אינו יכול לחול אף על חצי שיעור לכך אינו חל איסור נבילה על יוה"כ אע"ג דנבילה בכזית ויוה"כ בככותבת:

ולפי דברינו אלה יש לישב קצת הקושיא עצומה שהקשה השעה"מ על הריטב"א הנ"ל שגורס בדברי ר"ש האוכל נבילה ביוה"כ אינו חייב אלא אחת א"כ תקשה מהך ברייתא על ר"ל דס"ל דח"ש אינו אלא מדרבנן אמאי לר"ש אם נתנבלה ביוה"כ אינו חייב אלא משום יוה"כ בלבד. ואמאי לא אתא איסור נבילה דאיסורו בכזית ויחול על איסור יוה"כ דאינו אלא בככותבת וכ"ש לר"ש דמחייב מלקות גבי איסורין אפי' בכ"ש. וגבי יוה"כ אפי' לר"ש אינו חייב אלא בככותבת. אבל לפי מאי דמחלקינן בין שבועה לשאר איסורין א"כ איכא למימר אע"ג דשבועה חל על איסור דרבנן הוא מטעם כיון דלא הוה אלא מדרבנן לא הוה מושבע ועומד מה"ס לכך אתי שבועה וחלה עלי'. אבל איסור אחר אף שהוא מה"ת אינו יכול לחול על איסור אחר אף שהאיסור הראשון הוא רק מדרבנן. והטעם בזה משום דאיכא למימר הא דאין אחע"א אפי' באיסור כולל לר"ש נפקא זה מקרא ומתו בו כי יחללהו פרט למי שמחוללת ועומדת. וצ"ל דאפי' אם היא מחוללת

ועומדת אף בטומאה דרבנן נמי מיקרי מחוללת ועומדת. וכן כתב המל"מ פ"ז דתרומות דין א' כיון דרבנן טמאוה א"כ היא מחוללת ועומדת מה"ת. אך הוא נסתפק בזה. ולדברי הריטב"א מוכרחין אנו לומר כן. ולפ"ד נראה דטומאה דרבנן ששורפין עליה את התרומה מקרי מחוללת ועומדת כיון דחכמים התירוה לשורפה אין לך חלול גדול מזה והאוכלה בטומאת הגוף פטור. אבל טומאה דרבנן שאין שורפין עליה תרומה לא מקרי מחוללת ועומדת וכיון דאין אחע"א ילפינן מהך קרא א"כ אפי' איסור מה"ת נמי אינו יכול לחול על איסור דרבנן לכך ס"ל לר"ש דהאוכל נבילה ביוה"כ אינו חייב אלא אחת ולא אתא איסור נבילה וחל על איסור יוה"כ אפי' לרשב"ל דס"ל דח"ש אינו אסור אלא מדרבנן בלבד. כנ"ל לדחוק מפני חומר הקושיא. ונראה דאף לפי"ד הרמב"ן דס"ל דשבועה אינה חלה על ח"ש כיון דאסורה מה"ת א"כ לכאורה לפ"ד אין צריך לחלק בין חלות השבועה על איסורין ובין אחע"א כמו שחלקנו לפי"ד הריטב"א. אבל לפי האמת לדבריו נמי צריך לחלק כן דאל"כ אכתי קשה קושית השעה"מ השניה על דברי הרמב"ן שגם הוא גריס בדברי ר"ש אינו חייב אלא אחת אלא לפ"ד הרמב"ן צ"ל דס"ל דכל שהוא מה"ת היה מושבע ועומד [דלא כהגאון בעל ד"א דס"ל דדוקא תרי"ג מצות הוא מושבע ועומד] לא מיבעיא לאוין הבמכ"ע דהוה מושבע ועומד כיון דהעם מפורשים בתורה אלא אפי' דברים דאתי מרבויא דהיינו ח"ש נמי היה מושבע ועומד מה"ס. לכך לא אתי שבועה וחל עלי' משום דאין שבועה חל על שבועה. אבל בדרבנן כיון דלא הוה מושבע ועומד מה"ס אתי שבועה וחל עלי'. אבל גבי איסור דאחע"א דילפינן לר"ש מומתו בו כי יחללהו לא אתי איסור אחר אפי' שהוא מדאורייתא וחל על איסור אף שהוא מדרבנן:

ועוד נראה לפע"ד דהו"א דגמרא יומא דהוה סבר דאף כל שהוא מדרבנן הוא מושבע ועומד מה"ס אין צריך לדחוקי דהוה סבר הגמרא דכל דבר שהוא מדרבנן הוה בכלל לא תסור אף שראיתי שכן פי' גדולי הראשונים. אלא דההו"א הוה סבר כהברייתא דשבועות (לט.) דקאמר שם ואין לי אלא מצוה שקבלו מה"ס מצוה שעתידה להתחדש מנין כגון מקרא מגלה ת"ל קימו וקבלו קימו מה שקבלו כבר. א"כ הרי מושבע ועומד מה"ס כל המצות שעתידין להתחדש מדרבנן. אך לפי המסקנא ע"כ צ"ל דר"ל לא ס"ל כהך ברייתא וסובר דמצות שעתידין להתחדש לא הוה מושבע ועומד מה"ס משום דדריש קימו וקבלו להא דדריש רבא (שבת פח.). וזה נראה דעת הפוסקים דפסקו דשבועה חל על מקרא מגילה. וכן על כל דבר שהוא מדרבנן. משום דסמכו על הגמרא דיומא דמסיק שם דכל דבר שהוא מדרבנן לא הוה מושבע ועומד מה"ס. אך נפלאתי על גדולי הראשונים שלא הזכירו כלום מהך גמרא דשבועות. ויותר תמוה לי דברי הרמב"ן בס' המצות שהוא הביא

דברי הגמרא דשבועות כדי לתרץ בזה דברי הבה"ג שמנה גם מצות דרבנן בתרי"ג מצות שנאמר למשה בסיני. ונראה מדבריו שם דאין בזה שום פלוגתא. והא מדברי הגמרא דיומא מוכח להדיא דלפי המסקנא כל שהוא מדרבנן לא הוה מושבע ועומד מה"ס:

ובזה נוכל לישב דברי התוס' דשבועות (כג:) ד"ה דמוקי לה כו' דכתבו שם ועוד מצי לאוקמי שלא כדרך הנאתן דלא אסור אלא מדרבנן כמו ח"ש לר"ל. והמהרש"ל תמה ע"ז דא"כ מ"ט דר"ש דפוטר. ודחק לומר דבר חדש דלר"ש כיון דס"ל דחייב אכ"ש ה"ה דחייב אף שלא כדרך הנאתן. ובאמת זהו תמוה כמו שתמהו בזה המפרשים דמה שייך שלא כדרך הנאתן לכ"ש. ולפע"ד דכוונת התוס' היא דאי הוה משני ר"י הכי אז היה משני לר"ש דפוטר מטעם אחר משום דס"ל לר"ש כהך ברייתא דשבועות דכל דבר שהוא מדרבנן נמי הוה מושבע ועומד מה"ס לכך לא אתי שבועה וחל עלי' וכפי ההו"א דהגמרא יומא הנ"ל. ונראה דהא דפריך הגמרא (בנזיר ד.) בפשיטות רשות מאי היא קדושה ואבדלתא וכי מושבע ועומד עליו מה"ס. וכפי מה דפי' התוס' שם. ע"כ צריך לפרש כפי' הרשב"א בתשובתו סי' תרי"ד דהתם הכי קאמר וכי מושבע ועומד מה"ס הוא דהתירה רבתה לאסור וכי אתא דאורייתא לרבות דרבנן. אמנם לפי מה דפי' הרא"ש בתשובתו כלל י"א אות ג' דהכי פריך הגמרא כיון דהוא רק מצוה דרבנן ודאי דשבועה חל עליו. לפע"ד תמיה מאד דהאיך מצי הגמרא למפרך כן בפשיטות דלמא סבר ר"ש כהך ברייתא דשבועות דגם מצות שעתידין להתחדש הוה מושבע ועומד מה"ס וצ"ע:

והמתבאר מכל דברינו אלה דאפי' לדעת הרמב"ם והר"ן ז"ל דס"ל דשבועה חל על ח"ש מ"מ נוכל לומר דבזה גם הם מודים דאין איסור חע"א אף על ח"ש. ובזה נתישב קושית הפלתי בסי' פ"ז דהקשה כיון דשבועה חל על ח"ש לפי"ד הרמב"ם. והא קיי"ל דאם אכל חצי זית בשר וחצי זית חלב לוקה ומצטרפין. א"כ אמאי גבי נבילה שבשלה בחלב לא אתא איסור בשר בחלב וחל על איסור נבילה אם אכל חצי זית בשר נבילה וחצי זית חלב כיון דאז אינו לוקה משום נבילה א"כ אמאי לא לקי משום בשר בחלב. וכתב שם דא"א לומר דבאמת הוא כן רק דהרמב"ם מיירי דאכל רק זית בשר נבילה לבד שבשלה בחלב דא"כ הו"ל להרמב"ם לבאר זאת עכת"ד. אבל לפי"ד נ"ש דברי הרמב"ם משום דהרמב"ם ס"ל אע"ג דשבועה חל על ח"ש כיון דעל ח"ש אינו מושבע ועומד עליו מה"ס מ"מ איסור א' אינו יכול לחול על איסור אחר אע"ג דמחמת האיסור הראשון אין בו מלקות כגון ח"ש. ולולי דמסתפינא מרבותי היה נ"ל לומר דבזה פליגי רב ולוי מעילה (טז:) דקאמר שם רב ל"ש אלא לענין טומאה אבל לענין אכילה טהורין בפני עצמן וטמאים בפני עצמן ולוי אמר אפי' לאכילה נמי מצטרפין וכ' שם התוס' [הבאתי למעלה] דלוי ס"ל דאע"ג

דבעלמא אין אחע"א הכא מודה דאחע"א דגלי קרא בנבילה דכתיב וחלב נבילה וגו' ואכל לא תאכלהו התורה אמרה יבא איסור נבילה ויחול על איסור חלב וה"ה דחייל נמי איסור נבילה אטמאה עכ"ד. ובאמת דברי התוס' תמוהים מאד כאשר כתבתי למעלה בסי' ד' יעו"ש. ועוד קשה לי דאמאי פליגי רב ולוי לענין צירוף דוקא ולא פליגי אם חייב על נבילת בהמה טמאה משום נבילה ג"כ או לא. ע"כ היה נ"ל לפרש דהא דסובר לוי דלענין אכילה נמי מצטרפין משום האי טעמא. דס"ל דהא דאין אחע"א הוא דוקא בשיעור שלם דכיון דלקי משום טמאה אינו יכול ללקותו משום נבילה. אבל הכא כיון דלא הוה אלא ח"ש מטמאה א"כ אינו חייב משום טמאה לכך אתא איסור נבילה וחל עליו ורב סובר דאפי' בח"ש נמי אין אחע"א אפי' היכא דליכא מלקות על איסור הראשון מ"מ אינו חייב משום איסור האחרון:

א"כ יוצא לנו דהדין החדש שכתב הנוב"י יעלה לפי"ד רוב הפוסקים דטבל אינו חל על יוה"כ אע"ג דטבל בכזית ויוה"כ בככותבת מ"מ אינו מצי לחול משום דאין אחע"א אפי' בח"ש. כי לא נמצא מבואר מי דסובר דאיסור חל על ח"ש אלא דעת התוס' בשבועות לבד והא התוס' גופא מסתפקי בזה דהא מתרצי שם שני תירוצים ולפי תירוץ השני נראה דס"ל דאפי' דבר שאינו מפורש מה"ת דינו כאיסור לאו הבא מכ"ע. ודלא כהגאון בעל שעה"מ דכתב דגם לפי תירוץ הב' של התוס' דשבועות שבועה חל על ח"ש. לפע"ד אינו נראה כיון דפשטות הגמרא דיומא הא נראה דדבר האסור מה"ת אף דאתי מדרשא לא חלה שבועה עליו אך לפי תי' קמא מחמת גמרא דשבועות הנ"ל שנראה משם דאף דאסור מה"ת כיון דאתי מדרשא שבועה חלה עליו ע"כ צריך לדחוקי בפי' הגמרא יומא כמש"כ הגאון בעל תוספת יוה"כ וז"ל וי"ל דס"ל להתוס' דסוגיא דידן לא מכרעה דנהי דהיה ס"ד דמקשה דאפי' באיסורא דרבנן לא חייל שבועה מ"מ לפי המסקנא דבאיסורין חלה שבועה ה"ה לח"ש אף למ"ד דאסור מה"ת כיון דליכא איסור מפורש בכתוב אלא רבויא בעלמא חייל שביעה כו' עכ"ל. אבל לפי תי' השני דפי' דהא דקאמר הגמרא בשלמא ר"י לא אמר כר"ל הכוונה דמצי לאוקמי שלא כדרך הנאתן דאינו אסור אלא מדרבנן כמו ח"ש לר"ל. א"כ לפי"ז נראה יותר לומר דס"ל להתוס' דח"ש כיון דהוא מה"ת אין שבועה חלה עליו כמו שנראה מפשטות הגמ' דיומא. וקצת משמע כן מדברי התוס' דשבועות (כב:) ד"ה אהתירא קמשתבע דנראה דגם שם פליגי שני התירוצים אי חלה שבועה על ח"ש לר"י או לאו יעו"ש:

סימן ח

שאלה ערלה ודג טמא או נבילת בהמה טמאה איזה מהן חמור אם צריך להאכיל לחולה שיש בו סכנה:

תשובה הנה כבר הבאנו למעלה דברי הירושלמי דיומא דקאמר חלה וערלה צריכא משום דמבעי להירושלמי איזה מהן חמור אי חלה משום דיש בה איסור מיתה או ערלה חמירא משום דאסורה בהנאה א"כ חזינן דחומר איסור הנאה שוה לחומר איסור מיתה. א"כ אע"ג דבדג טמא או בנבילת בהמה טמאה יש בה לאו ועשה מ"מ חומר איסור הנאה חמיר יותר כיון דשוה לחומר איסור מיתה. והא טבל ונבילה מאכילין אותו נבילה משמע כל נבילה אפי' נבילת בהמה טמאה אע"ג דיש בה לאו ועשה מ"מ איסור לאו דיש בו חומר מיתה חמיר יותר. ודלא כהגאון בעל דברי אמת דסובר דאיסור שיש בו לאו ועשה חמיר יותר מאיסור מיתה. דז"א. ומה שמדייק הגאון הנ"ל דאל"כ אמאי לא קאמרי טבל וחזיר מאכילין אותו חזיר וממילא ידענו דטבל ושביעית מאכילין אותו שביעית. דמה חזיר דאית בו לאו ועשה קיל מטבל כ"ש שביעית דאין בה אלא איסור עשה בלבד. כבר דחיתי למעלה ראייתו משום דמטבל וחזיר לא הוה ידעינן שביעית משום דשביעית יש בה איסור הנאה. אבל סבל לית בו איסור הנאה רק איסור הנאה של כלוי בלבד. א"כ הו"א דשביעית חמיר לכך אשמעינן דטבל חמיר דיש בו איסור מיתה ואיסור לאו אבל שביעית אע"ג דיש בה איסור הנאה דשקול כנגד איסור מיתה מ"מ אין בה אלא איסור עשה בלבד. אבל ודאי חזיר וטבל מאכילין אותו חזיר ולא טבל משום דחומר איסור שיש בו מיתה חמור יותר אף מאיסור דיש בו לאו ועשה. וה"ה לאיסור הנאה דשוה לחומר איסור מיתה. א"כ ערלה ודג טמא או נבילת בהמה טמאה מאכילין אותו דג עמא או נבלת בהמה טמאה ולא ערלה. וכמו כן קילא נזיר עד כ"ג אם צריך לטמא למ"מ אע"ג דבנזיר איכא תרי איסורי מ"מ כיון דכ"ג קדושתו קדושת עולם חמירא. אמנם לדעת הרמב"ם ז"ל כיון דאיכא גבי דג טמא ונבילת בהמה טמאה עשה ממש לפרוש מאכילתן א"כ בזה שפורש מלאכלן מקיים עשה נראה דמאכילין אותו ערלה. משום דאתא עשה ודחי ללאו דערלה כמשב"ל סי' ב' דאתא עשה ודחי לאו אע"ג דיש בו איסור הנאה. ולא דמי ללאו דיש בו מיתה דלא דחי לי' עשה דבזה לאו דאיסור הנאה קיל מאיסור מיתה. ולפ"ז הוה ספיקא דדינא דלפ"ד הרמב"ן צריך להאכילו דג טמא או נבילת בהמה טמאה ולפ"ד הרמב"ם צריך להאכילו ערלה:

סימן ט

שאלה ערלה ונכיצח בהמה טהורה איזה מהן הסיר. ואם יש חילוק בין א"י ובין חו"ל והאיך הוא הדין בזה"ז:

תשובה הנה בא"י הדבר ברור דנבילת בהמה טהורה קיל מערלה ואף לפי הפוסקים דס"ל דבנבילה איכא עשה שאינה זבוחה מ"מ מ"ע גמורה ודאי דליכא בה כמשב"ל. א"כ ערלה דיש בה איסור הנאה ודאי דחמיר אף אם נאמר דבנבילה יש בה לאו ועשה. ואף בזה"ז דאיכא למ"ד דבטלה קדושת הארץ מ"מ כבר בארתי בקונט' חובת קרקע דאף לפי דבריהם מ"מ לענין ערלה כיון דנהגא מיד שנכנסו לארץ לא בטלה קדושתה אפי' בזה"ז. ולא דמי לחלה יעו"ש. אמנם בחו"ל אע"ג דאיסורה היא מהלמ"מ. מ"מ כיון דאין לוקין על אכילתה כמבואר ברמב"ם המ"א פ"י הכ"א דכתב והאוכל כזית מטבל של דבריהם או מכלאי הכרם וערלה של חו"ל מכין אותו מכת מרדות וכיון דאין לוקין על ערלה בחו"ל א"כ נראה דקיל מנבילה אע"ג דיש בערלה חומר איסור הנאה. אף שלכאורה נראה דכמו דנבילה ושביעית כהדדי נינהו כמשב"ל בסי' א' אע"ג דנבילה הוא איסור לאו ולוקין עליו מ"מ כיון דשביעית הוא מאיסורי הנאה ע"כ שוה לנבילה. א"כ איכא למימר דערלה דחו"ל אע"ג דאין לוקין עלי' הוא שוה לאיסור נבילה. אבל באמת ז"א דערלה דחו"ל קיל מנבילה משום דאין איסורה מפורש בתורה אלא הלמ"מ. וקילא היא משביעית דאיסורה הוא מלאו הבמכ"ע. מידי דהוה אח"ש דאתי מרבויא דקרא וכיון דאינו מפורש בתורה קילא הוא מלאו הבמכ"ע כמ"ש התוס' בשבועות. ולא דמי לשביעית דשוה לנבילה משום דאיסורו מפורש בתורה מצאו הבמכ"ע. ועוד הא חזינן גבי ערלה בחו"ל דגם ההלמ"מ הקיל בה הרבה שהקילה בספיקה וגם חכמים הקילו בה ואמרו כל המיקל בארץ הלכה כמותו בחו"ל ודאי קילא מנבילה. אמנם לפי מה שבארתי בקונטרס חובת קרקע דדעת בה"ג והשאילתות דלוקין על ערלה דחו"ל א"כ ודאה שוה לערלה בא"י. א"כ לפי"ד ודאי דנבילה קילא מ"מ נראה מדברי רוב הראשונים דקאי בשיטת הרמב"ם ז"ל. א"כ ערלה דחו"ל קילא מנבילה:

סימן י

שאלה כלאי הכרם דא"י ונבילה איזה מהן חמור. והאיך הוא הדין בזה"ז:

תשובה הנה בזה"ב נראה דודאי כלאים חמירי מנבילה כיון דכלאים אסורים בהנאה. ולפ"ד כלאים חמירי אפי' מערלה ואם יש לפנינו כלאים וערלה בזה"ז מאכילין אותו ערלה ולא כלאים משום דכלאים חמירי שכן לוקין עלייהו אפי' שלא כדרך הנאתן. ומטעם זה אף בשר וחלב כיון דלוקין עלי' אפי' שלא כדרך הנאתן חמירי מערלה. אמנם

ראיתי להגאון בעל ד"א דס"ל דגבי ערלה איכא איסור עשה לבד הלאו דערלה והביא מדברי התוס' ב"ק (קא.) ד"ה ולא כו'. ולפי"ז ערלה חמירא מכלאים ומבשר וחלב משום דבערלה איכא איסור עשה ולאו. אבל בכלאים ובשר וחלב ליכא אלא לאו בלבד. אבל באמת לאחר העיון נראה דגם בערלה ליכא אלא איסור לאו בלבד כיון דהקרא של וערלתם ערלתו צריכין לדרשא לענין צביעה והדלקה כמ"ש בפסחים (כ"ב:). לא בא אלא לדרשא ולא להורות שיש בה איסור עשה. ומדברי התוס' הנ"ל אין ראי'. דז"ל התוס' שם ואין לומר דאע"ג דליכא מלקות ביוצא משאר פירות עשה דוערלתם ערלתו איכא דהא אכל מאי דכתיב וערלתם קאי לא יאכל דכתיב בתר הכי כו' עכ"ל. ונ"ל דהא דכ' התוס' דוערלתם ערלתו מיקרי עשה הוא רק לפי מאי דסליק אדעתם לומר דלא יאכל לא קאי אמאי דמרבינן מוערלתם ערלתי. וממילא יהי' לפי"ז דדברים דמרבינן מוערלתם ערלתו באיסור עשה. ומה דגמרינן מערלים לא יאכל יהי' באיסור לאו. אבל לפי מאי דמסיק התוס' דאכל מה דמרבינן מוערלתם ערלתו קאי הלאו דלא יאכל ממילא אין כאן איסור עשה כלל. אלא לאו בלבד כיון דהקרא אתא לדרשא. וגם האיך אפשר לומר דהקרא בא לגלות על איסור עשה. א"כ מנ"ל לרבות צביעה והדלקה. אלא ודאי כיון דהיכא דאפשר למדרש לא מוקמינן בלאוי יתירי ע"כ מוקמינן לי' לדרשא ולא ללאוי יתירי. א"כ יוצא לנו דבערלה ליכא לאו הבמכ"ע א"כ כלאים ובשר וחלב חמירי מערלה מטעם שלוקין עלייהו אפי' שלא כדרך הנאתן:

אמנם בזה"ז אם יש לפנינו ערלה וכלאים דא"י ודאי דמאכילין אותו כלאים ולא ערלה. משום דבכלאים איכא פלוגתא דרבוותא אי בזה"ז הוא דאורייתא. דשיטת הרמב"ם הוא דאע"ג דתרומה בזה"ז היא דרבנן מ"מ קדושת הארץ שקדש עזרא לא בטלה אף בזה"ז. והא דתרומה בזה"ז הוא דרבנן הוא משום דילפינן מחלה. ואף בזמן עזרא הי' רק מדרבנן בלבד. א"כ לדידי' ודאי כלאים הוא מדאורייתא. וכן כתב המהרשד"ם ביו"ד סי' קצ"ג. וכ"ש לפי שיטת הראב"ד והרמב"ן דפסקו כר' יוסי דתרומה בזה"ז הוא דאורייתא א"כ כלאים ודאי דהוה מדאורייתא אך לפי שיטת כמה הראשונים דפסקו דתרומה בזה"ז דרבנן הוא משום דקדושת הארץ שקדשה עזרא בטלה בזה"ז א"כ לדידהו כלאים בזה"ז אף בא"י אינו אלא מדרבנן בלבד כמו בחו"ל. א"כ מאכילין אותו כלאים דלכמה פוסקים הוא מדרבנן בלבד ולא ערלה משום דלכל הפוסקים ערלה הוא מדאורייתא. כאשר בארתי בקונטרס חובת קרקע. ונראה דאפי' כלאים ונבילה מטעם זה מאכילין אותו כלאים ולא נבילה כיון דנבילה ודאי מדאורייתא היא ובכלאים איכא פלוגתא אי מדאורייתא אי לא:

וכן נראה דאם יש לפנינו תרומה דזה"ז ונבילה מאכילין אותו תרומה ולא נבילה. משום דתרומה בזה"ז לכמה פוסקים היא מדרבנן בלבד ולמ"ד שתרומה מדרבנן בלבד קילא מנבילה אע"ג דתרומה היא בעון מיתה וכן איתא בירושלמי דיומא להדיא דתני ומאכילין אותו את הכל בקל נבילה ותרומה מאכילין אותו מתרומה אמר ר' יוסי קשיתה קומי ר' בא תרומה עון מיתה ונבילה בל"ת ואת אמר הכין כמ"ד מאליהן קבלו עליהן את מעשרות. והנה בתוספתא דיומא כתוב ג"כ כלשון הזה נבילה ותרומה מאכילין אותו תרומה. והגיה שם הגר"א דצ"ל מאכילין אותו נבילה. אמנם חזיתי להגאון בעל תוספת בכורים לישב נוסחא הישנה של התוספתא. עפ"י הירושלמי הנ"ל, ודבריו צ"ע דהתוספתא מוכרחין להגיה כהגר"א ז"ל. דהא איתא שם נמי טבל ונבילה מאכילין אותו נבילה. וא"כ אי התוספתא קאי למ"ד מאליהן קבלו המעשרות הא טבל נמי קילא מנבילה מטעם דטבל בזה"ז דרבנן. ומה שדחק עצמו בדברי התוספתא ורוצה לומר דכיון דטבל חמירא מתרומה אף שהוא מדרבנן מ"מ חמירא ג"כ מנבילה. הוא דבר רחוק ודחוק אף שבדבריו יש לישב דברי הרמב"ם דכ' בפי"ד מהמ"א הי"ז טבל ונבילה מאכילין אותו נבילה דטבל במיתה. ובאמת תמוה הוא דהא הרמב"ם בעצמו, פסק דתרומה אפי' בזמן עזרא הוא דרבנן. וכתב שם וכן יראה לי הדין במעשרות. וכן תמה ע"ז הגאון בעל נוב"י באו"ח סי' ל"ו יעו"ש מה שדחק בזה ודבריו אינם נראים. וכן הגאון בעל ד"א תמה על דברי המ"א בה' יוה"כ דסתם וכתב טבל ונבילה מאכילין אותו נבילה. הא קיי"ל לפי פסק הב"י ביו"ד של"א ס"ב דטבל בזה"ז דרבנן ואף דהרמ"א הביא שם דעת היש מי שאומר דעכשיו חייבין בא"י בתו"מ דאוריי' מ"מ כתב שלא נהגו כן. וגדול כח המנהג שבכ"מ שההלכה רופפת בידך חזינן האיך הציבור נוהגין. ולפי"ד התוס' בכורים ניחא הכל שפיר אבל מה אעשה שהסברא אינה נותנת לומר כן דהא חזינן דת"ק דבן תימא ס"ל וכן קיי"ל להלכה] דטבל קילא מתרומה כיון דיש לו תיקון היינו להפריש ממקום אחר ואז מותר לאכלו. ואף אם נאמר דהתוספתא סובר כבן תימא דטבל חמירא מתרומה. אכתי האיך אפשר להיות דיהא כ"כ חמיר טבל מתרומה לבן תימא דתרומה בזה"ז כיון דהיא מדרבנן קילא מנבלה. וטבל אף שהוא מדרבנן יהא חמיר מנבילה. ועל דברי הרמב"ם ודאי לא מצית לתרוצי הכי. דהא הרמב"ם פסק שם דאם יש טבל שא"א לתקן [כגון שאין הבעלים שם. עיין פר"ד דרוש י"ט] ותרומה מאכילין אותו טבל. אלמא דס"ל כת"ק דבן תימא דטבל קילא מתרומה. וגבי תרומה קאמר הירושלמי להדיא דבזה"ז מאכילין אותו תרומה ולא נבילה. א"כ כ"ש שמאכילין טבל בזה"ז לגבי נבילה. וע"כ צריך לדחוקי בדברי הרמב"ם שקאי על זמן בית ראשון ועל זמן שיבנה בהמ"ק בב"י. וכן אם יש לפנינו

מע"ש שא"א לפדותו ונבילה מוטב להאכילו מע"ש ולא נבלה ג"כ מהאי טעמא דמע"ש בזה"ז להרבה פוסקים אינו אלא מדרבנן בלבד:

סימן יא

שאלה אם יש לפנינו נבילה ונ"ר שא"א לפדותו בארץ איזה מהן חמיר:

תשובה הנה אם יש לפנינו נ"ר ומע"ש שא"א לפדותו לפד"נ דמוטב להאכילו מע"ש ולא נ"ר. דהא מע"ש איכא הרבה פוסקים דס"ל דבזה"ז הוא מדרבנן משום דבטלה קדושת הארץ. אמנם נ"ר אפי' למ"ד דבטלה קדושת הארץ מ"מ לפמ"ש בקונטרס חובת קרקע דדבר דנהוג קודם כבוש וחלוק לא בטל גם בזה"ז א"כ נ"ר לפי מאי דס"ל לרבנן [כמבואר בתוספתא דמנחות ובירושלמי שהבאתי שם] דנ"ר נהגי קודם כבוש וחלוק כמו ערלה א"כ אף בזה"ז הוה דאורייתא. והגאונים דפוסקים דכ"ר נוהג בחו"ל משום דהם פוסקים כרבנן דלא ילפינן נ"ר ממע"ש קודש קודש לענין מקום וזמן רק לענין נ"ר פסקו להקל בחו"ל משום דאיכא מ"ד דס"ל דדוקא כ"ר ולא נ"ר לכך פסקו להקל בחו"ל משום דכל המיקל בארץ הלכה כמותו בחו"ל. א"כ נ"ר חמירא ממע"ש בזה"ז דהא לפי"ד אף דמע"ש בזה"ז הוא דרבנן מ"מ נ"ר הוא דאורייתא א"כ מוטב להאכילו מע"ש ולא נ"ר. אמנם אם יש לפנינו נבילה ונ"ר לכאורה נראה שמוטב להאכילו נ"ר ולא נבילה משום דהא הרמב"ם פסק דאף כ"ר אינו נוהג בחו"ל וע"כ משום דפסק דלא כרבנן וס"ל דרבעי ילפינן קודש קודש ממעשר א"כ לפי"ד דמ"ש בזה"ז הוא דרבנן ה"ה נ"ר. אף שזה אינו מוכרח כ"כ בדעתו כמש"ב שם בסי' ה' דאיכא למימר דדעת הרמב"ם הוא דפסק דנ"ר אינו נוהג בחו"ל משום דפסק כר"י בר"י ומשום דכל המיקל בארץ הלכה כמותו בחו"ל אבל עיקר הלכה ס"ל להרמב"ם כרבנן דנ"ר נהגא קודם כבוש וחלוק ולא ילפינן ממעשר. אלא הא כבר בארנו שם בסי' ו' דנראה עיקר בדעת הרמב"ם כמו שהסכים הרמב"ן ז"ל דהרמב"ם ז"ל ס"ל דאנן קיי"ל דילפינן קודש קודש ממעשר יעו"ש. א"כ לפי"ז נבילה חמירא. אבל באמת ז"א דנראה דדעת הרמב"ם בזה היא דעת יחידאה ורוב הפוסקים חולקין עליו וס"ל דלא ילפינן נ"ר קודש קודש ממעשר לענין מקום וזמן. ואף לדעת הרמב"ן דהסכים בזה לדעת הרמב"ם מ"מ הוא בעצמו ס"ל דגם מע"ש בזה"ז הוא דאורייתא וכיון דשניהם הם דאורייתא לעיקר הדין א"כ צריך לברר איזה מהן חמיר:

הנה לכאורה נראה דיש חילוק בין ירושלים למדינה. דבירושלים נראה דנ"ר חמירי כיון דבזה"ז כלנו טמאי מתים א"כ בנ"ר איכא תרי איסורי דהא גם בנ"ר לוקין אם אוכל אותו בטומאת הגוף כמש"ב שם. וגם איסור אחר יש מה שאסור לאכלו בזמן שאין בית. לפי מה שמורה פשטיות הראשונים דסוברין דגמרינן נ"ר ממע"ש לכל מילי דפסקינן

כר"ה ורבינא דבתר למד אזלינן כמש"ב שם. וכן נראה דעת הגר"א ביו"ד סי' רצ"ד דאסור לאכול נ"ר בזמן שאין בית. א"כ הוה בנ"ר תרי איסורי ובנבילה אינו אלא רק איסור אחד [לפמש"ב לעיל דרוב הפוסקים ס"ל דבנבילה ליכא איסור עשה שאינה זבוחה] וע"כ מאכילין אותו נבילה. אמנם במדינה לפי מה שפסק הרמב"ם בפ"ג דמ"ש ה"א שאינו לוקה על אכילתו בטומאה אלא במקום אכילתו. אבל אם אכלו בטומאה חוץ לירושלים מכין אותו מכות מרדות. ועיין בכ"מ שם. א"כ אין כאן לאו על אכילתו בטומאה חוץ לירושלים וגם הלאו דחוץ לחומה אינו אלא דוקא לאחר שנקלט בחומה כמו דאמרינן מכות (יט:) אמר רב אסי אמר ר' יוחנן מע"ש מאימתי חייבין עליו משראה פני החומה מ"ט דאמר קרא כ"א לפני ה' אלהיך תאכלנו וכתיב כי לא תוכל לאכול בשעריך. כל היכא דקרינן בי' לפני ה' אלהיך תאכלנו קרינן בי' לא תוכל לאכול בשעריך כו'. א"כ נבילה חמירא דנבילה איכא איסור לאו. אבל בנ"ר אינו אלא איסור עשה בלבד. ומטעם זה נפלאתי על הגאון בעל ש"א שכתב בתשו' סי' צ"ו וז"ל והשתא א"ש דכל הני איסורין דחשיב במתני' אין ראוי לדחותן מפני מ"ע דמצה כו' ומע"ש שלא נפדה אע"ג דאינו במיתה אפ"ה אינו נדחה מפני עשה דמצה דה"ל ל"ת ועשה דכתיב לא תוכל לאכול בשעריך מעשר דגנך כו' הרי ל"ת וסיפא דקרא כ"א לפני ה' אלהיך תאכלנו ומשמע לפני ה' אין במקום אחר לא והו"ל לאו הבמכ"ע עשה עכ"ל. וזה תמוה בתרתי דאין כאן עשה דלפני ה' תאכלנו וגם הל"ת דלא תוכל לאכול בשעריך. כ"ז שלא נכנס לחומה כמבואר בסוגיא דמכות הנז'. ובפסחים איירי במ"ש שלא נכנס עדיין לחומת ירושלים מדתני ומע"ש שלא נפדה משמע דמועיל בו פדיון. ועוד מסתמא מתני' דפסחים איירי בזה"ז שאין בית ובזה"ז ודאי אין כאן העשה דלפני ה' תאכלנו כיון שאין ראוי לאכלו בירושלים: **שוב** התבוננתי דאפשר לקיים הדין של הש"א דעשה דמצה א"א לדחות איסור אכילת מע"ש שלא נפדה מטעם אחר. דהא כתבו התוס' שם ד"ה אמר כו' וז"ל וקשה דכיון דקודם שיראה פני הבית ה"נ דמותר לאכלן חוץ א"כ למה הוזקק לעולם לפדות מע"ש וי"ל דודאי ליכא לאו אבל עשה איכא דכתיב וצרת הכסף בידך אבל בלא פדיה לא עכ"ל. וא"כ איכא באכילת מע"ש [חוץ לחומה] שלא נפדה איסור עשה א"א לדחות מפני העשה דמצה. משום דמאי אולמי דהאי עשה מהאי עשה. אך צ"ע אם העשה דוצרת הכסף בידך היא עשה גמורה כמו עשה דבתולה לכ"ג וכיוצא בזה. או הוא תיקון אם רוצה לאכול אותו חוץ לחומה ואם אוכל בלא פדיה הוה לאו הבמכ"ע ואינו אלא איסור עשה לבד. ולא מצות עשה. ולפי מה שבארתי בס' מלבושי יו"ט סי' י"ח דדעת הרמב"ם והרמב"ן ושארי פוסקים דהיכא דאין בה מצות עשה אלא איסור עשה לבד הוה קילא מלאו ונדחית מפני

עשה גמורה בודאי א"כ צריכה לדחות מפני עשה דמצה. ולכאורה נראה דמזה שלא מנו מוני המצות בכלל מ"ע מצות פדיית מע"ש. משמע דס"ל דלא הוה מ"ע. והא דמברכין על מצות פדיית מע"ש כמבואר ברמב"ם ובשו"ע. אפשר לומר דמברכין גם על תיקון הלאו. כמו דמברכין על השחיטה לפי"ד רוב הפוסקים דס"ל דשחיטה לא הוה מ"ע אלא תיקון הלאו. אמנם מדברי הראב"ד בפ"ד מה' מע"ש ה"ד דכתב שם הרמב"ם וז"ל כשפודין את המעשר אין פודין אותו לשם מעשר אלא לשם חולין כו'] א"א נ"ל שלא אמרו דבר זה אלא כשפודין אותו על פירות שלא לפרסם את הדבר אבל על הכסף התורה גלתהו ואנו מכסים והלא מכיון שמברכים על פדיונו מצוה הוא ולמה טומנין את המצוה כו' עכ"ל. ונראה דס"ל להדיא דפדיון מע"ש הוה מ"ע [אף שצע"ג בדבריו דהא הוא בעצמו משיג על הרמב"ם דמני מצות שחיטה במ"ע. וכ' זו אין לו טעם ואולי לאו הבא מכ"ע עשה. והלא לפ"ד כיון דמברכין על מצות שחיטה אלמא דמצוה היא] ונ"ל הא דלא מנו מוני המצות מצות פדייה בכלל מ"ע. הוא משום דזהו חלק מחלקי המצוה דמצות מע"ש. וכן מתרץ המגלת אסתר השגת הרמב"ן על הרמב"ם במה שלא מנה מצות אכילת מע"ש בירושלים יעו"ש. וכן נראה דעת הרמב"ם בהא דלא מנה נתינת תרומה למצוה בפני עצמה. וכולל אותה בהפרשת תרומה. וכן במעשר ראשון ללוי לא מנה נתינתו במ"ע בפ"ע אלא כולל אותה במצות הפרשה. משום דס"ל דהיא חלק מחלקי המצוה [ותמוה לי דברי הש"א שכתב בסי' הנ"ל אע"ג דמצד הסברא נראה כמ"ש דהו"ל לאו ועשה דכי אם לפני ה' אלהיך תאכלנו מ"מ לא מצינו להרמב"ם ז"ל שכתב כן דעל מע"ש שלא נפדה דעובר עליו נמי בעשה זו עכ"ל. ולפ"ד נראה ברור כפי מה שכתב הבעל מגל"א הנ"ל דגם הרמב"ם מודה דלפני ה' תאכלנו הוה מ"ע גמורה. והא דלא מנה אותה הוא משום דהוא חלק מחלקי המצוה]:

אמנם מדעת הרמב"ן דלא מנה מצות פדיית מע"ש במ"ע אע"ג דמני מצות אכילת מעשר למ"ע בפ"ע. וכן נתינת מעשר ותרומה. אלמא דס"ל דפדייה לא הוה מ"ע גמורה אלא מדגלי לן קרא דבעי פדייה. אלמא דבלא פדייה אסור לאכלו והוה כלאו הבא מכ"ע. ובזה מתיישב שפיר מה שהניח בתימה הש"א את דברי הרמב"ן בס' המלחמות בפ' כל שעה שדחה את משנתנו מהלכה. וכתב וז"ל הלא כתבתי טוב טעם דאין אלו איסורים דמשנתנו ראוים לדחות מפני עשה דמצה משום חומר שבהן כו'. ואי משום מע"ש שלא נפדה קשי' לי כו' הא מצינו להרמב"ן כו' שכתב מצוה א' שנצטוינו לאכול מע"ש ובכורים בירושלים כו' עכ"ל. אבל לפי מה שבארתי לעיל דמוכח מגמרא מכות דכ"ז שלא נכנס לחומה ליכא מצוה דלפני ה' אלהיך תאכלנו. ואפי' הלאו דלא תוכל לאכול

וגו' ג"כ ליתא. ואינו אלא איסור דאסור לאכלו בלא פדייה מוצרת הכסף ואינו אלא לאו הבא מכ"ע. וכבר בארתי לעיל דדעת הרמב"ן דלאו הבמכ"ע נדחית מפני עשה גמורה.

א"כ א"ש דברי הרמב"ן דסובר דנדחית איסור מע"ש שלא נפדה מפני עשה דמצה:

והנה ראיתי להריטב"א בחי' על מכות שם שכתב וז"ל אבל אם לא נכנס שם כלל אינו לוקה עליו כו' ומיהו מלקות הוא דליכא אבל איסור עשה איכא. או מדכתיב וצרת הכסף בידך כו' או משום דכתיב לפני ה' אלהיך תאכלנו ולא בחוץ ולאו הבמכ"ע עשה עכ"ל. ולכאורה נראה דסובר דאפי' עדיין לא נכנס לחומה איכא ג"כ עשה דלפני ה' תאכלנו. אבל באמת א"א לומר דהא משמע שם מהגמרא דקאמרי' כל היכא דקרינן בי' לפני ה' תאכלנו קרינן בי' נמי לא תוכל לאכול בשעריך. דמשעה שחל עליו העשה דלפני ה' כו' אז חל עליו דלא תוכל כו'. ע"כ נ"ל דהכי פירושו דודאי המצות עשה דלפני ה' אלהיך תאכלנו לא חל עליו כ"ז שלא נכנס לחומה. אבל הלאו הבא מכ"ע היינו שאסור לאכול חוץ לחומה בלא פדייה ודאי איכא אפי' אם לא נכנס לחומה. ולפי"ז אתי נמי שפיר דברי הרמב"ן הנ"ל דלהכי נדחית מפני עשה דמצה דכ"ז שלא נכנס לחומה אינו אלא לאו הבמכ"ה וכ"ש בזה"ז דליכא עשה דלפני ה' א' תאכלנו אפי' נכנס לחומה ודאי נדחית מפני עשה דמצה:

אמנם ראיתי בס' אוצר נחמד של הרמב"ן ז"ל שנתגלה בימינו אשר זה היה נעלם מהגאון בעל ש"א. ומשם יש ללמוד שכונת הרמב"ן במלחמות דלא כמו שחשב עליו הגאון בעל ש"א. דכתב שם וז"ל נ"ל דיוצאין בטבל ובמעשר ראשון שלא נטלה תרומתו ובמעשר שני והקדש שלא נפדו משום דמתני' אוקמה רב ששת כר"ש וקיי"ל איסור כולל ומוסיף חל על איסור וחמץ בפסח כולל הוא ומוסיף נמי הוא דאסור בהנאה הילכך יוצאין בהן ורבינו ז"ל שכתב בתחלת המשנה יוצאין בדמאי לא הקפיד עליה וצ"ל משום מצוה הבאה בעבירה ולא מצאתי כן אלא בגזלה כו' ומפלפל שם בזה. ואח"כ מסיק וז"ל אבל העיקר שנ"ל שמצוה הבאה בעבירה פסולה דרבנן היא ואקרא דקבלה מיסמך לי' הא מדאורייתא יצא, חוץ מהני דכתיבי בהן מיעוט. ולא כדברי מקצת המפרשים דבר תורה חטאת הגזולה אינה מכפרת משום מצוה הבאה בעבירה. ועכשיו נתקיימו דברי רבנן והמחברים הפוסקים אבל לא בטבל ונאמר משום מצוה הבאה בעבירה עכ"ל. א"כ נראה להדיא דמה שכתב הרמב"ן במלחמות דהמשנה ולא בטבל אתי דלא כהלכה היא לפי סברתו דמעיקרא דלא היה ס"ל דמצוה הבאה בעבירה שייך בכל דבר רק בגזילה לבד ודלא כמש"כ הש"א דהרמב"ן ז"ל איירי שאין לו מצה אחרת. ומטעם דעשה דוחה ל"ת. אלא אפי' אם יש לו מצה אחרת נמי ס"ל דיצא בה משום דלא הוה ס"ל הטעם

דמצוה הבאה בעבירה. אבל בחידושיו מסיק דהטעם הוא משום מצוה הבאה בעבירה רק דזה מדרבנן. אמנם אם אין לו מצה אחרת אם נכנס לירושלים ויצא בזה"ב דאיכא לאו ועשה דלפני ה' ודאי דלא אתא ודחי ללאו ועשה. ואם לא נכנס עדיין לירושלים או בזה"ז תלוי בזה שבארנו למעלה אם מצות עשה דהפדייה היא מ"ע גמורה או דהוה רק לאו הבמכ"ע. אבל באמת נ"ל דבלא"ה אינו יוצא במצת מע"ש שלא נפדה. דהא גמרינן מצה מחלה דבעינן שלכם יהי' ומע"ש הא קיי"ל (קדושין נד:) דמעשר ממון גבוה הוא. ואף שברמב"ם ה' חו"מ פ"ו ה"ח פסק שיוצאין בירושלים ידי מצה במע"ש שלא נפדה הוא דוקא בירושלים משום דאית לי' היתר אכילה כמו שהאריכו האחרונים לישב דברי הרמב"ם בזה. אבל בזה"ז לא מיבעיא חוץ לחומה דודאי אינו יוצא בה משום דממון גבוה הוא. אלא אפי' בירושלים נמי אין יוצאין בה כיון שאין בית ואין לו היתר אכילה כ"א ע"י פדייה לא מיקרי שלכם. וזהו ברור דהא דכתב הרמב"ם ז"ל שיוצאין במעשר שני בירושלים גבי מצה וכן גבי אתרוג. ודאי כוונתו בזמן שיש היתר לאכילתו. והוא בזמן הבית. וע"כ תמוה לי דברי הרמב"ן ז"ל דהאיך רוצה לומר דיוצאין במעשר שני שלא נפדה. וביותר יש לתמוה דהאיך כתב דבהקדש שלא נפדה יוצאין בה מדאורייתא הא הקדש ודאי לאו דידי' הוא. וצריך לדחוק דאגב שיטפי' דטבל כתב ג"כ הקדש ומע"ש וצ"ע:

סימן יב

אח"כ התבוננתי דמשכ"ל דאם יש לפנינו נ"ר ונבילה יש חילוק בין ירושלים למדינה. זהו דוקא לדעת הרמב"ם דס"ל דאינו לוקה על אכילתו בטומאה אלא במקום אכילתו. אבל דעת רש"י והרמב"ן והריטב"א אינו כן. ומקודם נבאר דברי הרמב"ם דמנ"ל לומר דעל טומאת הגוף לא מחייב חוץ לירושלים בשלמא טומאת עצמן דילפינן מלא תוכל לאכול בשעריך. שפיר דאינו חייב אלא בירושלים די"ל כמו שהסביר הרמב"ם בפי' המשניות שם וז"ל ואינו חייב מלקות על אכילת מע"ש בטומאה עד שיאכלנה בירושלים דאמר רחמנא בבכור שנפל בו מום בשעריך תאכלנו הטמא והטהור יחדיו. ואמרו בכאן לא תוכל לאכול בשעריך וגו' ובא הקבלה ג"כ בזה התוספת לא תוכל לאכול בירושלים כבשעריך כלומר לא תוכל לאכול מעשר בטומאה בירושלים כמו שתאכל בכור בטומאה בשעריך עכ"ל. אבל על טומאת הגוף כיון דאזהרה שלו גמרינן מקרא דכתיב נפש אשר תגע בו וטמאה עד הערב ולא יאכל מן הקדשים. א"כ אמאי אינו חייב חוץ לירושלים משום טומאת הגוף. ע"כ צ"ל דהרמב"ם אזיל לשיטתי' דס"ל בס' המצות וכן בפי' המשנה דהן טומאת הגוף והן טומאת עצמן ילפינן מדכתיב לא בערתי ממנו

בטמא. והא דהקשה הרמב"ן עליו דהא בפירוש קאמר הגמרא בסוגיא זו וכן ביבמות דהן טומאת הגוף והן טומאת עצמן ילפינן אזהרתן ממקום אחר. תי' הבעל מגל"א וז"ל ושמא נוכל לומר שהרב פי' הסוגיא דיבמות ודמכות באופן אחר ממה שפירש"י. וזה כי התם קאמר שהאוכל מ"ש טמא בירושלים לוקה וקבעי' מנ"ל דמחייב עלה משום טומאה ומשני דתניא ר"ש אומר לא בערתי ממנו בטמא בין שאני טמא והוא טהור כו' ועד כאן תהי' תשובת האוכל בטומאה שלוקה. אמנם להוכיח כי זהו דוקא בירושלים הוא ממה שהוסיף הברייתא שם ואמר והיכן מוזהר על אכילה. ויהי' פירושו ובאיזה מקום מוזהר על אכילתו בטומאה. ולא באיזה לאו כפירש"י. ומשני נאמר כאן לא תוכל לאכול בשעריך ונאמר להלן בשעריך תאכלנו הטמא והטהור לאמר לא תוכל לאכול מעשר בירושלים בטומאה כבכורים שאתה אוכל בטומאה בשעריך. וכן נראה דעתו בפי' המשניות כו'. אמנם קשיא לי לפי"ז הפי' כי לא תתיישב קושית הגמרא כו' טומאת הגוף בהדיא כתיב בי' כו' עכ"ל. והמעיין יראה שדברי הרב בעל מגל"א כנים ואמתים שהרמב"ם פי' כן דברי הגמרא ואולי לא היה בגירסת הרמב"ם בגמרא האי טומאת הגוף בהדיא כתיב בי' כו'. ועיין מ"ש בעל מעין החכמה שדברי בעל מגל"א דברים טובים ונכונים. והמקשה שהקשה טומאת הגוף בהדיא כתיב בי' לא הבין הקושיא עד"ז. ולפי"ז ניחא מה שפסק הרמב"ם דגם בטומאת הגוף אינו חייב אלא בירושלים. משום דהא דקאמר הגמרא והיכן מוזהר על הטומאה הא קאי על שניהם הן על טומאת הגוף והן על טומאת עצמן. וע"ז גלי לן הקרא דלא תוכל לאכול בשעריך דכל מה דילפינן מלא בערתי ממנו בטמא אינו חייב אלא באוכל בירושלים דלכך אפי' טומאת הגוף דיכולין ללמוד נמי ממקום אחר היינו מדכתיב נפש אשר תגע כו'. מ"מ אינו חייב אלא בירושלים מדגלי לן הקרא דלא תוכל כו' על הקרא דלא בערתי ממנו בטמא. והקרא דלא בערתי כו' משמע על שניהם בין שהוא טהור ואני טמא ובין שהוא טמא ואני טהור. א"כ לפי פירש"י והרמב"ן והריטב"א בסוגיא זו דהאי לא בערתי ממנו בטמא הוא ודוי בעלמא אבל עיקר האזהרה לגבי טומאת הגוף הוא מדכתיב נפש אשר תגע. לפי דעתם הדבר ברור דמחייב על מע"ש ונ"ר שאוכלן בטומאת הגוף אפי' חוץ לירושלים. ויותר נ"ל דלפי דבריהם חייב על טומאת עצמן אפי' חוץ לירושלים כיון דהם מפרשים דברי הגמרא דלא כהרמב"ם דמה שהוסיף שם הברייתא ואמרו והיכן מוזהר על אכילה באיזה מקום הוא מוזהר על אכילה. אלא הם מפרשים באיזה לאו הוא מוזהר על אכילה. א"כ לא נמצא זאת כלל בגמרא דהקרא דלא תוכל לאכול בשעריך בא לגלות דאינו אלא דוקא בירושלים א"כ פשיטא דלדעתם מוזהר על אכילת מע"ש בטומאת עצמן אפי' חוץ לירושלים. ולפי"ד

רש"י והרמב"ן והריטב"א בזה"ז כיון דכלנו טמאי מתים נ"ר חמירא מנבלה כמשב"ל משום דבנ"ר איכא תרי איסורי איסור אכילה בטומאת הגוף ואיסור אכילת חוץ לחומה. ואם הוכשרו איכא גם איסור אכילת נ"ר בטומאת עצמן. משא"כ בנבלה דליכא רק חדא איסורא. ע"כ נ"ל דצריך להאכילו נבילה ולא נ"ר. משום שאף לפי"ד הרמב"ם ליכא לאו על אכילתן חוץ לחומה וא"כ אין עלי' אלא איסור עשה בלבד או מוצרת הכסף בידך או מלפני ד' א' תאכלנו. מ"מ לאחר העיון נראה כיון דנ"ר קודם פדייה הא אסור בהנאה א"כ נ"ר חוץ לחומה דמי לנבלה. כמו דגבי שביעית אף שאינו אלא לאו הבמכ"ע מ"מ כיון דאסור בהנאה דמי לנבילה כמשב"ל סי' א' ה"ה נ"ר דמי לנבילה. א"כ לדעת הרמב"ם רשאי ליתן להאכילו איזה שירצה. וכיון דלדעת רש"י והרמב"ן והריטב"א צריך ליתן דוקא נבילה א"כ נ"ל לדינא דמאכילין אותו נבילה ולא נ"ר כדי לצאת כל הדעות:

סימן יג

שאלה אם יש לפנינו דבר שעובר עליו על כמה לאוין כגון פטיתא וכיוצא בו. ודבר אחר שאינו עליו אלא לאו אחד אכל יש עליו חומר מיתה או כרת כגון טבל או תרומה או חלב איזה מהן קל כנגד חבירו:

תשובה לכאורה יש ללמוד מדברי הר"ן דיומא דחומר רבוי הלאוין חמיר מאיסור שיש בו חומר מיתה או כרת. דהנה הר"ן כתב על קושיא שהקשה הראב"ד בחולה שיש בו סכנה דשוחטין לו. למה לא נאכילהו נבלה שהיא איסור לאו ועדיף מלשחוט שהוא איסור סקילה. ותירץ דנהי דאיסור נבלה הוא איסור לאו ושבת הוא איסור סקילה מ"מ איכא חומרא אחרת בנבלה שהאוכלה עובר על כל זית וזית שבה אבל לענין שבת לא עבר אלא בשעת שחיטה וחד איסור הוא דאיכא ומשום הכי לאוין הרבה דנבלה לא מיקרי איסור קל לגבי חד לאו דשבת אע"ג דהוה איסור סקילה עכ"ל. הרי חזינן דתרי לאוי לא מיקרי איסור קל אפי' לגבי איסור סקילה. כ"ש לגבי מיתה וכרת ודאי תרי לאוי חמירי: **אבל** לאחר העיון ראיתי שזה אינו. דהנה השעה"מ בה' מ"א פי"ד הי"ז כתב וז"ל ולדידי קשה לי ממש"כ רבינו ז"ל בה' נזירות פ"ו הי"ג נזיר וכהן שפגעו במת מצוה יטמא נזיר אעפ"י שהוא סותר ימים הראשונים כו' ואל יטמא כהן שזה קדושתו קדושת עולם כו' יעו"ש והיא משנה ערוכה פ' כ"ג ופסק כחכמים. והשתא קשה כפי דעת הר"ן ז"ל דרבוי הלאוין חשוב איסור חמיר קשה טובא דה"נ לו יהי' דכהן קדושתו קדושת עולם וחשיב קדושתו חמורה מ"מ נזיר חמיר טפי דאיכא בי' לאוין הרבה כמש"כ רבינו בפ"ה מה' הנז' דין כ"א וז"ל נזיר טהור שטימא עצמו לוקה אף משום לא תאחר לשלמו כו' הא למדת שהנזיר שטימא עצמו לוקה ד' מלקות משום לא יחל כו' ואלו בכהן שטימא עצמו

אינו לוקה אלא אחת כו'. וכבר עלה בדעתי לחלק בין היכא שעובר על רבוי הלאוין בזה אחר זה כההיא דנבלה שכתב הר"ן להיכא שעובר על רבוי הלאוין בב"א כההיא דכהן ונזיר. אך חילוק זה אין בו כדי שביעה כלל וכעת צ"ע עכ"ל. אבל לפ"ד נראה שחילוק זה הוא חילוק נכון ומוכרח הוא. וכן דעת הגאון בעל מ"ל בספרו פרשת דרכים בדרוש י"ט דכתב שם דלכך בחר דוד בלחם הפנים מתרומה משום דאיסור תרומה חמיר מאיסור לחם הפנים. מ"מ הי' עולה על הדעת דהיינו דוקא לגבי לחם שכבר הוקטרו הבזיכין כו' אבל קודם הקטרת הבזיכין איכא תרתי איסור אכילת קדשים קודם המקטיר ואיכא איסור דמעילה והיה עולה על הדעת דמוטב שיאכל תרומה אף שאיסורה חמיר שהוא במיתה כיון שאין בו אלא איסור אחד ולא יאכל קודש קודם הקטרה המתיר לפי שיש בו שני איסורין. ותבלין יש לזה מדברי הר"ן הללו כו'. לזה בא דוד ואמר דליתנהו להנך מילי דלא מיבעיא האי דכיון דנפיק ממעילה דרך חול הוא ופשיטא שאף שיש בו איסור לזרים מ"מ קיל מתרומה שאיסורה במיתה אף שאין בה כי אם איסור אחד והחילוק שיש בין הך להההיא דהר"ן. הוא מבואר עכ"ל. והא זה פשוט דכונת הפרשת דרכים לחלק בין הא דהר"ן. משום דהכא עובר על הרבה לאוין בבת אחת ולכך קילא מאיסור מיתה. אבל בהא דר"ן כיון דעובר על הלאוין בזה אחר זה לכך חמירא מאיסור מיתה. ודלא כבעל שעה"מ דלא נחה דעתו בזה החילוק. א"כ יוצא לנו דאיסור שיש בו רבוי לאוין קילא מאיסור לאו אחד שיש בו חומר מיתה או כרת כיון דעובר על כל הלאוין בבת אחת ולא בזה אחר זה:

אמנם אם יש לפניו שני איסורין ואם יאכל מן החמור דהיינו חלב יספיק לו כזית אחד ואם יאכילהו מן הקל היינו נבלה יהי' צריך לשני זיתים הנה לפי"ד הר"ן הללו הדבר ברור דצריך להאכילו מן החמור כזית אחד ולא יאכילנו מן הקל שני זיתים. אך לא ידעתי אם מסכימים לסברת הר"ן שאר הראשונים כי הם נתנו טעם אחר על הא דשוחטין בשבת בשביל חולה ונראה דלא ס"ל סברת הר"ן הנ"ל. אבל אין זה הוכחה דלא ס"ל סברת הר"ן. דאולי משום דקשה להו עדיין לסברת הר"ן היכא שאין החולה צריך אלא לכזית בלבד דאמאי שוחטין בשבילו ולא מאכילין אותו נבלה. וכ"ש היכא שאין צריך לאכול הכזית בכדי אכילת פרס אלא מעט מעט. ונראה דלפי"ד הר"ן באמת בכה"ג אסור לשחוט בשבילו אלא מאכילין אותו נבלה אבל לפי סברת הראשונים אפי' בכה"ג שוחטין בשבילו. אמנם לפי פירש"י גבי טבל ותרומה דפי' בדלא אפשר בחולין היינו שצריך לאכול כולו מ"מ ס"ל לת"ק דמאכילין אותו טבל ולא תרומה משום דתרומה חמירא. א"כ מוכח דלא ס"ל כסברת הר"ן. דלסברת הר"ן קשה דאמאי מאכילין אותו

טבל הלא אם יאכילוהו טבל חייב על מאה זיתים שיש בכוס על כל כזית וכזית ואם יפרישו התרומה יאכל צ"ח זיתים של היתר ושני זיתים של איסור דהיינו תרומה. וכן הקשה הגאון בעל פרשת דרכים והגאון בעל תוספת יוה"כ. והבעל פ"ד כתב דהר"ן מפרש פי' אחר בסוגיא זו דהיינו בלא אפשר בחולין היינו שאין הבעלים שם ע"כ א"א להפריש לתקן הטבל. וכוון הגאון הנ"ל לדברי התוס' רי"ד ביומא דגם הוא פי' כן. והשיג על פירש"י דהא יכול לפוטרו בחטה אחת דחטה אחת פוטרת הכרי. ובאמת פירש"י תמוה מאד דאמאי צריך לומר דבן תימא סבר דטבל חמיר משום דתרומה חזי לכהן דהא אפי' אם נימא דתרומה שוה בחומר לטבל נמי צריך להפריש תרומה ולהאכילו אח"כ משום דאז לא יאכל באיסור רק כשיעור תרומה בלבד. ואם לא יפריש כלל יאכל כל מה שהאכילו באיסור:

והנה ראיתי להגאון בעל משנת חכמים דכתב על תירוץ הפ"ד [והוא שיטת התוס' רי"ד] וז"ל דמילתא דפשיטא לי' למרן המ"ל להאי גיסא דבחולה שצריכין להאכילו משל אחרים דאין תורמין תו"מ שלא מדעת הבעלים. לענ"ד זר הוא בעיני דכיון דצריכין להאכילו משל אחרים וברשות קעבדינן שישלם לו אח"כ. דמי לגמרי למ"ש התוס' במס' גיטין (מ:) דהא דאפוטרופסין תורמין ומעשרין אף דדרשי אתם ולא אפוטרופסין מ"מ בכדי שלא להאכיל קטנים טבלים הפקירו ב"ד וחשוב כאלו התבואה היא של אפוטרופסין ולהכי תורמין ומעשרין. כ"ש הכא כיון דברשות ב"ד קאכיל שהתירו לו להציל נפשו בממוני' דחברי' דחשוב כשלו לגמרי ותורם ומעשר עליו. ולא גרע מגנב וגזלן דתרומתן תרומה עיין במס' ב"ק (ק"ד.). כ"ש הכא דברשות קעביד לאכול משל אחרים דתורמין ומעשרין אף שלא מדעת הבעלים דאוכל ה"ל כבעליו כ"נ לענ"ד ברור עכ"ל. ולפע"ד מה שהביא הגאון ראי' מהא דאפוטרופסין תורמין ומעשרין אין ראי' כלל. משום דשם היו הב"ד ע"כ צריכין להפקיר נכסי היתומים משום תקנתם שיוכלו האפוטרופסין לתרום שלא יאכלו הקטנים שאינו מעושר. אבל הכא לאיזה טעם הוצרכו חכמים להפקיר ממון של אחרים בכה"ג. דאי משום דמותר לטול ממון של אחרים להציל עצמו מסכ"נ הוא זה לא מטעם הפקר ב"ד אלא מה"ד הוא כך שנדחה איסור גזל כמו שנדחה כל איסורין שבתורה מטעם סכ"נ. והא דאסור להציל עצמו בממון של חבירו היינו שמחוייב לשלם אח"כ אף כשהציל עצמו מסכ"נ כמש"כ התוס' שם (ס:) ד"ה מהו כו'. ומה שכתב דלא גרע מגנב וגזלן לפע"ד לא דמי דהא שם הוא מטעם יאוש בעלים נגע בה לכך הוי תרומתן תרומה משום דהוי יאוש ושנוי השם כמו דאמרינן שם (סז.) מעיקרא טבלא והשתא תרומה. אבל הכא כיון דאין הבעלים שם א"כ לא הוה

יאוש גבייהו לכך אין תרומתן תרומה. אמנם מ"מ עדיין קשה קושית הגאון הנ"ל לרבא דס"ל דיאוש שלא מדעת הוי יאוש א"כ הכא אמאי לא הוי תרומתו תרומה כיון דאם היו הבעלים שם בודאי היו מתיאשין מזה והוה כדבר שאין בו סימן דלרבא הוי יאוש. ואף אם נאמר דרבה ס"ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש מ"מ עדיין קשה האיך רבא יתרץ הך ברייתא דטבל ותרומה:

ע"כ נראה לפע"ד לפרש פי' אחר בדברי הגמרא ובזה נתישב כל הקושיות מה שהקשה הפ"ד לפי פירש"י בדלא אפשר בחולין היינו שאינו מספיק לי' חולין בלבד דאמאי לא מפרשינן התרומה ואח"כ לבטל בחולין דמדאורייתא ברובא בטל א"כ לא הוי אלא איסור דרבנן בלבד. וגם קושית התוס' רי"ד הנ"ל דהקשה דהא יכול לפוטרו בחטה אחת היא קושיא חמורה מאד. ואפי' אם נדחוק לומר דהכא מיירי במעשר שטבל לתרומת מעשר. מ"מ עדיין קשה דהא יכול להאכילו מהחולין כשיעור אכילה שצריך ויצטרף לכל אכילה ואכילה פחות מכזית מהתרומה שיפריש ובכדי אכילת פרס לא יאכל מהתרומה שיעור כזית. דהיינו אם הי' לו טבל שיעור עשרה זיתים ויפריש מזה זית לתרומת מעשר ויצטרף הזית לכל אכילה ואכילה א"כ בכדי אכילת פרס שיאכל שיעור ג' או ד' ביצים לפי"ד השו"ע דכזית הוא חצי ביצה וכדי אכילת פרס אפי' לפי"ד הפוסקים דהיא שיעור ד' ביצים שהם שמונה זיתים לא יאכל כזית שהוא חצי ביצה. ומחמת כל זה נ"ל דהיכא דהחולה מוכרח לאכול התרומה שהפריש או ע"י בטול או ע"י צירוף בכל אופן שיהי'. א"כ מפריש לכתחילה התרומה שיאכלנה זר ולא ינהג בה שום קדושת תרומה אינו חל עליה תרומה כלל והטבל הוא טבל גמור משום כיון דבשעה שמפריש התרומה יודע הוא שמוכרח לבטלה מקדושתה א"כ הוה כמפריש לאבוד וכאבוד דמי. וזה דמי להא דאמרינן בב"ק (קטו:) הרי שהיה טוען כדי יין וכדי שמן וראה שהן משתברות לא יאמר הרי זה תרומה ומעשר על פירות שיש לי בתוך ביתי ואם אמר לא אמר כלום. וכן אם בא אנס כנגדו ויודע שאינו יכול להציל דאפי' אם הפריש לא אמר כלום וה"נ כיון שהחולה הוא לפנינו והתרומה שיפריש ע"כ צריך להאכילו מטעם סכ"נ אין לך אנס גדול מזה לכך לא הוי תרומה. ולפי"ז צריך לפרש דברי הגמרא טבל ותרומה היינו שיש שני קבים אחד של טבל ואחד של תרומה כמו שפירש הפ"ד. אך באפשר בחולין ולא אפשר בחולין צריך לפרש כפירש"י היינו באפשר דסגי לחולה בחולין בלבד או לא סגי. וכן נראה פשטות הגמרא. ואין להקשות דאכתי אמאי לא יפריש מהטבל שיעור והתרומה מהטבל שהפריש לא יאכיל להחולה אלא יטול כדי שיעור שנחסר לו מהטבל מהתרומה שנפרשה כבר ויאכיל להחולה או ע"י בטול או ע"י צירוף שלא יהא כזית בכדי

אכילת פרס. דנראה דהכא מיירי שאין לפנינו שני האיסורין אלא דטבל מונח במקום אחד והתרומה במקום אחר והוא צריך לרוץ ולהביא להאכיל למי שאחזו בולמוס וע"ז פליגי תנאי אם צריך להביא הטבל ולהאכילו או התרומה. וכן מוכח לפרש הא דאמרינן מעיקרא טבל ושביעית מאכילין אותו שביעית ואמאי לא יתן לו חצי זית טבל וחצי זית שביעית דהא זה ודאי דאף דטבל חמיר משביעית מ"מ זה עדיף שיתנו לו רק חצי זית מהטבל מלהאכילו כל הזית מהשביעית אע"ג דטבל הוא חמור דבמיתה מ"מ חצי זית כיון דאין בו אלא איסור תורה בלבד הוא קיל מאיסור עשה. וכ"ש דקשה גבי טבל ונבלה דמאכילין אותו נבלה ולא קאמר דמאכילין אותו חצי זית מטבל וחצי זית מנבלה. אלא ע"כ מיירי בכה"ג דאינם במקום אחד וא"א לצרפן:

אח"כ מצאתי להתשב"ץ ח"ג סי' ל"ז שהשיג על הר"ן דכתב דהטעם שמותר לשחוט בשבת ולא מאכילין אותו נבלה משום דבנבלה עובר על כל זית ודת. וכתב שדבריו הם נשברים מהגמרא דתניא התם מי שנשכו נחש קורין לו רופא ממקום למקום ואפי' בשבת וקורעין לו תרנגולת פירוש לתת על המכה שזו היא רפואתה וגוזמין לו כרישין פי' מן המחובר ומאכילין אותו וא"צ לעשר דברי רבי. וזה יקשה לרב ז"ל שהרי התרנו לו כמה זיתים לאכול בלא מעושר ולא התרנו חד איסור לעשר. ולפי"ד ז"ל שחושב איסור חמור רבוי זיתים אפי' לגבי איסור סקילה לא הו"ל לרבי להקל בזה וכ"ש כשהאיסורין הם שוים שהרי תיקון מעשר הוא שבות מדרבנן ואכילת טבל של כרישין הוא איסור דרבנן דמעשר ירק אינו אלא מדרבנן ונוסף בזה רבוי זיתים אלא ודאי משמע שאין רבוי זיתים נותן חומרא כלל עכ"ל. והנה מדברי התשב"ץ משמע לכאורה דס"ל דאפי' באיסורין שוין אין רבוי הזיתים משוי חומרא כלל. ולפי"ז היה אפשר לישב דברי רש"י מה דהוצרך לומר דטבל חמיר. אבל באמת זהו דבר שא"א לומר כלל דבאיסורין שוין ובאיסור אחד יהא צריך להאכילו רק זית אחד ובאיסור השני יהא נצרך להאכילו שני זיתים לא יוסיף מחמת זה חומרא כלל אף שזה אפשר לומר שאם אוכל שני הזיתים ביחד אינו מוסיף חומרא כלל דמה לי זית אחד ומה לי שני זיתים כיון דאוכל שניהם באכילה אחת א"כ מ"מ אינו עובר אלא על לאו אחד. אבל זה ודאי דהיכא דהחולה צריך לאכול השני זיתים זית אחר זית דאז על כל זית וזית שאוכל עובר בלאו א"כ בודאי האיסור שצריך להאכילו שני זיתים חמירא מהאיסור שאינו צריך להאכילו רק זית אחד. והא דכתב התשב"ץ שאין רבוי הזיתים מוסיף חומרא כלל כוונתו הוא רק לסתור דברי הר"ן דסובר דרבוי הזיתים משוי חומר אפי' לגבי שחיטה בשבת שהוא איסור סקילה. ולזה הביא שפיר התשב"ץ ראי' דהא חזינן לדברי רבי תקון המעשרות שהוא רק שבות לבד דוחה אכילת

שאינו מעושר אף שיש בו חומר רבוי הזיתים. אלא ע"כ צ"ל משום דתקון המעשרות הוא שבות מאיסורי שבת חמיר יותר מאכילת שאינו מעושר דרבנן משום דכל דתקון כעין דאורייתא ולכך חמיר יותר השבות דשבת מאיסור אכילת איסור דרבנן. א"כ כ"ש שחמיר יותר שחיטה מאיסור אכילת נבלה אף שיש בו חומר רבוי זיתים. כנ"ל בדברי התשב"ץ:

קונטרס החזקות

סימן א

שאלה תינוק שנמצא מושלך במקום שרוב ישראל מצוין אם שחיטתו כשרה או לא. וכן יש להסתפק במקום שרוב ישראל ומיעוט נכרים ופירש אחד ושחט לפנינו שחיטה הגונה אם השחיטה כשרה או לא:

תשובה לכאורה לפי מה דפסקינן בשו"ע אה"ע סי' קנ"ו סי"ג אם הלך בעלה וצרתה למ"ה ה"ז לא תחלוץ ולא תתיבם עד שתדע אם ילדה צרתה אם לאו אע"ג דרוב מתעברות ויולדות מ"מ חיישינן למיעוטא משום דסמכינן מיעוטא לחזקה. א"כ ה"נ הא יש לסמוך מיעוטא דנכרים לחזקת שאינה זבוחה. אבל כי דייקינן בזה נראה דבנמצא תינוק מושלך כו"ע מודים בזה דשחיטתו כשרה ולא אמרינן בזה סמוך מיעוטא לחזקה. ובפירש אחד מהם ושחט לפי רוב שיטות הראשונים בכה"ג לא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה. כאשר נבאר בס"ד:

הנה הרא"ה בבה"ב כתב הא דאמרינן גבי רוב מצוין אצל שחיטה מומחין הם לאו דוקא רוב ולאפוקי מיעוט דהא לא אפשר דא"כ לא סגי לן בהכי דאיכא לאיסורא מיעוטא דאין מומחין וחזקה דאיסורא דבהמה ואיכא להתירא רובא דמצוין מומחין הם. וכי האי גוונא דאיכא בחד טעמא מיעוטא וחזקה ובאידך איכא רובא אמרינן להדיא ביבמות דהוה כפלגא ופלגא ובמכלתין בפ' כסוי הדם אמרינן דחשיב לר"מ טפי מרובא וכיון דכן לא הוה לן למסמך אהאי רובא דרוב מצוין אצל שחיטה מומחין הם אלא ודאי הא לא אתיא כפשטא ולא דוקא רוב אלא כל המצוין קאמרינן שאין לך מצוי אצל שחיטה לעולם אלא מומחה ואפי' מיעוט ליכא. אמנם הרשב"א במ"ה השיג עליו מהא דאמרינן בקדושין (פ.) עיסה בתוך הבית ושרצים וצפרדעים מטפלין שם ונמצאו חתיכות בעיסה אם רוב שרצים טמאה אם רוב צפרדעים טהורה. דמודה ר"י דהכא שורפין אה התרומה. אלא ע"כ צריך לחלק אפי' תימא דבעלמא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה לא אמרינן אלא ברובא וחזקה דעלמא אבל חזקה המסתלקת ע"י מתעסקין לסלקה ורוב דמתעסקין כל שיתעסקו בה מסלקין אותה ודאי. ושנתעסק בה מתעסק א' ולא ידענו אם מן הרוב או

מן המיעוט ע"כ יש לנו לאמר זיל בתר רובא ומיעוטא כמאן דליתא דמי. ולגבי שחיטה נמי כיון שנתעסקו בה והרוב כשרין לה הורעה החזקה ואון מעכב אלא המיעוט וכמאן דליתא דמי עכ"ל. והנה דעת הרמב"ן הוא כדעת הרשב"א דכל היכא דהיא שחוטה לפנינו איתרע חזקת איסור שאינה זבוחה. דכן כתב להדיא בחידושיו לחולין וז"ל ומן הדין הי' שלא תצא מחזקתה אלא בידיעה ודאית אלא משום קולא דבהמה לא אתרע שהרי היא שחוטה לפנינו סמכינן ארובא כו' עכ"ל:

ולכאורה יש לתמוה עליהם הא בחולין (פו.) אמרינן מאי איריא רוב אפי' מיעוט נמי דהא ר"מ חייש למיעוטא סמוך מיעוטא לחזקה ואיתרע לה רובא דתנן תינוק שנמצא בצד העיסה כו' הרי חזינן דאע"ג שהיא שחוטה לפנינו מ"מ לא איתרע בזה חזקת שאינה זבוחה כיון דאנן מספקינן אם נשחטה בהכשר או לא. אך דברי הרמב"ן י"ל כי הוא ז"ל בחידושיו לנדה (יח:) כתב על הא דקאמר שם בגמרא מ"ט דר"מ קסבר רוב תינוקות מטפחין כו' ועיסה זו בחזקת טהרה עומדת. וז"ל פירש"י ז"ל בתינוק שאינו ודאי טמא אלא שרוב תינוקות מטפחין באשפה ושרצים מצוין שם ובצק בידו שנגע בעיסה. וזה הפי' אינו נכון דאי ודאי נגע בעיסה למה אין שורפין הרי רוב זה כרוב שליא שעשאוהו כודאי. והתם נמי אפשר לומר דרוב שליא בולד ומיעוט בלא ולד ובית זה בחזקת טהור עומד סמוך מיעוטא לחזקה ואיתרע לה רובא דלא שרפינן עלי' תרומה. אלא כיון דשליא בבית הוא אין חזקתו של הבית כלום אלא הרי הבית כשליא כו' אבל הפי' הנכון שבתינוק ודאי טמא נחלקו דכיון שנמצא בצד העיסה והבצק בידו אמרינן רוב תינוקות מטפחין בעיסה ומיעוטא אין מטפחין ועיסה זו בחזקת טהרה עומדת סמוך מיעוטא לחזקה שהרי שתי המדות הללו מחזיקין טהרה לעיסה לומר שלא נגע בה תינוק וממקום אחר הי' לו הבצק כו' משא"כ בשליא שא"א לצרף חזקת הבית למיעוט שליא שאין חזקה זו מלמדת שאין עם השליא ונד אלא הבית כשליא עצמה ואין חזקתה כלום שהרי נגעה ונעשית כמוה כו' עכ"ל. ולפי דבריו נ"ל הא דבכמה מקומות חששו חז"ל למיעוטא היכא דמסייע לחזקה. ובכמה דברים לא חששו למיעוטא כלל אף היכא דמסייע לחזקה. והוא מסברתו זאת היכא דהחזקה מתנגדת להרוב בגוף אחד כמו ברוב תינוקות מטפחין דכל ספיקא דידן הוא בגוף העיסה אם נגעו בה התינוקות או לא. התם חששו חכמים למיעוטא דאין מטפחין דמסייע לחזקת העיסה וכן ברוב מעשיהן מתוקנים דחש"ו. כיון דעיקר הספק אצלנו הוא על הבשר אם אירע לה שחיטה מהוגנת הלכך אמרינן דסמכינן מיעוטא להחזקה. והוה כמו רוב תינוקות מטפחין. וכן באשה שהלך בעלה וצרתה למדה"י והיא היתה בחזקת ריקנית. דהחזקה ורובא סותרין שם בגוף

אחד לכך חיישינן למיעוטא דמפילות דמסייע לחזקתה שהיתה בחזקת זקוקה ליבום. אבל היכא דהחזקה סותר להרוב בשני גופים כגון שליא בבית שהרוב הוא בשליא והחזקה היא בבית ותחילת הספק בא על השליא וממנו בא הספק על הבית ע"כ יש לנו לדון ולמיזל בתר רוב השליות כיון שאין המיעוט יכול לסייע ממש לחזקת הבית. וכן בשרצים וצפרדעים מטפלין כו' דג"כ הרוב והחזקה המה בשני גופים ועיקר הספק נפל בחתיכות לא אזלינן בתר חזקת העיסה. ולפי"ז א"ש בפשיטות גם הא דלא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה גבי רוב מצוין אצל שחיטה מומחין הם. כיון דהרוב והחזקה המה בשני גופים דתחילת הספק נפל אצלנו על השוחט אם הוא מומחה או לא וכיון דאזלינן בתר רובא ואמרינן דהוא ודאי מן המומחין ממילא לית לן לאשגוחי על חזקת הבהמה דכיון דרוב שוחטים המה מומחין אמרינן דודאי נשחטה מן המומחה. וחזקת איסור של הבהמה לא מהני לן לומר שאירע לה מן המיעוט שאינם מומחין כמו שליא בבית שאין חזקת הבית מלמדת על השליא שהיא מן המיעוט שאין לה ולד. משא"כ בספק מעשיהן של חש"ו שהספק הוא אם אירע להם שחיטה מתוקנת או לא אף שברוב פעמים יזדמן לידיהם שחיטה מתוקנת שפיר מצטרף חזקת איסור למיעוט מעשיהן שאינם מתוקנים דומיא דרוב תינוקות מטפחין דשם נמי כל התינוקות ברוב פעמים מטפחין ולפעמים אינם מטפחין. וכן הוא משמעות לשון הירושלמי הובא בתוס' חולין (פו.) ד"ה רוב וז"ל שדרכו של תינוקות לטפח כו' וע"כ מצרפינן המיעוט לחזקה:

אבל להרשב"א ז"ל עדיין קשה דהאיך כתב בהשגתו על הרא"ה ז"ל דמאי אהני לי לאו דוקא רוב אלא כל ס"ס מיעוטא דאיסורא איתא דאין הברית כרותה למומחין שלא יעפו מלשהות ולפי"ז גם כששחטה מומחה הוה ספק במעשה השחיטה ומ"מ אזלינן בתר רובא ולא חיישינן לחזקת שאינה זבוחה מטעם כיון שהיא שחוטה לפנינו איתרע לה חזקתה. א"כ ברוב מעשיהם מתוקנים דחש"ו אמאי מצרפינן מיעוטא לחזקה הא איתרע לה חזקתה. וראיתי להגאון בעל שעה"מ פ"ג מה' יבום הט"ז שהעיר בזה על הרשב"א והניח הדבר בצ"ע. והנראה בישוב דבריו דהוא ס"ל דהא דפריך בשחיטת חש"ו מאי איריא רוב אפי' מיעוט נמי דמשמעותי' הוא דאלולי דרוב מעשיהן מקולקלין לא היה מחייב ר"מ משום נבלה אף אם לא ראה כלל בסימנין אם נשחטו רובן. ולהכי פריך מאי איריא רוב כו'. דבלא ראה בסימנין שנשחטו רובן ודאי דלא אתרע חזקתה. וא"כ אפי' במיעוט נמי לסמוכי מיעוט לחזקה. כיון דזה הוה ספק אם נשחט כלל. הוה כספק מגע והוה דומיא דרוב תינוקות מטפחין. משא"כ במצא גדי שחוט כיון דחזינן שנעשה בה מעשה השחיטה ברוב סימנין וכל הספק היא אצלנו אם נשחטה בהכשר דאולי שהה

או דרס בזה ס"ל דאיתרע חזקתה בהא דשחוטה לפנינו. ובזה נ"ל לישב דברי הרמב"ם דשני לי' בין ספק בשחיטת רוב דהוה נבלה וכמ"ש בפ"א הי"ב מה"ש דאם לא בדק בסימנין ה"ז נבלה. ובן ספק בשחיטה עצמה כגון ספק שהה או דרס דכתב שם פ"ג הי"ח כל ספק בשחיטה הוה ספק נבלה. והוא מטעם דכתיבנא דכיון דהיא שחוטה לפנינו איתרע חזקתה שאינה זבוחה. ולכך לא הוה אלא ספק נבלה. אבל היכא דהספק הוא אולי לא נשחט הרוב הוה כספק אולי לא נעשה בה מעשה השחיטה כלל ומעמידין אותה על חזקתה שאינה זבוחה והוי ודאי נבלה. אמנם ראיתי להגאון בעל פמ"ג בספרו ראש יוסף דמתרץ את דברי הרמב"ם בדרך אחרת. דכתב ומשו"ה באירע לו ספק בשחיטה ספק שהה או דרס הוה ספיקא דרוב שוחטין כהוגן ומיעוטא הוא דהוה וסמוך מיעוטא לחזקה דבהמה בחייה והו"ל פלגא ופלגא לרבנן דר"מ ע"כ. ובאמת סברא זו מבואר בדברי הרשב"א בחידושיו לחולין (י.) דכתב שם וז"ל לא ספק שהה ספק דרס דוקא וקמ"ל דאע"ג דרוב מצוין אצל שחיטה אין שוהין ודורסין דרך מקרה אפ"ה לא תליא לקולא בתר רובא אלא לחומרא משום דאמרינן העמד בהמה על חזקתה יעו"ש:

אך דברי הרשב"א ז"ל תמוהים מאד דהא הוא סותר דברי עצמו מה שכתב במ"ה דכל היכא דהיא שחוטה לפנינו איתרע חזקתה אע"ג דהוה ספק שהה ספק דרס. דכתב דאין ברית כרותה למומחין שלא יעפו מלשהות. ומ"מ לא חיישינן לזה כיון דהיא שחוטה לפנינו. ועוד תמוה לי על הרשב"א ז"ל במ"ה שם דמתרץ בתירוצו השני דהתם בפ' האשה שהלך בעלה הוה המיעוט מן הרוב כלומר דמאותו חלק המרובה שמתעברות יש שמקצתן שמפילות ולכך חשיב לעמוד כנגד הרוב בצירוף חזקה. אבל גבי שחיטה וגבי עיסה שבבית המיעוט אינו מגרע כחו של רוב ומיעוט כזה אינו חשוב להצטרף. ולפי דבריו דכתב דאין ברית כרותה למומחין שלא יעפו אינו עולה יפה תירוץ זה. דהא גבי שחיטה איכא מיעוט שאינו מומחין. ובאותו רוב שהם מומחין נמי אין ברית כרותה. ואיכא מיעוטא שאירע להם מקרים לפסול. וא"כ הוה מיעוט זה מן הרוב ואמאי לא חשיב לאצטרופי לחזקה אך זה אפשר לישב כיון דגם באותו מיעוט שאינו מומחין איכא ג"כ דאין מקלקלין בשחיטה. וא"כ לא חשיבא האי מיעוטא אלא בהצטרפות למיעוט דמומחין שלפעמים אירע להם מקרים לפסול. הילכך לא חשיב מיעוט זה כמיעוט המסלק מן הרוב ולא מצטרפינן אותו לחזקה אבל מ"מ עדיין קושיא הראשונה קשה טובא. ע"כ נ"ל לאמר דגם הרשב"א ז"ל ע"כ סובר דהיכא דהספק הוא עיקר על השחיטה אם נשחטה כהוגן כגון ספק שהה ספק דרס. אע"ג דהרוב מסייע לצד ההכשר. מ"מ כיון דהחזקה מסייע להמיעוט אסרינן לה. ולא אמרינן כיון דהיא שחוטה לפנינו הרי

איתרע חזקתה. וכדמשמע פשטיות דסוגיא דפרק כסוי הדם. וא"צ לדחוקי כמו שפי' למעלה. אך זה ע"כ צ"ל דהא דכתב הרשב"א דאין ברית כרותה למומחין שלא יעפו מלשהות אין כונתו דבכל מומחין איכא לספוקי בהכי אלא כונתו דאיכא מיעוט מומחין שיש לחוש להם למקרים לפסול. אבל רוב מומחין אין להם מקרים לפסול כלל. וא"כ הוה הספק בגברי. אי שחט לה הך מומחה שאפשר שיארע לו לפעמים מקרים לפסול. או לא. הלכך אמרינן דאזלינן בתר רובא ובודאי שחט לה הך מומחה שא"א לחוש לו למקרים לפסול. וחזקת האיסור של הבהמה לא מהני לן לומר ששחט לה המומחה שיש לחוש לו למקרים לפסול. נמצא לפ"ז סובר הרשב"א כמ"ש לעיל לשיטת הרמב"ן ז"ל דכתב גבי שליא בבית דדוקא היכא דהחזקה והמיעוט דמסייע להדדי הם בגוף אחד אז אמרינן דמצטרפינן מיעוט לחזקה. אבל לא היכא דהחזקה והמיעוט הם בשני גופים.

והמעיין שם היטב ברשב"א במ"ה יראה להדיא דמה שפירשתי בדבריו הם מוכרחין:

ולפי מה שבארנו דברי הרמב"ן והרשב"א אין מקום לדברי הגאון מהריט"א בהלכות בכורות פ"ג אות מ' שכתב שם וז"ל אמנם הרי"ף והרמב"ם פסקו למתני' כו' וכן כתב רבינו האי ז"ל שע"כ לא אמרינן זיל בתר רובא אלא ברובא דליכא חזקה כנגדו כו' וע"ז הקשו מההיא דרוב תינוקות מטפחין כו' והרשב"א והריטב"א תירצו קושיא זו דשאני האי מיעוטא דהכא משום דהאי מיעוטא מרע להרוב ממש ומן הרוב אתה מסלקו דמאותו חלק המרובה שמתעברות ויולדות יש מקצתן שמפילות ולפיכך חשוב לעמוד כנגד הרוב בצירוף החזקה אבל התם שהמיעוט הוא אינו ממעט ומגרע כחו של הרוב ממש מיעוט כזה אינו חשוב להצטרף כלל יעו"ש באורך. אבל משם רבינו הרמב"ן הביאו שתי' תירוץ אחר שלפי תירוצו נראה דס"ל דאין לחלק כמו שחלקו הרשב"א והריטב"א. וכתב הריטב"א דלפי דבריו אומר מורי נר"ו דמאי דאמרינן רוב מצוין אצל שחיטה מומחין הן לאו דוקא רוב אלא כל המצוין דאי לא סמוך מעוטא לחזקת בהמה בחזקת איסור עומדת והו"ל פלגא ופלגא כו' ואיכא למידק על רבינו הרמב"ן מההיא דאמרינן בפ"ק דחולין (יא.) דילפינן דאזלינן בתר רובא דליתיה קמן מפרה אדומה דליחוש דילמא טריפה היא אלא לאו משום דאמרינן זיל בתר רובא וכיון דילפינן מהתם הרי משם יש ללמוד דאע"ג דאיכא חזקה כנגד הרוב רובא עדיף דהא התם כנגד הרוב דרוב בהמות כשרות גם יש חזקה כנגדו דאוקי גברא שמזין עליו בחזקת טמא וכמו שכתבו התוס' שם בד"ה מנא הא מלתא כו' עכ"ד הגאון הנ"ל. ונפלאתי עליו מאד דהא הרמב"ן ס"ל להדיא גבי שליא בבית דהיכא דהמעוט והחזקה הם בשני גופים לא אמרינן דהמעוט מסייע להחזקה ולכך לא רצה לפרש גבי תינוקות מטפחין כפירש"י ז"ל דהספק הוא על התינוק

אם הוא טמא או לא והתינוק ודאי נגע בעיסה דא"כ הוי העיסה כתינוק. אלא דהספק הוא אם נגע התינוק בעיסה או לא. א"כ המיעוט מסייע להחזקה דהם בגוף אחד. וא"כ הכא גבי פרה אדומה הא המעוט והחזקה הם בשני גופים והאיך הקשה לדברי הרמב"ן דנימא מעוט מסייע להחזקה דחזקת טמא. ומה שהביא שם בשם הריטב"א בקדושין לאחר שהביא שם דברי הרמב"ן דס"ל דסמכינן מעוטא לחזקה אפי' היכא דהמעוט אינו מגרע כחו של הרוב כתב שם וז"ל ולפום הא אומר מורי [הוא הרא"ה] נראה דמאי דאמרינן רוב מצוין אצל שחיטה מומחין הם לאו דוקא רוב אלא כל המצוין. לאו דהרא"ה אומר דהרמב"ן ס"ל הכי דהא הרמב"ן ס"ל להדיא בחידושיו לחולין דרוב מאשמ"ה הוא רוב ממש. ומ"מ לא סמכינן מעוטא לחזקה כיון שהיא שחוטה לפניך רק הספק הוא אם שחטה מומחה או לא א"א לסייע החזקה דאינה זבוחה ולומר דודאי מי ששחטה הי' אינו מומחה. אלא מה שכתב הרא"ה הוא דעת עצמו. ופליג בזה על הרמב"ן וס"ל דסמכינן מעוטא לחזקה אע"ג דהיא שחוטה לפנינו ונפל הספק על הגברא אם הוא מומחה או לא. מ"מ אף לפי שיטתו אבאר לקמן בס"ד דלא קשה מפרה אדומה:

וכן נפלאתי על הגאון בעל שעה"מ בה' יבום וחליצה פ"ג ה' ט"ז שהניח שם על הרשב"א בת"ה בקושיא מהא דפרה דומה. לא אוכל לירד לסוף דעתו דהא הרשב"א הסביר שם דכל חזקה המסתלקת ע"י מתעסקין לסלקה ורוב דמתעסקין כל שיתעסקו בה מסלקין אותה ודאי ושנתעסק בה מתעסק אחד ולא ידענו אי מן הרוב או מן המעוט ע"כ יש לנו לומר זיל בתר רובא ומעוטא כמאן דליתי' דמי. וא"כ ה"נ גבי פרה אדומה הוה נמי חזקת הטומאה של האדם חזקה המסתלקת ע"י המתעסקין לסלקה. וכיון דודאי הזו עליו ולא ידעינן אי מן הרוב או מן המעוט בודאי יש לילך אחר הרוב ומעוטא כמאן דליתי' דמי. ובזה נסתר ג"כ דברי הנוב"י בא"ע סי' מ"ג שהשיג שם טל הריב"ש דס"ל אע"ג דרובא וחזקה רובא עדיף מ"מ היכא דאיכא תרי חזקי כמו הני תלת דר"א בן פרטא דאיכא תרי חזקי חזקת האשה בחזקת א"א וחזקת האיש בחזקת שהוא קיים. אין הולכין אחר הרוב. והשיג עליו הנוב"י מפרה אדומה דאיכא ג"כ תרי חזקה נגד הרוב. חדא דלמא במקום נקב קשחיט והוה בחזקת אינה זבוחה. ועוד דלאדם שמזין עליו איכא חזקת טומאה ואפ"ה אזלינן שם בתר רובא. ולפע"ד אין זו השגה כלל על הריב"ש דשאני גבי פרה אדומה דשתי החזקות הללו אינן יכולין לסייע כלל להמיעוט. דחזקת הטומאה אינה יכולה לסייע להמעוט כיון דודאי הזו עליו והיא הוה חזקה המסתלקת ע"י המתעסקין לסלקה וכיון שודאי נתעסקו בה ולא ידעינן אם מן הרוב או מן המעוט אמרינן מעוטא כמאן דליתי' דמי. וכן חזקת שאינה זבוחה נמי אינה יכולה לסייע להמעוט כיון שהיא

זבוחה לפנינו. וכמו שביארנו למעלה דלא אמרינן סמוך מעוטא לחזקה אלא היכא דהמעוט והחזקה מורים על ענין אחד שמסייעים זה לזה ממש. כמו ברוב תינוקת מטפחין דהחזקה מורה לן שלא נגע התינוק הטמא בהעיסה. וגם המעוט הוא שמעוט תינוקות אינם נוגעים בעיסה. אבל היכא דהחזקה והמעוט אינם מורים על ענין אחד כגון הכא דהחזקה היא שאינה זבוחה ולא נעשה בה מעשה השחיטה והמעוט מורה לן דאינו מועיל לה השחיטה דלמא במקום נקב קשחיט. וא"כ אין המעוט מסייע ממש להחזקה לא אמרינן סמוך מעוטא להחזקה אלא אזלינן בתר רובא. אבל גבי הני תלת דר"א ב"פ הא מסייע ממש תרי החזקות היינו חזקת א"א וחזקת חי להמעוט שהוא עדיין חי לכך ס"ל להריב"ש דבכה"ג ודאי אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה:

והמתבאר מכל דברינו אלה דלפי שיטת הרמב"ן והרשב"א בנדון שאלתנו כיון דהספק נפל על הגברא אם הוא נכרי ושחיטתו אסורה או לא והחזקה והמעוט הם בשני גופים לא אמרינן סמוך מעוטא לחזקה ושחיטתו כשרה. וכ"ש לפ' תירוץ השני של הרשב"א במ"ה וכן הוא בחידושיו ליבמות בפ' האשה שהלך דלא אמרינן סמוך מעוטא לחזקה אלא היכא דהמעוט מגרע להרוב ממש. אבל היכא דהמעוט אינו מגרע כחו של הרוב לא אמרינן סמוך מעוטא לחזקה. וכן הסכים הריטב"א לתירוץ זה. א"כ הכא כיון דהמעוט אינו מגרע כחו של הרוב לא אמרינן סמוך מעוטא לחזקה ושחיטתו כשרה. א"כ אפי' בשאלתנו השניה דהיינו אם פירש אחד מהם ושחט נמי שחיטתו כשרה:

ועתה נשובה לבאר דברי הרא"ה אף שלכאורה נראה לפי"ד דס"ל סמכינן מעוטא לחזקה בכל מקום. אבל באמת לאחר העיון ז"א דהנה הרשב"א הקשה עליו קושיא גדולה מהא דעיסה בתוך הבית ושרצים וצפרדעים מטפלין שם דאם רוב שרצים טמאה ושורפין התרומה. ע"כ נ"ל דגם הרא"ה מודה דהיכא דודאי נגע הורע חזקתה ואין מצטרפין מעוט לחזקה. ושאני לגבי שחיטה כיון דאנו מסתפקין אם נעשתה השחיטה בהכשר או שהה או דרס ולא שחטה כהוגן והוה כלא שחטה כלל. ולכך הקשה הרא"ה שפיר כיון דאיכא מעוט שאינם מומחין והן שוהין ודורסין והוה כלא שחטה כלל והוה כספק מגע. אמאי לא מצרפינן המעוט להחזקה דזה הוה כמו רוב תינוקות מטפחין. וא"כ לפי"ז בנדון שאלתנו כיון דידעינן שודאי נעשתה השחיטה כהוגן רק שאנו מסתפקין אם מהני שחיטתו דאולי הוא הוה נכרי גם הרא"ה מודה דלא אמרינן סמוך מעוטא לחזקה. דזה הוה דומיא דעיסה בתוך הבית ושרצים וצפרדעים מטפלין שם דאם רוב שרצים שורפין את התרומה כיון דודאי נגע לפנינו:

אך אפשר לומר דרך אחרת בדעת הרא"ה ז"ל דלהכי שאני לי' שחיטה מעיסה שבתוך הבית ושרצים וצפרדעים מטפלין שם ונמצאו בה חתיכות. כיון דאנן מטמאינן להחתיכות שבעיסה מטעם כל דפריש מרובא פריש א"א לן לטהר העיסה מטעם הנ"ל וכן בכל כה"ג. משא"כ במצא גדי שחוט שאין לנו לדון כלל בהכשר השוחט להכשירו או לפוסלו דהא אינו לפנינו ולא ידעינן מי הוא. וכל הספק שאצלנו הוא רק בהכשר הבשר לבדו. וכיון דיש להבשר חזקת איסור ומעוטא דאינן מומחין. שפיר הקשה דנצטרף המעוט לחזקה. ולפי"ז בנדון שאלתנו הראשונה במצא תינוק מושלך במקום שרוב ישראלים כיון דדינו כישראל לכל דבר ע"כ בודאי שחיטתו כשרה אף לפי"ד ולא אמרינן דנצרפו המעוט שהם א"י לחזקת הבהמה שאינה זבוחה כיון דאנן מחזקינן לו לישראל מחמת הרוב ושחט שחיטה הגונה לא מהני חזקת הבהמה להצטרף להמעוט. וכן אם קידש אשה הרי היא אשת איש ודאית ולא אמרינן דמצטרפין המעוט לחזקת פנויה. אמנם בשאלה השניה אם פירש אחד מהם ושחט לפנינו שחיטה כשרה ולא ידעינן מי שחטו. יש לאסור לדעת הרא"ה מטעם דמצרפינן מעוט לחזקה דהכא אין אנו באים לדון רק על הכשר בשר לבד:

ועלה בדעתי להביא ראי' דגם הרא"ה מודה דהיכא דידעינן שהשחיטה נעשתה כהוגן רק שהספק הוא אי מהני השחיטה או לא. אזלינן בתר רובא. ולא אמרינן סמוך מעוטא לחזקה. מהא דפריך הגמרא בריש גיטין לבעי תרי מידי דהוה אכל עדות שבתורה כו' אימר דאמרינן כו' אבל הכא דאתחזק איסורא הוה דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות משנים. ומסיק שם הגמרא משום דרוב בקיאין הן ע"כ. ואכתי תקשי אמאי לא מצרפינן מעוטא דאינם בקיאין לחזקת א"א. אלא ע"כ צ"ל כיון שנתגרשה ודאי בגט זה רק שהספק הוא על הגט אי כתב אותו בקיאין לשמה או לא הוה כודאי נגע. ואיתרע חזקתה. אבל באמת אין זה הוכחה משום דאיכא למימר דהא אפי' אי אמרינן סמוך מעוטא לחזקה אינו אלא פלגא ופלגא וממילא עד אחד נאמן דהוה כאלו לא אתחזק איסורא וס"ל להרא"ה כסברת המהרי"ק דהיכא דלא איתחזק איסורא עד אחד נאמן אפי' בדבר שבערוה. אבל אח"כ מצאתי בריטב"א בריש גיטין שהביא שם דהרא"ה באמת מקשה אמאי לא מצרפינן מעוטא דאינן בקיאין לחזקה. ותי' הרא"ה דהא אתרצה לה במאי דאתרצא אהא דר"מ דכיון דלר"מ דחייש למעוטא אמר דהכא ליכא למיחש משום דהוה מעוטא דמעוטא דלא גמירי כ"ש לרבנן דלא חשיב האי מעוטא להצטרף עם חזקה דאיתתא. וא"כ נתברר לן מזה דהרא"ה סובר דהא דלא מצרפינן מעוטא לחזקה גבי עיסה בבית הוא כמו שפירשתי בצד השני דכיון דאנן מטמאינן להחתיכה מצד רובא

א"א לן לטהר את העיסה מצד חזקה. א"כ יוצא לנו לדעת הרא"ה דוקא בתינוק מושלך במקום שרוב ישראל מצוין אז יש להתיר כיון דאנן דיינינן לו כישראל גמור לכל מילי. אבל ברוב ישראלים ומעוט נכרים ופירש אחד מהם אין להתיר לפי"ד מטעם דסמכינן מעוטא לחזקה. אך לפי"ז צריך לישב קושיא השניה שהקשה הרשב"א על הרא"ה דא"כ האיך אכלינן בשרא אמאי לא חיישינן דלמא במקום נקב קשחיט ונצטרפו חזקת שאינה זבוחה למעוטא. ויש לומר דס"ל להרא"ה דנקובת הושט טריפה הוי ולא נבלה ואין כאן חזקת שאינה זבוחה. וכן תי' המהרש"א בבכורות (כ:) בתוס' ד"ה חלב כו'. וכן נראה דעת הר"ת עיין ברא"ש חולין פ"ב סי' ו' בהאיבעיא דשהה במיעוט סימנין מהו. וכן הוא דעת הרז"ה לפי גירסתו בתוספתא שחט מעוט של ושט ושהה כדי שחיטה ואח"כ שחט את שניהם או שניקב הושט ואח"כ שחט את שניהם טרפה. [אך בדברי התוס' שם (ל:) ד"ה החליד כו' הובא הך תוספתא בגירסא אחרת דכ' שם שחיטתו פסולה. ונראה דכן הי' גירסת הרמב"ם והרשב"א דס"ל דנקובת הושט נבלה הוי]:

עוד י"ל דברי הרא"ה בסברת הרשב"א בחי' ליבמות (ל:) דכתב שם דלכך אמרינן בחזקת שאינה זבוחה אע"ג דזה מאיסור לאיסור משום דהתם גבי בהמה כל שלא מתה או שמתה ממילא או שלא נשחטה כהלכתא אסירא עד שיתחדש בה ענין המכשירה והלכך כיון שאתה בא להתירה ולומר דנעשה בה מעשה שהכשירה עליך הראי' כו' ע"כ. א"כ זה דוקא אם נפל ספק בשחיטה עצמה. אבל אם נפל ספק אצלינו מצד אחר לא שייך לומר להעמידה בחזקת שאינה זבוחה דאדרבה לגבי נקובת הושט האיך שייך לומר נעמידנה בחזקת שאינה זבוחה הא לענין זה היה לנו חזקה מעיקרא דאתא מכח רובא דאין בה נקובת הושט. ונפלאתי על הרשב"א דהאיך הקשה על הרא"ה הא לפי"ד מה שכתב בחידושיו ליכא קושיא כלל וצ"ע:

ולפי מש"ב דברי הרא"ה דגבי חתיכות שנמצאו בעיסה גם הוא מודה דלא סמכינן אחזקה מטעם כיון דאנן מטמאינן להחתיכות מטעם רובא א"א לטהר את העיסה כיון דודאי נגע בעיסה וכן גבי שליא בבית גם הרא"ה מודה לדברי הרמב"ן דלא אזלינן בתר חזקה כיון דאנן מטמאינן להשליא והשליא בבית והבית הוא כשליא. גם לפי"ז ליכא כלל קושית המהריט"א מפרה אדומה דאמאי לא מצרפינן מעוטא לחזקה דחזקת טומאה משום כיון דאלו דיינינן מעיקרא לענין פרה אדומה גופא כגון לענין אם מועלין בה כ"ז שלא נעשה אפר כדאיתא במנחות (נא:) דמועלין בה ויעו"ש בתוס' ד"ה חטאת דיש בה מעילה אחר מעילה דיש בה קדושת הגוף] הוה מורינן שמועלין בה מטעם דאזלינן בתר רובא והיא פרה אדומה כשרה. וא"כ א"א לן למימר אח"כ לענין הזאה דהעמד גברא

על חזקת טומאתו ולהצטרף להמעוט דטרפות כיון דכבר עומדת בחזקת פרה אדומה כשרה וכיון שהזה ממנה על האדם א"כ אזלי חזקת טומאתו:

עוד יש שיטה שלישית בהא דסמכינן מעוטא לחזקה לחלק בין רוב חשוב לרוב שאינו חשוב כ"כ. וכן כתב רש"י ז"ל (בקדושין פ.) דלכך בעיסה בתוך הבית ושרצים וצפרדעים מטפלין שם ונמצאו חתיכות שורפין עלי' את התרומה משום דהוה רובא דאיתא קמן [ומה שכתוב במ"ה (ח.) וקרוב לענין זה כתב רש"י ז"ל. הוא ט"ס וצ"ל הרמב"ן ז"ל. דכן כתב הרמב"ן בחידושיו כלשון שכתב הרשב"א בשמו]. וכן מחלקין שם התוס' לדברי רבנן בין רוב חשוב לרוב שאינו חשוב. ומה שלא תירצתי דברי הרא"ה מקושית הרשב"א דהרא"ה סובר כדברי רש"י לחלק בין רובא דאיתא קמן לרובא דליתא קמן. ולכאורה יש לתמוה על הרשב"א דהאיך תמה על הרא"ה וכתב מ"מ היה לו לכותב זה לשום לבו על אותה דעיסה בבית שסומכין על הרוב ואפילו לשרוף את התרומה המבלי לב נכוחות יעות ע"כ. דאולי סמך על דברי רש"י דמתרץ לחלק בין רובא דאיתא קמן לרובא דליתא קמן. אבל באמת ז"א דהמעיין יראה דהרא"ה כיון דהוא סובר דלרבנן סמכינן מעוטא לחזקה והוה כפלגא ופלגא א"כ א"א לחלק בזה בין רובא דאיתא קמן לרובא דליתא קמן. ולכך הקשה הרשב"א עליו. וע"כ צריך לתרץ דברי הרא"ה כמו שתירצנו למעלה. אבל שיטת רש"י והתוס' הוא דלרבנן לא הוה כפלגא ופלגא רק מדרבנן בלבד חוששין להחמיר שלא לשרוף עלי' את התרומה ולכך ברוב חשוב לא חששו להחמיר בזה:

והנה המהריט"א בה' בכורות שם כתב וז"ל וראיתי להרב מ"א בנמוקיו על הר"ם בפ"ג דהל' יבום שכ' וז"ל והשתא צ"ל לדברי התוס' והרא"ש דס"ל דהיכא דאיכא חזקה בהדי מעוטא חיישינן למעוטא דהא בפ"ק דחולין אמרינן מנא הני מילי דאזלינן בתר רובא ומייתי מפרה אדומה והא התם איכא חזקה דמוקמינן גברא בחזקת טמא וכו'. ונלע"ד לחלק דכל היכא דהחזקה והרוב הם בגוף אחד כגון מתניתין דהלך עם צרתה למדינת הים שהיא בחזקת ריקנית שלא היו לו בנים והרוב סותר לחזקה דרוב נשים מתעברות ויולדות בכי הא חיישינן למעוטא כיון דהחזקה סותר הרוב לגמרי וכו' אבל היכא דהחזקה והרוב אינם בגוף אחד כגון גבי פרה אדומה דבבהמה ליכא חזקה דטרפה אלא דאיכא חזקה דטמא אין זה סותר לרוב בהמות דאינם טריפות עכ"ל. ודבריו תמוהים בעיני דמה מקשה לדעת התוס' והרא"ש הא מפורש יוצא מדברי התוס' והרא"ש דתירוצא דרבא דהתם אינו אלא דמוקמינן מתני' כר"מ ואף דלר"מ בדאיכא חזקה חיישינן מדאורייתא אנן לא קיי"ל אלא דמדרבנן להחמיר חייש למעוטא בדאיכא חזקה כמבואר בכל דברי התוספות והרא"ש בשמעתין וא"כ אין כאן קושיא עליהם מההיא דפרה

אדומה כו' עכ"ל המהריט"א. ואנכי נפלאתי מאד על המ"א האיך אפשר לומר דהתוס' והרא"ש ס"ל לחלק בין גוף אחד לשני גופים דא"כ האיך הקשו התוס' בבכורות (כ:) ד"ה חלב כו' וכן הרא"ש בחולין דאמאי לא מצרפינן חזקת שאינה זבוחה להמעוט דאינם מומחין ומתרצין משום דמעוטא דאינם מומחין הוה מעוטא דאינו שכיח. ואם נאמר דגם הם מחלקין בין החזקה מסייע להמעוט בגוף אחד או לא א"כ לא קשה כלל מהא דרוב מאשמ"ה דלכך לא מסייע חזקת שאינה זבוחה להמעוט דאינם מומחין משום דאינו בגוף אחד. וכן מתרץ שם המ"א בעצמו קושיא זו בזה וא"כ האיך אפשר לומר דהתוס' והרא"ש ס"ל כן. וגם מדברי התוס' נדה (יח:) ד"ה למעוטי כו' דדחקו שם דאמאי גבי שליא בבית לא מוקמינן אחזקה נראה ג"כ דלא ס"ל לחלק בין החזקה מסייע להמעוט בגוף אחד לשני גופים דאל"כ הדבר פשוט דלכך גבי שליא בבית לא מוקמינן אחזקה משום דהחזקה מסייע להמעוט בשני גופים. וגם מדברי התוס' חולין (יא.) ד"ה מנא כו' מוכח דס"ל דאין לחלק בזה. דהביאו שם דברי הר"ח דהא דרובא עדיף מחזקה לא מסברא הוא כן אלא דילפינן מפרה אדומה דאזלינן בתר רובא אע"ג דאיכא חזקה כנגד הרוב דאוקי גברא שמזין עליו בחזקת טמא. ואי אמרינן דיש לחלק בין החזקה מסייע להמעוט בגוף אחד או לא א"כ אין ראי' מפרה אדומה דהתם החזקה מסייע להמעוט בשני גופים. אלא ע"כ דס"ל להתוס' והרא"ש דאין לחלק בכך. וע"כ צ"ל כפי מה שתירץ המהריט"א דלכך לא קשה לפי דבריהם מהא דפרה אדומה. כיון דהם ס"ל דהא דסמכינן מעוטא לחזקה הוא רק מדרבנן לבד. אך זה צ"ע לפי"ד כיון דלא מחלקין בין גוף אחד לשני גופים א"כ אכתי תקשה לדברי ר"מ דהא הוא ודאי ס"ל דסמכינן מעוטא לחזקה מדאורייתא והוה כפלגא ופלגא ממש. ומה יתרץ ר"מ על הא דפרה אדומה דהאיך כשרה אמאי לא מצרפינן המעוטא דטרפה לחזקת טמא. ונראה דע"כ צריך לדחוק כיון דפרה אדומה היא בת שתי שנים וטרפה אינה חיה א"כ יש לה חזקה שאינה טרפה דמסייע לרובא וכה"ג גם ר"מ מודה דמעוטא דטרפה הוה כמו מעוטא דמעוטא ולא מהני אף דמסייע לה חזקה. אף דכתבו התוס' שם ד"ה אתיא כו' דחזקה שלא נתבררה בשעתא לא אזלינן בתרה. צ"ל דלא מהני לה בפני עצמה אבל לסייע לרובא ודאי דמהני. ולפי מש"ב דהתוס' והרא"ש ס"ל דהא דסמכינן מעוטא לחזקה הוא רק מדרבנן בלבד. אבל ברוב חשוב וכן ברובא דאיתא קמן לא אמרינן סמוך מעוטא לחזקה. א"כ לפי"ז בנדון שאלותינו בין במצא תינוק מושלך ובין בפירש אחד מהם ושחט שחיטתו כשרה ולא אמרינן סמוך מעוטא לחזקה כיון דרוב ישראל הוה רובא דאיתא קמן:

סימן ב

והנה הרשב"א בחי' לנדה (כ.) כתב וז"ל ורבנן סברי לא אמרינן רוב חתיכות מארבע מיני דמים הם וא"ת להוי כמחצה על מחצה ואמאי טהורים לגמרי י"ל משום דמסייע לו החזקה דאשה זו בחזקת טהורה עומדת העמידנה על חזקתה ואינו מחוור דהא ודאי חתיכה הפילה וכיון דרוב חתיכות [ט"ס וצ"ל מחצה חתיכות] מארבע דמים הם נפקא איתתא מחזקתה וכענין שאמרנו גבי שליא בבית עכ"ל. וצ"ע האיך מדמה זאת לשליא בבית דהתם הך חזקת הבית אינה מלמדת לן על השליא שהיא בלא ולד. אבל הכא אמאי לא נאמר דחזקת האשה מלמדת לן שלא ראתה דם אלא חתיכה בעלמא הפילה. ובאמת הרמב"ן אף דהשיג על רש"י ז"ל גבי רוב תינוקות מטפחין וסובר דודאי נגע אזלא חזקת העיסה ומביא ראיה מהא דשליא בבית מ"מ כתב להדיא גבי חתיכה וז"ל וכן ללשון הראשון שאמר' רבנן סברי לא אמרינן רוב חתיכות מד' מיני דמים הם קשיא ותהוי נמי מחצה על מחצה תהא טמאה מספק אלא משום האי טעמא הוא דהעמד אשה על חזקתה עכ"ל. אלמא דמחלק בין שליא בבית להא דחתיכה. ואפשר לומר משום דס"ל להרשב"א דחזקת האשה לא הוי חזקה מעליא כיון דהיא עלולה לראות. והא דאמרינן בריש נדה דמעמידין אותה על חזקתה חזקת טהרה הוא כמו שאבאר בס"ד דאף ללישנא קמא דנדה (ב.) דהטעם דב"ש דקאמר דיה שעתה הוא משום דאשה בחזקת טהורה עומדת וגם הלל וחכמים מודים בזה לחולין. וכן הא אינה מקלקלת למנינה. לא מקרי חזקתה חזקה ברורה רק חזקה דאתא מכח רובא דרוב פעמים אשה אינה רואה אלא בהרגשה וכ"ז שלא הרגישה עומדת בחזקת טהרה. וכן משמע ברשב"א בריש נדה לפי מה שפירש שם דברי הר"ח. וא"כ הכא גבי חתיכה כיון שראתה חתיכה זו בהרגשה א"כ א"א להעמידה על חזקתה חזקת טהרה דאין לאשה חזקת טהרה כיון דעלולה לראות. ולפי"ז צריך לומר דכוונת הרשב"א במה שכתב כמו שאמרנו גבי שליא בבית אין ראיתו משליא בבית גופה אלא מהא דר"י דחשיב שם (יח.) בשלשה מקומות הלכו חכמים אחר הרוב מקור שליא וחתיכה. ולפי שיטתם סמכינן מעוטא לחזקה גם לרבנן שלא לשרוף תרומה. א"כ בהני ג' דברים ע"כ אין בהם חזקה כלל נגד הרוב ותקשה הא במקור אית לאשה חזקת טהרה. וע"כ צ"ל דחזקת טהרה של האשה לא חשיבא חזקה כיון דעלולה לראות. ולכך הלכו בו חכמים אחר הרוב ושורפין עליה את התרומה:

ובאמת לפ"ד הרמב"ן דס"ל דחזקת האשה הוי חזקה מעליא ולכך ס"ל לרבנן כיון דלא אמרינן דרוב חתיכות מארבע מיני דמים הם לכך טהורה לגמרי. וכן הוא דעת הר"ן בחידושיו. צ"ע דאמאי גבי הא דמקור שורפין עלי' את התרומה ולא אמרינן סמוך מעוטא

לחזקה. ומצאתי שהגאון בעל מקור מים חיים בפתיחתו לה' שחיטה עמד בזה ג"כ וכתב ומ"מ קשה לי לפי שיטת הרמב"ן והרשב"א והר"ן שהבאנו לעיל דהא גם בההיא דמקור איכא חזקת טהרה דאשה ואמאי לא נצרף חזקת טהרה דאשה למעוטא שלא נשרף עלי' את התרומה יעו"ש שהניח בצ"ע. ולפי מש"כ הגאון הנ"ל שם דהך סברא לחלק בין רובא דאיתא קמן ובין רובא דליתא קמן לענין סמוך מעוטא לחזקה היא סברא מוכרחת לכל. ומביא ראי' מהא דתשע חניות דאפי' נמצא שם קרוב לחנות המוכרת נבלה מ"מ אזלינן בתר רובא וקורבא לא גרע מחזקה כדמשמע מסוגיא דב"ב (כג:) בסוגיא דניפול. אלא ודאי דרובא דאיתא קמן עדיף טפי ולא אמרינן סמוך מעוטא לחזקה עכת"ד. א"כ י"ל דהני ראשונים ס"ל דרובא דמקור הוה רובא דאיתא קמן כמש"כ הש"מ בב"ב (כד.) [דלא כהתוס' שם ד"ה וש"מ]. והוא מפרש שם דהא דקאמר ש"מ רובא דאורייתא. ר"ל הא דאמרינן רוב וקרוב הולכין אחר הרוב מדאורייתא הוא מדקתני שורפין עלי' את התרומה יעו"ש. וכיון דזה הוא רובא דאיתא קמן לכך לא אמרינן בזה סמוך מעוטא לחזקה. אבל לפע"ד צ"ע דהא חזינן דהרשב"א ודאי לא ס"ל הכי דהא הוא תמה במ"ה על דברי הרא"ה האיך לא שם לבו על הא דעיסה בתוך הבית ושרצים וצפרדעים מטפלין שם ונמצא חתיכה בעיסה דמהני רובא אף לשרוף את התרומה. אלמא דלא ס"ל כרש"י לחלק בין רובא דאיתא קמן לרובא דליתא קמן. וכבר בארתי למעלה דלכך לא ניחא לי' להרשב"א דאולי ס"ל להרא"ה כשיטת רש"י משום כיון דס"ל דסמכינן מעוטא לחזקה מדאורייתא והוה כפלגא ופלגא א"כ אין סברא לחלק בין רובא דאיתא קמן לרובא דליתא קמן. וגם הרמב"ן והריטב"א בסוגיא דעיסה בתוך הבית הביאו מה דמתרץ רש"י והם כתבו תירוץ אחר כיון דודאי נגע הורע חזקת העיסה. נראה ג"כ דלא ס"ל לחלק בין רובא דאיתא קמן לרובא דליתא קמן. אלא נ"ל לתרץ דלכך לא סמכינן מעוטא לחזקה גבי מקור משום דגבי מקור הוה רוב ומצוי אע"ג דמסיק שם בב"ב דהדר בו רבא מההיא דקאמר בתחילה דרוב ומצוי ליכא מאן דאמר. דהא רבא גופא הביא שם ראי' מדר' חייא דרוב וקרוב הלך אחר הרוב. מ"מ נ"ל כיון דכאן גבי מקור איכא תרתי לגריעותא היינו רוב ומצוי. ואיכא תרתי לטיבותא היינו קרוב [ר"ל דמי עליה] וחזקה. וא"כ איכא למימר דהא דחזר בו רבא מההיא הוא משום דאי הוה אמרינן בעלמא דרוב וקרוב אין הולכין אחר הרוב. והא דגבי מקור הולכין אחר הרוב הוא משום דהוה רוב ומצוי. היה קשה האיך אזלינן בתר סברא דמצוי לבד נגד קורבא וחזקה. אלא ודאי דבעלמא נמי אזלינן בתר רובא נגד קורבא. וא"כ קורבא כמאן דליתא דמי נגד הרוב. וא"כ נשאר לן רובא וחזקה ובא הך סברא דמצוי ומאלים להרוב נגד החזקה:

ולולי דבריהם הקדושים ז"ל בהא דקאמר רבא ב"ב שם ש"מ מדר' חייא תלת ש"מ רוב וקרוב הלך אחר הרוב וש"מ רובא דאוריתא כו' ופי' שם התוס' דקמ"ל על רובא דליתא קמן והר"י מיגש ורבינו יונה מפרשים דקמ"ל דהא דקאמר רוב וקרוב הלך אחר הרוב מדאורייתא הוא. וכל הפירושים הללו לפע"ד דחוקים הם. כי לפי פי' התוס' קשה למה צריך לאשמועינן דהולכין אחר רובא דליתא קמן מדר' חייא אמאי לא הביא ראי' מרבנן דסוברים יבמות (סא:) דקטן או קטנה מייבמין ולא חיישינן לשמא ימצא סריס או איילונית. וכן קשה לפי פי' הר"י מיגש והר"י אמאי קאמר רבא ש"מ תלת. הא חדא מילתא היא דרוב וקרוב הולכין אחר הרוב והוא מדאורייתא, וע"כ הי' נ"ל לפרש לפע"ד דהא דקאמר רובא דאורייתא כונתו אף במקום חזקה הוא מדאורייתא ולא אמרינן סמוך מעוטא לחזקה מדאורייתא וש"מ מדשורפין עליה התרומה. ולא סמכינן מעוטא דדמי עלי' לחזקת האשה. והוא ע"ד שפי' התוס' על הא דאמרינן בנדה אמר ר' יוחנן בשלשה מקומות הלכו חכמים אחר הרוב מקור כו' היינו אף במקום חזקה. ה"ה נמי כאן פי' ש"מ רובא דאורייתא הוא אף במקום חזקה, ואין לומר דלעולם בעלמא אמרינן סמוך כו' והכא היינו טעמא דלא אמרינן סמוך כו' משום דכאן הוה רוב ומצוי. ז"א דאי הוה אמרינן בעלמא סמוך. א"כ הוה רובא וחזקה כי הדדי נינהו מטעם הצטרפות המעוט להחזקה. וא"כ לא יוכל להאלים המצוי את הרוב כי איכא נגדו קורבא דמאלמת להחזקה. אע"כ דבעלמא לא אמרינן סמוך כו' מדאורייתא. וא"כ הוה רובא לבד אלים מחזקה וכנגד קורבא דאיכא כאן דמסייע להחזקה איתא ג"כ להרוב מעלה דמצוי דמסייע לרובא. ולכך הדר בו רבא מהא דקאמר בתחלה רוב ומצוי ליכא מאן דאמר. אבל לא חזר מסברא דמצוי דבאמת אף לפי המסקנא אמרינן הך סברא דמצוי וכמש"ל. ולפי"ז יהי' ראי' גמורה מכאן לדברי האומרים סמכינן מעוטא לחזקה אף לדרבנן. הוא רק מדרבנן ולא מדאורייתא. וכן הוא סברת הר"ת והרמב"ן בחידושיו לקדושין:

היוצא לנו מכל מה שבארנו דבדין סמוך מעוטא לחזקה נמצאו הרבה שיטות הראשונים מחולקים בו. שיטת רש"י והתוס' לחלק בין רובא לרובא. דברובא חשוב לא אמרינן סמוך מעוטא לחזקה. וכל הני ג' דברים דחשיב הגמרא בנדה (יח.) מקור שליא וחתיכה הוו בהו רוב חשוב לכך לא סמכינן מעוטא לחזקה וכן מה דהביא שם הגמרא היינו ט' חנויות כו' ותשע צפרדעים כו' כל הני לא סמכינן מעוטא לחזקה משום דהוה רובא דאיתא קמן דהוה רוב חשוב. אבל גבי רוב תינוקות מטפחין כיון דלא הוה רוב חשוב לכך סמכינן בו מעוטא לחזקה שלא לשרוף עלי' את התרומה. וזה רק מדרבנן בלבד. ושיטת הרמב"ן הוא דלא אמרינן סמוך מעוטא לחזקה אלא דוקא היכא דהמעוט והחזקה

מסייעין לדבר אחד כמו ברוב תינוקות מטפחין. וכן גבי אשה שהלך בעלה למדה"י. אבל היכא דהרוב והחזקה הם בשני דברים לא אמרינן סמוך מעוטא לחזקה וסמכינן ארובא בין להקל ובין להחמיר. ושיטת הרשב"א לפי תירוץ קמא במ"ה סובר כהרמב"ן דכל היכא דהמעוט מסייע להחזקה בדבר אחד כמו ברוב תינוקות מטפחין וכה"ג אמרינן סמוך מעוטא לחזקה אבל היכא דהחזקה והרובא הם בשני דברים וכיון שכבר נתעסק בה המתעסק לסלקה ואנן מספקינן על המתעסק אם הוא מן הרוב או מן המעוט אמרינן זיל בתר רובא ומעוטא כמאן דליתא דמי. אמנם לפי תירוץ בתרא במ"ה וכן דעתו ביבמות בכ' האשה שהלך וכן הסכים הריטב"א בקדושין דלא אמרינן סמוך מעוטא לחזקה אלא היכא דהמעוט מסולק מן הריב כמו גבי אשה שהלך בעלה כו'. אח"כ התבוננתי בזה ונ"ל דהא דכתבו הרשב"א והריטב"א לחלק בין מעוט המסולק מן הרוב או לא לענין להצטרף להחזקה. היינו משום דקשי' להו דמהגמרא דיבמות נראה דהוה כפלגא ופלגא ממש. ומזה הכריח הרא"ה ז"ל דס"ל דסמכינן מעוטא לחזקה והוה כפלגא ופלגא. ע"ז מסיק הרשב"א והריטב"א לחלק בין מעוט המסולק מן הרוב או לא. אבל מ"מ ודאי מודים בזה דחוששין להחמיר אע"ג דהמעוט אינו מסולק מן הרוב. ולכך אין שורפין את התרומה גבי רוב תינוקות מטפחין אך כיון שזהו רק מטעם חומרא בלבד שפיר מודים הרשב"א והריטב"א לסברת התוס' לחלק בין רוב חשוב לרוב שאינו חשוב לכך ברוב חשוב כגון רוב מצוין אשמ"ה וכן בכל כה"ג לא חששו חכמים כלל להמעוט אע"ג דמסייע לחזקה. וזה שכתבו הרשב"א והריטב"א לתרץ דאף אם נאמר דברוב מאשמ"ה מסייע המעוט להחזקה ממש כיון דאנן מספקינן דאולי לא שחטה כהוגן דהיינו דשהה או דרס והוה כאלו לא שחטה כלל. מ"מ ס"ל כיון דזה הוה רוב חשוב לא סמכינן מעוטא לחזקה. אבל היכא דאינו מסייע המעוט להחזקה ממש הרשב"א והריטב"א אינם חולקין על דברי הרמב"ן כמש"כ גם הם גבי שליא בבית. ושיטת הרא"ה היא דאמרינן סמוך מעוטא לחזקה אע"ג דהרוב והחזקה הם בשני דברים כמו שהוכחתי למעלה. אך גבי חתיכה שנמצאת בעיסה וכן גבי שליא בבית כיון דאנו דנין על השליא ועל החתיכה מטעם רובא שהיא טמאה אין אנו חוששין לחזקת הבית ולחזקת העיסה שאח"כ ולהצטרף להמעוט. וכן ס"ל לר"ת בס' הישר דהשיג על רש"י דסובר גבי רוב תינוקות מטפחין דהספק קאי על התינוק. והשיג עליו הר"ת כיון דהתינוק טמא מטעם רובא א"א לנו לחוש לחזקת העיסה כיון דודאי נגע העיסה בתינוק. א"כ יוצא לנו לדינא בנדון דנמצא תינוק מושלך במקום שרוב ישראל מצוין ושחט או קדש אשה נראה דאין חוששין לחזקת הבהמה ולחזקת האשה לדעת רש"י והתוס'. כיון דהוה רובא דאיתא קמן. ולפי שיטת שאר הראשונים

כיון דאנו דנין על התינוק שהוא ודאי ישראל מטעם רובא א"כ אין אנו חוששין לחזקת הבהמה ולחזקת האשה שאח"כ. אבל בנדון שהי' רוב ישראל ומעוט נכרים ופירש אחד מהם ושחט. לפי שיטת רש"י והתוס' כיון דהוה רובא דאיתא קמן שרי. ולפי שיטת הרמב"ן והרשב"א והריטב"א שרי כיון דהרוב והחזקה הם בשני דברים. דהרוב והמעוט הם על האדם עצמו והחזקה היא על הבהמה א"כ א"א להצטרף המעוט להחזקה. כיון דהוא שחטה לפנינו יצאתה מחזקתה אך לפי שיטת הרא"ה סמכינן מעוטא לחזקה אף בכה"ג. אבל נראה דיחידאי הוא כנגד כל הני רבוותא:

אח"ז ראיתי דמה דהוה פסיקא לי דבתנוק מושלך לכו"ע לא מצרפינן מעוטא לחזקה ז"א. דדעת הרמב"ם הוא דאף בכה"ג מצרפינן מעוטא לחזקה דהא הרמב"ם פסק בה' א"ב פ' ט"ו ה' כ"ז דאם קדש אשה ה"ז ספק א"א והבא עליה פטור שאין הורגין על הספק. והראב"ד באמת השיג עליו שם וס"ל דאזלינן בתר רובא וחשבינן לה כא"א ודאית והורגין על קדושיו. אבל דעת הרמב"ם הוא ע"כ משום דמצרפינן מעוטא לחזקה דחזקת פנויה ועיי"ש בה"ה וכן הוא בטור ושו"ע אה"ע סי' ד'. דס"ל דגם לענין נזקין לא חשבינן לי' כודאי ישראל משום דאין הולכין בממון אחר הרוב. וזהו ג"כ מטעם דמצרפינן מעוטא לחזקת ממונא ולפי"ד כיון דכבר דנו אותו לישראל גמור מטעם רובא מסתברי דגם לענין נזקין חייבין עליו כעל ישראל גמור ונראה דהם לא ס"ל סברא זו מש"כ. וצ"ע לפ"ז מהא דנמצאו חתיכות בעיסה ושרצים וצפרדעים מטפלין שם דשורפין עלי' את התרומה. וליכא למימר דהם מתרצים דלכך שורפין את התרומה ולא מצרפינן מעוטא לחזקה משום דהוה רובא דאיתא קמן כסברת רש"י ז"ל. דהא הם ס"ל דאף ברובא דאיתא קמן נמי מצרפינן מעוטא לחזקה. וגם כסברת הרמב"ן והרשב"א במ"ה דדוקא היכא דהמעוט בגוף אחד דומיא דרוב תינוקות מטפחין אז אמרינן דמצרפינן מעוטא לחזקה נמי לא ס"ל. דהא הכא לא מסייע המעוט להחזקה בגוף אחד. אם לא שנאמר דליכא למילף משריפת התרומה דהלכו בה חכמים אחרי הרוב גמור כמו שאמר בנדה בשלשה מקומות הלכו חכמים אחר הרוב משום דמצינו דגם על דרבנן גמי שורפין את התרומה. אבל לענין דיני נפשות ודיני ממונות לא מהני אף רוב גמור היכא דאיכא לצטרופי מעוט לחזקה. ועדיין צ"ע בכל זה:

סימן ג

שאלה אם הי' לפנינו שני סכינים אחד פגום ואחד שאינו פגום ושחט עוף באחד מהם. ולא שחט רק הרוב ווושט בלבד דאם שחט בסכין הפגום ודאי דעם מקום הפגימה שחט. אם חייב בכסוי או לא:

תשובה הנה הפמ"ג בהפתיחה לה' שחיטה החליט הדבר דהוה ודאי נבילה ומלקי נמי לקי כיון דהוה ספק השקול א"כ מוקמינן לה אחזקתה חזקת שאינה זבוחה. א"כ לפי"ז ודאי דפטור מכסוי. אבל לפ"ד נראה דז"א. דכיון דאיתחזק גם סכין כשר לפנינו ואנן לא ידעינן באיזה מהם שחט לא הוי אלא ספק נבילה. וראי' לזה דהא הרמב"ם בה' מקואות פ"י ה"ז כתב וז"ל שני מקואות אחת כשרה ואחת פסולה וטבל בא' מהן ואינו ידוע ועשה טהרות הרי הן תלויות עכ"ל. וע"כ צ"ל דכה"ג דאיתחזק מקוה כשרה לפנינו ובודאי טבל באחת מהן ואנן לא ידעינן באיזו מהן טבל איתרע חזקת טומאה ולא הוה רק ספק טמא ולכך תולין ולא שורפין. א"כ ה"נ כיון דאיתחזק סכין כשר לפנינו ובודאי שחט באחד מהם ואנן לא ידעינן באיזה מהם שחט איתרע חזקת שאינה זבוחה:

אמנם ראיתי דהפמ"ג אזיל לשיטתי' דכתב בספרו גינת ורדים כלל ס"ב וז"ל והנה הרמב"ם בה' מקואות פ"י ה"ז כו'. והוא מתוספתא הביאה הר"ש בפ"ב דמקואות ואמאי הן תלויות ולא טמאות ודאי דהאדם אוקי אחזקה וממילא התרומה טמאה. ואלא דבתרומה איכא חזקה להדי חזקה והן ספק ודוקא כה"ג הא בתרומה שנעשו בכלים שנעשו ע"ג מקוה שנמדד ונמצא חסר אפשר דטהורים לגמרי דחזקה דהשתא דמקוה אינה טובה כחזקה דתרומה וכמ"ש כה"ג בשוחט. וראיתי אח"כ במ"ל שכ' עלה דהך בד"ה שתי מקואות והא דאמרינן מקוה שנמדד ונמצא חסר דהם טמאות ודאי דהתם חסר ואתאי והרי חסר לפניך משא"כ בשתי מקואות עכ"ל. ולא ידעתי דהרי הדברים ק"ו ומה התם דאיכא חזקה דמקוה דמעיקרא שהיא אלימא נגד חזקה דאדם אפ"ה אדם טמא מכח חזקה דהשתא דהרי חסר לפניך וממילא מטמאינן התרומה. מכ"ש כאן דאינו יודע באיזה מהן טבל דאיכא חזקה טובא ואלימא העמד גברא על חזקתו ודאי טמא וממילא התרומה טמאה ודאי. ולכן דבריו צ"ע וישוב דעת ואף אי התם חסר ואתאי הוה כחזקה דמעיקרא מ"מ כ"ש הוא עכ"ל בעל ג"ו. והנה דברי הגאון הנ"ל מרפסין איגרא דמה שרוצה לומר דתרומה שנעשה ע"ג מקוה שנמדד ונמצא חסר טהורה לגמרי. וזהו נגד רוב הראשונים דהנה הרמב"ן בחידושיו (לחולין פו.) כתב להדיא על הא דשליא בבית שהבאתי למעלה הוסיף שם בדבריו וז"ל והכי מוכח התם גבי מעל"ע שבודק וגבי ההיא דתנן מקוה שנמדד ונמצא חסר כל טהרות שנעשו ע"ג למפרע טמאות. דמפרשינן עלה דלא אזלינן בתר חזקתו של מקוה ושל אשה שהרי חסר לפניך ולא הלכו בהם אחר חזקתן של טהרות כיון שודאי נגע עכ"ל. וכן כתב הרשב"א שם דכיון דודאי נגע אזלא חזקתה וכן כתב הריטב"א בחידושיו לקדושין גבי מקוה שנמצא חסר דהקשה ניזול בתר חזקת טהרה. ותירץ כסברת הרמב"ן דכיון דודאי נגע דין הטהרות כדין האדם. וכן התוס'

רי"ד בקדושין שם כ' וז"ל לפי פי' המורה שמפרש דאיכא ודאי מגע בעיסה קשי' ממאי דכתבית בריש נדה דשמאי סבר העמד אשה על חזקתה ולא אמר העמד טהרות על חזקתן מפני שיש בהן ודאי מגע וגם במקוה דאוקימנא דאית בי' תרתי לריעותא והא אית בי' חזקה דטהרות לטיבותא אלא כיון דאית בהו ודאי מגע בטלה חזקה שלהן. וה"נ גבי עיסה אי אית בה ודאי מגע בטלה חזקתה משו"ה פר"ת עיקר שמפרש ספק מגע כדכתבינן בפ' כסוי הדם עכ"ל. וכן הר"ן בחי' לחולין עומד בשיטת הרמב"ן ז"ל. וכן הקשה הר"ת בס' הישר על דברי רש"י גבי רוב תינוקות מטפחין כיון דאיכא ודאי מגע בטלה חזקתה. א"כ הני גדולי הראשונים כלהו עומדים בחדא שיטה דהיכא דאיכא ודאי מגע לא אזלינן בתר חזקת דבר שנגע בו. וע"כ צ"ל דמקוה שנמדד ונמצא חסר גריעא משתי מקואות אחת כשרה ואחת חסרה כדברי המ"ל. והק"ו שכתב הבעל ג"ו ק"ו פריכא הוא דמקוה שנמדד ונמצא חסר כיון דהרי היא חסר לפניך לא מהני להוציא חזקת הטמא מחזקתו ונשאר על חזקתו הראשונה ולא איתרע כלל חזקת טומאתו במה שטבל. ולא מהני לו חזקה דמעיקרא דמקוה אף לעשות ספק טומאה אלא חשבו כודאי טמא. אבל הכא גבי שתי מקואות כיון דאתחזק כאן גם מקוה כשרה כמו חסרה לא מהני לן חזקת טומאתו לומר שודאי טבל בהחסרה ולא בהכשרה לכך הוה האדם רק ספק טמא. וגם הטהרות הוי רק תלויות בלבד. א"כ יוצא לנו נמי גבי נ"ד דבשני סכינים כיון שודאי נתחזק כאן סכין כשר לא מהני לן חזקת שאינה זבוחה לומר שודאי שחטה בסכין הפגום ולהוי ודאי נבילה ולא הוי רק ספק נבילה:

עוד נ"ל להביא ראי' לדברי דבשבת (לד.) גבי הא דאמר רבא דאם נאכל עירובו ביה"ש או הניח עירובו ביה"ש קנה עירוב. פירש"י ז"ל דמיירי בעירובי תחומין. והתוס' הקשו ע"ז וז"ל דר' יוסי ל"ל התם גבי נפל עליו גל או נשרף או תרומה ונטמאת ספק עירוב כשר אלא משום חזקה כדתניא התם בהדיא כיצד אמר ר"י ספק עירוב כשר כו' אבל בספק כי הא שהניחו ביה"ש או נאכל ביה"ש לא מכשר. ע"כ פיר"ת דמיירי הכא בעירובי חצרות. ובחי' הרשב"א מבואר יותר דז"ל הרשב"א דע"כ לא מכשיר ר' יוסי ור"ש אלא כגון תרומה ונטמאת דאמרינן העמד תרומה בחזקתן והשתא היא דנטמאה וכדאיתא התם ספק בתרומה טהורה עירב ספק בתרומה טמאה עירב אין זה ספק עירוב כשר כו'. אבל הניח עירובו ביה"ש דספיקא היא וליכא חזקה לא כו' עכ"ל. ולכאורה דבריהם תמוהים דהאיך מדמינן ביה"ש לספק עירב בתרומה טמאה כו'. דגבי ביה"ש אע"ג דליכא בה חזקה לקולא מ"מ חזקה לחומרא נמי ליתא דלא שייך לאוקמי' אחזקה דלא עירב כלל כיון דודאי עירב רק הספק הוא אם הוא יום או לילה משא"כ גבי ספק

עירב בתרומה טמאה איכא למימר שם דמוקמינן ליה אחזקת תחום ביתו שלא עירב. וכן גבי תרומה ונטמאת אמרינן דלכך עירובו כשר משום דהעמד תרומה על חזקתן. אבל בלא"ה הוה אמרינן העמד האדם על חזקת תחום ביתו שלא עירב. אבל לפי מש"ב דגבי שתי מקואות כיון דנתחזק האיסור וההיתר שניהם לפנינו לא אזלינן בתר, חזקת טומאתו למשוי לו כודאי והיה ספק השקול ניחא שפיר קושית התוס' והרשב"א דהא פי' שם התוס' בעירובין גבי ספק עירב בתרומה טמאה או טהורה כגון שיש שני ציבורין לפניו אחת הי' תרומה טהורה ואחת הי' תרומה טמאה ועירב באחת מהן דליכא חזקה כלל עכ"ל. א"כ כיון דודאי עירב באחת מהן ויש תרומה טהורה לפניו איתרע לה חזקת תחום ביתו כמו גבי שתי מקואות. ואפ"ה מחמיר ר' יוסי אף בדרבנן. ולא אמרינן דאזלינן לקולא א"כ גם בהניח עירובו ביה"ש אמאי לא מחמרינן לר"י:

אך דעת רש"י והרמב"ם דפירשו דקאי על עירובי תחומין ולא חששו לקושית התוס' משום דהם ס"ל דאנן קיי"ל כר"מ דפסק להקל בטומאה קלה אף במקום שצריכין להוציא מחזקה. וכן פסק הרמב"ם להדיא בפ"י מה' מקואות [וכן כ' השעה"מ דרש"י והרמב"ם ס"ל כר"מ. וכן כ' הגאון בעל אבן העוזר בחי' לשבת] ולכך כתב הרמב"ם בה' עירובין פ"ז הט"ו דאם עירב בתרומה שהיא ספק טמאה אינו עירוב שאינה סעודה הראוי'. דמשמע מזה דלהכי אינו עירוב משום שאינה ראוי'. אבל היכא דבשעה שעירב ידע מהיכן נטל לערב וגר ביה"ש ידע ממנו כגון שהי' שני ציבורין לפניו אחת תרומה טהורה וא' תרומה טמאה. וידע המדה שהי' בכל צבור וצבור. ואלו הי' שם על לבו אז לידע בבירור מהיכן נטל היה יכול לברר. כי הי' רואה מאיזה צבור חסר שיעור העירוב מסתמא מזה נטל לערב. אך מחמת שנמשך הדבר עד שנתערבו הצבורין זה בזה לא יכול לברר ונשאר בספקו מהיכן נטל להעירוב בכה"ג הוה עירובו עירוב. דלא שייך לומר בזה כיון שאינה ראוי'. כיון דביה"ש הי' יכול לברר הדבר ולא הי' נשאר בספק. ואם עירב באמת בתרומה טהורה הי' ראוי' לו לאכול ביה"ש. אך לר"י בכה"ג נמי לא מהני משום דזה הוה כשתי מקואות. והוה כספק השקול. ובזה האופן מיירי הגמ' שם בהא דקאמר אבל עירב בתרומה ספק טהורה ספק טמאה. והרמב"ם לא פסק כר' יוסי לכך לא כתב הספק באופן זה. והמעיין בדקדוק לשון הרמב"ם שמשנה מלשון הגמרא דהגמרא חשיב שני ספיקות דקאמר אם עירב בתרומה ספק טהורה ספק טמאה. והרמב"ם חשיב חד ספק שכ' אם עירב בתרומה שהיא ספק טמאה. יראה להדיא שהגמרא מיירי בגוונא שכתבתי שהי' יכול לברר ביה"ש. ועתה אחר ביה"ש כל השקלא וטרי' הוא אצלנו על הגברא במה עירב אם בטהורה או בטמאה. דמכח העירוב אין לנו שום נ"מ כי בודאי אסור לאכלו

כיון שהוא בספק. והוה כמו נאבד עירובו. ועל הגברא שייך לומר ב' הספיקות במה עירב בטהורה או בטמאה. ואשמועינן הגמרא רבותא דאף בכה"ג לר' יוסי נמי לא מהני כיון דס"ל דאזלינן לחומרא אף בדרבנן בדבר שיש לו חזקת איסור. אבל הרמב"ם לא פסק כר"י. וא"כ בכה"ג מהני. ולכך נקט הספק אלא בגוונא דאפי' ביה"ש לא היה יכול לברר הדבר. א"כ בעת חלות העירוב לא הי' ראוי'. ולכך כ' בדקדוק בתרומה שהיא ספק טמאה. ר"ל שהיתה בעת חלות העירוב בספק טומאה. גם מדוקדק לשון הרמב"ם שכ' שם אינו עירוב דמשמע מזה דלא הוה עירוב כלל ואפי' חמר גמל נמי לא הוה. ובגמרא שם קאמר כיצד אמר ר"י ספק עירוב כשר עירב בתרומה ספק מבעוד יום נטמאת כו' אבל עירב בתרומה ספק טהורה ספק טמאה כו' אין זה ספק עירוב כשר. ור"ל דע"כ לא פליג ר"י על ר"מ דאמר דהוה חמר גמל אלא בספק מבעוד יום נטמאת. אבל בספק טמאה מודה ר"י לר"מ דהוה חמר גמל. ואי הוה טעמא משום שאינה ראוי' אפי' חמר גמל נמי לא הוה. אע"כ צ"ל דברייתא מיירי במקום שיכול לברר ביה"ש והוה ראוי' כדאמרן ולהכי הוה חמר גמל:

ובזה שבארנו נ"ל לישב מה שהניח הה"מ שם בתימה על הרשב"א ז"ל. וז"ל ויש תימה בדברי הרשב"א ז"ל שפרשה בעירובי חצרות וכתב שאם עירב בחצרות בתרומה ס' טמאה ס' טהורה שאינו עירוב וכ' בדין עירוב תחומין שאינו עירוב ביה"ש. למדו ממה שאמרו בתרומת ספק שאינו עירוב ואומר אני לדבריו עירובי חצירות יוכיחו עכ"ל. אבל לפי"ד נ"ש דגבי עירובי תחומין כ' הרשב"א בעבודת הקודש כלשון הגמרא וז"ל בסי' כ'. אבל אם עירב בתרומה ונסתפק אם בתרומה טהורה עירב או בתרומה טמאה עירב כו' אין זה ספק עירוב שאין לומר כאן העמד עירובו על חזקתו שלא הוחזק בכשרות מעולם אדרבה יש לומר העמד האיש בחזקתו כו' ומכאן נלמד למי שעירב ביה"ש כו' עכ"ל. א"כ נראה דשם מיירי בגוונא שיכול לברר ביה"ש והוה סעודה הראויה ואפ"ה אין עירובו עירוב משום דמוקמינן לי' על חזקת תחום ביתו. ולכך הביא שפיר הרשב"א ראי' מזה על ביה"ש. וכמש"ב למעלה דגם גבי שני צבורים איתרע חזקת תחום ביתו. מ"מ מוקמינן לי' אחזקה ראשונה גבי דרבנן. אבל גבי עירובי חצרות דכתב שאם עירב בתרומה ס' טהורה ס' טמאה ע"כ מיירי שבעת חלות העירוב נמי לא הי' יכול לברר. ולכך לא הוה עירובו עירוב דלא הוי סעודה ראויה דגם בעירובי חצרות נמי בעינן סעודה ראויה. ואין צריך לדחוק בזה כמו שדחק הרבה בזה בעל שעה"מ:

והנה לכאורה יש להביא ראי' לסברת הפמ"ג דמקוה שנמדד ונמצא חסר קילא משתי מקואות ואחת מהן פסולה וטבל באחת מהן ולא ידע. דהא חזינן גבי עירוב לר' יוסי דספק

אם נטמאה מבעו"י או משחשכה מקילינן משום דאמרינן העמד תרומה על חזקתה כדאמרינן (בעירובין לו.) ואם עירב בתרומה ספק טהורה ספק טמאה כגון שהי' שני צבורין לפניו וכמשפ"ל כיון דליכא חזקה מחמירינן אף בדרבנן לר' יוסי. א"כ חזינן אע"ג דהיכא דאיכא תרתי לריעותא דהא הרי נטמאה לפניך א"כ איכא חזקה דהשתא וגם איכא חזקת תחום ביתו כמו שפירש"י שם בדברי רבא. מ"מ בדרבנן ס"ל לר"י דמוקמינן לי' אחזקה דמעיקרא ומהני לאפוקי מחזקת תחום ביתו. ואם עירב משני צבורין כיון דליכא חזקה כלל מוקמינן לי' אחזקת תחום ביתו הרי לכאורה כסברת הפמ"ג. דמקוה שנמדד ונמצא חסר כיון דאיכא חזקה דמעיקרא קילא משתי מקואות ודלא כהמ"ל. אבל לפי"ז תקשי התוספתא הנ"ל דלמה גבי שתי מקואות טהרותיו תלויות וגבי מקוה שנמדד ונמצא חסר טהרותיו טמאות ודאי ונשרפות. אבל לאחר העיון זה לא קשה כלל על דברי המ"ל דצ"ל לסברת רש"י דס"ל דחזקת תחום ביתו מיקרי חזקה דלכך לא מצטרפינן חזקה דהשתא לחזקת תחום ביתו. משום דדוקא גבי מקוה כיון דאיכא למימר חסר ואתאי חסר ואתאי אז חזקה דהשתא עדיפא טובא ומצטרפת עם חזקת הטמא ולמשוי לי' כודאי אף לשרוף את התרומה. אבל במקום דליכא למימר חסר ואתאי כמו גבי עירוב אע"ג דאיכא חזקה דהשתא דהרי נטמא לפניך מ"מ חזקה דמעיקרא עדיפא ומהני אף לאפוקי מחזקת תחום ביתו ולכך זה עדיפא מאם עירב משני צבורין דשם כיון דליכא חזקה כלל מחמירינן אף בדרבנן לר"י:

אך עדיין קשה דהא רבא קאמר שם התם היינו טעמא דר"י העמד טמא על חזקתי ואימא לא טבל אדרבה העמד מקוה על חזקתה ואימא לא חסר במקוה שלא נמדד. ופירש"י שלא נמדדה מתחלתה ולא עמדה בחזקת כשרות עכ"ל. א"כ אם נמדדה ועמדה בחזקת כשרות מתחלה מהני חזקה דמעיקרא לאפוקי מחזקת טומאה אע"ג דאיכא למימר חסר ואתאי מ"מ עדיפא משתי מקואות דס"ל לר"י להדיא דמוקמינן הטמא על חזקתו אף בדרבנן. וגם דברי התוס' דכ' שם וז"ל הוה מצי לשנויי הרי חסר לפניך אלא דלא מיירי הכא במקוה שנמדדה ונמצאה חסרה עכ"ל. צ"ע דהאיך משני הגמרא במקוה שלא נמדדה משמע מזה דאם נמדדה מקילינן בדרבנן אע"ג דהיא חסרה לפניך. ולפי האמת ז"א דאף אם נמדדה כיון דהרי היא חסרה לפניך א"כ מצטרפינן חזקה דהשתא לחזקת הטמא. אע"כ צ"ל דס"ל להגמרא דחזקה דמעיקרא עדיפא ומהני לאפוקי מחזקת טומאה אע"ג דהרי חסרה לפניך. ולכך משני הגמרא במקוה שלא נמדדה והאיך כ' התוס' דהוה מצי לשנויי דהרי חסר לפניך:

ומצאתי בדברי הגאון בעל מ"א בהגהותיו על הרמב"ם בה' אישות שם סי' ג' שהקשה ג"כ קושיתנו הראשונה אמאי מקילינן בעירוב הא הוה תרתי במקום חדא. ומתרץ משום דמקוה שאני שהרי חסר ואתאי כמו שתירצנו. וכתב שם עוד וז"ל אבל לפע"ד נ"ל דר"מ ור"י אית להו דאפי' היכא דאיכא תר"ל ספיקא הוה ומ"ה אמר ר"מ במקוה שלא נמדדה ונמצאת חסרה ספיקו טהור היכא דנטמא בטומאה קלה ואפי' ר"י לא פליג עלי' אלא בשלא נמדדה המקוה וכדמשני רבא הא אם היתה נמדדה אזלינן בתר חזקה דמקוה כיון דספיקא היא בדרבנן אזלינן לקולא ולא אמרינן כיון דאיכא תר"ל דהעמד טמא על חזקתו ועוד דהרי חסר לפניך והוה ודאי אלא ס"ל כר"ש דפליג על חכמים ואומר ברה"ר טהורות. ומ"ה גבי עירוב אע"ג דאיכא תר"ל מכשיר דהוה ספק בדרבנן. ולפי"ז ליתנהו לדברי התוס' שכתבו הוה מצי לשנויי הרי חסר לפניך. וז"א דגבי עירוב נמי הרי טמאה לפניך. וכן פסק הרמב"ם ז"ל בפ"י מה' מקואות כר"י במקוה שנמדדה ונמצאה חסרה בטומאה דדבריהם להקל ובפ"ה מה"ת ג"כ פסק דספיקא הוה והרב כ"מ לא זכר שם דר"י ור"מ כולהו סברי כר"ש וא"ש השתא כו' עכ"ל. ונפלאתי על כל דברי קדשו בזה. מ"ש דר"מ ור"י ס"ל דאפי' במקום דאיכא תר"ל מ"מ לא הוה אלא ספק ומש"ה מטהר ר"מ בטומאה קלה במקוה שלא נמדדה ונמצאה חסרה. תמיהני איך נוכל לומר דבמקוה שלא נמדדה ונמצאה חסרה לא הוה אלא ספק לבד הא אין להמקוה חזקה דמעיקרא, ואדרבה הא אית לה חזקה דהשתא לריעותא דהרי היא חסרה לפניך. וגם להטמא אית לי' חזקת טומאה. ולפע"ד נראה ברור דכו"ע מודים דבכה"ג הוה ודאי טמא. דע"כ לא פליג ר"ש וסובר דהוה ספיקא אלא דוקא שיש להמקוה חזקה דמעיקרא דאוקי חזקה דמקוה להדי חזקה דטמא. אבל היכא דאין להמקוה חזקה כלל לא מצינו לשום מ"ד דיסבור דהוה ספק. גם מ"ש דר"מ סבר לה כר"ש הוא תמוה ג"כ למאד. דהא ברישא דמתניתין דאתי' כר"מ קתני גבי טומאה חמורה [שם במשנה] מקוה שנמדדה ונמצאה חסרה כל טהרות שנעשו ע"ג למפרע בין ברה"ר ובין ברה"י טמאות ור"ש הא פליג ע"ז בתוספתא וקסבר דברה"ר טהורות וברה"י תולין. גם מ"ש שהרמב"ם פוסק כר"י במקוה שנמדדה ונמצאה חסרה בטומאה דדבריהם להקל. ונראה שהכריחו לומר כן מדלא כתב הרמב"ם דגם בשלא נמדדה ספיקה טהור. וע"כ כתב הוא ז"ל דפסק כר"י וכדאוקמינן אליבי' דלא טימא אלא במקוה שלא נמדדה. גם זה לא נהירא לי כלל דהא בכל ספיקות דטומאה דדבריהם פסק להקל ר"מ. וכמבואר להדיא שם בדבריו. ולמה בדין זה שנמצא חסר פסק כר"י דדוקא בנמדד. ולא כר"מ דמיקל אף בשלא נמדד. גם מ"ש דהרב בכ"מ

לא זכר דר"מ ור"י כולהו ס"ל כר"ש הרבה נפלאתי ע"ז דהא הרמב"ם וכל הראשונים פסקו להדיא כחכמים דר"ש ובין ברה"י בין ברה"ר טמאות:

אח"כ מצאתי בשעה"מ ה' תרומות פ"ה הכ"ד דהשיג ג"כ על הבעל מ"א וכתב וז"ל ואשתמיט מיני' מתניתין דמקואות דקתני מקוה שנמדדה ונמצאה חסרה בין ברה"י ובין ברה"ר ס' טמא בד"א בטומאה חמורה אבל בטומאה קלה כו'. הרי בהדיא דרבנן דר"ש ס"ל דאפי' ברה"ר טמא וטעמא דכיון דאיכא תר"ל חשיב כודאי ואפ"ה קתני דבטומאה קלה ס' טהור וצ"ע עכ"ל. אמנם מ"ש בעל שעה"מ שם לסתור דברי התירוץ הראשון של הגאון בעל מ"א שהבאתי לעיל על הא דעירוב דמקוה שאני דהיא חסר ואתאי. וכתב וז"ל אכתי מה יענה לר"מ דקאמר בטומאה קלה ס' טהור אחלוקת דספק טבל במ' סאה ונמצא חסר כמ"ש רש"י ז"ל ואמאי כיון דאיכא תר"ל וחשיב כודאי אלא ע"כ צריך לומר דדוקא בטומאה דאורייתא חשיב כודאי אבל בטומאה דרבנן אע"ג דאיכא תר"ל לא חשיב כודאי גמור וכל דרבנן הקילו וא"כ ה"נ א"ל לר"י דמש"ה ס"ל ספק עירוב כשר אע"ג דאיכא תר"ל כיון דמדרבנן הוא ובטומאה קלה דוקא ס"ל לר"י דמטמא משום דליכא חזקה דטהרה כלל במקוה שלא נמדדה כדאיתא בגמרא. אבל גבי עירוב כיון דאיכא חזקה לקולא אע"ג דאיכא תר"ל לא חשיב כודאי וכל בדרבנן הקילו עכ"ל. לא יכולתי להלום דבריו כלל האיך מסתייע מר"מ על ר"י דודאי ר"מ דלא אזיל בתר חזקה כלל בדרבנן דהא גם בס' טבל ס' לא טבל מטהר בטומאה קלה. אלמא דס"ל דקילא טומאה דרבנן לכך מצינן למימר אליבי' דמטהר כל ספק אפי' היכא דאיכא תר"ל. משא"כ לר"י הא חזינן דאזיל בתר חזקה אף בדרבנן. א"כ האיך אפשר לומר אליבי' דמטהר גבי מקוה שנמדדה ונמצאה חסרה כיון דגבי טומאה חמורה חשבינן לודאי טמא מטעם תר"ל. וא"כ למה יקיל בטומאה דרבנן. ואדרבה נ"ל דאף להרמב"ם ז"ל דפסק גבי טבל שהפריש יין ונמצא חומץ דהיה ס' ולא ודאי וע"כ ס"ל דתר"ל לא חשיב בודאי גמור. מ"מ א"א לומר אליבי' דר"י יקיל בטומאה דרבנן במקוה שנמדדה ונמצאה חסרה. דהא חזינן דר"י ס"ל גבי ב' מקואות אחת כשירה ואחת פסולה כו' דטמא אף בטומאה דרבנן. ומקוה שנמדדה ונמצאה חסרה חמירא מזה כמבואר מדברי הרמב"ם דגבי מקוה שנמדדה ונמצאה חסרה כל טהרות שנעשו ע"ג בין ברה"י וברה"ר טמא. ונראה מפשטות דבריו דשורפין כיון דפסק כרבנן ולא כר"ש אמרינן להדיא בריש נדה דלרבנן טמא ודאי. וגבי ב' מקואות פסק להדיא כהתוספתא דחולין:

מ"מ דברי הרמב"ם צ"ע לפי מ"ש שם המ"ל לתרץ על דברי הרמב"ם שפסק גבי חביות דהוה ספק טבל. וגבי מקוה שנמצאה חסרה פסק דבין ברה"ר ובין ברה"י טמא. וכ'

דע"כ צ"ל דהרמב"ם ז"ל פוסק כלישנא ב' דריש נדה ולפ"ז לא ס"ל דתר"ל חשיב כודאי. וטעמא דבר"ה טמא הוא משים דלא ילפינן סוף טומאה מתחלת טומאה. ובסוף טומאה אף בר"ה טמא ודאי דומיא דתחלת טומאה ברה"י דחזינן שהחמיר הכתוב בטומאה למשוי ספק כודאי א"כ מ"ש גבי ב' מקואות דהוה ג"כ סוף טומאה ואין שורפין עלי' את התרומה כיון דלענין טומאה חשיב ספק כודאי. וכבר עמד בזה השעה"מ שם. ובאמת היא קושיא עצומה על המ"ל. וע"כ צ"ל דברי הרמב"ם כמו שמתרץ שם הבעל שעה"מ דגבי מקוה כיון שדרכה של מקוה לחסור מעט מעט ואיתרע לה החזקה בודאי מקמי הכא משו"ה מטמאינן לה למפרע בודאי. וכן בטבל אליבא דריב"ל דס"ל דכל ג' ימים אחרונים בודאי חומץ איתרע החזקה מקמי הכי בודאי. הלכך ס"ל להגמרא דריש נדה דהוה ודאי טבל. ומה דפסק הרמב"ם דהוה ספק טבל הוא אליבא דר"י דס"ל דכל ג' ימים ראשונים הוה ודאי יין מכאן ואילך ספק. ואפי' כל ג' ימים אחרונים איכא למימר שזה ג' ימים אחרונים שהתחיל להחמיץ והוה טעמא חמרא עד עכשיו שנגמר חמצו וריחא חלא וטעמא חמרא הוה חמרא. וכיון דלא איתרע חזקה מקמי הכי בודאי לכך אינו אלא ספק עכת"ד. ונ"ל דאף לפי"ד שעה"מ מ"מ מוכרחין אנו לומר ג"כ כדברי המ"ל בזה דהרמב"ם פוסק כלישנא ב' דלא ילפינן סוף טומאה מתחלת טומאה. אך לא כהמ"ל דסוף טומאה אף במקום דהוה רק ספק טומאה מ"מ טמא טומאת ודאי אף ברה"ר. אלא דברה"ר בסוף טומאה קם לה אדינא ותולין ולא שורפין. דלפי לישנא קמא דנדה דגם סוף טומאה ילפינן מתחלת טומאה ובמקום דהוה רק ספק. ברה"ר טהור לגמרי. א"כ תקשה הך תוספתא דב' מקואות דאמרינן טהרותיו תלוין היכי מיירי אי ברה"י ספקו עמא אף לשרוף דלא גרע סוף טומאה מתחלת טומאה ואי מיירי ברה"ר כיון דטהרותיו רק תלויות מטעמא כיון דמקוה כשרה לפנינו איתרע חזקת טומאה ואינו אלא ספק בלבד. וכיון דילפינן סוף טומאה מתחלת טומאה א"כ צריך להיות ברה"ר טהור לגמרי. אלא ע"כ דלפי לישנא קמא ע"כ מוקי התוספתא הנ"ל כר"ש דס"ל ברה"י תולין גם גבי מקוה שנמדדה ונמצאה חסרה. ומיירי גם התוספתא ברה"י. אבל הרמב"ם דפסק כת"ק ומ"מ פסק הך תוספתא ע"כ צ"ל דמיירי ברה"ר ופוסק כלישנא ב' דלא ילפינן סוף טומאה מתחלת טומאה וקם לה אדינא ולכך טהרותיו תלויות. ובמקוה שנמדד ונמצא חסר לכך פסק דטהרות טמאות ודאי משום דהתם חסר ואתאי ואיתרע חזקה דמעיקרא כמ"ש השעה"מ. וא"כ נפלאתי על השעה"מ דהאיך רוצה לומר דר' יוסי דמחמיר בשתי מקואות בטומאה דרבנן יקיל גבי מקוה שנמדדה ונמצאה חסרה אע"ג דאיכא תר"ל ואיתרע החזקה מקמי הכי טובא.

וע"כ מוכרח לומר כדברי הבעל מ"א דלכך ספק עירוב כשר כיון דליכא למימר כאן חסר ואתאי:

והא דקאמר הגמרא לר"י אדרבה העמד מקוה על חזקתה ומשני במקוה שלא נמדדה נראה דאין פירושו שמיירי במקוה שנמצאה חסרה אלא כיון דהא זה קאי על ספק טבל בארבעים סאה ספק לא טבל בארבעים סאה מיירי בכה"ג דמיירי בתשובת הר"ן שאלה ס"ו שכ' מקוה שהוחזקה להיות מימיה מתמעטין לפעמים על פחות ממ' סאה ואף שעכשיו נמצאת שלמה אין חזקתה הראשונה שהוחזק שיהא בו מ' סאה מוציא הטמא מחזקתו דאיכא למימר העמד טמא על חזקתו ואימר לא טבל. ולכך פריך הגמרא אדרבה העמד מקוה על חזקתה כיון שמקודם נמדדה והי' בה מ' סאה. וגם ליכא כאן חזקה דהשתא דהרי חסרה לפניך נעמיד המקוה על חזקתה אף להוציא הטמא מחזקתו. אע"ג דגבי טומאה דאורייתא לא מהני בכה"ג כמו שכתב הר"ן. מ"מ ס"ל להגמרא בדרבנן כיון דר"י מיקל גבי ספק עירוב אע"ג דהרי נטמא לפניך מ"מ מועיל חזקה דמעיקרא להוציא גברא מחזקת תחום ביתו. א"כ ה"נ יועיל חזקת המקוה להוציא גברא מחזקת טומאתו כיון שעתה נמצאת שלמה וגם מעיקרא נמדדה והיתה שלמה אעפ"י שהוחזקה שלפעמים מימיה מתמעטין ממ' סאה. ומשני שלא נמדדה מעולם אך עתה נמצאת שלמה ואנן לא ידעינן בעת טבילה האיך היתה וכיון שהוחזקה לפעמים שמימיה מתמעטין ולא הי' לה חזקה דמעיקרא כלל מחמרינן אף בדרבנן לר"י. כנ"ל לפרש בדברי הגמרא:

אבל במקוה שנמדדה ונמצאת חסרה כיון דחזקה דהשתא דהרי חסרה לפניך אלימא טובא משום דאיכא למימר חסר ואתאי ודאי דלר"י דמחמיר בשתי מקואות כ"ש דמחמיר כאן וראיה ברורה לדברי מדחשיב המשנה הך דינה דמקוה שנמדדה בבא בפני עצמה במשנה ב'. ע"כ הא דחשיב במשנה א' ספק טבל במ' סאה כו' איירי באופן אחר. ואף שלפי מאי דמסיק הגמרא שם דספק טבל כו' איירי בשלא נמדדה. אפשר לומר דהתרתי בבי איירי באופן א' וכאן בנמדדה וכאן בשלא נמדדה מ"מ לפי הס"ד דאיירי כאן ג"כ בנמדדה א"כ היינו רישא. ואי משום דרוצה להשמיענו בסיפא דאפי' ברה"ר טמא א"כ למה שינה לשונו בבבא ב'. אע"כ כדאמרינן. ובזה מדוייק דברי התוס' שם ד"ה אדרבה כו' הוה מצי לשנויי הרי חסרה לפניך כו' אלא דלא מיירי הכא במקוה שנמדדה ונמצאת חסרה עכ"ל. וה"פ דבאמת הוה מצי הגמרא לשנויי דמיירי שנמצאת עתה חסרה א"כ הרי איכא חזקה דהשתא דחסרה לפניך נגד חזקה דמעיקרא ולכך מחמיר ר"י אף בדרבנן. אלא להכי לא משני כן משום דע"כ הכא מיירי באופן אחר משים דתני בבא אחריתא מקוה שנמדדה ונמצאת חסרה. והא דפסק הרמב"ם במקוה שנמדדה ונמצאת חסרה

גבי טומאה דרבנן להקל הוא משום דפסק כר"מ (דלא כמ"א). ואף שלא נזכר זאת להדיא במשנה דר"מ מיקל בטומאה דרבנן גבי מקוה שנמדדה ונמצא' חסרה מ"מ ס"ל להרמב"ם דהספק שבמקוה שנמדדה כו' לא גרע מספק טבל ספק לא טבל. וכן מספק טבל בארבעים סאה כו' לפי מאי דמסיק הגמ' דמיירי בשלא נמדד. ועוד נראה דיצא להרמב"ם זאת מדחשיב שם המשנה בבא דמקוה שנמדדה קודם שמפרש הבמה דברים אמורים בטומאה חמורה. ע"כ הך בד"א קאי ג"כ על מקוה שנמדדה ונמצאת חסרה דיש חילוק בין טומאה חמורה לטומאה קלה אע"ג דלא חשיב המשנה בטומאה קלה [שם] ג"כ הך בבא דמקוה שנמדד כו' כמו שחשיב שם כל הג' דברים דחשיב ברישא. היינו משום דהמעיין במשנה יראה לעינים דכל עיקר דחזר ומפרש הנך שלשה דברים הוא משום להשמיענו כח דר"י דאפי' בזה שהוא קיל יותר נמי ר' יוסי מטמא. וכיון דחשיב שם שתי מקואות א"צ להשמיענו במקוה שנמדדה דר"י מטמא דכ"ש הוא משתי מקואות. והא דלא חשיב מקוה שנמדדה מקודם בבא דשתי מקואות הוא משום דחוזר ומפרש הנך בבי כמו שחשיב מעיקרא קודם הבד"א. ואין להקשות לפי"ז דא"כ למה חשיב ברישא גבי טומאה חמורה מקוה שנמדדה כו' כיון שחשיב שם שתי מקואות דספיקו טמא. א"כ כ"ש מקוה שנמדדה כו'. די"ל משום דרוצה להשמיענו הך דינא דבין ברה"ר ובין ברה"י טמאות. ובשתי מקואות בארנו למעלה דרק תולין ברה"ר. וכ"ש לפי לישנא קמא דנדה דילפינן סוף טומאה מתחלת טומאה א"כ בשתי מקואות טהור גמור ברה"ר כמש"ב:

ועוד י"ל דהא איפלגי ר' טרפון ור"ע בסוגיא דקדושין (סו.) דאמרו שם מעשה במגורה כו' שהיתה עומדת בחזקת שלמה ונמצאת חסרה כל טהרות שנעשו ע"ג הי' ר"ט מטהר ור"ע מטמא. אמר ר"ט מקוה זו בחזקת שלמה היא עומדת מספק אתה בא לאסרו אל תאסרנו מספק. אמר ר"ע אדם זה בחזקת טמא הוא עומד מספק אתה בא לטהרו אל תטהרנו מספק ע"כ. וטעם פלוגתתן נראה דר"ט סובר דכאן אזלינן בתר חזקה דמעיקרא דמקוה כיון שבה נולד הספק. והואיל דודאי טבל איתרע חזקת טומאתו. ור"ע סובר דלא אלים חזקה דאיתרע לפנינו לאפוקי מחזקה אחרת שכנגדה. ואליבי' איפלגי ר"ש ורבנן. דר"ש סובר אליבי' אע"ג דלא אזלינן בתר חזקת המקוה למשוי לי' לודאי טהור. מ"מ מגרע חזקת המקוה לחזקת הטמא דלא נחזיקו לודאי טמא אלא ספק לבד. ורבנן סברי אליבי' דכיון דחזקת המקוה איתרע קם לי' גברא בחזקת טומאתו והוה ודאי טמא א"כ אליבי' דר"ט דמטהר גבי מקוה שנמדדה כו' שתי מקואות חמירי א"כ צריך להשמיענו ברישא מקוה שנמדדה כו' לאפוקי מר"ט. אבל לפי מאי דסובר ר"ע דחזקה דאיתרע לא

מהני לאפוקי מחזקת טמא. א"כ ודאי מקוה שנמדדה חמירא משתי מקואות כיון דאיכא גבה תר"ל כודאי דמי. משא"כ בשתי מקואות דאיתרע חזקת טומאה כיון דודאי טבל ואיכא קמן מקוה כשרה:

אח"כ ראיתי שגם השעה"מ גופא מדייק מדברי התוס' הנ"ל הוה מצי לשנויי הרי חסרה לפניך אלא דלא מיירי במקוה שנמדדה ונמצאת חסרה. דהם ע"כ מפרשים דספק טבל במ' סאה ספק לא טבל במ' סאה לא מיירי במקוה שנמדדה ונמצאת חסרה דא"כ היינו סיפא. אלא מיירי בשלא היינו יודעים מעיקרא אם הי' בה מ' סאה וגם עתה אין אנו יכולין לברר הדבר וכגון שאחר הטבילה נתמלאה גשמים בהא הוא דקתני מתני' ס' טמא. ובזה מיישב שם דברי התוס' ד"ה במקוה כו' דהקשו שם וז"ל והא ר"י מטמא אפי' טהרות אם נגע בהן כו' וא"כ אדרבה נימא אוקי טהרות אחזקתן וי"ל כו' דפליגי רק אגברא אבל טהרות מודה ר"י דלא מטמאינן כו' עכ"ל. והקשה דא"כ מאי יענו ברישא דמתני' דקתני מקוה שנמדדה ונמצאת חסרה כו' ברה"ר טמא והיינו טעמא דאיכא תר"ל העמד טמא על חזקתו והרי חסרה לפניך חשיב כודאי ואמאי לא נימא דאכתי ס' הוה כיון דאיכא חזקות טהרות וברה"ר אמאי טמא. וליכא למימר דרישא נמי מיירי לענין דאמרינן לי' זיל טבול דהא כל טהרות שנעשו ע"ג קתני. ותו דא"כ היכי פליג ר"ש בברייתא ואמר דבר"ה ספק טהור הא לכו"ע ספק טומאה ברה"ר אמרינן לי' זיל טבול וכתב דלפי"ז ניחא דהתוס' קאי דוקא אספק אם טבל במ' סאה אבל במקוה שנמדדה ונמצאת חסרה כיון דאדם ודאי טמא מטעם הריעותא דהרי היא חסרה לפניך לכך הטהרות נמי טמאות. אך על דברי הר"ש נשאר בקושיא דהר"ש כתב להדיא כדברי התוס' דהטהרות טהורין. ופי' להדיא דספק טבל במ' סאה כו' מיירי בנמצא חסר והניח בצ"ע. ולפ"ד נראה דגם דברי הר"ש נוכל ליישב דהוא מפרש דהכא מיירי שנמצאת כעת חסרה אך זה ידוע לנו שבעת טבילתו היתה יתירה מכעת רק שאינו ידוע בודאי אם הי' אז מ' סאה או לא. א"כ חזקה דהשתא הרי חסרה לפניך ליכא כאן כיון שידוע לנו שאז היתה יתירה מכעת. אך גם חזקה דמעיקרא אין כאן משום דמיירי שלא נמדדה מתחלה כדמשני הגמרא ע"כ הוה ספק השקול. אבל זה לא ידעתי מה הועיל לדברי התוס' והר"ש כיון דהגמרא מסיק במקוה שלא נמדדה א"כ לא נתחזקה המקוה כלל במקוה כשרה ואף שעתה לא נתברר אם היא חסרה כמש"פ השעה"מ כגון שנתמלאה מגשמים. או כמש"פ שעתה נמצאת חסרה. אבל אנן ידעינן שהיתה יתירה מכפי מה שנמצאת עתה. אבל מ"מ כיון שלא נתחזקה כלל המקוה במקוה כשרה אף שיש אצלנו ספק דאולי הי' בה מ' סאה במאי איתרע חזקת טומאה של הגברא במה דטבל במקוה זו שלא נתחזקה

בשום פעם שהיא מקוה כשרה. ולפע"ד מסתברא דבטומאה חמורה כה"ג הוה גברא טמא ודאי דלא עדיפא ממקוה שנמדדה ונמצאת חסרה. א"כ עדיין קשה על דברי התוס' דבאיזה סברא רוצים הם לומר דהטהרות טהורין לר"י. כיון דהגברא טמא ודאי. ואולי יש לדחוק וליישב דברי התוס' דאף לפי מאי דמשני דמיירי במקוה שלא נמדדה הם אינם מפרשים כמו שפירש"י דמיירי בשלא נמדדה כלל אלא שלא נמדדה מזמן מרובה כמו שפירש הריטב"א שם. וא"כ היתה להמקוה חזקה דמעיקרא. אך מ"מ א"א לאוקמי אחזקה דמעיקרא כיון דדרכה של מקוה לחסור בזמן רב כזה ולכך א"א לאוקמי אחזקתו ולהוציא הטמא מחזקתו. מ"מ כיון שנתחזקה המקוה בשום פעם במקוה כשרה אף שדרכה של מקוה לחסור בזמן רב כזה אפ"ה כיון שלא נמצאת חסרה לפנינו או כמו שפי' השעה"מ. או כמו שפירשנו. לכך יותר מספק טומאה לא הוה:

היוצא לנו מכל דברינו אלה דמהתוספתא הנ"ל מוכח כיון דנתחזק כאן מקוה כשרה לפנינו איתרע חזקת טומאה של הגברא ולכך הטהרות תלוין. וקילא ממקוה שנמדדה ונמצאת חסרה. א"כ ה"ה גם בשני סכינים כיון דנתחזק כאן שיש סכין כשר ואינו יודע באיזה מהן שחט איתרע חזקת שאינה זבוחה ולא הוה אלא ספק נבלה וחייב בכסוי:

וכן אם הי' לפניו שני צבורין אחד של איסור ואחד של היתר ולקח מאחד מהם ועירב ואינו יודע מאיזה לקח. אם קודם ביה"ש נמי לא ידע מאיזה מהן נטל ודאי דאין עירובו עירוב אף בעירובי חצרות כיון דהעירוב אינו ראוי לאכול מטעם ספק איסור. דהא בעינן סעודה הראויה מבעו"י גם בעירובי חצרות. אבל אם הי' נזכר ביה"ש הי' יכול לברר מאיזה מהם נטל רק עתה שנתערבו השני צבורין זה בזה אינו יכול לברר א"כ בעירובי חצרות דספיקא מותר לכו"ע דהא קיי"ל הניח ביה"ש מותר וא"צ לשום חזקה. דשם ספק השקול נמי מותר. ודאי דזה מותר. אבל בעירובי תחומין לפי"ד רש"י והרמב"ם דס"ל דגם בעירובי תחומין דהניח ביה"ש מותר א"כ בכה"ג דליכא חזקה לא לקולא ולא לחומרא דהא איתרע חזקת תחום ביתו כיון דודאי עירב בא' מהן מותר לפי דעתם גם בעירובי תחומין. אך לפי"ד הראשונים דפסקו כר"י דבעינן דוקא חזקה לקולא אבל היכא דליכא חזקה לקולא לא. א"כ כה"ג נמי אסור. דספק עירב בא' מהם הוה כספק עירב ביה"ש:

וגם יוצא לנו דאם הניח אחד לשם עירובי תחומין כשיעור ואח"כ מצא שנחסר מן השיעור ע"י אכילת עכברים [ובע"ת לא מהני שירי עירוב] ואינו יודע אם הי' ביה"ש כשיעור כי הי' מונח שם זמן כזה שאפשר שיאכלוהו עכברים ויחסרו מקודם ביה"ש. נראה דזה תלוי בפלוגתת רש"י והרמב"ם ושארי הראשונים אי פסקינן כר"מ או כר"י. דהא זה דמי ממש למקוה שנמדד ונמצא חסר דבזה נמי שייך חסר ואתאי חסר ואתאי.

דלא דמי לנאכל עירובו דהתם איכא למימר דנחסר בפ"א. אבל הכא אין דרך לחסור ע"י אכילת עכברים בפ"א. ועיין תוס' נדה (ב:) ד"ה תרתי כו'. וא"כ לר"מ דמקיל בדרבנן אף במקוה שנמדדה ונמצאת חסרה כמו שפסק הרמב"ם א"כ ה"נ יש להקל. אבל לדעת הפוסקים דפסקו כר"י וכבר בארנו דבמקוה שנמדדה ונמצאת חסרה כיון דנמצאת חסרה לפנינו וגם חסר ואתאי ר"י מחמיר אף בטומאה קלה דלא עדיפא משתי מקואות וא"א לאפוקי מחזקת טומאה. א"כ ה"נ דכיון דזה חסר ואתאי חסר ואתאי ע"י אכילת עכברים א"כ איתרע חזקה דמעיקרא וא"א לאפוקי מחזקת תחום ביתו ולא עדיפא משני צבורין וכמש"ב:

סימן ד

שאלה לפי"ד הראשונים דפסקי כר"י דבכל דבר דאתחזק איסורא ואנן רוצים להוציא מחזקתו אע"ג דזה הוה איסור דרבנן בלבד מ"מ מחמרינן בספיקא. אם יש לחלק בזה בין שנפל אצלינו הספק במעשה או שנפל הספק בדינא:

תשובה הנה ראיתי להגאון רעק"א בתשו' ס"ד שהביא בשם כה"ג סי' י"ח לחלק לענין ספק דרבנן דאתחזק איסורא בין ספיקא דדינא דשרי ובין ספק במעשה דאסור היינו משום דהחזקה אינה מכריע הדין. אבל לפע"ד דבריו תמוהים כי מדברי הראשונים מוכח דאין לחלק בזה. דהא הם מביאים ראי' דאם הניח עירובו ביה"ש או נאכל עירובו ביה"ש דאסור לר"י מהא דס"ל דאם עירב משני צבורין ואינו יודע אם מן הטהורה או מן הטמאה דאינו עירוב לר"י. ואם איתא דיש לחלק בין ספיקא דדינא לספיקא דמעשה האיך מביא ראי' לביה"ש דזה הוה ספיקא דדינא אם זו השעה שהניח העירוב או נאכל העירוב אם זהו יום או לילה לפי הדין ובזה ליכא לאוקמי אחזקה. והאיך הביא ראי' משני צבורין דשם הוה ספיקא דמעשה. אלא ע"כ דלא ס"ל לחלק בכך משום דגם גבי שני צבורין נמי ליכא לאוקמי אחזקה כיון שהוחזק גם צבור טהור לפניו והוא ודאי הניח א"כ איתרע חזקת תחום ביתו. מ"מ לא מהני לר"י משום דבעינן לר"י חזקה לקולא היכא דבא להוציא דבר מחזקת איסור כמו ספק נטמא עירובו מבעו"י ספק משחשכה. אבל היכא דליכא חזקה לקולא לא. א"כ אפי' ספיקא דדינא לא מהני לר"י להוציא דבר מחזקתו היכא דאיכא חזקת איסור:

והנה ראיתי למקצת אחרונים שרוצים לאמר דבר חדש דהא דאסרינן בהניח עירובו ביה"ש לאו משום דמחמירינן אף בדרבנן להוציא דבר מחזקתו. אלא משום דאי הוה מקילינן הכא היינו מוכרחין להקל בשני הצדדים היינו להתיר לו לילך האלפים אמה שלצד העירוב וגם להתיר לו לילך האלפים אמה שהפסיד מחמת העירוב. וא"כ הוה

תרי קולי דסתרי אהדדי. לכך לא מקלינן כלל. אבל בנטמא ספק מבעו"י ספק משחשכה כיון דהחזקה מסייע לצד אחד אזלינן לקולא כיון דספיקא דרבנן לקולא. ואמרינן עירובו עירוב כיון דהחזקה מסייע לו. והא דפריך הגמרא שם על ר"מ דסובר דהוה חמר גמל מטומאה דרבנן דספיקא להקל ולא אמרינן דלהכי החמיר ר"מ גבי עירוב משום דהוה תרי קולי דסתרי אהדדי. הוא משום דאמרינן שם (נב:) אליבא דר"מ דלאו דוקא ספק עירוב הוה חמר גמל אלא אפי' ודאי לא עירב נמי הוה חמר גמל. וע"ש בפירש"י בלשון השני וכן הסכימו כמעט כל הראשונים. וא"כ לר"מ אפי' ודאי נטמא מבעו"י נמי הפסיד אלפים אמה מביתו. וא"כ לא הוה כאן תרי מז קולי דסתרי אהדדי דאלפים מבית הפסיד לעולם. ואין להקשות דלפי"ז הי' צריך להיות הדין בהניח עירובו ביה"ש לר"י חמר גמל. ובאמת משמע מדברי כל הפוסקים דהניח עירובו ביה"ש אין עירובו עירוב כלל ואפי' חמר גמל לא הוה. די"ל דלא דמי קולא דמקילינן לו לילך ע"י עירוב לקולא שיקילו אותו לילך מתחום ביתו אלפים לכל רוח. כיון דלכל אדם יש לו אלפים אמה לכל רוח. ורק ע"י העירוב מפסיד האלפים אמה שמתחום ביתו. וא"כ האלפים שאנו רוצים להפסידו ע"י העירוב נקרא לאסור והוה כמו לטמא. והאלפים שמרויח ע"י העירוב נקרא להתיר והוה כמו לטהר. וכללא אמר ר"י בדרבנן ספק לטמא טהור וספק לטהר טמא. וא"כ אפי' היכא שהניח עירובו ביה"ש ליכא כאן הכלל דר"י דספק לטהר טמא משום דליכא לאוקמי כאן אחזקה כיון דזה הוא רק ספיקא דדינא. מ"מ כיון שא"א לנו להקל בשני הצדדים משום דזה הוה תרי קולי דסתרי אהדדי יותר יש להקל שיהא לו תחום ביתו ולא יפסיד משיהא לו ריוח אלפים שרצה להרויח ע"י עירובו:

ואף שאפשר לפרש כן. אבל באמת ז"א. דהא להדיא כ' הרשב"א בעבודת הקודש שלו דהטעם דלכך לא הוה עירובו עירוב בהניח ביה"ש דמוקמינן לו אחזקת תחום ביתו ולא כתב הטעם משום דלא אפשר לעשות שני קולי דסתרי אהדדי. וכן מצאתי להגאון רעק"א בדו"ח מערכה ד' שכתב וז"ל וכ"ז אני אומר דרך פלפול קצת כו'. אבל לקושטא דמילתא כו'. ולזה נ"ל ביסוד הדבר דכיון שברצונו שיתקיים העירוב ולכך דעתו מתחלה מקיימים רצונו ותופסים לקולא כאלו ודאי קיים העירוב ואסור לו לילך לצד השני כו' עכ"ל. ולפי"ז נסתר פי' הנ"ל וקמה ראייתי מהא דאוסרים הפוסקים הראשונים בהניח עירובו ביה"ש אלמא דלר"י אסור גם בספיקא דדינא היכא דבא להוציא דבר מחזקתו. ויותר תמוה לי דברי הגאון הנ"ל שם בסוף המערכה שכתב וז"ל ואולם עדיין יקשה דהא פרכינן מאן תנא דאפי' בדרבנן א"ב לשיטת תוס' הנ"ל דאם א"ב לא נקנה העירוב כלל ממילא נשאר תחום ביתו. וא"כ דלמא הך תנא סובר דבאתחזק איסורא לא אמרינן

ספק דרבנן להקל משו"ה לא אמרינן בי' בדרבנן יש ברירה. דהא מה דבדרבנן י"ב היינו דדלמא הדין דיש ברירה והוה ספק דרבנן והכא לא שיך כיון דמחמת חזקת תחום ביתו ראוי לאמר דא"ב ולא נקנה העירוב ומזה הכרח למ"ש בתשובה דבספיקא דדינא לא שייך לומר אוקי אחזקה דבשביל החזקה לא ישתנה והבאתי ראיות מדברי המ"ל פ"ב ה"א מטומאת צרעת. ומדברי הש"ג עיי"ש בארוכה. והכא דהוה ס' דדינא אם הדין די"ב או א"ב ל"ש לאוקמי אחזקה ומיושב הכל לנכון בעז"ה עכ"ל. ונפלאתי על הגאון הנ"ל דאף שדברי המ"ל והש"ג הם מסתברים דגבי ספיקא דדינא לא שייך לאוקמי אחזקה לגבי איסור דאורייתא למיחשיב כודאי ולפע"ד יש להביא ראי' לזה מדמחייבינן אשם תלוי בעשה מלאכה ביה"ש בין בע"ש ובין במו"ש. ואם איתא דמוקמינן אחזקה גבי ספיקא דדינא אמאי לא נוקמי אחזקה בע"ש ולומר דהוה ודאי יום ובמו"ש נאמר דהוי ודאי לילה. אלא ע"כ דלא מוקמינן אחזקה גבי ספיקא דדינא. אבל מ"מ מוכרחין לומר מחמת הדין דהניח עירובו ביה"ש דלא הוה עירוב. דלר"י היכא דאנו רוצין להתיר דבר שהי' אסור מקודם ועתה נפל ספק אצלנו בזה אם הותר ע"י המעשה שנעשה להתיר. בין שנפל הספק בעצם המעשה ובין שנפל הספק בדין לא אמרינן בזה ספיקא דרבנן להקל. ואף היכא דגבי איסור דאורייתא נמי לא חשיב כודאי איסור כמו שבארנו לעיל דגבי שתי מקואות אחת כשר ואחת פסולה וטבל בא' מהן ואינו יודע באיזה מהן טבל מבואר להדיא בתוספתא וכן פסק הרמב"ם דטהרותיו תלויות. ואפ"ה ס"ל לר"י דבדרבנן נמי טמא מספק. א"כ אפי' בספיקא דדינא דא"א לומר מחמת החזקה שהוא ודאי טמא דמחמת החזקה לא ישתנה הדין. מ"מ א"א להקל גם בדרבנן וסתמא אמר ר"י ספק לטהר טמא אף בספיקא דדינא. א"כ הדרא קושית הגאון למקומה האיך מצינן למילף מהא דאמרינן אם אמר אם ארצה ילך דאינו עירוב דבכל דרבנן א"ב דלמא בעירוב שאני משום דבספיקא אזלינן לחומרא ובפרט לפי מה שבארתי בקונטרס הברירה בסי' י"ח דהא דאמרינן בדאורייתא א"ב ובדרבנן יש ברירה לא משום דזה הוה ספיקא דדינא דהוה מספקא להו לחכמים אם יש ברירה או לא אלא משום דמספקא לן אם היה עומד לכך מעיקרא או לא כיון דא"ב. לכך בדאורייתא מחמרינן ומקילינן בדרבנן. א"כ לפי"ז ודאי קשה האיך הביא ראי' מעירוב לכל דרבנן:

אבל באמת לפי מה שבארנו שם לא קשה כלל קושית הגאון הנ"ל דשם בארנו דהא דפליגי תנאי אי יש ברירה בדרבנן או לא. פליגי בהך סברא אי אמרינן דחל הדבר דהיינו קריאת שם תרומה או עירוב ע"י ברירה או לא. דהך מ"ד דס"ל דבדרבנן י"ב ס"ל דאף דאמרינן א"ב מ"מ חלה שם תרומה כגון שאמר שני לוגין שאני עתיד להפריש

יהא תרומה חלה שם תרומה ע"ז. אך מ"מ אסור מפני שא"א לברר התרומה מן החולין דאולי לא הי' דעתו ע"ז שהפריש אח"כ מתחלה. וכן בעירוב נמי ס"ל דחל שם עירוב רק שנסתפק לנו אם היה עומד לברר מתחלה כמו שבירר אח"כ. לכך מקילינן בדרבנן. ומאן דס"ל דבדרבנן נמי א"ב משום דהוא סובר דאין חל כלל התרומה והעירוב מתחלה במקום דתלוי בברירה דאח"כ. א"כ לפי"ז ניחא שפיר מה דהביא ראי' מהברייתא דתניא אמר לחמשה הריני מערב על איזה מכם שארצה רציתי ילך לא רציתי לא ילך רצה מבע"י עירובו עירוב משחשכה אין עירובו עירוב. דע"כ ס"ל דאף בדרבנן לא אמרינן ברירה דהא מוכח מהברייתא הנ"ל דס"ל דאינו חל כלל העירוב כיון דזה תלוי בברירה. דאי אמרינן דס"ל דחל העירוב רק כיון דזה ספיקא על מי הי' דעתו מעיקרא מביה"ש לכך אסורים כולם מספיקא משום דמוקמינן לכל אחד אתחום ביתו א"כ הוי כולם אסורין ללכת רק לאלפים אמה דהוה חמר גמל. אע"ג דלפי משב"ל דבכל ספיקות דעירוב אף לר"י דמחמיר בספיקות מ"מ חמר גמל לא הוה דאלפים שיש לו בחזקת תחום ביתו א"א לאסור מספיקא משום דהוה כמו ליטמא. אבל אלפים שאנו רוצין להתיר לו הוה כמו ליטהר. מ"מ הכא כיון דאנן ידעינן שאחד מהם ודאי אסור. שעל אחד מהחמשה ודאי נתרצה שהרי הוא אמר על איזה מהם שאברר למחר הוא יקנה העירוב א"כ אחד מהם קנה עירוב ואסור לו לילך אלפים שמביתו ולהלאה. א"כ הוה כמו בא לשאול עליו ועל חבירו בשני שבילין כיון דאנן ידעינן דאחד מהם אסור א"א להתיר לשניהם א"כ ה"נ א"א להתיר לכולם כיון דאחד מהם ודאי אסור וכן הא דאמרינן שם ולימא תנא דבי איו הוא נמי כיון שאומר לאיזה רוח שארצה אלך א"כ הוה ספיקא רק אם קנה לרוח זה או לרוח זה א"כ ודאי דהוה חמר גמל. אלא ע"כ דס"ל דאינו חל כלל העירוב במקום דתלוי בברירה א"כ בדרבנן נמי לא אמרינן ברירה כנ"ל:

סימן ה

שאלה איסור דרבנן שנתערב חד בחד דקיי"ל שניהם אסורין משום דאתחזק כאן איסורא. אם נפל אחד מהם לקדרה אם אוסרין הקדרה או לא:

תשובה הנה הש"ך כתב בסי' קי"א בפשיטות דגם הקדרה אסורה. אמנם השעה"מ בה' מקוואות פ"י כלל ב' חלק עליו וכתב וז"ל דנראה כל שנפל לתוך קדרה של היתר איכא חזקה אחרת כנגדה דהעמד קדרה בחזקת היתר כמו שהיתה וה"ל ספק שקול ואפי' ר"י מודה. ואמינא לה ממש"כ התוס' פ' בכ"מ (לו.) ד"ה במקוה שלא נמדד וז"ל וא"ת והא ר"י מטמא אפילו טהרות כו' וי"ל דבספיקו כו' אבל טהרות מודה ר"י דלא מטמאינן דאוקי טהרות אחזקתן עכ"ל יעו"ש. הרי מבואר דאע"ג דס"ל לר"י דהאדם טמא מטעמא

דהעמד טמא על חזקתו אפ"ה אם נגע בטהרות טהורות כיון דאיכא חזקה דאוקי טהרות אחזקתייהו. וא"כ דכוותה נמי בב' חתיכות שאינן נכרות אע"ג דחתיכה אסורה אפי' בנאבד א' מהם מטעמא דאיכא חזקת איסור. אפ"ה כל שנפל לתוך קדרה של היתר הקדרה מותרת דאוקי קדרה אחזקת היתר כמו שהיתה. ושוב מצאתי הדבר מפורש בתוספתא הביאה הר"ש ז"ל בפ"ב דמקוואות מ"ג וז"ל ב' מקוואות שאין בהם מ' סאה ונפלה ג' לוגין לתוך אחת מהן ואינו ידוע לאיזה מהן נפלו ואח"כ נפל גשמים כו' ר"י אומר אומרים שלא יטבול ואם טבל ועשה טהרות בא' מהן טהורות הא למה זה דומה למי שנטמאה אחת מידיו ואינו ידוע איזה היא אומרים לו שלא יעשה טהרות ואם עשה טהורות מפני שזה ספק ידים עכ"ל. הרי להדיא דאפי' באינו ידוע איזה מהן טמאה דאתחזק איסורא בא' מהם אפ"ה ס"ל לר"י דטהרותיו טהורות אע"ג דר"י ס"ל דס' ידים לטהר טמא. אלא מוכרח הדבר כמ"ש ושלא כדעת הש"ך עכ"ל השעה"מ. ולפע"ד אין זו השגה על הש"ך אף דדעת התוס' דעירובין והר"ש הוא דאע"ג דהאדם טמא מספק מ"מ הטהרות שנעשו ע"י טהורים. אבל דעת שארי הראשונים הוא אינו כן. אלא ס"ל כיון דהאדם הוא טמא מספק הטהרות שנגע בהן הן תלויות. וכן כתבו הראשונים דלכך גבי מעל"ע שבנדה לא אמרינן דאוקמי הטהרות בחזקתן משום כיון דודאי נגעה בהו האשה הרי הטהרות כמותה והן תלויות מספק. ואף שלכאורה נראה שמהתוספתא מוכח כדברי התוס' והר"ש. אבל אין זה ראיה דאיכא למימר דהא דאמר התוספתא אמר ר' יוסי שלא יטבול. הוא לכתחילה שלא להכניס עצמו בספק. אבל אם טבל טהור הוא מה"ד. אע"ג דר"י ס"ל דאף בדרבנן ספק ליטהר טמא מ"מ הכא שאני כמש"כ הנוב"י בסי' ס"ה וז"ל והוא כי אני אומר בשלמא במשנה ב' והוא שהוא טמא טומאה קלה כו' א"א לנו אם נרצה להקל לאחוז הספק בטבילה שהרי הספק שיש בטבילה דהיינו בעסק המקוה הוא ספק דאורייתא כו' ועל זה אמר ר"י כיון שע"כ על האדם הטמא אתה דן א"כ כבר הוא בחזקת טימאה ונשאר טמא לעולם ולא מהני בי' ספק טהרות. אבל כאן במשנה ג' שתי מקוואות ואחת יש בהן ג' לוגין שאובין ואחת אין בהן ג' לוגין שאובין וטבל באחת מהן אפי' הי' טמא טומאה חמורה של תורה אין אנו דנין על האדם הטמא שהרי אף אם לא טבל בה זה אנו צריכין לדון על המקואות אם הם כשרים או פסולים או איזה מהן כשירה והוה ספק דרבנן גמור ואין כאן חזקת איסור ואנו דנין על כל מקוה שהיא כשרה אם באים לשאול על אחת מהן לבד. רק כשנשאלים על שניהם כאחת צריכין אנו לאסור שניהם כדין שני שבילין וכאן שכבר טבל באחת הלא נשאל על המקוה האחת לבדו אם

זו שטבל בה כשרה ואנו תולין הפסול בהמקוה השנית ומכשירין את זו כו' עכ"ל. ודבריו נכונים מאד:

ולפ"ז נראה דאם היו המקואות ידועין במקומן אחת שנפסלה מחמת ג' לוגין מים שאובין ואחת כשרה וטבל באחת מהן ואינו יודע באיזה מהן ונפל הספק על הגברא הוא טמא מספק. וה"ה דהטהרות הן תלויות כיון שודאי נגע בהן הרי הטהרות כמותו. ולפע"ד נראה שעפ"י זה נוכל ליישב קושית התוס' בב"ב (סו:) ד"ה מכלל כו' על דברי הסוברים דכולו שאוב היא רק מדרבנן בלבד והקשו ע"ז וז"ל ועוד תניא התם שתי מקואות אחת שאובה ואחת כשרה וטבל באחת מהן מטומאה חמורה ועשה טהרות הרי הן תלויות ומדלא מטהרין מספק אלמא כולו שאוב מדאורייתא כו' עכ"ל. ולפי"ז נ"ש דהא התם דמקוה הפסולה ידועה במקומה ולכך מחמרינן בספיקא משום דאוקי גברא על חזקת שמא וממילא גם הטהרות תלוין. אבל אח"כ ראיתי שז"א דהא לפי דברי ר"מ דס"ל דבספק דרבנן אף שיש לו חזקה מ"מ מקילינן ה"ה שמיקל אף היכא דהמקואות ידועין הן במקומן ואחת מהן פסולה מחמת מ"ש וטבל ואינו יודע באיזה מהן שהאדם טהור. והא התוספתא הנ"ל ע"כ אתיא כר"מ דאיתא שם ברישא דאם טבל מטומאה קלה והיו שם שתי מקואות א' יש בה מ' סאה כו' טהרותיו טהורות. וא"כ אתיא כר"מ. דלר"י כיון דמטמאינן אדם מספיקא ה"ה דטהרות תלויות לפי שיטת שארי הראשונים. וממ"נ איכא ראי' מהתוספתא הנ"ל דכולו שאוב הוא מדאורייתא דאי אמרינן כהתוס' והר"ש ולפ"ד איכא למימר דהתוספתא אתיא כר"י ודוקא הטהרות טהורות דאוקי דאוקי טהרות אחזקתן א"כ גבי א' שאוב אמאי אמרינן שם דהטהרות תלויות ואי אמרינן דלא כהר"ש דבמקום דאדם טמא גם הטהרות טמאין. א"כ ע"כ התוספתא. אתיא כר"מ וא"כ בודאי יש לדייק דכולו שאוב הוא מדאורייתא דלר"מ יש להקל אף שהמקואות ידועין במקומן:

אח"ז התבוננתי דדעת הרמב"ם הוא אינו כן. דהא הוא פסק כר"מ בטומאה קלה. וגם הוא ס"ל בה' מקואות פ"ד ה"ב דכולו שאוב הוא מדרבנן בלבד. מ"מ הביא להלכה הך תוספתא א' שאוב וא' שאינו שאוב דטהרותיו תלויות. וע"כ צ"ל דס"ל דהא דמקיל ר"מ הוא דוקא היכא דהטומאה היא טומאה דרבנן. אבל היכא דהטומאה היא טומאה חמורה ורק ע"י הטבילה היא נעשה ספק דרבנן גם ר"מ אינו מקיל בזה. וזהו כדעת השואל להנוב"י ודלא כהנוב"י שדחה אותו בשתי ידים. א"כ לפי"ז אפי' אם המקוה אינה פסולה רק מג' לוגין נמי יש להחמיר אם המקוה ידועה במקומה. והא דמקילינן בשתי מקואות משום דהתם אינו ידוע לאיזה מהן נפל וכסברת הנוב"י דהיכא דנפל הספק על המקוה שטבל בה האי גברא אם היא כשרה או לאו מקילינן בדרבנן. ונראה דאף ר"מ מודה בזה משום

דעל כל מקוה הוה הדין כספק נפל בה ג' לוגין מים שאובים או לא ובספק נפל מ"ש כו"ע מודים דהמקוה טהורה. אבל היכא דהמקואות ידועין הן במקומן ויש אחת מהן שהיא פסולה מחמת מ"ש אף שזה מחמת ג' לוגין בלבד. נמי כיון דנפל הספק על הגברא ועיקר הטומאה הוא טומאה חמורה בזה לא הקילו בספק מים שאובין וכו"ע מודים בזה דמוקמינן להטמא על חזקתו וגם הטהרות הן תלויות. ונראה ברור דהני ראשונים דס"ל כולו שאוב הוא מדרבנן ס"ל כמש"כ:

ונראה להביא ראי' לזה מדברי הרמב"ם שם דכתב וז"ל שתי מקואות אחת כשרה ואחת פסולה וטבל באחת מהן מטומאה חמורה ועשה טהרות הרי אלו תלויות עכ"ל. ומדקאמר סתם אחת מהן פסולה נראה להדיא דאפי' היא פסולה רק מחמת ג' לוגין מ"ש נמי הטהרות תלויות. וע"כ משים דהמקואות ידועין במקומן והספק נפל על הגברא שטבל בה. ועוד נ"ל בזה לאחר העיון לומר דבר חדש דלא כמו שכתבתי לעיל בסי' ג' והכרחתי שם שע"כ מוכרחין אנו לומר כסברת השעה"מ דגבי מקוה כיון שדרכה של מקוה לחסור מעט מעט ואיתרע לה החזקה בודאי מקמי הכי משו"ה מטמאינן לה למפרע בודאי. וכן בטבל אליבא דריב"ל דס"ל דכל ג' ימים האחרונים בודאי חמץ איתרע החזקה מקמי הכי בודאי כו' עי"ש. ועתה התבוננתי ונ"ל דזה ברור דהרמב"ם הי' גורס בתוספתא דשתי מקואות אחת כשרה ואחת פסולה דלא כמו שאיתא לפנינו אחת יש בה מ' סאה ואחת אין בה מ' סאה. וס"ל להרמב"ם דוקא שהיא פסולה מחמת מים שאובין. וס"ל דאפי' כלו שאוב נמי אינו אלא מדרבנן ולכך כיון דאינו אלא ספיקא דרבנן אע"ג דאנן מחמרינן בזה משום דהספק הוא בטבילה והטומאה היא טומאה חמורה מ"מ אין הטהרות נשרפות אלא תלויות. אבל אם היה הפסול דאורייתא כגון דאין בה מ' סאה כיון דאנן קיי"ל כתירוץ בתרא דנדה דלא ילפינן סוף טומאה מתחלת טומאה ובסוף טומאה אף במקום דהוה רק ספיקא מ"מ שורפין אף ברה"ר כמו תחילת טומאה ברה"י א"כ גבי שתי מקואות נמי שורפין התרומה. ולפי"ז איכא למימר דהרמב"ם סובר לפי תירוץ בתרא דגבי מקוה שנמדדה אף דאיכא למימר חסר ואתאי אינו אלא ספיקא. ולכך סובר ר"מ דגבי טומאה קלה מטהרינן גם גבי מקוה שנמדדה ונמצאת חסרה. ובזה יהי' שפיר מדוקדק דברי הרמב"ם שם ה"ו דכתב וז"ל שתי מקואות אחת יש בה מ' סאה ואחת אין בה וטבל באחת מהן ואינו ידוע באיזה מהן טבל ספיקו טמא לפי שהטמא בחזקתו עד שיודע שטבל כראוי וכן מקוה שנמדדה ונמצאת חסרה בין שהי' המקוה ברה"ר ובין שהי' ברה"י כל הטהרות שנעשו ע"ג למפרע טמאות עד שיודע זמן שנמדד בה והי' שלמה בד"א כשהיתה הטבילה מטומאה חמורה אבל כו' עכ"ל. ופשטות לשון הרמב"ם מורה

דהכא טמאות ודאי ונשרפות כמו גבי מקוה שנמדד. וכן כתב המ"ל שם פ"ז ומסיים שם דלפי"ז יש לתמוה על התוספתא דקתני טהרותיו תלויות, ונפלאתי דגם דברי הרמב"ם לכאורה סותרין זה את זה. דהא כתב אח"כ שתי מקואות אחת כשרה ואחת פסולה וטבל מטומאה חמורה טהרותיו תלויות. והוא מהתוספתא הלזו. אבל לפי משנ"ב א"ש דהיכא דפסולה רק מחמת שאיבה הוא רק מדרבנן ולהך טהרותיו תלויות. אבל היכא דאין בה מ' סאה טהרותיו טמאות כמו גבי מקוה שנמדד. ולפי"ז מדברי התוספתא הלזו אדרבה יהי' ראיה לדברי הרמב"ם דכלו שאוב הוא רק מדרבנן בלבד. דאי הוה דאורייתא אמאי באחת שאובה ואחת אינה שאובה טהרותיו תלויות ואינן נשרפות כמו גבי מקוה שנמדד. והפוסקים דהביאו ראי' מהתוספתא הלזו ע"כ ס"ל דמקוה שנמדד חמירא משום דיש בה תר"ל הוה כודאי. אבל גבי שתי מקואות כיון דאיתחזק מקוה כשרה לפנינו אע"ג דהוה ספק דאורייתא נמי אינן נשרפות אלא תלויות. אבל לפי"ד הרמב"ם דס"ל דאף היכא דהוה תר"ל לא הוה כודאי ולכך פסק דגבי חביות לא הוה רק ספק טבל. וטומאה שאני דעל הספק נמי נשרפת. א"כ תקשה דאמאי גבי אחת שאובה ואחת שאינה שאובה טהרותיו תלויות אלא משום דכלו שאוב הוא מדרבנן:

היוצא לנו מכל דברינו אלה דלפי דעת הפוסקים דס"ל דכלו שאוב הוא מדרבנן. אם נפל ג' לוגין מ"ש למקוה שאין בה מ' סאה ונפסלה ואח"כ נתמלאה במי גשמים וידועה במקומה. ויש גם מקוה כשרה וטבל ואינו יודע באיזה מהן. גם לפי הפוסקים דפסקו כר"מ דבטומאה קלה אזלינן לקולא גם באתחזק איסורא. מ"מ לענין זה לא אזלינן לקולא וצריך לחזור ולטבול. [דבספק מ"ש לא אזלינן לקולא אלא דוקא היכא דהספק הוא על הנפילה] וגם הטהרות טמאות. דלפי שיטה זו ע"כ צ"ל דלא כסברת הר"ש אלא כסברת הני ראשונים דכיון דהאדם טמא אע"ג דהוא רק מטעם ספק גם הטהרות תלויות. כיון דודאי נגע הרי הן כמותו. ובשתי מקואות ואינו ידוע לאיזה מהן נפל משום דהתם לא מחמרינן על השתי מקואות אלא מטעם דאחת מהן ודאי אסורה לכך אחר שטבל ונפל הספק על מקוה האחת שטבל בה אזלינן לקולא וגם הגברא טהור מה"ד אלא כיון דנהרא קמן מורין לו שיטבול לכתחלה פעם שנית. ונראה להביא ראי' לזה מדברי הרמב"ם בה' אבות הטומאות פי"ד ה"ב דכתב שם וז"ל ספק מים שאובין למקוה כיצד ג' לוגין מ"ש שנפלו למקוה פסלוה. ספק נפלו ספק לא נפלו ואפי' נפלו ספק יש בהן שיעור או אין בהן ספיקו טהור והרי המקוה בכשרותו ואין מורין לו לטבול במקוה זה ולעשות טהרות לכתחלה. ואם טבל ועשה טהרותיו טהורים עכ"ל. וכתב הכ"מ וז"ל ומ"ש ואין מורין לו כו' בתוספתא דמקואות (דף תשע"ה ע"א ב' ה"ב) אמר כן ר' יוסי גבי מקואות וסובר רבינו

שאין חולק עליו גם סובר שה"ה לדין זה עכ"ל. א"כ מוכח להדיא דהרמב"ם ס"ל גבי שתי מקואות נמי האדם טהור מה"ד אם טבל. וגם מה שאמר ר"י לא יטבול לאו משום דאזיל ר"י לשיטתי' אלא דגם ר"מ מודה בזה [ודלא כהר"ש] דאל"כ האיך הביא ראי' משתי מקואות לספק נפל דאולי בספק נפל כיון דשם בודאי האדם טהור מה"ד איכא למימר דבמקוה זו מותר לטבול אפי' לכתחלה וכ"ש אם טבל שמותר לעשות טהרות לכתחלה על סמך טבילה זו. אלא ע"כ דס"ל דגם גבי שתי מקואות נמי האדם טהור מה"ד. מ"מ מורין לו דאם טבל דצריך לטבול פ"א ולא לעשות טהרות לכתחילה על סמך טבילה זו משום דהא נהרא קמך כמו בספק טומאה ברה"ר ה"ה הכא גבי ס' נפל מ"ש:

אמנם המ"ל בהמק"ו פ"י ה"ו כתב על התוספתא הנ"ל וז"ל וא"ת האיך קאמר ר"י דאם עשה טהרות טהורות הא ר"י אית לי' דספק ליטהר ספיקא טמא וכיון דזה היה ודאי טמא ספק אם טבל או לאו ספיקו טמא וא"כ גם הטהרות שעשה טמאות. וי"ל דע"כ לא קאמר ר"י דספק ליטהר טמא אלא כשספק המקוה הוא ספק תורה כגון ספק טבל ספק לא טבל או ספק יש בה מ' סאה ספק אין בה מ' סאה בהני הוא דאית לי' לר"י דאף שלא היתה טומאתו כי אם טומאה קלה כיון שהיתה טומאה ודאית ובמקוה איכא ספק תורה ספיקו טמא. אבל היכא דהמקוה הוא ודאי כשר מן התורה אלא שהוא ספק פסול מדרבנן אף אם היתה טומאתו טומאה חמורה טהור דבספק מ"ש למקוה לא נחלק ר"י כו' והאריך עוד בטעמא של דבר יעו"ש. ומדברי הגאון הנ"ל נראה דהוא סובר דאף לר"י ספק מ"ש לקולא אף היכא דהמקואות הן ידועין במקומן ואחת מהן פסולה מחמת מ"ש וטבל גם האדם טהור אף לר"י דס"ל דמוקמינן בחזקת טומאה גבי טומאה קלה ומ"מ גבי מ"ש הקילו. ולא ידעתי האיך יתרץ דברי הראשונים דס"ל דכולו שאוב הוא מדרבנן. וכן הוא דעת הרמב"ם להדיא. ומ"מ פוסק כהתוספתא דאחד שאוב ואחד אינו שאוב דאף הטהרות תלויות. אם לא שנדחק לומר דאף דספק מ"ש לקולא לא הקילו חכמים אלא דוקא היכא כשרובו מים כשרים אבל כשכולו שאוב החמירו חכמים אף בספיקא. אבל ז"א וכמו שאבאר לקמן בס"ד. ולפע"ד נראה ברור כמש"כ דבמקואות ידועין כל אחת במקומן גם ר"מ מודה בזה דיש להחמיר אף בפסול דג' לוגין כיון דעיקר הטומאה היא טומאה חמורה:

סימן ו

שאלה לפי מש"ב דלפי"ד הראשונים דס"ל דכלו שאוב הוא מדרבנן ע"כ צ"ל דהיכא דהמקואות ידועין במקומן איזה היא פסולה מחמת מ"ש ואיזה כשרה והוא מבל באחת

מהן ואינו יודע באיזהו. הוא טמא מספק אף לר"מ. אלמא דהחמירו חכמים בספק מ"ש. צריך לבאר הטעם דהקילו בספק נפלו או לא. ובספק יש בה מ' סאה או לא:

תשובה לכאורה הדבר פשוט משום דמוקמינן המקוה על חזקתה ואמרינן דלא נפסלה ומהני אף להוציא הטמא מחזקתו כדאמרינן בעירובין (לו.) דפריך שם הגמרא על דברי רבא אדרבה העמד מקוה על חזקתה ומשני במקוה שלא נמדד. אמנם ראיתי שגדולי האחרונים מחולקים בזה. דהנה המהרי"ט בחלק יו"ד סי' י"ט כתב וז"ל וכי תימא דהו"ל ספק מ"ש שטהרו חכמים הא ליתא דלא אמרו ספק מ"ש למקוה כגון שהי' בה מ' סאה מי גשמים אז לא נחוש שחסרו כ"כ עד שלא הי' בה כ"א [ט"ס וצ"ל מ'] סאין ומלא בכתף דהעמד מקוה על חזקתה ואימר לא חסר כולי האי. אבל אם לא הי' בה אלא כ"א סאין אין להאמין לעכו"ם ולומר שנעשה בהכשר אח"כ כי הא דתנן בפ"ב דטהרות ס' נפלו ספק לא נפלו כו' דהתם ספק נפילת מ"ש היה העמד מקוה על חזקתה אימור לא נפלו כו' אבל אם אין בה אלא כ"א סאה האי לאו בחזקת מקוה שלמה היא ומ' סאה חסר קורטב אינו יכול לטבול. ואם אנו רואין שהיא מלאה עכשיו מספיקא לא משוינן לה מקוה טהרה דאימור בכתף מלאוה כו' וחלק על הרב המפה דס"ל דכיון דרוב המקוה כשר והמיעוט הם שאובין אינו אלא מדרבנן לא חיישינן שמא מלאוה העכו"ם בכתף ותולין להקל יעו"ש. ונראה לפי"ד המהרי"ט דהא דקי"ל ספק נפל ג' לוגין מ"ש ס' לא נפל תלינן להקל היינו דוקא אם נתמלאה במי גשמים אח"כ דבלא ג' לוגין יש בה מ' סאה. אלא דמסתפקא לן דאולי נפל ג' לוין ונפסלה ולא מהני מה שנתמלאה אח"כ אז תלינן להקל משום חזקת כשרות. אבל אם לא נתמלאה אלא עד מ' סאה, דאם הג' לוגין הם שאובין אין בה מ' סאה מים כשרים בזה לא אזלינן להקל דהשתא הוא הספק על הג' לוגין גופא אם הם מים כשרים ויכולין להשלים להמקוה או לא א"כ אין שייך כאן חזקה דהא הג' לוגין הללו לא הי' להם חזקת כשרות מעולם:

ועלה בדעתי לומר דסברת המהרי"ט שמחולק עם הרמ"א אי הטעם דספק מ"ש דהקילו חכמים הוא מטעם חזקה או לא תלוי בפלוגתא דהני רבוותא אם כולו שאוב הוא מדרבנן או לא. דהפוסקים דס"ל דכולו שאוב הוא מדאורייתא והביאו ראי' לדבריהם מהתוספתא דהי' אחד שאוב וא' אינו שאוב דטהרותיו תלויות. אלמא דס"ל דספק מ"ש דהקילו חכמים הוא דלא כסברת המהרי"ט דהטעם משום חזקת המקוה דתלינן דלא נפסלה אלא כיון דהוא ספיקא דרבנן תלינן לקולא. כסברת הרמ"א. לכך ס"ל דאף היכא דהספק הוא על הגברא באיזה מהן טבל נמי הקילו חכמים בזה. אבל הראשונים דס"ל דגם כולו שאוב הוא מדרבנן ומ"מ ס"ל להתוספתא דטהרותיו תלויות ע"כ ס"ל דלא הקילו חכמים

במ"ש אלא דוקא משום דאיכא חזקה אבל היכא דליכא חזקה לא. לכך באחד שאוב ואחד אינו שאוב דאינו שייך כאן חזקה כיון דהספק הוא על הגברא אזלינן להחמיר אבל אח"כ ראיתי דז"א דהא הפוסקים דס"ל דכולו שאוב הוא מדרבנן הם הר"י בעל התוס' והרמב"ם. והא עיקר ראייתו של הר"י הוא מהתוספתא הביאוה התוס' בב"ב (סו:) ד"ה מכלל כו' וז"ל ולר"י נראה דאפי' כולו שאוב דרבנן כדמשמע בתוספתא דמקואות דתניא בפ' שני מקוה שהניחה ריקן ובא ומצאה מלאה כשר מפני שזה ספק מ"ש למקוה ומדקא מכשיר לי' זה מספק ש"מ דכולו שאוב מדרבנן כו'. והר"ש השיג ע"ז דמשם אין ראי' דהא מסיים שם התוספתא דחזקת המקואות כשרות. דאדרבה מזה יש להוכיח דכולו שאוב הוא מדאורייתא דקתני כשר מפני שזה ספק מ"ש וחזקת המקואות כשרות שאדם אינו עושה מקוה אלא לטבול בה ואינו ממלא אותה מסתמא מ"ש אלא מים כשרים לטבילה משמע דוקא משום חזקה הוא דכשר הא לאו הכי פסול דספיקא דאורייתא לחומרא כו' עכ"ל. והרמב"ם בה' מקואות פ"י ה"ג כתב וז"ל מקוה שהניחה ריקן ובא ומצאה מלאה כשר מפני שזה ספק מ"ש למקוה זה עכ"ל. והא דלא מסיים משום דחזקת המקואות כשרות. נראה משום דאזיל לשיטתי' דס"ל דכולו שאוב הוא מדרבנן. ומפרש התוספתא כהר"י חזקת המקואות כשירות כלומר שספק מ"ש חזקת כשרות למקוה. כמ"ש הר"ש שם במקואות אליבי'. א"כ הא חזינן דס"ל דהא דמקילינן בספק מ"ש הוא לאו משום חזקה כסברת המהרי"ט. דהא שם עיקר הספק על תחלת המקוה אם היא כשירה או לא. מ"מ מקילינן משום דהוא ספק בדרבנן. [ומזה ראי' ג"כ שא"א לומר כמו שרצינו לדחוק ליישב התוספתא לחלק דלא הקילו בספק מ"ש אלא דוקא היכא כשרובו מים כשרים. דהא הכא מיירי להדיא דהספק הוא על כל המקוה]. אך לפי"ז קשה לפי"ד דאמאי באחד שאוב ובאחד אינו שאוב טהרותיו תלויות אע"ג דהספק הוא על הגברא כיון דאנן מקילינן בספק מ"ש לא מטעם חזקה אלא דבכל דרבנן הקילו:

ע"כ נ"ל דע"כ צ"ל דהני ראשונים דס"ל דכולו שאוב הוא מדרבנן ס"ל דלכך מקילינן בספק מ"ש הוא רק מטעם חזקה כסברת המהרי"ט. אך דלא כדברי המהרי"ט דס"ל דדוקא היכא דנסתפק לן אם נפסלה המקוה או לא אז מכשירינן דמוקמינן לה בחזקת כשרות. אבל אם ליכא חזקת כשרות לא דהיינו אם נפל אצלנו הספק על גוף המקוה אם הוא שאוב אז לא מכשירינן. אלא דס"ל דלכך הקילו בספק מ"ש משום דמוקמינן להמים בחזקתן דהא המים מתחילת ביאתן לעולם בודאי היו ראוין לטהרות המקוה. אלא דנסתפק לן דאולי אח"כ נפסלו מחמת שאיבה לכך מוקמינן להמים על חזקתן אף לאפוקי מחזקת טומאה ואף ר"י מודה בזה ומשו"ה במקוה שהניחה ריקן ואח"כ בא

ומצאה מלאה כשר מפני שזה ספק מ"ש למקוה. וזה כוונת התוספתא שמסיים מפני שחזקת המקואות כשירות. ר"ל מפני שכל המים הם בחזקת כשירות למקוה ומוקמינן להו אחזקתן, אבל באחד שאוב ואחד אינו שאוב דהתם ליכא חזקה. כלל כיון דאנן ידעינן דודאי נפסלה מקוה זו ומספקא לן דלמא טבל במקוה הפסולה אע"ג דפסולה רק מדרבנן מ"מ מחמרינן כיון דעיקר הטומאה היא טומאה חמורה וכמש"ב. ובשתי מקואות ולא ידעינן לאיזה מהן נפל כיון דכבר טבל א"כ הספק הוא על מקוה אחת ע"כ מוקמינן לה אחזקתה. אע"ג דהיכא דבשניהם אין רק מ' סאה מצומצמות א"כ הספק על השלמה דמקוה אם הם כשרים להשלמה אם לאו מ"מ כיון דכל מים יש להם חזקה חזקת כשרות להמקוה מוקמינן להו אחזקתן א"כ יצא לנו דאדרבה הני ראשונים דס"ל דכולו שאוב הוא מדרבנן ע"כ סברי דלא כהמהרי"ט:

אמנם לפי שיטת הר"ש דס"ל דכולו שאוב הוא מדאורייתא וכפי מה שנראה מדבריו. נ"ל דהדין דפליגי המהרי"ט והרמ"א תלוי בזה אי פסקינן בטומאה קלה כר"י או כר"מ. דהר"ש כתב גבי שתי מקואות שנפל לאחת מהן ג' לוגין מ"ש ואינו ידוע לאיזה מהן נפל ואח"כ ירדו גשמים ונתמלאו נמצא שיש כאן שתי מקואות א' כשרה וא' פסולה והיינו מתני' דלעיל דרבנן מטהרין ור"י מטמא וצריך לטבול שנית ומודה דאם עשה טהרות טהורות כדקאמרי' נמי לעיל דלטמא נמי טהור עכ"ל. ונראה דס"ל להר"ש דמ"ש כיון דהם מדרבנן דמי לטומאה קלה. ואין נ"מ אם מחמת הטבילה הוא נעשה ספק דרבנן. או מחמת הטומאה הוא ספק דרבנן. לר"י מוקמינן לי' אחזקת טומאה. ולר"מ כיון דהוא ספק דרבנן לא אזלינן בתר חזקת טומאתו. ולפי"ז ע"כ צ"ל הא דר"י מודה בספק נפל ג' לוגין מ"ש היינו משום דמוקמינן להמקוה בחזקתה כסברת המהרי"ט. והא דהקשה הר"ש על הסוברים דכולו שאוב הוא דרבנן מהתוספתא דאחד שאוב כבר בארנו משום דעיקר קושיתו אמאי לא מוקמינן להטהרות אחזקתן דאזיל לשיטתי' דס"ל דאע"ג דהאדם טמא מ"מ הטהרות מוקמינן אחזקתן לכו"ע. והא דמשמע מדברי הר"ש מהא דמקוה שהניחה ריקן דאי הוה דרבנן הוה מקילינן מטעם ספיקא אע"ג דבזה לא שייך חזקה לפי שיטתי' היינו לדברי ר"מ דמהני ספק דרבנן אף לאפוקי מחזקה. ולדברי ר"מ אפי' בספיקא דהשלמה למ' סאה אם הם כשרים אם לא כיון דזה הוה ספק דרבנן מהני אפי' לאפוקי מחזקה. וזה עולה כדברי הרמ"א. אבל לדברי ר"י דלא מהני ספק דרבנן לאפוקי מחזקת טומאה אם יש בה מ' סאה בלא הג' לוגין דאז הוא הספק אם נפסלה המקוה אם לאו. מהני חזקת המקוה לאפוקי גברא מחזקת טומאתו. כמו גבי עירוב דמהני חזקת העירוב לאפוקי גברא מחזקת תחום ביתו. וכן גבי מקוה שנמדדה דאמרינן שם דאם

נמדד מהני אף לר"י לאפוקי גברא מחזקת טומאתו. אבל אם הספק בהשלמה דמקוה אם הם כשרים אי לאו לא מהני דמוקמינן גברא אחזקת טומאתו וכדברי המהרי"ט. ולפי שיטה זו לר"מ יש להקל אף שהמקוה שנפסלה מחמת ג' לוגין מ"ש ידועה במקומה ונסתפק לו אם טבל בה או בהכשרה:

ולדינא נראה היכא דהמקוה הפסולה מחמת מ"ש ידועה במקומה וטבל ואינו יודע באיזה מהן. לפי"ד דיש להחמיר מטעם ס"ס כמש"כ האחרונים דמחמרינן אף בדרבנן היכא דיש ס"ס להחמיר. חדא דלמא קיי"ל כמדס"ל דכולו שאוב הוא מדרבנן. ולפי"ד ע"כ צ"ל דהיכא דהמקוה הפסולה ידועה במקומה והספק נפל על הגברא שטבל לא הקילו חכמים בספק מ"ש. ואפי' את"ל כמדס"ל דכולו שאוב הוא מדאורייתא דלמא קי"ל כר"י דמוקמינן אחזקת טומאה אפי' בספק דרבנן דכמה ראשונים פוסקין כר"י ולדידי' לא מקילינן בספק מ"ש רק בספק נפל משום דמוקמינן המקוה על חזקתה:

סימן ז

עוד נ"ל לבאר מה שהבאתי למעלה בסי' ה' דדעת הראשונים הוא דלא כדברי התוס' דעירובין והר"ש דס"ל דגבי ספק דרבנן לר"י דס"ל דאוקמינן הטמא על חזקתו מ"מ הטהרות טהורות. והם ס"ל כיון דודאי נגע הטהרות כמותו. זה תלוי בגירסת התוספתא דמס' ידים פ"ב מ"ד. דהנה גירסת הר"ש שם היו לפניו שני כוסות באחד נעשה בו מלאכה ובאחד לא נעשה בו מלאכה נטל מאחד מהן לשתי ידיו ועשה טהרות תלויות. ומחלק שם הר"ש דלא דמי לספק נעשה בו מלאכה דמתני' דידיו טהורות משום דהתם בכוס אחד. אבל הכא דבשעת נטילה שני הכוסות לפניו שיש אחד שנעשה בו מלאכה ודאי הטהרות שעשה תלויות. והמל"מ הקשה ע"ז מהא דשתי מקואות גבי טומאה קלה דגם התם הוחזקה מקוה אחת חסרה אפי"ה ספיקא טהור. ודחיק המל"מ לחלק בין ששני הכוסות לפניו או לא וכתב דהדבר צריך תלמוד. ועיין במל"מ מה שמפרש כל התוספתא לפי גירסת הר"ש. ויעו"ש שדחק בכמה דברים לחלק. ודחוקים דבריו מאד. והגר"א ז"ל הגיה כל התוספתא הלזה ואני אפרש לפי דעתו. היו לפניו שני כוסות באחד נעשה בו מלאכה ובאחד לא נעשה בו מלאכה נטל מא' מהם לשתי ידיו ועשה טהרות טהורות ר' יוסי אומר תלויות. ב'. מן השני ועשה טהרות טהורות ג'. מן הראשון ולא עשה טהרות מן השני ועשה טהרות טהורות. ד'. מן הראשון ועשה טהרות מן השני ועשה טהרות אלו ואלו מונחות אלו ואלו תלויות כו' ע"כ. ונראה דמפרש הגר"א דהתוספתא קאי לפרושי המתני' דידים פ"ב מ"ד דהביא שם הפלוגתא דר' יוסי ורבנן בספק ידים ליטהר. בספק נעשה בו מלאכה ספק לא נעשה בו מלאכה. ובספק טמאין ספק טהורין

לא מיירי המתני' בכוס אחד דנפל בו ספק אם נעשה בו מלאכה או לא או הוא טמא או טהור. דבכה"ג גם ר"י מודה דאזלינן לקולא משום דאמרינן העמד הכוס על חזקתו בחזקת שלא נעשה בו מלאכה וחזקת טהרה. והיכא דאיכא חזקה דמסייע לקולא גם ר"י מודה דאזלינן לקולא אף להוציא הטמא מחזקתו כדאמרינן בעירובין (לו.). ואפילו היו לפניו שני כוסות ואחד נעשה בו מלאכה ואחד לא נעשה בו מלאכה ונשפך האחד ולא ידע איזה מהן נשפך אע"ג דאתחזק כאן דאיכא כוס אחד שנעשה בו מלאכה. מ"מ כיון דעתה הספק הוא על אחד מהן מעמידין אותו על חזקתו ואזלינן לקולא גם לר"י. ועתה א"ש כל התוספתא. דלכך קאמר התוספתא היו לפניו שני כוסות באחד נעשה בו מלאכה ובאחד לא נעשה בו מלאכה ומיירי שבעת הנטילה הי' ידוע לו באיזה מהן נעשה מלאכה אך עתה נפל הספק אצלו מאיזה כוס נטל ידיו אם מהכוס שנעשה בו מלאכה או לא. לכך ס"ל לר"י דמעמידין הידים הטמאות על חזקתן וזה דמי כמו דס"ל לר"י גבי טומאה קלה דשתי מקואות אחת מלאה ואחת חסרה וטבל באחת מהן ואינו יודע באיזה מהן טבל. ובבא ב'. מן השני ועשה טהרות טהורות מיירי דהטהרות הראשונים כבר נאכלו קודם שעשה השנית. וגם כיון דעתה נופל הספק רק על הכוס הנשאר בלבד שנטל עתה ידיו אם נעשה בו מלאכה או לא. לכך גם ר"י מודה בזה דהטהרות טהורות משום דבכוס אחד גם ר"י מודה דמעמידין הכוס על חזקתו. ומהני אף להוציא הטמא מחזקתו. לכך לא פליג ר"י בבבא ב' וג'. ובבבא ד' גם רבנן מודו כיון דאלו ואלו מונחות הוה כמו שני שבילין ובא לשאול בב"א דמטמאינן שניהם. א"כ לפי גירסת הגר"א מוכח להדיא מהתוספתא דר"י דס"ל בטומאה קלה דהאדם טמא מספק מטעם דמעמידין אותו על חזקתו. גם הטהרות תלויות דלא כדברי התוס' והר"ש. והר"ש אזיל לשיטתי' דלפי דבריו אין ראי' מהתוספתא דס"ל דגם רבנן מודו הכא דהטהרות תלויות. כיון דשני הכוסות לפניו. אבל לפי גירסת הגר"א היא ראי' ברורה דא"א לחלק הטהרות מן האדם. וע"כ צ"ל בהתוספתא דב' מקואות שנפל לתוך אחת מהן ג' לוגין ואינו ידוע לאיזה מהן נפל דר"י אומר שלא יסבול ואם טבל ועשה טהרות טהורות משום דשם עתה הספק על המקוה שטבל אם היא כשרה או לא. לכך אמרינן דמעמידין אותה על חזקתה וגם הגברא טהור אף לר"י. וכמשב"ל בסי' ה'. וכן נראה לפי"ז דה"ה דלגבי נט"י דאם היו לפניו שני כוסות ועשה באחד מהן מלאכה ולא ידע באיזה מהן ונטל מא' מהן דהידים טהורות גם לר"י משום דעתה הספק הוא על הכוס שנטל אם נעשה בו מלאכה אם לאו. לכך מעמידין אותו על חזקתו ואמרינן שהשני שנשאר נפסל:

ובזה שבארנו דהא דפליגי ר"י ורבנן גבי ידים מיירי בשני כוסות נ"ל לישב דברי הרמב"ם בה"ב פ"ו הט"ו דכתב וז"ל מים שנסתפק לו אם נעשה בהן מלאכה או לא נעשה אם יש בהן כשיעור או אין בהן אם הן טהורין או טמאין כו' ספיקו טהור שכל ספק שבטהרת ידים טהור עכ"ל. ופשטות לישנא דהרמב"ם משמע דמותר ליטול מהן לכתחילה. וכן הוא דעת ע"ת שהביא המג"א. אמנם המג"א בסי' ק"ס סעי' י"א ס"ק י"ג כתב וז"ל או שיש לו ספק אם יש בהן כשיעור פי' שנטל ידיו ונסתפק אם הי' בהם כשיעור כנ"ל דלא כע"ת עכ"ל. משום דהוקשה למג"א אי נימא דמיירי דנסתפק לו על המים אם הם כשיעור וליטול ידיו לכתחילה ודאי דאסור כיון דאפשר לברר. ע"כ דחק המג"א לומר דמיירי שכבר נטל. ונראה דדעת הע"ת הוא דהרמב"ם מיירי דהוא עומד במקום שא"א לברר ולפי אומד הדעת נראה לו שיש בהם כשיעור מותר לסמוך בדרבנן. מ"מ נראה מדברי המג"א דבספק אם נעשה בהם מלאכה או אם הם טמאין גם הוא מודה לע"ת דמותר ליטול בהן לכתחילה. ולכאורה קשה דהא מדברי הרמב"ם בה' אה"ט פי"ד ה' י"א דכתב וז"ל וכן אם היו ידיו טמאות והטבילן או נטלן ספק שהמים שטהרו בהן כשרים לידים ספק שהן פסולין. ספק יש בהם כשיעור ספק אין בהן. ספק שהי' דבר חוצץ על ידו ספק שלא הי' הרי ידיו טהורות עכ"ל. דשם משמע דוקא אם כבר נטל מקילינן מטעם ספיקא דרבנן. אבל לא ליטול לכתחילה מהן. אבל לפי"ד ניחא דהתם בה' אה"ט מיירי באופן דפליגי ר"י ורבנן שהיו לפניו שני כוסות באחד מהן נעשה מלאכה ובאחד לא נעשה והוא אינו יודע באיזה מהן נטל והוא פסק כרבנן דאזלינן לקולא לכך לא הזכיר שם רק לענין בדיעבד אם כבר נטל. אבל בה"ב מיירי בכוס אחד שנסתפק לו אם נעשה מלאכה או לא בזה מותר לכתחילה ליטול מהן משום דמעמידין מים על חזקתן וגם ר"י מודה בזה. אמנם ראיתי לשעה"מ בה' מקואות כלל ה' דכתב וז"ל וראיתי להרב ע"ת כו' דאפילו לא נטל ידיו עדיין ונסתפק אם יש בהן כשיעור יכול ליטול ידיו לכתחילה. ולפי מ"ש מבואר דכל שלא נטל ידיו פשיטא ודאי דאין לו לכנס לבית הספק דאע"ג דס' ידים טהור ה"ד היכא דכבר בא לכלל הספק וראי' מספק מים שאובים שכתב רבינו ז"ל דלכתחילה אין מורין לו שיטבול וזה פשוט ומה שדקדק כו' נראה שאין זה דקדוק כו' עכ"ל. והנה מה שהביא הגאון הנ"ל ראי' מספק מ"ש לפע"ד אינו נראה דהא מ"ש הם חמורין טפי אע"ג דהם מדרבנן. דהא חזינן לפי שיטת הראשונים דס"ל דכולו שאוב נמי מדרבנן אפ"ה באחד שאוב ואחד שאינו שאוב וטבל בא' מהן ואינו יודע באיזה מהן טהרותיו תלויות. וגם ר"מ דמיקל בספק דרבנן מודה בזה כיון דעיקר הטומאה היא טומאה חמורה ודוקא בספק נפל מקילין משום דאיכא חזקה כמש"ב. וגבי ספק ידים אף

בשני כוסות ונטל מאחד מהן ואינו יודע מאיזה מהן נטל ס"ל לרבנן דטהרותיו טהורות אלמא דספק ידים קילא מספק מ"ש. ודמי לטומאה קלה. וגם חזינן דאין לדמות ספיקות דרבנן זה לזה. דהא בספק עירובי חצרות מערבין בה"ש לכתחילה. א"כ מכניס עצמו בספק לכתחילה. ובע"ת אין מערבין. וכן כתב הכ"מ שם על מה שכתב הראב"ד דאם יש לו מים לרחוץ אומרין לו קום רחוץ והוציא עצמך מן הספק. וכתב ע"ז הכ"מ דאם הי' כן לא הוה שתקי רבנן מלהזכיר כן. ולא דמי לספק טומאה דאמרינן לו קום טבול שאני ידים דאין להם שום עיקר בדאורייתא ובלא"ה דברי הרמב"ם בספק מ"ש דכתב דאין מורין לו שיטבול במקוה זו תמוהין מאד מנ"ל להרמב"ם זה. ומה שכתב הכ"מ שיצא להרמב"ם זאת מהתוספתא דמקואות דכתב דאם היו שתי מקואות ונפל ג' לוגין לתוך אחת מהן ואינו יודע לאיזה נפל דאמר ר"י אומרין לו שלא יטבול ואם טבל ועשה טהרות טהורות קשה להבין האיך דמי לזה. דהתם שאני כיון דידעינן דאחד מהם ודאי פסול ע"כ אסור להכניס עצמו בספק והוה כמו איסור דרבנן שנתערב חד בחד דשניהם אסורין. ובדיעבד אם טבל באחת מהן א"כ אין הספק רק על אחת מהן דכל חד וחד איכא לאוקמי אחזקה לכך הטהרות טהורות. ועיין במל"מ ה' מקואות פ"י שתמה על דברי מר"ן ז"ל האיך הביא ראי' מהתוספתא. וכ' דהאיך אפשר לומר שהרמב"ם יביא ראי' לדבר שיש בו במה לתלות מדבר שאין לו במה לתלות. ועוד לדברי מרן ז"ל מהו זה שחילק רבינו בין היכא שיש לו במה לתלות להיכא דאין לו במה לתלות. דאי לכתחילה הרי ס"ל דבכל דבר שהוא ספק אין מורין לו היתר. ואי בדיעבד הא אף במילתא דאין לו במה לתלות אם טבל טהרותיו טהורות וכדמסיים ר"י עכ"ל. ובאמת הב"י בשו"ע השמיט דברי הרמב"ם. ואפשר משום דנראה מכל דברי הראשונים דספק מ"ש מקילינן לטבול במקוה זו לכתחילה. ובאמת דברי הרמב"ם בעצמו הוא תמוה דבה' מקואות דשם עיקר הדין ממ"ש ולא הזכיר כלל מזה דאסור לטבול במקוה זו שנסתפק אם נפל בהן מ"ש או לא. וכתב סתם בפ"י בספק מ"ש הרי זה כשר. ולולי דמסתפינא הייתי אומר דיש חסרון הניכר בד' הרמב"ם כי המעיין יראה להדיא דחסר הך בבא דתוספתא דשתי מקואות שאין בהם מ' סאה ונפל ג' לוגין לתוך אחת מהן ואינו ידוע לאיזה נפל כו'. כי הרמב"ם לא הזכיר זאת וזה תמוה דאמאי השמיט הרמב"ם דין זה. ע"כ נ"ל דכצ"ל בפי"ד מהאה"ט ספק מ"ש כיצד ג' לוגין מ"ש שנפלו למקוה פסולה. ספק נפל ספק לא נפל כו' ספיקו טהור ואפי' ודאי נפל ואינו יודע לאיזה מהן נפל ואח"כ ירדו גשמים ונתמלא אין מורין לטבול במקוה זו ולעשות טהרות לכתחילה ואם טבל ועשה טהרות טהורות. וקמ"ל הרמב"ם רבותא דאע"ג דלא ירדו גשמים אלא לאחת מן המקואות המסופקות

מ"מ א"א להתיר מקוה זו. כיון דעדיין יש מקוה השניה אע"ג דעדיין לא ירדו גשמים להמקוה השניה מ"מ אם בא לשאול לנו אם יכול למשוך מים לתוכה ע"כ אסרינן לו משום ספיקא. א"כ א"א להתיר גם מקוה זו דהוה כבא לשאול על שניהם בב"א. [ולא כמו שראיתי להגאון נוב"י בס' דגול מרבבה סי' ר"א שנסתפק בזה] מ"מ אחר שטבל כיון דזה הוה הספק רק על מקוה שטבל בה אזלינן לקולא וכמש"ב. אבל בספק נפל ספק לא נפל גם הרמב"ם מודה דמותר לטבול בה לכתחילה. ואפשר דגם לפני הכ"מ היה כתוב ברמב"ם כמו שהגהתי לכך הביא ראי' על דין זה מהתוספתא וסרה תלונת המל"מ מעליו. ומה שכתב הכ"מ על הך דינא דהרמב"ם ה"ה לדין זה משום דהתוספתא מיירי דשתי המקואות נתמלאו במי גשמים א"כ פשיטא שלא יטבול באחת מהן לכתחילה והרמב"ם הא מיירי שרק אחת נתמלאה במי גשמים והשני' לא נתמלאה עדיין מ"מ אסור כמו שבארנו ע"כ כתב הכ"מ דה"ה לדין זה דהרמב"ם סובר דאין לחלק בזה. ולפי"ד דבספק מ"ש ספק נפל ספק לא נפל מותר לטבול בהן לכתחילה אף לדעת הרמב"ם א"כ כ"ש בספק ידים דאם הספק בכוס אחד אם נעשה בו מלאכה או לא מותר ליטול בו ידיו לכתחילה מטעם דמעמידין המים בחזקת כשרות. אמנם בספק אם יש בהן כשיעור ספק אין בהן כשיעור נראה דודאי הדין עם המג"א והשעה"מ דאסור להכניס עצמו לכתחילה לבית הספק דשם אין על המים חזקה כלל:

סימן ח

המתבאר מכל דברינו אלה דשיטת רוב הראשונים הוא דכל היכא דהאדם טמא מספק גם הטהרות טמאין. וכן הוא להדיא בתוספתא דידים לפי גירסת הגר"א ז"ל. והא דגבי שתי מקואות אם נפל ג' לוגין לתוך אחת מהן ואינו ידוע לאיזה מהן נפל דהטהרות טהורות משום דשם גם הגברא שטבל בהן טהור. וכסברת הנוב"י בסי' ס"ה. כיון דשם אסרינן המקוה רק מטעם דשני שבילין ובא לשאול עליו ועל חבירו אבל אם הם של שני בני אדם ובאו לשאול זא"ז כל אחד תולה בחבירו לכך אפי' הם של אדם אחד לאחר שטבל תלינן דהמקוה שטבל בה היתה כשרה. א"כ אי אפשר להביא ראי' מהתוספתא הלזו לסתור דינו של הש"ך גבי נתערב איסור דרבנן חד בחד ואח"כ נפל אחד מהם לקדרה דפסק הש"ך דגם הקדרה אסורה. דשאני הכא. דהא בשתי חתיכות אפי' הן של שני בני אדם נמי שניהם אסורין כמו שכתב הנוב"י שם וז"ל דלא מצינו שא' תולה בחבירו אלא בדבר היתר הנאסר שאנו רוצים לאסור המותר שם תולין להקל שלא נאסור כמו ב' מגורות ושני מדוכות שנפלו אלו לתוך אלו וכן שני שבילין א' טמא כו' והלך באחד מהן וחבירו בשני שאנו רוצים לטמא הטהור כל אחד תולה בחבירו כו' אבל בדבר איסור מצד

עצמו אפי' באיסור דרבנן אין תולין ותדע ואטו שני בני אדם שקנו ב' גבינות ואח"כ נודע שאחת מהן היתה גבינה של גוי ואטו אחד תולה בחבירו וזה לא מצינו כו' עכ"ל. וא"כ גבי שתי חתיכות דנתערב חד בחד כיון דנתחזק כאן איסורא וזה האיסור הוא איסור מצד עצמו איכא למימר דגם הקדרה אסורה וא"א להעמיד הקדרה על חזקתה. ומה שכתב השעה"מ להביא ראי' דהא גבי ידים כיון שאינו ידוע איזה מהן טמאה אתחזק איסורא באחת מהן ואפ"ה ס"ל לר"י דטהרותיו טהורות אע"ג דר"י ס"ל דספק ליטהר טמא מזה מוכח דלא כדעת הש"ך. לפע"ד אין זו ראי' כלל דהא ר"י מיירי במי שנטמאה לו אחת מידיו ואינו ידוע לו איזה יד נטמאה א"כ על כל יד ויד בפ"ע איכא חזקת טהרה אלא מה דאסרינן לו ליגע בטהרות משום כיון דבא לשאול בב"א ע"כ אסרינן תרוייהו משום דזה הוה כשני שבילין. אבל לאחר שנגע ביד אחת את הככר א"כ עתה אין אנו באים לדון אלא רק על יד אחת שנגע בככר אם היא טמאה או לא ע"כ מעמידין אותה בחזקת טהרה והככר טהור אף לר"י משום דזה הוה כספק ליטמא. וע"כ מדמי ר"י ספק דשתי מקואות לספק דידים דמטעם אחד מטהרין בשניהם. ולפי"ז נראה דהיכא דהמקוה הפסולה היתה ידועה במקומה אך עתה נתערבו וא"א להכיר איזה היא הכשרה ואיזה הפסולה וטבל באחת מהן דהגברא ודאי טמא דהמקואות הוה כמו שנתערב איסור דרבנן חד בחד כיון דבשעה שנפסלה היתה ידועה רק עתה נפל הספק איזה היא הוה כמו כל איסור דרבנן שנתערב חד בחד. א"כ לפי"ד הש"ך דאוסר גס הקדרה אע"ג שיש לה חזקת היתר כ"ש דא"א לטהר הגברא דיש לו חזקת טומאה. וכן גבי ידים אם נטמאה לו אחת מידיו והיתה ידועה לו איזו יד נטמאה ואח"כ שכח ונגע בטהרות באחת מהן נראה דלפי דעת הש"ך הככר טמא:

אמנם לדעת הפר"ח דס"ל דגם בניכר האיסור מקרי אתחזק איסורא ואין חילוק בין ניכר לשאינו ניכר האיסור דבכ"מ מיקרי אתחזק איסורא. מ"מ גבי ידים דאם נטמאה אחת מידיו וידוע לו ונגע בככר באחת מידיו ולא ידע באיזו מהן ור"י מודה בזה דהככר טהור דכן מוכח במשנה דידים להדיא יעו"ש. וע"כ צ"ל לדידי' משום דמעמידין הככר על חזקת טהרה ולא מהני חזקת הידים מה דאתחזק כאן יד אחת טמאה בודאי לטמא הככר וחזקת טהרה של הככר עדיף טפי. א"כ לדידי' אף בשאינו ידוע לו עתה איזו יד נטמאה ונגע באחת מהן נמי טהור הככר. א"כ קשה לפי"ד דהאיך הביא ראי' על שתי מקואות שנפל ג' לוגין לתוך אחת ואינו ידוע לאיזה מהן ואם טבל ועשה טהרות הא למה זה דומה למי שנטמא אחת משתי ידיו ואינו ידוע איזה היא כו'. הא חלוק הוא דין דמקואות מדין דידים לפי"ד הפר"ח דהא גבי ידים אף אם ידוע לו היד איזה נטמאה ואח"כ שכח

נמי הטהרות טהורות משום דמעמידין הטהרות על חזקתן וגבי מקואות אם היה ידוע לו לאיזה מהן נפל ג' לוגין ואח"כ שכח איזה מהן נפסל דאם טבל באחת מהן ועשה טהרות הטהרות טמאין כיון דאיתחזק כאן מקוה פסולה וגם הגברא יש לו חזקת טומאה. ונראה דע"כ צ"ל לפי"ד דהוא מפרש התוספתא הלזו דשתי מקואות כדברי הר"ש דר"י מטהר דוקא הטהרות אבל הגברא באמת הוא טמא מספק לדברי ר"י דס"ל דבטומאה קלה אין מוציאין מחזקתו מספק. והביא ראי' מידים לענין שתי מקואות כמו דגבי ידים מטהרינן הטהרות אע"ג דאתחזק כאן דיד אחת שלו ודאי נטמאה מ"מ לא אזלינן בתר חזקת הידים ואזלינן בתר חזקת הטהרות. ה"ה גבי מקואות אע"ג דאתחזק כאן מקוה פסולה והגברא הוא טמא מספק מ"מ לענין הטהרות כיון דיש להם חזקת טהרה לא אזלינן בתר חזקת טומאה של הגברא אלא בתר חזקת הטהרות:

וראיתי להשעה"מ דהשיג על הפר"ח מהך משנה דידים דהיו ידיו אחת טמאה ואחת טהורה והי' לפניו שני ככרין כו' דלפי דברי הפר"ח כיון דאיתחזק טומאה בכאן אמאי הככרות טהורות ותמה עליו דהאיך אשתמיט מיני' משנה זו. ונפלאתי על השעה"מ דהא הוא מקיים שיטת הר"ש דאע"ג דהאדם הוא טמא מספק משום דמעמידין על חזקתו חזקת טומאה מ"מ הטהרות שנגע בהן טהורות משום דמעמידין הטהרות על חזקתן א"כ מאי קשה לו על הפר"ח מהך משנה דידים דמטהר הככר משום דמעמידין הטהרות על חזקתן אע"ג דלהגברא יש לו חזקת טומאה. אבל לאחר העיון ראיתי דהדין עם השעה"מ. אך לא קשה על הפר"ח ממשנה זו אלא מהסיפא דהא שם איתא היה אחד טמא וא' טהור ולפניו ב' ככרים א' טמא וא' טהור נגע בשתיהן ספק טמאה בטמא וטהורה בטהור. או טהורה בטמא וטמאה בטהור הידים כמו שהיו והככרים כמות שהיו ע"כ. ולפי"ד הפר"ח דגם בניכר האיסור הוה חזקה. א"כ הכא הא בידים איכא כאן חזקת טומאה וגם בהככר איכא חזקת טומאה א"כ אמאי מודה ר"י הכא דהככרות כמו שהיו והידים כמו שהיו הא כיון דאתחזק כאן טומאה בין בהידים ובין בהככרות אמאי אזלינן כאן לקולא אע"כ צ"ל דכ"ז דניכר הטומאה או האיסור זה לא מיקרי אתחזיק כלל וכדברי הש"ך:

עוד נ"ל לבאר בזה דהא דבארנו למעלה דהא דבשתי מקואות ונפל ג' לוגין מים שאובין ואינו ידוע לאיזה מהן דאסרינן שניהם הוא רק מטעם דהוה כשני שבילין ובא לשאול בב"א. א"כ אם זה הוה בשני בני אדם. דבאו לשאול זא"ז מתירין לשניהם דכל אחד תולה בחבירו. לפע"ד נראה דזהו דוקא אם יש בהמקואות מ' סאה בלאו הג' לוגין. אבל אם אין בהם מ' סאה רק מ' סאה מצומצמין נראה דבכה"ג אסרינן לשניהם משום דאז א"כ הוה הספק באיזה מהן יש ג' לוגין שאובין המשלימין למ' סאה וזה הוה כגוף האיסור מצד

עצמו שנסתפק איזה הוא. ודמי לשני ב"א שקנו ב' גבינות ואח"כ נודע שא' מהן היא גבינה של נכרי דבזה לא שייך לומר כל אחד תולה בחבירו כמש"כ הנוב"י. דבשלמא אם יש מ' סאה בלא הג' לוגין א"כ הוה הספק איזה מקוה נפסלת מחמת שנפלו בה ג' לוגין מ"ש קודם שהי' בה מ' סאה ואיכא חזקת כשרות לכל מקוה לכך זה דמי לשני שבילין דכל אחד תולה בחבירו משום דמוקמינן לי' אחזקת טהרה. אבל היכא דליכא בה מ' סאה רק עם הג' לוגין ורק שהספק הוא אם הג' לוגין הם שאובין אם לאו ואף אי אמרינן במקוה אחת בכה"ג מקילינן כדעת הרמ"א משום דזה ג"כ מיקרי ספק מ"ש שהקילו חכמים כמשב"ל בסי' ו'. מ"מ היכא דאיכא שתי מקואות ואנן ידעינן בודאי שבחדא מקוה יש ג' לוגין שאובין המשלימין למקוה אסרינן לשניהם אפי' בשני ב"א ובאו לשאול זא"ז, ואם שיש קצת לדון בזה מ"מ נ"ל להחמיר משום דהא בלא"ה הא דעת הרשב"א גבי שני קדרות של היתר ונפל איסור דרבנן לתוך אחת מהן ואינו יודע לאיזה מהן נפל דס"ל דאפי' הם של שני ב"א ובאו לשאול זא"ז נמי אסור. ועיין בכו"פ בסי' קי"א דנתן טעם לזה משום דע"כ כשצריך לשאול מוכרח הוא לשאול גם על חבירו כדי לברר האיך נפל הספק על שלו א"כ לדידי' בשתי מקואות אף שיש בה מ' סאה בלא הג' לוגין נמי אסור אף בשני ב"א ובאו לשאול זא"ז כנ"ל:

ודע דהא דמקילינן בספק מ"ש היינו דוקא בסופו אבל בתחילתו דהיינו אם היה במקוה מתחילה מ"ש ואח"כ נתמלאה במים כשרים ולא ידעינן אם הי' בהם ג' לוגין או לא פסולין לפי מאי דפסקינן בשו"ע כמ"ד דכולו שאוב הוא מה"ת וראי' לזה מהמשנה בפ"ב דמקואות מ"ה דאמרינן שם מקוה שיש בה שלש גומות של לוג לוג של מים שאובין אם ידוע שנפלו לתוכו מ' סאה מים כשרים עד שלא הגיע לגומא השלישית כשר ואם לאו פסול. והרא"ש בה' מקואות הביא בשם הר"ש וז"ל משמע דדוקא ידוע הא מספק פסול מדלא קתני אם ידוע שלא נפלו מ' סאה עד שלא הגיע לגומא השלישית פסול ואם לאו כשר כו' עכ"ל. וכן הכ"מ שם בפ"ה ה"ד הביא זאת בשם הר"ש. והנה הר"ש הביא זאת ראי' לדבריו דכולו שאוב פסול מדאורייתא. ולכאורה הראי' זו אינו מובן כלל. דהא אף לדבריו נמי תקשה אמאי מחמרינן הכא מספיקא דהא הפסול הוא רק מחמת ג' לוגין דאולי בעת שעדיין לא נפלו לתוכה מ' סאה הגיע לגומא השלישית ונראה לבאר דכוונת הר"ש הוא דמזה מוכח כדברי ר"ת דכולו שאוב הוא פסול מדאורייתא וממילא גם בתחילתו פוסל ג' לוגין מדאורייתא כמש"כ התוס' בב"ב (סו:) ד"ה מכלל כו'. וכ"כ הרא"ש בנדה בשם ר"ת. וכן כתב הר"ן בשבועות. וס"ל דזהו הלמ"מ. וא"כ יש להחמיר מספיקא. דכל הלמ"מ הוא כדאורייתא לענין ספיקא עיין באחרונים. א"כ הכא גבי מקוה

שיש בה ג' גומות של לוג לוג והמקוה היא נעשה על מקום הגומות כיון דהם היו קודם עשיית המקוה אף שכל גומא וגומא הי' בפ"ע מ"מ זה מיקרי כמו שנפל ג' לוגין מים בתחילה דפסול מדאורייתא. ומשו"ה צריך דוקא שיהא בידוע שהי' בה מ' סאה עד שלא הגיע לגומא השלישית ונעשה מקוה כשרה בלא הגומא השלישית. ונראה דגם כוונת התוי"ט על המשנה הנ"ל דכתב שם וז"ל הא ספק פסול מדלא קתני אם ידוע שלא נפלו כו' פסול ואם לאו כשר. מכאן ראי' לסברת האומרים דכולו שאוב פסול מדאורייתא ומשו"ה קודם שנעשה רוב מקוה בהכשר פסלינן מספק כ"כ הרא"ש כו' עכ"ל. נראה דגם כונתו היא כן דכיון דבעינן ידוע שיהא רוב המקוה בהכשר משום דכולו שאוב הוא מדאורייתא א"כ גם מתחילה נמי פוסל מדאורייתא ובעינן שיהא ידוע שיהי' בה מ' סאה עד שלא הגיע לגומא השלישית דגבי גומות הוה כמו בתחילה. אך זה לא נתברר לי כמה מים צריך להיות קודם נפילת המ"ש שלא יפסלו אלא מדרבנן. אי סגי ברביעית מים כשרים דזה שיעור מקוה מדאורייתא לכלים. או דבעינן שיהא רובא כנגד השאובין שנופל לתוכו. והר"ש כתב על דברי ר"א על בתחילה פי' לא הי' בו מים כלל נראה דאם הי' בהמקוה מקודם רביעית מים כשרים לא פסלי גם לר"א אח"כ ברביעית אלא בג' לוגין. ועל שלשה לוגין על פני המים פי' לאחר שהיה בו הרבה מים כשרים. נראה דלא סגי ברביעית. ולכאורה דבריו סותרין אהדדי ולא ידעתי לפרשם. וזה נ"מ גם לדידן לענין דאורייתא לפי"ד ר"ת. ונפלאתי במה שלא הביאו הפוסקים בשו"ע דברי ר"ת דבתחלתו פוסל ג' לוגין מדאורייתא. וזה נ"מ לכמה דינים. ולפי הנראה מדברי הרא"ש והר"ן מאן דס"ל דכולו שאוב מדאורייתא ס"ל דגם בתחילתו פוסל מדאורייתא. ועלה בדעתי לומר שזהו דעת הראשונים שהחמירו מאד שצריך לנקות את המקוה בכלי מנוקב ואם לאו יראו שלא ישאר כלום בהמקוה דאולי בשעת שאיבה נפל ג' לוגין. ובאמת לכאורה קשה למה החמירו בזה הרבה הא ספק מ"ש כשר. וזה היה ספיקא דאולי נפל ג' לוגין. אבל לפי"ד הר"ת ניחא דחששו דלמא נפל ג' לוגין מן הדלי האחרון וא"כ הוה ספק מ"ש בתחלה ופסלינן מספיקא כיון דהוא ספק דאורייתא אבל מדברי התוס' דתמורה (יב:) ד"ה יוסף בן חוני כו' דכתבו שם וז"ל ופסק הראב"ד דהלכה כיוסף בר חוני לפיכך נראה כששואבין את המקוה לנקותה שנוטלין אותו מים שבתוכה ובאים מים אחרים תחתיהן אין לחוש אפי' אם נשתייר קצת מן הראשונים במקוה ואע"ג שנופל מן הדלי לתוכו והוה להו שם יותר מג' לוגין מ"ש אפ"ה אין לחוש דמסתמא לא נפלו ג' לוגין בג' כלים. ויש מחמירין שנוקבין את הדלי בכונס משקה משום הך חששא דפי' עכ"ל. א"כ נראה מדבריהם דזאת לא חששו דאולי יפול מן הדלי האחרון ג' לוגין. א"כ א"א לומר כמש"כ.

אך דברי התוס' תמוהין לפע"ד כיון דלא חיישינן שמא יפול ג' לוגין מן הדלי א"כ אף אם יפול ג' לוגין בג' פעמים והוה כמו מג' כלים מ"מ הא בעינן דוקא שיתחיל השני עד שלא פסק הראשון כדאיתא שם במשנה להדיא. א"כ מאי חששא איכא הכא הא גבי שאיבה לא שייך זאת. אבל אם נימא דחששו שמא יפול מדלי אחד ג' לוגין ניחא דאפי' אם נימא דזה לא שכיח שיפול ג' לוגין בב"א אלא נשפך מן הדלי מעט מעט והקלוח השני יורד לבור משפסק הראשון. אפ"ה יש לחוש דהא כתב הראב"ד בבה"נ דהא דבעינן שיתחיל השני עד שלא פסק הראשון היינו דוקא בב' או ג' כלים. אבל בחד כלי לא בעינן זאת ופסול בכל גוונא וצ"ע:

והנה ראיתי להפמ"ג בסי' ק"י בש"ד סק"כ דכתב וז"ל הפר"ח אות מ"ט ודין ט"ו והמ"י בקו"ה אות ל"ו והמל"מ בפ"י דמקואות הלכה ו' כולם כתבו דהר"ם ז"ל פוסק כר"מ בטומאה קלה טהור אף באתחזק יעו"ש. ואני תמה עוד דהא לקמן סי' ר"א מסעי' ס"ז עד סעי' ע"א מבואר דספק דרבנן לקולא בטומאה שיש לה עיקר מ"ה ואפי' במקום חזקה עכ"ל. ונפלאתי עליו דהא ספק מ"ש ליכא מאן דפליגי ואף ר"י מודה דהמקוה היא כשרה משום דמוקמינן להמקוה על חזקתה כמשב"ל בסי' ו' וכן מוכח מדברי הר"ש דכתב גבי שני מקואות ונפל ג' לוגין מ"ש לאחד מהם ואינו ידוע לאיזה וקאמר ר"י דלא יטבול. כתב הר"ש ע"ז כיון דודאי יש כאן מקוה אחת שהיא פסולה והוא טבל ואינו יודע באיזה מהן לר"י האדם הוא טמא מספק משום דמוקמינן לי' אחזקתו. נראה מדבריו להדיא דבמקוה אחת בספק נפל ג' לוגין מ"ש ליכא מאן דפליג דאף לר"י הוא טהור. וכבר בארנו למעלה דלכמה ראשונים גם האדם הוא טהור אף בשני מקואות אף לר"י. ע"כ דברי הפמ"ג תמוהין מאד לפי"ד:

סימן ט

שאלה הא דקיי"ל כהן שקידש גדולה או קטנה ולאחר זמן בא עליה וטען שמצאה דרוסת איש נאסרת מספק שמא לאחר קדושין נבעלה. וכן באשת ישראל שקדשה אביה פחותה מבת ג' שנים ויום אחד ומצאה דרוסת איש נאסרת עליו מספק שמא באונס שמא ברצון. צריך לבאר אם כל זה הוא איסור דאורייתא או דרבנן. בין לשיטת הרמב"ם דס"ל דכל הספקות הם מה"ת לקולא רק מדרבנן לחומרא. ובין לשיטת הרשב"א דס"ל דכל הספקות הם מה"ת לחומרא. וזה נ"מ גדולה לכמה פרטים:

תשובה הנה ראיתי להרשב"א בת"ה שער ב' בית ד' שכתב וז"ל ולדידי קשיא לי מדאמרינן בפ"ק דכתובות האומר פ"פ מצאתי נאמן לאוסרה עליו ואקשינן אמאי ס"ס הוא ספק אינה תחתיו ספק באונס ואוקימנא באשת כהן אבל באשו ישראל לא. והתם

אין הספק בא מכח התערובות ואפ"ה אתה דן אותו להקל ע"כ. וכתב שם הרא"ה בב"ה על דבריו וז"ל ועוד הקשה מהא דאמרינן כתובות כו' ולאו קושיא היא דהתם נמי מספק ראשון מותרת מה"ת דמוקמינן לה אחזקה דהיתרא א"נ כולהו תרי ספיקא בעלמא בכל דוכתא ודאי איסורא דרבנן הוא ולאו דאורייתא. וכיון דכן הכא גבי אשה אינו ראוי להאמינו על פיו לאוסרה עליו כו' עכ"ל. והרשב"א במ"ה כתב שם על דבריו אלו וז"ל אמר הכותב גם זו שגגה היא מכמה טעמים חדא דכל שאתה מעמיד אותה על חזקתה העמידנה בחזקת שלא נבעלה עד עכשיו שנמצאת בעולה. ואין לומר שמא לא תחתיו זינתה דכל שאתה ממשיך זמן חזקתה לא נבעלה עד שנתארסה. ועוד שזה ודאי בספק אחד אסורה היא מדאורייתא משום ספק סוטה. ואלו א"א שראינו שנבעלה אין תולין ד"ת להקל משום חזקה דכשרות שהרי שור שחוט לפניך ואין כאן אלא חדא ספיקא ספק באונס ספק ברצון עכ"ל. וראיתי להגאון בעל פמ"ג והגאון בעל משכנות יעקב הגינו על הרא"ה ז"ל מקושית הרשב"א עליו. שמש"כ הרא"ה דמספק ראשון מותרת מה"ת כונתו על ספק אונס ספק רצון דבהאי ספק היא מותרת מה"ת וכשיטת התוס' דכתובות (ט.) ד"ה ואב"א כו' דכתבו שם וז"ל דהאי רובא דברצון אינו רוב גמור אלא הוה מדרבנן כו' ובמקום חד ספיקא חשבי רבנן רצון גבי אונס רובא ע"כ. אבל לפע"ד ז"א דהא לכאורה מה שנראה מדברי הר"י דספק אונס ספק רצון אינה אסורה אלא מדרבנן תמוהים הם דאמאי אינה אסורה אלא מדרבנן דאף דרובא דרצון אינו רוב גמור מ"מ ודאי דמגרע חזקת היתר שלה והוה פלגא ופלגא. דהא הר"י מדמי זאת לרוב תינוקות מטפחין וברוב תינוקות מטפחין אף שהרוב גרוע מ"מ פלגא ופלגא מיהא הוה ומגרע חזקת טהרה. וכן כתבו התוס' להדיא בכמה מקומות. ויותר מזה כתבו התוס' בחולין (פו:) ד"ה סמוך כו' ובנדה (יח:) ד"ה סמוך כו' דאף לר"מ פלגא ופלגא מיהא הוה אך ר"מ ס"ל כיון דהתינוק אין בו דעת לשאול לכך הוא מטהר ורבנן ס"ל כיון שנראה כאלו הוא רוב לכך עשו חכמים כאלו יש בו דעת לשאול. אבל מ"מ פלגא ופלגא מיהא הוה ברוב תינוקות מטפחין א"כ בספק אונס ספק רצון נמי מיהא פלגא ופלגא הוה ואמאי אינה אסורה אלא מדרבנן. וע"כ צריך לומר דהר"י ס"ל כדברי הרמב"ם דספק השקול אינו אסור אלא מדרבנן בלבד. ומה שהוצרך הר"י לומר במקום חד ספיקא חשבי רבנן רצון לגבי אונס רובא אף שבלא"ה אסור מדרבנן לכה"פ מטעם ספק השקול. נראה משום דקשה לי' כיון דספק אונס ספק רצון אינו אסור אלא מדרבנן בלבד מטעם ספק א"כ אמאי נאמן למשוי עלי' איסורא דהא גבי כיעור ס"ל לר"ת דהיכא דהבעל אמר שראה באשתו דברים מכוערין לא אמרינן דמשוי אנפשי' איסורא וכן ס"ל להר"י. לכך הוצרך הר"י לומר דהכא

גבי ספק אונס ספק רצון שאני דחשבי רבנן רצון לגבי אונס רובא לכך חשוב כודאי איסור ולכך מצי למשוי אנפשי' איסורא ולא דמי לכיעור. וכ"ז הוא לשיטת הפוסקים דס"ל דספיקא דאורייתא מה"ת לקולא רק מדרבנן לחומרא. אבל לשיטת הפוסקים דס"ל דספיקא דאורייתא מה"ת לחומרא ודאי דספק אונס ספק רצון הוא איסור מדאורייתא. והא הרא"ה ס"ל שם להדיא דספיקא דאורייתא מה"ת לחומרא יעו"ש. א"כ האיך אפשר לומר דס"ל דספק אונם ספק רצון הוא רק איסור דרבנן בלבד:

ע"כ נ"ל דכוונת הרא"ה דכתב מספק ראשון מותרת מה"ת קאי אספק תחתיו. וכן מורה לשונו שספק זה הוזכר בתלמוד תחלה. וסברתו הוא משום דהא יש לה חזקה דכשרה לכהונה. ויש לנו להעמידה על חזקתה ולומר דלא תחתיו זינתה. ואע"ג דמחזקת הגוף דילה שהיתה בתולה משנולדה יש לנו לומר דהשתא נבעלה. וכמש"כ התוס' כתובות (ט.) ד"ה לא. מ"מ לא הוה ספק שקול משום דחזקת הגוף איתרע דהרי היא בעולה לפניך. והוי תרתי במקום חדא כמו במקוה שנמדד ונמצא חסר דחשבינן להאדם לודאי טמא לפי שיטת רוב פוסקים הראשונים. משום דמעמידין הטמא על חזקתו ולא חשבינן לי' לספק טמא משום דאיכא חזקה דמקוה כנגדה משום דחזקת המקוה איתרע והוי תרתי במקום חדא. אבל דעת הרשב"א הוא דגם ספק תחתיו הוה ספק דאורייתא ולא דמי למקוה כמו שכתב הש"מ בכתובות שם דלא דמי למקוה שנמצא חסר דאמרינן כל טהרות שנעשו ע"ג טמאות. ולא אמרינן אוקמי' אחזקתו והשתא הוא דחסר. דהתם היינו טעמא כדפרישנא בריש נדה דאיכא למימר חסר ואתאי ע"כ. וכן דעת התוס' בנדה לחלק בין הא דמקוה ובין הא דנגע דלא מוקמינן לגברא אחזקתו חזקת טהרה. ואי משום חזקת הנגע הרי היא חסר לפניך. משום דמקוה שאני דחסר ואתאי. וכן הוא דעתם חולין (יו"ד:) ד"ה סכין לפי תירוץ קמא:

ועוד אפשר לומר דסברת הרשב"א דלהכי לא אמרינן גבי ספק תחתיו דהוה חדא במקום תרתי כמו גבי מקוה. דס"ל כמו שכתבו התוס' שם (עה:) ד"ה אבל. וז"ל תימא לר"י דהיכא מצי למימר דאי לאו חזקת ממון דהכא הוה אזיל ר' יהושע בתר חזקת הגוף והא הוי חדא במקום תרתי דאית לן למימר העמידנה בחזקת פנויה וכ"ת אדרבה העמידנה בחזקת שלמה כו' הרי מום לפניך דכה"ג חשבינן תר"ל גבי מקוה שנמדד כו'. ונראה לרשב"א דחזקת פנויה לא חשיבא כלל חזקה לגבי חזקת הגוף ע"כ. אלמא דס"ל להדיא דחזקת הגוף אע"ג דאיתרע עדיף מחזקת דדינא דלא איתרע. והא דגבי מקוה אמרינן דחזקת טמא כיון דלא איתרע עדיפא מחזקת מקוה כיון דאיתרע. ע"כ צ"ל כמ"ש הגאון בעל ש"ש בשמעתא ב' פ"ב דגבי מקוה לא מקרי חזקת המקוה חזקת הגוף. כיון דבזה

שנמצאת חסרה לא נשתנה גופה. וגבי יין ונמצא חומץ אע"ג דאשתני התם הגוף מ"מ לא מוקמינן לי' אחזקתה דמעיקרא משום דמעיקרא חלא חלא. אלא שלא הי' ניכר עד עתה. אבל גבי בתולים שנשתנית גופה עדיף יותר חזקת הגוף אע"ג דאיתרע מחזקת היתר לכהונה אע"ג דלא איתרע. אמנם לפי מה שפירש הש"מ והפ"י דברי התוס' הנ"ל אין ראי' מדברי התוס' דחזקת הגוף אע"ג דאיתרע עדיף מחזקה דדינא אע"ג דלא איתרע. מ"מ נראה דסברא זו מוכרחת דחזקה דגופא עדיפא מחזקה דדינא כמש"כ התוס' שם ד"ה ספק טמא כו'. א"כ איכא למימר דס"ל להרשב"א דחזקה דגופה אע"ג דאיתרע היא מגרע חזקה דדינא אע"ג דלא איתרע ולכה"פ הוה ספק השקול:

אמנם דברי הרא"ה צע"ג. כיון דהוא בעצמו סובר בתירוץ השני דהיכא דאסור רק מדרבנן לא מצי משוי איסורא אנפשו לאוסרה עליו. האיך רוצה לומר בתירוץ הראשון דספק תחתיו אינו אלא מדרבנן בלבד. הגם שע"כ מוכרח לומר שבתירוץ הראשון סובר דבדרבנן נמי מצי למשוי אנפשו איסורא מ"מ קשה לפ"ז האיך מקשה הגמרא על ר"א דאמר האומר פ"פ מצאתי נאמן לאוסרה עליו תנינא האומר לאשה קדשתיך הא בקדשתיך הוא איסור דאורייתא. ור"א אשמעינן דאפילו באיסור דרבנן נמי מצי משוי אנפשו איסורא. ועוד קשה דהאיך אפשר דספק תחתיו אינו אלא איסור דרבנן בלבד הא חזינן דכל תקנת המשנה דבתולה נשאת ליום הרביעי הוא משום אשת כהן ופחותה מבת ג' כמ"ש התוס' ריש כתובות ד"ה שאם כו'. וכיון דפחותה מבת ג' הוא דבר דלא שכיח שיקדש אותה כדקאמר הגמרא בקדושין (מא.) אסור לאדם לקדש את בתו כשהיא קטנה עד שתגדיל כו'. וא"כ ע"כ עיקר התקנה הוא רק משום אשת כהן ואי אמרי' דספק תחתיו הוא אינו אלא איסור דרבנן האיך יתקנו חכמים תקנה על דבר שגוף האיסור אינו אלא דרבנן לבד. דאפי' אם יהי' איקרורי דעתו ולא יבוא לב"ד לא יעבור אלא רק על איסור דרבנן לבד. אבל לאחר העיון נ"ל לישב דגם הרא"ה מודה דבאשת כהן ספק תחתיו וספק אינה תחתיו אסור מה"ת. כיון דאף שלא נבעלה תחתיו איכא למימר שמא נבעלה לפסול לה. ואף ברוב כשרים אצלה מ"מ חיישינן דלמא אזלה איהי לגבי' והוה קבוע. וא"כ איכא כאן ס"ס לחומרא. שמא נבעלה תחתיו. ואת"ל אינו תחתיו. שמא לפסול לה נבעלה. ולכך אסורה מה"ת אף במקום חזקת היתר. והא דכתב הרא"ה דבספק הראשון מותר מה"ת. הא קאי על אשת ישראל דהתם ס"ל להרא"ה בספק תחתיו ספק אינו תחתיו מותרת מה"ת דהרי בעולה לפניך אלים לי' חזקת היתר והוה תרתי במקום חדא. ולכך ס"ל בתירוץ קמא דאינו אסור אלא מדרבנן:

והנה אמרינן שם בירושלמי וז"ל וישתהא שני ימים שלא יערב עליו המקח ויערב עליו המקח לית יכול כו' משום ספק סוטה. וחש לומר שמא אנוסה היא. קול יוצאה לאנוסה ואפי' תחוש לה משום אנוסה. לא ספק אחד ספק אנוסה ספק פתוחה מה"ת להחמיר. אמר ר' יוסי ואפי' תחוש לה משום אנוסה שתי ספיקות ספק אנוסה ספק פתוחה. ספק משנתארסה ספק עד שלא תיארס. שתי ספיקות מד"ת להקל עכ"ל. ולפי מה שפירשו המפרשים דהא דאמר ואפי' תחוש לה משום אנוסה הוא בקושי' ל"ל למימר קול יוצא לאנוסה דאפי' תחיש לה משום אנוסה ג"כ הספק מד"ת להחמיר. וע"ז תירץ ר' יוסי ואפי' תחוש לה משום אנוסה כו' מותרת משום דהוה שני ספיקות. וע"כ הוצרך לסברת קול יש לה לאנוסה עכת"ד. מוכח להדיא מדברי הירושלמי כדברי הרשב"א דהיכא שראינו שנבעלה אין תולין ד"ת להקל משום חזקת כשרות. דלא כדברי התוס' דס"ל דספק אונס ספק רצון אזלינן להקל משום חזקת כשרות. וגם יהי' קשה לפי"ז ע"ד הרמב"ם דס"ל דספיקא דאורייתא מה"ת לקולא דהא הכא קאמר דאפי' בלא סברת אנוסה קול יש לה נמי אסורה מספיקא מה"ת. ונ"ל דנוכל לפרש דברי הירושלמי פי' אחר. דהך ואפי' תחוש לה משום אנוסה לאו אקשוי קמקשה. אלא הכל הם מדברי המתרץ ור"ל משום דקול יוצא לאנוסה מגרע חזקת היתר. ולכך אפי' אם נחוש לה משום אנוסה אסורה מה"ת. כמו בספק סוטה דמשום דקנא לה ונסתרת מגרע חזקת היתר דידה ואסורה מה"ת כן ה"נ אסורה מה"ת. ור' יוסי פליג ע"ז וקאמר דאם היינו חוששין לספק אנוסה היתה מותרת מטעם ס"ס. אלא ע"כ דמשום דקול יוצא לאנוסה לא הוה אנוסה בגדר ספק. וא"כ לא נשאר אלא ספק תחתיו וספק אינו תחתיו לכך אסורה מה"ת אף דיש לה חזקת היתר. אבל יש לה ג"כ חזקת הגוף כנגדה. אע"ג דאיתרע. ונראה דהמתרץ ראשון דלא חש לטעם ס"ס דקאמר ר"י. הוא משום דס"ל דספק תחתיו לא הוה בגדר ספק דס"ל כיון דחזקת הגוף יש כנגדה הוא אלים טפי מחזקת היתר דידה ולכך אמרינן דהשתא נבעלה. ובאמת הש"מ מקשה על הגמרא דידן דס"ל דהוה ס"ס באשת ישראל. וז"ל וא"ת ומאי פריך והא חזקת הגוף עדיפא ואית לן למימר השתא נבעלה דאוקמה אחזקת הגוף שהיתה בתולה ובכל יום ויום אית לן למימר לא נבעלה אלא ביומא דלבתרי' וכיון שכן אין לך לומר אלא שתחתיו נבעלה כו' יעו"ש מה שתירץ. והירושלמי לא ס"ל הכי. וסברתו הוא מדחזינן דלענין ממון כשטוענת משארסתני נאנסתי מעמידין אותה על חזקת גופה להוציא ממון מחזקתם. אע"ג דלענין ממון לא מהני אפי' רובא להוציא כ"ש דמהני חזקת הגוף להוציאה מחזקת היתר דידה ואמרינן ודאי השתא היא דאיתרע. ור"י סובר דהא ודאי דחזקת הגוף מהני דלא מוקמינן אחזקת היתר דידה אבל מ"מ ספיקא מיהא הוה ספק

תחתיו ספק אינו תחתיו ומצטרף לס"ס להתיר. והא דמהני חזקת הגוף להוציא ממון מחזקתו לאו משום דחשבינן לי' יותר מחזקת ממון אלא משום דטענתה משארסתני כו' הוי טענת ברי וטענתו הוא טענת ספק. כנ"ל לפרש דברי הירושלמי לפי"ד התוס' והרמב"ם. ולפי"ז א"ש מה שהביאו התוס' דברי הירושלמי דקול יוצא לאנוסה לכך מגרע חזקת היתר דידה וס"ל להתוס' דהגמרא דידן סובר כתירוץ הראשון דהירושלמי דמטעם קול יוצא לאנוסה לכך ספק אנוסה ספק פתוחה אסורה ולא מוקמינן לה אחזקתה. ובספק תחתיו ס"ל להגמ' דידן כר' יוסי דירושלמי דספק תחתיו הוה ספק אע"ג דיש חזקת הגוף כנגד חזקת היתר. מ"מ כיון דחזקת הגוף איתרע דהרי בעולה לפניך ע"כ הוה ספק גמור. אך מ"מ דברי הר"י דס"ל דספק אנוסה ספק פתוחה אינה אסורה אלא מדרבנן צ"ע דהא בירושלמי מבואר להדיא דספק אנוסה ספק פתוחה אסורה מה"ת אפי' לתירוץ הראשון. דאף דקול יוצא לאנוסה. מ"מ ספק אנוסה ספק פתוחה הוה ספק. דלא כר"י דס"ל דלא הוה ספק כלל. וע"כ צ"ל דס"ל להתירוץ הראשון דזה דמי לספק סוטה דאסורה מה"ת משום דקנוי וסתירה הוה רל"ד דזנתה. א"כ ה"נ כיון דקול יוצא לאנוסה הוה רל"ד דזנתה ברצון. והאיך ס"ל להר"י דספק אונס ספק רצון אינה אסורה אלא מדרבנן. ונראה דע"כ צריך לתרץ דברי הר"י דהוא מפרש דברי הירושלמי דמשום דקול יוצא לאנוסה מגרע חזקת היתר דידה והוה ספק השקול. ומ"מ לא דמי לספק סוטה דעלמא דהתם שאני כיון דקנא אותה ונסתרה גרע יותר. אך כבר בארנו דהר"י סובר דכל ספק דאורייתא מה"ת לקולא היכא דהוה ספק השקול. והא המהרי"ט כתב דזה תלוי בפלוגתא דכריתות אי בעי חתיכה אחת משתי חתיכות כדי שיקבע איסורא או לא. א"כ למ"ד דלכך בעי חתיכה אחת משתי חתיכות כדי לברר איסורא ס"ל דספיקא דאורייתא מה"ת לחומרא והא הירושלמי סובר להדיא ביבמות פ"ד ה"ב דלכך בעי ח"א משתי חתיכות כדי שיהא יכול לברר איסורא א"כ סובר דספיקא דאורייתא מה"ת לחומרא. והר"י סובר כיון דאנן קיי"ל דלכך בעי ח"א משי"ח כדי שיקבע איסורא א"כ ספיקא דאורייתא מה"ת לקולא היכא דלא איקבע איסורא. וכן הוא שיטת הרמב"ם. ולכך סובר הר"י דספק אונס ספק רצון אינה אסורה אלא מדרבנן. כנ"ל לדחוק ליישב דברי הר"י ז"ל:

אך דברי הרא"ה לפי מש"ב דסובר דספק תחתיו ספק אינה תחתיו באשת ישראל אינה אסורה אנא מדרבנן לכאורה קשה עניו מדברי הירושלמי דהא מבואר להדיא דספק תחתיו ספק אינה תחתיו אסורה מדאורייתא דהא ס"ל להירושלמי דכל עיקר תקנת המשנה הוא משום אשת ישראל ולא משום דקדשה פחותה מבת ג' דזה לא שכיח כמשב"ל. אלא דתירוץ קמא דהירושלמי סובר דספק תחתיו ספק אינו תחתיו לא הוה

ספק כלל משום דמוקמינן לה אחזקת גופה דהשתא הוא דנבעלה. ור"י סובר ספק אונס לא הוה ספק כלל אבל זה כו"ע מודים דספק תחתיו ספק אינה תחתיו אסורה מדאורייתא. אבל לאחר העיון נראה דדברי הרא"ה נכונים. ואדרבה מדברי הירושלמי משמע כדבריו דהיכא דמספק הראשון אסור מה"ת לא מהני ספק השני להתיר אף מדרבנן. דהא קאמר שם הירושלמי ספק אנוסה ספק פתוחה ספק משנתארסה ספק עד שלא תיארס שתי ספיקות מה"ת להקל. משמע דוקא מה"ת הוא להקל אבל מדרבנן אסורה. ומהגמרא דפריך על ר"א דקאמר נאמן לאוסרה עליו הא ס"ס הוא ואמאי אסורה עליו. משמע מזה דאפי' מדרבנן מותרת במקום ס"ס. א"כ מוכרחין אנו לומר דבספק תחתיו ספק אינה תחתיו פליגי הירושלמי והבבלי. דהבבלי סובר דספק תחתיו אינו אלא ספק דרבנן. ולכך במקום ס"ס מותר אפי' מדרבנן. והירושלמי סובר דספק תחתיו הוא מדאורייתא אסור. ולכך במקום ס"ס הוא רק מה"ת להקל. אבל מדרבנן אסורה. ולתירוץ השני של הרא"ה דהא דפריך הגמרא על ר"א והא ס"ס הוא ר"ל דהאיך מצי למשוי אנפשי' חד"א כיון דאינו אסור אלא מדרבנן לפי"ז לא פליגי הירושלמי ובבלי בספק תחתיו דהוה ספק דאורייתא. ובמקום ס"ס אסורה מדרבנן. ומלבד מה דמשמע כאן מלשון הירושלמי דקאמר שתי ספיקות מד"ת להקל. אבל מדרבנן אסורה. וזהו כדברי הרא"ה. מבואר יותר בדברי הירושלמי שם דקאמר ר' יונה משום ר' קריספא בוגרת כחביות פתוחה היא ההדא"א שלא תפסידה מכתובתה. אבל לקיימה אינו רשאי משום ספק סוטה ע"כ. והא בוגרת כיון דלענין כתובה לא הפסידה א"כ נאמנת לומר שהיא בתולה. ואמאי אסרינן לה לבעלה הלא ס"ס הוא שמא בתולה שלמה היא. ואת"ל לאו בתולה שלמה היא שמא לאו תחתיו זנתה לר"י. ולתירוץ ראשון שמא באונס הי'. אלא ע"כ דהירושלמי סובר דבס"ס נמי אסורה מדרבנן כדברי הרא"ה:

היוצא מכל דברינו אלה דבאשת כהן כיון שאין בה אלא רק ספק אחד ספק תחתיו ספק אינה תחתיו לכו"ע אסורה מה"ת אפי' לדעת הרא"ה. משום דאיכא נמי לספוקי דאף שאינה תחתיו דלמא לפסול לה נבעלה. ואף שרוב כשרים אצלה מ"מ דלמא אזיל איהי לגבי' והוה קבוע וכמחצה על מחצה דמי. א"כ הוה ספק האיסור רגיל ומצוי יותר. ולכו"ע אסורה מה"ת אפי' למאן דס"ל דספיקא דאורייתא לקולא. ולכך ניחא תקנת המשנה שתנשא ברביעי כדי שלא תתקרר דעתו ויכשל באיסור דאורייתא. אמנם באשת ישראל וקדשה אביה פחותה מבת ג' דעת הר"י בתוס' דספק אונס ספק רצון אינה אסורה אלא מדרבנן משום דרובא ברצון לא הוה רוב גמור. אולם הרא"ש בפ"א דכתובות סי' י"ח חולק ע"ז וס"ל דרובא דרצון הוה רוב גמור ועדיף מחזקה יעו"ש דמטעם זה ס"ל דהיא אינה

נאמנת להתיר עצמה לבעלה ולומר נאנסתי. וכ"ש לפי"ד הסוברים דכל ספק השקול מה"ת לחומרא ודאי דזה אסור מדאורייתא אע"ג שיש לה חזקת היתר מ"מ מטעם דקול יוצא לאנוסה מגרע חזקת היתר דידה והוה לכה"פ ספק השקול. וכ"ש לדעת הרשב"א במ"ה שהבאתי לעיל דס"ל כיון דאיתיליד ריעותא ונמצאת בעולה לפנינו ולא מספקא לן אלא אי באונס אי ברצון אין מעמידין על חזקתה מה"ת ואסורה מדאורייתא אפי' בלא טעם דקול יוצא לאנוסה. ונראה דהרשב"א למד זאת מגמרא כתובות (נא:) דאמר אבוה דשמואל אשת ישראל שנאנסה אסורה מספק דחיישינן שמא הי' סופה ברצון. אלמא דמספיקא מחמירינן לאוסרה ולא מוקמינן לה אחזקתה. והתם מוכח דמדאורייתא אסור מדפריך שם הגמרא ולאבוה דשמואל אונס דשרי רחמנא היכי משכחת לה. אלמא דאבוה דשמואל סובר דמדאורייתא אסורה ולא מוקמינן לה אחזקתה משום דהרי שור שחוט לפניך. ועיין בפנ"י ובהפלאה שדחקו בזה הרבה. אבל לפי"ד הרשב"א א"ש דברי הגמרא בפשיטות:

סימן י

והנה לפי"ד הרשב"א שבארנו למעלה יוצא לנו חומרא גדולה בכללי ספיקות דהיכא דאיכא ריעותא לפנינו לא אזלינן בתר חזקה אף מדאורייתא. דלא כהאחרונים דס"ל דאף לפי"ד המחמירין דלא אזלינן בתר חזקה היכא דאיכא ריעותא לפנינו הוא רק מדרבנן בלבד. אבל בדברי הרשב"א מבואר להדיא דזהו אף מדאורייתא לא מוקמינן אחזקה כיון דאיכא ריעותא לפנינו. וכבר עשינו לו סמיכות מדברי הגמרא דכתובות. ועוד נ"ל להביא ראי' לזה מהא דפריך הגמרא בבכורות (כ:) ומי חייש ר' יהושע למיעוט והתנן היתה לה חמותה איננה חוששת יצאה מלאה חוששת ר' יהושע אומר אינה חוששת ואמרינן מ"ט דר"י קסבר רוב מעוברות יולדות ומיעוט מפילות. וכל היולדות מחצה זכרים ומחצה נקבות סמוך מיעוטא דמפילות למחצה דנקבות והוה להו זכרים מיעוטא ולמיעוטא לא חיישינן ע"כ. והקשה ע"ז התוס' ביבמות (קיט:) ד"ה סיפא דהא ביבמות כיון דיש חזקה לשוק דמסייע לרובא א"כ ה"ל הא דחיישינן שמא היא זקוקה ליבום מיעוטא דמעוטא ולכך לא חייש ר"י ותירצו שם כיון דיצאה מלאה איתרע לה חזקתה. א"כ מוכח מזה דהיכא דאיכא ריעותא לפנינו לא מוקמינן לה אחזקתה אף מדאורייתא. דאל"כ אכתי תהדר קושית התוס' לדוכתא. ומטעם זה תמוה לי שיטת התוס' בנדה (יח.) ד"ה אחר הרוב כו' שפירשו שם דהא דקאמר ר"י בג' מקומות הלכו חכמים אחר הרוב ועשום כודאי היינו אף היכא דאיכא חזקה כנגדם דא"כ מה פריך שם על ר' יוחנן הא איכא הא דאמר ר' יהושע בן לוי עברה בנהר והפילה מביאה קרבן ונאכל הלך אחר רוב נשים

ורוב נשים ולד מעליא ילדן ע"כ. הא הך דעברה בנהר מוקי הגמרא שם (כט.) דאיירי ביצאה מלאה א"כ אין לה חזקה לכך לא חשיב זאת ר"י דבזה ודאי אזלינן בתר רובא כיון דליכא חזקה נגדו. עוד קשה על שיטת התוס' שם דמאי פריך הא איכא תשע חנויות דהא הסם ליכא חזקה כנגד הרוב. והתוס' דחקו שם דגם בבשר הנמצא איכא חזקה כנגד הרוב דבהמה בחייה בחזקת איסור עומדת. אבל זה תמוה דבשלמא אי היה אצלנו הספק אי נשחטה אם לאו. אז שייך לומר העמידה על חזקתה אבל הכא הא הספק הוא על החתיכה מאיזה חתיכות פירשה אי מן השחוטות או מן הנבלות ואנן באים לדון על החתיכה שהיא ודאי פירשה מן רוב השחוטות משום דכל דפריש מרובא פריש א"כ מאי שייך כאן למימר העמידה על חזקתה חזקת שאינה זבוחה ונראה דסברת התוס' הוא דאף בכה"ג נמי שייך למימר העמידה על חזקתה כיון דאנו באים עתה לדון על חתיכה זו אם היא שחוטה או נבלה אמרינן העמידה על חזקתה הראשונה שהי' לה מקודם חזקת שאינה זבוחה:

ולפי דבריהם דגם בכה"ג איכא לאוקמא אחזקה דמעיקרא א"כ משכ"ל בסי' ח' דהיכא דהי' המקוה הפסולה ידוע במקומה ואח"כ שכח איזה מהן נפסלה דהגברא ודאי טמא דהוה כמו שנתערב איסור דרבנן חד בחד. וכן גבי ידים היכא דידע מעיקרא איזו יד נטמאה ואח"כ שכח איזו מהן ונגע בככר הככר טמא לפי"ד הש"ך. ולפי"ד התוס' אינו כן. אע"ג שמקודם הי' ידוע הפסולה והטמאה איזה מהן נפסלה או נטמאה. מ"מ עתה אחר שנתערב ואנן מספקינן על המקוה אם היא פסולה או לא. או על היד אם היא נטמאה או לא. אמרינן אוקמה אחזקתה הראשונה. א"כ אפשר לטהר הגברא וכ"ש גבי ידים את הככר. אבל לפי"ד הראשונים דפי' הא דר' יוחנן בנדה לא בא לאשמועינן דאזלינן בתר רובא אע"ג דאיכא חזקה כנגדו משום דס"ל דגבי שליא בבית לא שייך לאוקמי הבית אחזקתו כיון דהשליא הי' בודאי בבית א"כ כבר יצא הבית מחזקתו. לפי"ד נראה דבכה"ג ליכא לאוקמא אחזקתה הראשונה כיון דקודם שנפל עלי' הספק היתה ידועה איזה מהן יצאה מחזקתה הראשונה א"כ גם עתה שנתערב א"א לאוקמה אחזקתה הראשונה. וגם בדרבנן הוה כמו שנתערב איסור דרבנן חד בחד. וזה עולה כמשכ"ל:

ובזה שבארנו כעת דברי הרשב"א דס"ל דהיכא דאיכא ריעותא לפנינו לא אזלינן בתר חזקה מדאורייתא נראה ליישב דזהו כוונת הרשב"א בחידושיו לנדה שהבאתי למעלה בסי' ב' שהקשה שם דהא ודאי חתיכה הפילה וכיון דמחצה חתיכות מארבע דמים הם נפקא איתתא מחזקתה. ודחקתי שם לתרץ דבריו דהוא ז"ל ס"ל דחזקת האשה לא חשיבא חזקה מעליא כיון דעלולה לראות. אבל לפי מש"ב כעת דברי הרשב"א שם הם

פשוטים וברורין דאזיל לשיטתי' דס"ל בכל מקום דאיכא ריעותא לפנינו א"א לאוקמי אחזקה. א"כ גם התם כיון דודאי הפילה חתיכה ואנן לא ידעינן מה היא לא שייך לאוקמה אחזקתה אמנם דעת הרמב"ן בנדה שם וכן הר"ן בחידושיו שם סוברים להדיא דאף בכה"ג דאיכא ריעותא לפנינו מוקמינן אחזקה. אולם הריטב"א בחי' לנדה עומד בשיטת הרשב"א ולפי"ד צ"ע גמרא דכתובות (יג:) דאמרינן שם בשלמא איהי דאית לה חזקת כשרות כו'. הא כיון דרוב פסולין אצלה ואנן ידעינן בודאי שנבעלה לאחד מהן איתרע חזקתה ואין לה חזקת כשרות ואולי י"ל דמ"מ כיון דטוענת ברי שלא נבעלה לפסול. וגם חזקה דבודקת ומזנה לכך לא איתרע חזקתה:

אך זאת נסתפקתי בדברי הרשב"א במ"ה דכתב שזה ודאי בספק אחד אסורה היא מדאורייתא ומסיים שם שהרי שור שחוט לפניך ואין כאן אלא חדא ספיקא ספק אונס ספק רצון אי ס"ל זהו דוקא בספק אונס משום כיון דודאי נבעלה באיסור ויצאה מחזקתה הראשונה לגבי כהונה והרי שור שחוט לפניך אבל בספק תחתיו דאין כאן שור שחוט דשמא לא נבעלה כלל באיסור. א"כ זה הוה כמו ספק מגע. ואיכא למימר דאוקי אחזקתה חזקת כשרות ולא נבעלה כלל תחתיו. או אף בספק תחתיו ספק אינה תחתיו נמי ס"ל להרשב"א כיון דודאי נבעלה איכא ריעותא לפנינו ויצאה מחזקתה. וכן משמע פשטות לשונו שכתב ועוד שזה ודאי בספק א' אסורה היא מדאורייתא משום ספק סוטה דמשמע דקאי על ב' הספיקות בין בספק אונס בין בספק תחתיו. אך לפי"ז לכאורה קשה כיון דס"ל להרשב"א דאיתרע חזקת היתר דידה א"כ אמאי לא אמרינן דודאי השתא נבעלה. דהא אית לה חזקת הגוף. וכן הקשה הש"מ שם וז"ל ספק תחתיו כו' וא"ת מאי פריך והא חזקת הגוף עדיפא כו' [הבאתיו לעיל] ומה שתירץ שם וז"ל וי"ל דעכשיו הרי היא נשואה פנינו. וכלה בחופתה דהיינו אחר שנשאת פשיטא דלא זנתה והספק היינו ספק תחתיו משנתארסה זנתה ספק אינה תחתיו אלא מקודם שנתארסה זנתה ומעתה אדרבה אית לן למימר כיון דעכשיו לאחר שנשאת פשיטא דלא זנתה. העמידה על חזקה זו ולא זנתה אלא קודם שנתארסה וכיון דאיכא למימר הכי ואיכא למימר הכי הוה לה ספיקא כו' ע"כ. צ"ע טובא דהא ע"כ צ"ל לפ"ז דהא דאמר ר"ג דנאמנת לומר משארסתני נאנסתי מטעם חזקת גופה. מיירי באופן שיכול להיות שנבעלה אחר חופתה וא"כ מאי פריך הגמרא על ר"א והא ס"ס הוא. הא אפשר לאוקמי דמיירי באופן שיכול להיות שנבעלה אחר חופתה. ותו דהא ע"כ דברי הרשב"א לא נוכל לתרץ בזה, דהא איהו קמקשי על דברי הרא"ה בפירוקא קמא דס"ל דבס' ראשון מותרת מה"ת דמוקמינן לה אחזקתה חזקת כשרות. דהא איכא חזקת הגוף כנגד חזקת היתר א"כ איכא למימר השתא הוא

דנבעלה. אלמא דלא ס"ל סברת הש"מ הנ"ל. ואין לומר דהרשב"א אזיל לשיטתי' דס"ל דס"ס מהני במקום חזקה. ז"א דלפי"ד נראה דלא ס"ל כן אלא כששני הספיקות סותרות להחזקה. משא"כ הכא דרק ספק תחתיו סותר לחזקת גופה אבל ספק דאונס אינו סותר לחזקת גופה וכיון דאינו עומד נגד החזקה רק ספק א' א"כ הך ספק כמאן דליתא דמי. ולא נשאר רק ספק אחד. ואמאי מתירין אותה. וכן נראה דעת הש"ש ש"א פי"ח דבעי דשני הספיקות יהיו כנגד החזקה אז מהני ס"ס לדעת הרשב"א. אבל לא כשספק א' סותר החזקה:

אבל לאחר העיון נראה דסברת הרשב"א הוא כיון דע"כ לא בשעה זו שנתיחדה עם בעלה נבעלה ומוכרחים אנו לומר דיצתה מחזקתה זמן מה מקודם וא"כ לא הוה חזקתה חזקה אלימתא למשוי כודאי ולכך מהני ס"ס וכן כתב הרשב"א בת"ה גבי גבינות מבהמה שנמצאת טריפה דבמקום דליכא לתלות שבשעה זו נטרפה מטריפין למפרע כמו בכתם יבש. ואין לדחות דגבי טריפה שאני משום דלא הוה חזקה ברורה אלא רק חזקה דאתי מכח רובא. משא"כ בנ"ד דחזקת כשרותה הוה חזקה ברורה דהא ודאי בתולה נולדה. וגבי כתם אע"ג דשם הוה חזקה ברורה כיון דהיתה בדוקה מקודם איכא למימר כיון דאשה עלולה לראות הוה חזקתה חזקה שאינה ברורה. אבל ז"א דהא אשה שרואה דם אינה מקולקלת למנינה למפרע ואינה מטמאה חולין. רק לקדשים ותרומה משים חומרא בעלמא. וע"כ דחזקתה חזקה מעלייתא וחששא דעלולה לראות לא הוה אלא חומרא דרבנן. ומ"מ מטמאינן בכתם יבש למפרע וגם היא מקולקלת למנינה וע"כ צ"ל כמ"ש דאף בחזקה מבוררת היכא דיצאה מחזקתה זמן מה תו לא היה חזקה. [והא דבלח נמי טמאה למפרע ומקולקלת למנינה כמ"ש התוס' בנדה (ג.) ד"ה ושרצים כו'. הוא משים דלא חלקו] וכן כתב הרשב"א להדיא בבית ג' שער ששי וז"ל ואע"ג דלגבי מומין אמרו העמד אשה על חזקתה ובחזקת הבעל נולדו אעפ"י שהמומין הללו שנולדו בה הן מימין שא"א שנולדו בה עכשיו ממש. התם הוא דמ"מ ברשות הבעל נמצאו ואין לנו להחזיק מרשות לרשות אלא אמרינן כאן נמצאו וכאן היו כו' עכ"ל. אלמא להדיא שאף שבמומין היה חזקה ברורה. מ"מ כיון דא"א לומר בשעה זו ממש נולדו. הוכרח הרשב"א לומר דהחזקה היא משום טעם דכאן נמצאו וכאן היו. ולפי"ז גם גבי חזקת הבתולים דקאמר ר"ג דנאמנת לומר משארסתני נאנסתי הוא ג"כ מטעם דכנוכ"ה. ודוקא לגבי ממין מהני הטעם דכנוכ"ה כמש"כ התוס' חולין (נא.) ד"ה המוציא כו' בתירוצם קמא וז"ל וי"ל דודאי כדי לקיים המכר והקדושין סברא הוא דאמרינן הכי כו'. אבל לגבי איסור לתלות שודאי נבעלה תחתיו מטעם כנוכ"ה לא אמרינן. ולהכי פריך שפיר הגמרא על ר"א ואמאי

הא ס"ס הוא. ודלא כבעל הפלאה שכתב דהא דפריך בגמרא והא ס"ס הוא לא פריך אלא אליבא דר"א דס"ל שם (עה:) תברא מי שנה זו לא שנה זו כו' אבל לרבא דמשני שם כאן נמצאו וכאן היו והכי קיי"ל בסי' קי"ז וכ"כ ב"ש בסי' ס"ח וכ"ה בשו"ע או"ח סי' תס"ז לענין איסור אפי' לקולא כו' נמצא בשיש שהות אחר החופה אמרינן כנוכ"ה ע"כ. משום דמדברי הרשב"א הללו מוכח דאינו כן. דהא לפי סברת הרשב"א הנ"ל משום רבו ר"י דהיכא דא"א לומר דבשעה זו נולדו המומין איתרע החזקה דגופה וע"כ טעמא דמומין הוא משום דאין מחזיקין מרשות לרשות. וא"כ האיך אפשר לומר דר"א לא ס"ל הך סברא דכנוכ"ה דא"כ תקשה לדידי' מאי טעמא דמומין דמחזיקינן דעכשיו נולדו. וע"כ צ"ל דגם ר"א וכן רב אשי דמשני שנויא אחריני כולם סוברים הסברא דכנוכ"ה רק דפליגי על רבא דסובר דכל זמן האירוסין מיקרי שהיא ברשות האב. ולהכי משני רישא וסיפא מטעם כנוכ"ה. אבל הם סוברים דכל זמן אירוסין מיקרי נמי רשות הבעל עליה ולהכי מוכרחים לתרץ בשנויי אחריני. ולפי סברתם אין צ"ל דהא דקאמר ר"ג נאמנת לומר משארסתני נאנסתי מיירי בענין שיכול להיות שנאנסה תחת בעלה לאחר הנשואין. וכמו שמוכרחין לומר לדברי רבא כמ"ש התוס' שם ד"ה רישא כו'. דכיון דלפי דעתם אפי' מן האירוסין מקרי עליה רשות הבעל ואין מחזיקינן מרשות לרשות. ולפי"ז מוכרחים אנו לומר כמ"ש דבאיסור לא אמרינן כנוכ"ה לתלות לחומרא ולומר שודאי השתא נבעלה. דאל"כ תקשה מאי פריך הגמרא על ר"א והא ס"ס הוא. הא ר"א נמי סובר דאמרינן כנוכ"ה. ואדרבה ר"א סובר דאפי' מן האירוסין מקרי רשות הבעל עליה. ובודאי מצינו לומר כנוכ"ה אפי' אין שהות אחר החופה לזנות. אלא ודאי דסברת כנוכ"ה לא אמרינן אלא לגבי מומין כדי לקיים המכר והקדושין או אפי' לגבי איסור. ודוקא לקולא דלא מחזקינן איסור ממקום למקום כמ"ש בשו"ע או"ח הנ"ל. והוא מטעם חזקת היתר דמסייע לזה. אבל לגבי איסור להחמיר לא אמרינן כנוכ"ה:

סימן יא

אח"כ ראיתי להרשב"א בחידושיו ליבמות (קטו:) גבי אי חיישינן לשני יצחק ריש גלותא דכתב שם וז"ל וקשה לי קצת דאם איתא דטעם דרבא משום כאן נמצאו וכאן היו ואזיל לטעמי' דאית לי הכין בפ' המדיר הא לא קיי"ל התם בטעמי' דרבא אלא כרב אשי דהא מסקנת דשמעתא משמע דלית לי' לרבא כנ"ל. וי"ל דלגבי ממונא היא דלא אמרינן הכי הא לגבי אשה משום עגונה אמרינן. וכדאמרינן נמי לגבי טומאה אין מחזיקין טומאה ממקום למקום שכל הטומאות במקום מציאתן וכשעת מציאתן עכ"ל ונפלאתי ע"ז דהאיך אפשר לומר דרב אשי לא ס"ל הסברת דכנוכ"ה. א"כ מאי טעמא דמומין. הא

כיון דא"א לומר בשעה זו נולדו אין כאן חזקה כמ"ש הרשב"א בעצמו בשם רבו ר"י. ועוד קשה האיך מוכח דרב אשי לא ס"ל הסברא דכנוכ"ה הא מצינן למימר דגם הוא ס"ל הך סברא והא דצריך לתרץ רישא במנה לאבא בידך הוא משום דס"ל דחזקה דגופה עדיפא מסברא דכנוכ"ה. ולכך אי הוה כמנה לי בידך הי' צריך הבעל להביא ראי' אף אם נמצאו ברשות האב משום דחזקה דגופה מסייע לה וכן כתב הריטב"א בכתובות דלכך נייד רב אשי מתירוץ רבא. וצ"ע על הריטב"א דביבמות כתב כדברי הרשב"א הנ"ל דרב אשי לא ס"ל סברא דכ"נ וכ"ה וסותר דברי עצמו. ומצאתי להש"מ שמביא בשם הרשב"א בחידושיו לכתובות וז"ל ונ"ל דרב אשי לא ס"ל כאן נמצאו וכ"ה דאלו טוען האב ברי א"נ בבוגרת דה"ל מנה לי בידך אע"ג שהיא בבית אביה על הבעל להביא ראי' ובטומאות דוקא אמרינן אין מחזיקין ממקום למקום אבל בממונא לא אמרינן. והכי נמי משמע לכאורה בנדה בפ' הרואה דתניא התם בדקה עצמה וחלוקה והשאילתו לחברתה היא טהורה וחברתה תילה בה ואמר רב ששת עלה לענין דינא תנן ואם איתא דלענין דינא אמרינן כנוכ"ה אפי' לענין דינא נמי נימא שתהא שניה חייבת לכבס משום דכ"נ וכ"ה. א"נ בין בטהרות בין בממונא לא אמרן אלא דוקא בכיוצא בטהרות דליכא טענת ברי אלא שמא אבל בכעין מתני' דהכא ובכעין מתניתין דהנושא את האשה דברי ושמא אע"ג דמסייע למאן דטעין שמא כנוכ"ה אפ"ה ברי עדיף. וזה עיקר. וההיא דנדה משום דחלוק ברשות משאילי' קאי וכיון שכן לענין דינא מצי אמרה לה שניה ברשותך אתילד ריעותא כו' עכ"ל. והנה נראה מדברי הרשב"א עצמו לפי תירוץ השני שלו שכתב וזה עיקר שהסכים דגם רב אשי ס"ל הסברא דכנוכ"ה. והא דפליג רב אשי על רבא הוא דוקא היכא דהאב טעין טענת ברי או שהיא בוגרת דלרבא אמרינן כנוכ"ה. ולא מהני טענת ברי של האב היכא דנמצאו בבית אביה. ורב אשי ס"ל דגם כאן לא אמרינן כנוכ"ה ומהני טענת ברי. וע"כ משום דמסייע לי' להאב לטענת ברי שלו חזקת הגוף. וא"כ צ"ע דברי הרשב"א דיבמות דכתב דרב אשי לא ס"ל כנוכ"ה:

עוד צ"ע בדברי הרשב"א כיון דס"ל בתירוץ השני דאמרינן גם בממונא דהיכא דשניהם טוענים שמא אמרינן כנוכ"ה אף לדברי ר"א. אמאי פסק דלא כשמואל דאמר כל שנולד ספק ברשותו עליו להביא ראי'. עיין בהה"מ פ"כ מה' מכירה הט"ו שכתב וז"ל ואם לא הביא ראי' ישלם הדמים. זה מבואר בסוגיא שם אליבא דשמואל דכי אמרינן בברייתא לא הוגלד פי המכה המוציא מחבירו עליו הראי' דוקא כשנתן הטבח המעות כו' אבל לא נתן הטבח המעות אין על המוכר להביא ראי' אלא מוציאין מן המוכר בלא ראי'. ומ"מ כבר כתבתי דיש פוסקים דלא כשמואל וכאן אם לא נתן הטבח דמים על המוכר להביא

ראי' כו'. וכן הרשב"א ז"ל הקשה לדברי המחבר לומר דסוגיא דלא כהלכתא עכ"ל [ועיין ברשד"ם ח"מ סי' ש"ט שהביא לדברי הה"מ הללו וכתב סוף דבר דפלוגתא רבוותא היא אם לא יהיב טבחא דמי אי מפקינן אי לא מפקינן] וכן הובא בש"מ על כתובות דברי הרשב"א בחידושיו ומשם יצאו דברי הה"מ הללו. וטעמא דרשב"א משום דס"ל דשמואל אזיל בשיטת רבא. אבל לפי מאי דקיי"ל כרב אשי לא אמרינן כנוכ"ה. וקשה הא הוא כתב על ותירוץ השני וזה עיקר. וכן הרשב"א בחידושיו לחולין (נא.) הביא דברי התוס' דלעולם קרי ללוקח מוציא ואעפ"י שלא נתן עדיין מעות וטעמא דמלתא משום דאמרינן מספק שברשותו נולד הטרפות כדאמרינן בכתובות גבי מומין שבאשה כנוכ"ה כו' ולא חלק ע"ז. וצע"ג בכל זה:

ולכאורה אפשר לישב קושיא הראשונה שהקשיתי על הרשב"א כיון דר"א לא ס"ל נמצא כו' א"כ מאי טעמא דמומין דאמרינן שם העמידנה על חזקתה הוא משום דהא דכתב הרב ר"י כיין דאיתרע החזקה לפנינו וע"כ בשעה זו לא נולדו. ח"כ לא הוה חזקה אין כוונתו דמשו"ה לא הוה חזקה כלל. אלא משום דמעמידין חזקה דהשתא נגד חזקה דמעיקרא והוה ספק השקול. לכך היכא דהסברא דכנוכ"ה מסייע לחזקה דמעיקרא גם ר"א ורב אשי מודים דחזקה דמעיקרא עדיפא מחזקה דהשתא. אך קשה לפי"ז מאי פריך הגמרא בכתובות מרישא [דנמצא בבית אביה] לסיפא [דנמצא בבית בעלה] הלא הא דמהני בסיפא חזקה דמעיקרא הוא משום דמסייע לי' הסברא דכנוכ"ה. וא"כ ברישא דליכא הך סברא כנוכ"ה ואיכא חזקה דהשתא נגד חזקה דמעיקרא לכך לא מהני חזקה דמעיקרא להוציא ממון. ולפי משב"ל שדעת ר"א ורב אשי הוא דכל זמן אירוסין מיקרי רשות הבעל עלי' כיון דלענין מומין שנולדו אז אמרינן נסתפחה שדהו יש לישב קושית הגמרא מרישא לסיפא. ומה דהוצרכו האמוראים לתרץ ע"ז משום דגם ברישא מסייע הסברא דכנוכ"ה לחזקה דמעיקרא. אך דברי רבא צ"ע גם לפי"ז. דהא הוא סובר דכל זמן אירוסין לא מיקרי רשות הבעל עליה. וא"כ אמאי צריך לומר דרישא מטעם כנוכ"ה. הא אפי' בלא טעם דכנוכ"ה ג"כ ניחא הא דצריך האב להביא ראי' דאיכא חזקה דהשתא נגד חזקה דמעיקרא. ואולי יש לדחוק דעיקר תירוצו הוא משום דבסיפא איכא הך סברא דכנוכ"ה. והא דקאמר ברישא כנוכ"ה הוא לאו דוקא. ועיין בש"מ שם. אבל באמת מדברי הראשונים נראה דהם אינם מפרשים כן וא"כ קשה כנ"ל:

ע"כ נ"ל לומר דלא כמו שעלה בדעתי מקודם דגם בחזקה ברורה ס"ל להרשב"א היכא דא"א לומר דעתה איתרע רק זמן מה מקודם לא הוה חזקה. אלא נ"מ בין חזקה דאתא מכח רובא ובין חזקה ברורה. דבחזקה דאתא מכח רובא כיון דחזינן דאיתרע מקודם

ויצא מן הרוב ולא ידעינן אימתי יצא מן הרוב ע"כ איתרע לגמרי. אבל גבי חזקה ברורה אף דאיתרע זמן מה מקודם מ"מ זה שיכולין לתלות דעכשיו איתרע בודאי תלינן. והא דהקשיתי מכתם שהביא הרשב"א בשם ר"י ראי' ושם לכאורה הוה חזקה ברורה דאשה בחזקת טהורה עומדת כמש"ל. נראה דאף ללישנא קמא דנדה (ב.) דהטעם דב"ש דקאמר דיה שעתה הוא משום דאשה בחזקת טהורה עומדת וגם הלל וחכמים מודים בזה לחולין. וכן הא דאינה מקולקלת למנינה הוא ג"כ מטעם זה. היינו משום דכיון דאשה עלולה לראות לא מקרי חזקתה חזקה ברורה רק חזקה דאתא מכח רובא. דרוב פעמים אשה אינה רואה אלא בהרגשה. וכל זמן שלא הרגישה עומדת בחזקת טהרה. וא"כ עתה אם ראתה בלא הרגשה הגם שהיא יוצאת מן הרוב מ"מ אמרינן דעכשיו איתרע משא"כ גבי כתם יבש כיון דחזינן שראתה בלא הרגשה וגם לא מצינן לומר שעתה איתרע רק זמן מה מקודם להכי אמרינן דאיתרע החזקה [ולללישנא דאבע"א שם (ג.) דהיינו טעמא דשמאי הואיל ואשה מרגשת בעצמה פירושו ומדלא הרגישה עד עתה אמרינן דעכשיו ראתה (ועיין תוס' שם ד"ה מרגשת כו') ולכך ליכא למירמי חבית ומקוה להך לישנא]. וכן כתב הרשב"א בריש נדה וז"ל ור"ח ז"ל פי' מי איכא למימר חזאי ואתא חזאי ואתא ולא ארגשה הא ודאי אלו אתא מעיקרא הוה מרגשת. ואף לדידי נמי קשה מאי דאקשי לעיל דאכתי לא שמעינן לי' לשמאי דאית לי' הכי ולישנא אחרינא הוא דאמרינן לקמן דאית לי' לשמאי הואיל ואשה מרגשת בעצמה ולההוא לישנא להלל נמי תו ליכא למרמי מקוה וחבית ומבוי. ויש לי לומר פירוש לפירושהן ז"ל דהכא עיקרא דמילתא אטעמא דהעמד אשה על חזקתה הוא ולומר דכיון דבחזקת טהורה קיימא אע"ג דהשתא איתא דם לפניה מ"מ כיון דדרכה של אשה להרגיש בביאת האורח אי נמי שאין הכתלים מעמידין דם בכל עת אכתי לשמאי איכא למימר דלא מטמאין לה למפרע כלל ולהלל די לנו אם ניחוש לה לתלות. אבל הני לישני דלקמן מימר קאמר שמאי לעולם אין אורח בא שלא בהרגשה וכן אין הכתלים מעמידין דם לעולם כו' אבל השתא לאו למימרא שלא תראה אלא בהרגשה אלא לומר כיון דדרכה לראות בהרגשה וזו בחזקת טהורה עומדת לא ניחוש לה לרואה למפרע וכן להלל לא תטמאנה טומאה ודאי כנ"ל לפי פירושיהן ז"ל עכ"ל. הרי מוכרח להדיא מדבריו דחזקת טהרה הוא מטעם דרוב נשים רואות בהרגשה. ולפי דברינו כעת י"ל דברי הרשב"א בריש פ' כל הידמה שהקשה כיון דודאי חתיכה הפילה וכיון דמחצה חתיכות מד' דמים נפקא איתתא מחזקתה כמש"פ בסי' ב':

ולפ"ז א"ש הכל על נכון. דלענין מומין נראה דאיכא תרי גווני מומין. איכא מומין דע"כ שלא בשעה שנולדה הי' אלא אח"כ. ולגבייהו הוה חזקה ברורה כמו חזקה דבתולה.

ואיכא מומין דאפשר לומר שבשעה שנולדה הי'. ולגבייהו הוה חזקה דאתא מכח רובא. דרוב נשים הן בלא מומין. והא דפריך הגמרא מרישא לסיפא וליכא לתרוצי כמו שהקשיתי לעיל כיון דע"כ לא בשעה זו שנמצאו נולדו וא"כ לא הוה חזקה רק מטעם כנוכ"ה וא"כ גבי אירוסין דליכא למימר כ"נ וכ"ה איתרע לה החזקה. משום דאכתי תקשה גבי מומין דא"א לומר דהי' בשעה שנולדה אמאי צריך האב להביא ראי' כיון דשם הוה חזקה ברורה. והא דהוצרך הרשב"א לומר הטעם דהוה חזקה משום דאמרינן כנוכ"ה הוא לענין מימין דאפשר לומר שהי' משעה שנולדה דלא הוה חזקתה רק מכח רובא וכיון דאיתרע לה זמן מה מקודם אין מעמידין אותה על חזקתה לכך הוצרך לומר דכיון דכ"נ וכ"ה מסייע להחזקה דמעיקרא מעמידין אותה על החזקה אף דאתא מכח רובא. אח"כ מצאתי להגאון בעל מקור מים חיים בסי' פ"א שכתב וז"ל וראיתי בס' פ"מ שכתב הא דס"ל להרשב"א היכא דיצאה זמן מה מחזקתה מטריפין למפרע כל הגבינות היינו בחזקה שאינה מבוררת כי הכא דמהאי טעמא ס"ל להתוס' ושאר פוסקים לאסור הגבינות. אלא דהר"ש שהביא הרשב"א ושאר פוסקים מכשירין מכח חזקה דאתא מכח רובא דרוב בהמות אינן טרפות וע"ז סובר הרשב"א דהיכא דיצאה זמן מה מחזקתה שיצאה מהרוב שוב לא מוקמינן כלל אחזקתה אבל היכא דהוה חזקה מבוררת מודה הרשב"א אף שיצאה מחזקתה מ"מ כל מה דנוכל לאוקמה אחזתה מוקמינן. והשיג על הפ"ח שמשמעות דבריו אף בחזקה מבוררת כל שיצאת זמן מה מחזקתה וא"א ליתן לה גבול אסרינן למפרע. ולפע"ד ברור כדברי הפ"ח בדעת הרשב"א והכי מוכח להדיא מדברי הרשב"א בתה"א ובחידושיו והר"ן בחולין דהקשו על הך סברא היכא דיצאה זמן מה מחזקתה תו לא מוקמינן אחזקתה וז"ל ואע"ג דגבי מומין אמרו העמד אשה על חזקתה ובחזקת הבעל נולדה ואעפ"י שהמומין הללו שנולדו בה מומין שא"א שנולדו בה מעכשיו ממש. התם הוא דמ"מ ברשות הבעל מצאו ואין לנו להחזיקם מרשות לרשות אלא אמרינן כאן נמצאו וכ"ה כו' ואם איתא לדברי בעל פ"מ מה מקום להקשות ממומין דהתם הוה חזקה מבוררת ושפיר אוקמינן אחזקתה וברשות הבעל נולדה. א"ו דליתא לדברי בעל פ"מ בזה וזה ברור עכ"ל. ולפ"ד נראה דהדין עם בעל פ"מ. וראייתי תירצתי בטוב טעם דודאי איכא כמה מומין דלית בהו חזקה מבוררת רק חזקה דאתא מכח רובא כנ"ל:

עוד נראה לישב דברי הרשב"א משום רבינו יונה שבת"ה מה שהקשיתי עליו דא"כ מאי מקשה הגמ' בכתובות שם מרישא לסיפא. די"ל דבאמת כל המומין אפשר לומר משנולדו היו ולכך לא הוה אלא חזקה דאתא מכח רובא דרוב נשים הן בלא מומין. וכל

כמה דלא איתרע מסתמא היא מן הרוב ולכך הוצרך הר"י לומר דהחזקה הוה מטעם כנוכ"ה כמש"ל. והא דפריך הגמרא מרישא לסיפא הלא בהרישא ליכא הסברא דכנוכ"ה ולכך איתרע לה חזקתה. הוא משום דאכתי תקשה אמאי הוצרך ברישא האב להביא ראי' שמשנתארסה נולדו בה המומים. הא אם לא הביא ראי' רק שבקטנותה לא היו בה מומין הללו ג"כ סגי. כיון דאז הוה חזקה מבוררת ובחזקה מבוררת כו"ע ס"ל דאע"ג דחזקה דהשתא אית בה מעלייתא דע"כ לא בשעה זו איתרע מ"מ חזקה דמעיקרא עדיפא כיון דהוה מבוררת בשעתה ובזה נסתר מה שכתב הפ"י בגיטין (יז.) על דברי התוס' ד"ה משום בת אחותו שלא יחפה עליה כשאין בו זמן דלא אמרינן אוקמה אחזקת אשת איש והשתא הוא דאיגרשה כיון שהיא גרושה לפנינו ועוד אדרבה אוקמה בחזקת כשרה שלא נבעלה כשהיא א"א עכ"ל. והקשה ע"ז הפ"י דהא מוכח מכמה סוגיות בש"ס דלא אמרינן אוקמי אחזקה דהשתא לאפוקי חזקה קמייתא אלא היכא דאיכא עוד חזקה אחרת כגון במקוה דאיכא חזקה דגברא בחזקת טמא משו"ה מצרפינן סברא זו דהרי חסר לפניך דאיכא תרתי לריעותא. ורוצה לישב זה עפ"י דברי הרשב"א והר"ן גבי גבינות שדעתם כל היכא דא"א לומר דמעכשיו ממש בזו הרגע נשתנה החזקה קמייתא בשעה שאנו מוצאין השתנות החזקה איגלאי מילתא למפרע שהיינו מחזיקין החזקה קמייתא בטעות איזה זמן משו"ה איתרע החזקה קמייתא לגמרי ומוקמינן אחזקה דהשתא דומיא דכתמים דטמא למפרע עד שעת הכבוס וא"כ י"ל דהכא נמי ע"כ א"א לומר דעכשיו ממש בזו הרגע נתגרשה כשמראית הגט לפנינו דא"כ הרי העדים מצוין לפנינו ונחזי מאי קאמרי אימתי נתגרשה והאיך יכול לחפות עב"א. אע"כ שאין העדים לפנינו וא"כ ע"כ לאו עכשיו ממש נתגרשה כו' משו"ה מוקמינן לה לגמרי אחזקה דהשתא למפרע אף בשעה שזנתה. ומסיים שם דמכמה מקומות מהתוס' נראה דאינם סוברים כן יעו"ש ולפי מ"ש מוכרח לומר דגם הרשב"א והר"ן מודים בחזקה ברורה דלא מחלקינן בה בין אם נוכל לומר דהשתא הוא דאיתרע או שאיתרע זמן מה מקודם. וע"כ צ"ל בדברי התוס' כמו שמסיק הפ"י שם דהכל חד תירוצא הוא. ומצטרפין חזקה דהשתא עם חזקת כשרות שלה. ומה שהקשה שם הפ"י ועדיין קשיא לי דהא בפ"ק דכתובות (ט.) בסוגיא דפ"פ אמרינן דבאשת כהן נאמן לאוסרה עליו דליכא אלא חד ספיקא. והקשו התוס' אכתי אמאי לא אמרינן אוקי בחזקת כשרות וקודם שנתארסה זנתה. ותירצו דחזקת הגוף עדיפא לומר שהיתה בתולה בשעת אירוסין. אלמא אע"ג דאיכא כמה חזקות להתיר חזקת כשרות וחזקת היתר לבעלה וחזקה דהשתא דהרי בעולה לפניך אפ"ה אמרינן דחזקה קמייתא עדיפא לומר שהיתה בתולה וא"כ מ"ש הכא דפשיטא להו דמהני תרתי

במקום חדא ע"כ. לא הבנתי קושיתו כלל דהא התוס' בכתובות דכתבו דאזלינן בתר חזקה קמייתא הוא לענין דמשוי לי' ספיקא ולא אמרינן דודאי קודם שנתארסה זנתה מחמת חזקת כשרות שלה. ולכך הוה ספק השקול משום דאיכא כנגדה חזקה קמייתא מחזקת הגוף. וה"נ ודאי דהוה ספיקא מחמת חזקה קמייתא דאיכא כנגדה. אבל לא קטלינן משום ספיקא. ולכך מצי לחפות עליה. גם מש"כ הפ"י שם ובלא"ה צ"ע לשונם בכתובות מכל הני סוגיות שכתבתי דתרתי במקום חדא עדיפא מחזקה קמייתא אפילו בחזקת הגוף כגון בבוגרת ובנדה. כבר בארתי בשם הש"מ דהביא מתוס' והרא"ש דכיון דא"א לומר חסר ואתאי כמו במקוה לכך לא הוה אלא ספיקא. ולא עדיפא חזקה דהשתא נגד חזקה קמייתא:

סימן יב

וראיתי להגאון בעל שעה"מ בה' אישות פ"ב הי"ד שכתב דדעת הטור בא"ע סי' ל"ז שכתב קדשה אביה בדרך וקדשה עצמה בעיר והיא בתוך ששה חדשים ונמצאו לה סימני בגרות הוה ספק וצריכה גט מב' כו'. ונראה דטעמי' ז"ל אע"ג דס"ל בעלמא דאזלינן בתר חזקה הוא דאורייתא היינו דוקא היכא דלא איתרע החזקה אבל היכא דאיתרע החזקה לא אזלינן בתר חזקה. והביא ראי' מדברי התוס' דיבמות פ' אלמנה לכ"ג (סח.) ד"ה רישא שהקשו גבי ספק בן ט' פוסלים דאמאי לא נעמידנו על חזקתו ראשונה שהי' קטן ותירץ דהשתא דאתי קמן הוה ודאי בן ט' דחזקה קמייתא איתרע לה. אלמא דס"ל דכל דאיתרע לה חזקה לא אזלינן בתר חזקה. והביא שם בשם המהרי"ט ז"ל שתמה על דברי התוס' דיבמות דאיך אפשר לומר היכא דאיתרע חזקה לא אזלינן בתר חזקה שהרי בריש נדה מוכח דלעולם אזלינן בתר חזקה. אע"ג דאיתרע לה השתא דמייתי לה להיא דמקוה שנמדד ונמצאת חסרה כל טהרות שנעשו על גבה למפרע טמאות ופריך מינה למתני' דנדה ומסיק התם איכא תרתי לריעותא העמד טמא על חזקתו והרי חסר לפניך אלמא דאי לאו טעמא דהעמד טמא על חזקתו הוה מוקמינן מקוה על חזקתה אע"ג דהרי חסר לפנינו. והשיב עליו השעה"מ וכתב ולפע"ד אין כאן קושיא כלל דמ"ש התוס' ביבמות דכל דאיתרע חזקתה לא אזלינן בתרה כלל היינו לומר דספק הוה ומשו"ה קתני מתניתין דפוסלים משום דס' הוה אם הי' גדול באותה שעה אבל לאו למימרא דחשבינן לי' כגדול ודאי. והלכך משו"ה הוצרכו גבי מקוה לטעמא דתרתי לריעותא כי היכי דלהוי טמא ודאי דאי לא"ה הוה אזלינן בתר חזקה דמקוה אע"ג דהרי חסר לפנינו ומיהוי ספק עכ"ל השעה"מ. ולפע"ד נראה דהדין עם המהרי"ט דהא הגמרא בנדה הקשה שם ג"כ מחבית דלא הוה אלא ספק טבל. ואפ"ה מסיק שם הגמרא משום דהוה תרתי ריעותא

וא"כ מוכח משם דחדא לריעותא אפי' ספיקא לא הוה משום דחזקה דמעיקרא עדיפא מחזקה דהשתא. וגם בנדה גופא הא מודה הלל לשמאי דלחולין טהורה למפרע וע"כ משום דמה"ד מוקמינן לה אחזקה דמעיקרא. אמנם לפי מה. שהובא דעת המהרי"ט בש"ש ש"ג פ"י דס"ל דחזקה העשויה להשתנות לא הוה חזקה. והא דטהורה לחולין הוא משום דומיא דסוטה שהוא להבא אבל למפרע טהור. וכן הביא שם בשם חידושי הר"ן שהביא משום י"מ שאע"ג דליכא חזקה מ"מ טהורה למפרע משום דגמרינן מסוטה יעו"ש. וא"כ ליכא ראיה ממה שהיא טהורה לחולין לכו"ע דחזקה דמעיקרא עדיפא. אבל באמת קשה לי לפי"ז דא"כ מאי פריך הגמרא לשמאי מחבית דהוה ספק טבל והכא טהורה לגמרי הא טומאה למפרע גמרינן מסוטה ולכך מקילין בספיקא אבל גבי איסורא ודאי אסורה מספיקא. אלא ע"כ צ"ל דטעמא דשמאי הוא ודאי מטעם חוקה כדמשמע פשטיות הגמרא. א"כ יש ללמוד מני' לדידן בחזקה שאינה עשויה להשתנות דחזקה דמעיקרא עדיפא אע"ג דאיכא ריעותא לפנינו. ועוד קשה לי לפי שיטה זו דחזקה דעשויה להשתנות לא הוה חזקה. או משום דאיכא ריעותא מגופה לא הוה חזקה א"כ אמאי אינה מקולקלת למנינה. וגם הגאון בעל ש"ש הביא שם ראי' ברורה דלא כמהרי"ט. ולפי"ז ע"כ אנו מוכרחין לומר דהטעם הוא משום דחזקה דמעיקרא עדיפא ולכך מה"ד טהורה היא למפרע ואינה מקולקלת למנינה. ואף שלכאורה מדברי התוס' יבמות (פח.) ד"ה ברי לי כו' דכתבו דנדה לא מקרי איתחזק איסורא משום דעומדת להשתנות משמע כדברי המהרי"ט. אכן בתוס' ב"ק (מו:) ד"ה מדעי ידעי דשותפות אית לי ס"ל דחזקת מעוברת והשתא ילדה מיקרי חזקה. אע"ג דאין לך עשוי להשתנות גדול מזה וע"כ נ"ל דמש"כ התוס' יבמות דלא מיקרי איתחזק איסורא היינו דלא הוה חזקה אלימתא כ"כ משום דעומד להשתנות ולכך נאמן בה עד אחד. אבל למילף מינה לשארי חזקות דע"א יפקיע אותה מחזקתה לא ילפינן. אבל מ"מ מיקרי חזקה דכל זמן דלא אשתני לפנינו מעמידין אותה על חזקתה:

ובעיקר קושית התוס' דיבמות גבי ספק בן ט'. לולי דבריהם שם הייתי אומר דלענין ספק בן ט' לא מצינן למימר נעמידנו על חזקתו. כיון דכל הספק הי' אצלנו באיזה זמן נולד. כגון אם הספק אצלנו עליו אם נולד בניסן או באייר ואם נולד בניסן כלתה לו ט' שנים שלו בניסן. ואם נולד באייר כלתה לו באייר. וא"כ האיך תכריח לנו החזקה שלו שבודאי נולד באייר ולא בניסן. ולפע"ד נראה דלגבי זה לא שייך חזקה כלל ונראה דזה דעת הרשב"א ז"ל בתשובה אלף רי"ו שכתב שם הלכך אשה זו כיון שנסתפקו במספר שנותיה אנו חוששין שמא הגיעה לכלל שנים ומקודשת דבר תורה. וגם הא דלא מוקמינן אותה

בחזקת כשרות משום כיון דודאי נבעלה א"כ הרי איתילד ריעותא לפנינו וכבר בארנו למעלה דדעת הרשב"א הוא דבכה"ג לא מוקמינן לה אחזקתה מדאורייתא. אבל מדרבנן הא רוב הראשונים מודים דהיכא דאיתילד ריעותא לפנינו לא מוקמינן לה אחזקתה:

עוד כתב שם השעה"מ ומדברי הר"ן בחולין גבי גבינות נראה דס"ל כדעת התוס' בריש נדה דאזלינן בתר חזקה אף היכא דאיתרע החזקה דלא כדעת רש"י והטור. אלא דלפי"ז יש לתמוה על הטור ביו"ד סי' פ"א שפסק כדברי הר"ן הללו ואלו כפי מ"ש בא"ע נראה דס"ל כל דאיתרע החזקה לא אזלינן בתרה ומסיק שם ולכן נראה דגבי גבינות שאני דחזקה אלימתא היא כיון דאתא מכח רובא דרוב בהמות כשרות הן הלכך אלימא טפי דאפי' היכא דאיתרע מוקמינן לה אחזקתה כי' ע"כ. ונפלאתי ע"ז האיך אפשר לומר דחזקה דאתא מכח רובא עדיפא מחזקה ברורה. הא התוס' דחולין ונדה ס"ל לאסור הגבינות אם שחטו הבהמה ונמצאת טרפה משום דכל חזקה שלא נתבררה בשעתה לא אזלינן בתרה. ואי משום חזקה דאתי מכח רובא. סוברים דאע"ג דהיכא דלא איתרע הוה חזקה מדקאמר נשחטה הותרה וזה הוה חזקה מכח רובא מ"מ כיון דאיתרע לא הוה חזקה ומשמע להדיא מדבריהם דאי הוה אמרינן דחזקה אף שלא נתבררה בשעתה נמי הוה חזקה וא"כ כיון דחיתה יותר מי"ב חודש נתברר למפרע שלא היתה טרפה אז היו מותרין הגבינות אע"ג דאיתרע החזקה. אלמא דס"ל דחזקה ברורה עדיפא מחזקה דאתא מכח רובא. וכן מוכח מדברי הרא"ש שם. ואף שמסיק שם הרא"ש כדברי רבינו יונה דאע"ג דהוה רק חזקה דאתא מכח רובא ואיתרע נמי מהני. מ"מ מוכח שם דחזקה ברורה ודאי מהני אף דאיתרע וא"כ איך אפשר לומר דהטור יסבור דחזקה ברורה גריע מחזקה דאתא מכח רובא. היפך מדעת התוס' והרא"ש אביו ז"ל:

ובזה נסתר גם תירוץ השעה"מ שם על דעת הטור הנ"ל מההיא דפ' המדיר הנ"ל דאזלינן בתר חזקה דגופה אליבא דר"ג דהלכתא כוותי' אע"ג דאיתרע לה חזקה שהרי מום לפנינו וכתב דכפי האמור לא קשה מידי דהתם נמי איכא רובא ורובא דעלמא לאו בני מומין הן עכ"ד. אבל לפי מש"ב דחזקה ברורה לא גרע מחזקה דאתא מכח רובא א"א לתרץ כן. אך מ"מ לכאורה יש לקיים תירוצו באופן זה. כיון דאיכא כאן רובא דמסייע לחזקה דמעיקרא גם הטור מודה דחזקה דמעיקרא עדיפא נגד חזקה דהשתא וכה"ג כתב הש"ך בסי' א' סק"ח לתרץ קושיתו על הרמ"א דפסק לענין שוחט שבדקו ונמצא שאינו יודע אם נטל פעם אחת קבלה לא מטרפינן למפרע דאמרינן השתא הוא דאיתרע דקשה מ"ש ממקוה שנמצאת חסרה דאמרינן כל טהרות שנעשו ע"ג למפרע טמאים. וכתב דזה לא קשה מידי כיון דהכא איכא חזקה ורובא דרוב מצוין אצל שחיטה מומחין הם. אבל

באמת דברי הש"ך אינם נוחים לי דמוכח מדברי התוס' והרא"ש דאינם סוברים כן. דהא הקשו התוס' בכתובות (עה:) ד"ה אבל. וז"ל ומיהו תימא לר"י דהיכא מצי למימר דאי לאו חזקת ממון דהכא הי' אזיל ר' יהושע בתר חזקת הגוף והא הוי חדא במקום תרתי דאית לן למימר העמידנה בחזקת פנויה. וכי תימא אדרבה העמד אותה בחזקת שלמה והשתא הוא דנעשה מום הרי מום לפניך דכי האי גוונא חשבינן תרתי לריעותא גבי מקוה שנמדד ונמצא חסר כו' ע"כ. ולפי דברי הש"ך לא קשה מידי דהא גבי מומין איכא רובא דמסייע לחזקה. וכן מדברי הרא"ש שהובא בש"מ שהבאתי למעלה שהקשה על מה דאסרינן גבי אשת כהן דנמצאת פ"פ אמאי לא מוקמינן לה אחזקה שהיא כשרה לכהונה ונימא לאו תחתיו זנתה. ואי משום דאיכא חזקת הגוף שהיא היתה בתולה כנגדה. הרי חזקת הגוף איתרע דהרי בעולה לפניך כמו דאמרינן גבי מקוה ותירץ שאני מקוה דחסר ואתאי. ואי כדברי הש"ך מעיקרא לא קשה מידי. דהכא גבי בתולה איכא נמי רובא דמסייע להחזקה היינו דרוב בתולות שלמות נשאות אע"כ דס"ל דאין לחלק בכך דלעולם אזלינן בתר חזקה דהשתא היכא דמסייע לה עוד חזקה. ולכאורה יש לומר דהתוס' דפ' המדיר ס"ל כדברי הש"ך. אך קושייתם הוא ממומין דאפשר לומר שמשעה שנולדה היו בה המומין הללו. וא"כ לא הוה רק חזקה דאתא מכח רובא לבד וכיון דאיתרע השתא לפנינו יצטרפו לחזקת הפנויה כמו גבי מקוה. אבל ז"א דהא התוס' בנדה ס"ל דגבי חזקה דאתא מכח רובא כיון דאיתרע לא מוקמינן אחזקתה כלל. וע"כ צ"ל לפי"ד דהם מפרשים הא דמוקמינן אחזקתה חזרת הגוף הוא במומין דא"א לומר שמשעה שנולדה היו בה מומין הללו. וא"כ הוה כאן חזקה ברורה וחזקה דאתא מכח רובא. ואפ"ה הקשו התוס' ממקוה א"כ ע"כ צ"ל דלא כדעת הש"ך:

אבל לאחר העיון יש לישב דברי הש"ך דהא דס"ל להתוס' דאע"ג דחזקה דאתא מכח רובא מסייע לחזקה דמעיקרא מ"מ דמי למקוה. איכא למימר משום דאזלי לשיטתם דס"ל כיון דאיתרע לא מוקמינן אחזקה כלל היכא דאתא מכח רובא ולכך לא מהני נמי לסייע לחזקה ברורה. אבל לפי מאי דפסקינן אנן לגבי גבינות כרבינו יונה דאף גבי חזקה דאתא מכח רובא ואיתרע מ"מ מוקמינן אחזקה דמעיקרא. א"כ היכא דאיכא לפנינו חזקה ברורה דמעיקרא וחזקה דאתא מכח רובא כמו גבי שוחט או גבי מומין אע"ג דמסייע לחזקה דהשתא עוד חזקה מ"מ עדיפא חזקה דמעיקרא כיון דאתא מכח תרווייהו מכח חזקה ברורה ומכח רובא. וכן קושית הרא"ש בש"מ שהקשה לענין פ"פ ג"כ איכא למימר דקושיתו הוא לפי שיטת התוס' דס"ל דחזקה דאתא מכח רובא לא הוה חזקה היכא דאיתרע. וכן הביא הרא"ש בחולין בתחלה דעת התוס' ואח"כ מסיק שם ועוד י"ל

כר"י יעו"ש. ואף שישבנו דברי הש"ך מ"מ לישב דעת הטור בזה כמו שתירץ השעה"מ רחוק לומר כן לפע"ד. כיון דהטור פסק לגבי גבינות כרבינו יונה. א"כ גבי מומין אפי' היכא דאפשר לומר שמשעה שנולדה היו בה ולא הוה רק חזקה דאתא מכח רובא נמי מהני. וקושית השעה"מ על הטור גבי בוגרת ממומין נראה לישב דהא הר"י כתב דהא דגבי מומין מעמידין אותה על חזקתה אע"ג דא"א לומר עכשיו נולדו משום דאין מחזיקין מרשות לרשות ואמרינן כנוכ"ה. וא"כ לא קשה כלל הא דגבי בוגרת חיישינן לחזקה דהשתא וגבי מומין לא חיישינן. משום דגבי מומין כנוכ"ה מסייע לחזקה דמעיקרא ולפי"ז אין צריך לדחוק ולומר לפי"ד התוס' דנדה וחולין דס"ל דחזקה דאתא מכח רובא היכא דאיתרע לפנינו לא מהני. דהא דגבי מומין מהני ע"כ איירי דוקא במומין דא"א לומר משעה שנולדו הי' והוה חזקה ברורה כמש"ל אלא איכא למימר דגם התוס' מודים כיון דאין מחזיקין מרשות לרשות הוה כאלו לא איתרע רשות האב כלל ואפי' חזקה דאתא מכח רובא נמי מהני. ולפ"ד מוכרח לומר כן. דאלת"ה תקשה לפי"ד התוס' דס"ל דחזקה דאתא מכח רובא היכא דאיתרע לא מהני א"כ מאי פריך הגמרא שם (עו:) על רמי בר יחזקאל דס"ל גבי מחליף פרה בחמור ומשך בעל החמור את הפרה כו'] כל שנולד הספק ברשותו עליו להביא ראי' ותנא תונא כו'. ממחט שנמצא בבית הכוסות כו' ואי דלא יהיב הטבח דמי בעל בהמה בעי לאתויי ראי' ומפיק ואמאי ספיקא ברשות טבח אתילד. ודלמא שאני מיתת החמור דמוקמינן לה בחזקת שהיא קיימת והשתא הוא דמתה וכיון דמסייע לה הסברא דכנוכ"ה מהני לאפוקי ממונא וכן גבי מומין שנמצאו לכלה בבית חמיה איכא ג"כ חזקה והסברא דכנוכ"ה ועיין תוס' שם ד"ה ותנא כו'. אבל גבי בהמה דהוה חזקה רק מכח רובא וכיון דאיתרע לא הוה חזקה לפי דעתם. ומשום הסברא דכנוכ"ה בלבד אולי גם רמי ב"י מודה דלא מהני לאפוקי ממונא. אע"כ כמש"כ דגם חזקה דאתא מכח רובא ואיתרע. כיון דאיתרע ברשות אחרת וכיון דאין מחזיקין מרשות לרשות הוה כאלו לא איתרע כלל והוה חזקה מעליא אף לדברי התוס' כנ"ל בזה **אמנם** דעת הט"ז ביו"ד סי' שצ"ז סק"ב דחזקת חי לא מיקרי חזקה ומביא ראי' לזה מהא דאמר רמי ב"י שעל בעל הפרה להביא ראי' שמת תחלה כיון שהספק נולד ברשותו פי' שבעל החמור עשה כבר משיכה בפרה אמאי הוצרך לומר בשביל שהספק נולד ברשותו תיפוק לי' דמוקמינן בחזקת חי כו'. והנה לפי דבריו אפשר לישב דברי התוס' דלא כמו שפירשתי. דלפי דעתו בסברא דכיון שנולד הספק ברשותו נמי מפקינן ממונא בלא צירוף חזקה. אבל באמת תמוהים לי דבריו מאד דהא התוס' ד"ה ותנא כתב להדיא דמטעם חזקה נגעו בה ולא מטעם דכיון שנולד הספק ברשותו לבד. וכן משמע מדברי

התוס' שם ד"ה וחדא יעו"ש. ועוד דלפי דעתו שחזקת חי לא חשיב חזקה א"כ מאי מביא ראי' מכלה הא גבי כלה איכא נמי חזקת הגוף דמסייע לסברא דכ"נ וכ"ה. וקושית הט"ז דלמה לי טעמא דנולד הספק ברשותו תיפוק לי' מטעם חזקה דמוקמינן לי' בחזקת שהוא חי והשתא הוא דמת. י"ל דהא כתבו התוס' שם ד"ה כל. דאפי' היכא דבעל הפרה הוא מוחזק עתה בפרתו כגון שמשכה בעל החמור והניח ברשות בעל הפרה או שקנה אותה בשאר קנינין] וא"כ אי לאו מטעם דכנוכ"ה מטעם חזקה לבד לא מהני לאפקועי ממונא. וכ"ש כיון שבעל החמור ג"כ טעין שמא כמש"כ התוס' שם ד"ה רישא כו'. ואף שלדברי רב אשי נראה לכאורה דסובר דמטעם חזקה לחודא נמי מהני לאפקועי ממונא. אבל באמת איכא למימר דגם רב אשי מודה דצריכין גם לסברא דכנוכ"ה. וכ"ש בדטעין שמא. והא דלא ניחא לי' בתירוצו של רבא משום דקשה לי' אמאי לא מהני אם הביא הבעל ראי' שמשנתארסה היו בה מומין הללו וכמ"ש הפנ"י שם. ולא ידעתי ל"ל להנקודות הכסף לדחות דברי הט"ז מטעם דאיכא חזקת מרא קמא כנגדה. ולא דחי משום דאיכא חזקת ממון כנגדה וכמ"ש. ועין בקצה"ח סי' רכ"ד ס"ב מה שנסתפק באם נגנב או נאבד המקח אחר גמר הקנין שהי' ביניהם. וכתב דאפשר דע"כ לא אמרינן כל הנולד ספק ברשותו אלא היכא דאיכא חזקת הגוף וכמו בספק טרפה וחזקת הגוף דאלים טובא הוא דאין מחזיקין מרשות לרשות ואמרינן ברשותא דהשתא אישתני גופה אבל בגנבה ואבדה דלא הוה חזקת הגוף דלא אישתני אע"ג דחזקה הוי. אבל לא אלים כמו חזקת הגוף כו' וכן נראה מדברי המרדכי ס"פ המדיר ע"ד המעיל שקנה ונתאנה ונולד הספק אם הי' האונאה בשעת המקח או השתא הוא דהוזל ורצה לומר דדמי להאי דטבח להביא ראי' ודחי לה משום דשאני התם דחזקת הגוף מסייע למוכר דאוקי חיותא בחזקת שאינה טריפה כו' ע"ש ע"כ. וא"כ מבואר להדיא מדברי המרדכי כמ"ש דהטעם הוא משום דהחזקה מסייע להסברא דכנוכ"ה:

אח"כ ראיתי בפ"י דהקשה לדברי התוס' דחולין ודנדה דס"ל דחזקה דאתא מכח רובא כיון דאיתרע לא מהני א"כ אמאי פריך הגמרא מטבח דהא שם הוה חזקה דאתא מכח רובא. כמו שהקשינו למעלה. ע"כ למד מזה דין חדש דאפי' מאן דטריף הגבינות הוא דוקא בטריפות דאתי מגופה כגון נקב קרום של מוח וכיוצא בו דאפשר שנולד עמו. משא"כ בטריפות דאתי מעלמא כגון ע"י מחט או קוץ דלא שייך לומר שנולד עמו כו"ע מודים דהגבינות כשרין. ואף שהסברא נוטה כדבריו. מ"מ ראיתי דמדברי הרשב"א מוכח דלא ס"ל לחלק בזה. דהא הרשב"א במ"ה הודה לדברי הרא"ה במה דס"ל דאין לחלק בין שעה אחת לזמן מרובה. וכתב דהא דמכשירין הגבינות הוא דוקא דיכולין לומר שנמצאו

הטריפות בתר שחיטה כגון שנמצא מחט באחד מן המקומות שנקיבתן טורפות ולא נודע אי נגמר הנקיבה משני צדדין מחיים או לאחר שחיטה מיד עם נדודה וכיוצא בזה ע"כ. א"כ מוכח להדיא מדבריו דגם בטרפות ע"י מחט או קוץ היכא דליכא למתלי דלאחר שחיטה נגמר הנקב מטריפין הגבינות למפרע ודלא כדפנ"י. וקושיתי' ע"כ צריך לתרץ כמו שתירצנו למעלה כיון דאין מחזיקין מרשות לרשות הוה כמו שלא איתרע כלל ואף בחזקה דאתא מכח רובא נמי הוה חזקה מעליא. ובזה נראה לישב מה שקשה לכאורה על דברי הטור דפסק בחו"מ סי' רכ"ד דאם קנה קודם ג' ימים מן השחיטה על הטבח להביא ראי' אף שהוגלד פי המכה. וגבי גבינות פסק דאם הוגלד, פי המכה כל הגבינות אסורות אף שקודם ג' ימים. כיון דא"א לומר השתא הוא דאיתרע לא מוקמינן אחזקתה. ולפמ"ש א"ש דס"ל כסברת הרשב"א הנ"ל. וא"כ כיון דאין מחזיקין מרשות לרשות הוה כאלו לא איתרע רשות אחרת כלל. ואמרינן כנוכ"ה לקיים המקח. ואין להקשות לפי"ז מאי מקשה התוס' בכתובות (עה:) ד"ה אבל כו' דאמאי הולכין אחר חזקת הגוף דהא הוא חדא במקום תרתי דהרי יש כאן חזקת פנויה וגם הרי מום לפניך. הא כיון דאין מחזיקין מרשות לרשות הוה כמו שלא איתרע כלל לפי דברינו. ונראה דהא רבא קאי לפי דברי ר"א דקאמר שם תברא כו' וא"כ ר"ג דקאמר על הבעל להביא ראי' הוא אף שנמצאו מן האירוסין ורבי יהושע פליג עליו בין מן האירוסין ובין מן הנשואין וע"ז קאמר רבא הא דס"ל לר' יהושע דלא אזיל בתר חזקה דגופה היינו היכא דאיכא חזקה דממונא אבל היכא דליכא חזקה דממונא אזיל בתר חזקה דגופה וא"כ משמע מדברי רבא דאזלינן בתר חזקה דגופה אפי' היכא שנמצא מן האירוסין היכא דליכא חזקת ממון כנגדה. ושם הוה רשות האב ולא שייך לומר דאין מחזיקין מרשות לרשות. וא"כ קשה הלא לפ"ז הוא חדא במקום תרתי. אך לפי מה שפירשתי למעלה לישב דברי הרשב"א בת"ה דר"א ור"א סוברים דגם מן האירוסין מיקרי רשות הבעל עלי'. א"א לתרץ כן דברי התוס' אבל באמת אין זה מוכרח דגם התוס' מפרשים כן:

ועתה נשובה לישב דעת הטור גבי בוגרת במאי דס"ל דלא אזלינן בתר חזקה דמעיקרא. אף דמוכח מכמה סוגיות בש"ס דחזקה דמעיקרא עדיפא מחזקה דהשתא. וע"כ צ"ל דבוגרת כיון דלפעמים עשוי' לבגר בתוך ששה חדשים ואין לזה זמן קבוע הוה חזקה העשויה להשתנות. כמש"כ המהרי"ט שהבאתי למעלה ולכך אין מעמידין אותה על חזקתה כיון שהיא בוגרת לפנינו חיישינן למפרע. אבל גבי נדה ע"כ צ"ל דלא כמ"ש המהרי"ט דלא הוה חזקה רק משום דילפינן מסוטה לכך היא טהורה למפרע. אלא כמש"ל משום דרוב פעמים אינה רואה אלא בהרגשה. וכן כותלי בית הרחם רוב פעמים

לא מוקמי דם לכך מוקמינן לה בחזקת טהרה כ"ז שלא הרגישה. אבל מ"מ נראה דא"א לומר דתוך ששה חדשים אין לה חזקת נערות כלל דא"כ אף אם לא בדקה עד אחר ששה חדשים וקדשה עצמה תוך ששה חדשים הוי ספק קדושין. ובאמת מדברי הטור משמע דדוקא כשבדקה תוך ששה חדשים ונמצאת אצלה סימני בגרות דאז חיישינן למפרע. ע"כ נראה דחזקת נערות תוך ששה חדשים ודאי דהוה חזקה. אך כיון דעשויה להשתנות מעצמה בלא שום סיבה לזו והיכא דאיתרע לפנינו לא מוקמינן אחזקה דמעיקרא וחיישינן למפרע. א"כ לפי"ז סובר הטור דלא כהתוס' דב"ק דס"ל דחזקת מעוברת אע"ג דלמילד קיימי ואיתרע החזקה לפנינו מ"מ אמרינן דהשתא היא דילדה:

עוד אפשר לישב דעת הטור דלכך פסק דהוי ספק קדושין משום דחזקת פנויה מסייע לחזקה דהשתא אע"ג דהטור מיירי דאף היא קדשה עצמה א"כ לכאורה אין כאן חזקת פנויה דהא היא מקודשת ממ"נ כמו שכתבו התוס' בקדושין (עט.) ד"ה קדשה כו'. נראה דדעת הטור אינו כן דכיון דסוף סוף בהאי שעתא דקדשה הוי שייך חזקת פנויה ולא חלו קדושי אביה כלל ולית לן למימר דע"י שקדשה עצמה אח"כ הדרי וחיילי למפרע. ולדעת הטור ע"כ צ"ל דפלוגתא דרב ושמואל ה"ה בקדשה אביה לחוד דלא כדעת התוס'. וכן כתב הב"י דהרמ"ה חולק על סברת התוס'. דלדעת התוס' בקדשה אביה לחוד כיון דחזקת פנויה מסייע לחזקה דהשתא גם שמואל מודה דלא חיישינן לקדושי אביה. ומדברי הרמ"ה נראה דאינו סובר כן יעו"ש בב"י. אבל אח"כ התבוננתי דהטור ע"כ צריך לסבור כדעת התוס' בקדושין דכיון דקדשה גם היא עצמה אין כאן חזקת פנויה ואזלינן בתר שעתא שבאו לפנינו לדון בזה. דאל"כ תקשה לדעת הטור אמאי לא מצרפינן באמת חזקה דהשתא דהרי בוגרת לפניך לחזקת פנויה. ואמאי לא נימא דקדושי אביה לא ליהוי אף ספק קדושין. כמו דמצרפינן גבי מקוה חזקת המקוה דחסרה לפניך לחזקת הטמא דמשוינן לי' ודאי טמא. וכן הבאתי למעלה שהרא"ש הקשה כן בתוס' הרא"ש בסוגיא דפ"פ אמאי לא מצרפינן חזקה דהשתא דהרי בעולה לפניך לחזקת כשרות. ומה שמתרץ משום דלא שייך גבה חסר ואתאי כמו לגבי מקוה ע"כ לא שייך הכא. דע"כ צ"ל לפי שיטת הרא"ש דסובר דחילוק מן חסר ואתאי קיימא גם לפי המסקנא ע"כ צ"ל דגבי בוגרת נמי שייך בגר ואתאי. דאל"כ אמאי לא מחלק הגמרא בחלוק זה בין בוגרת למקוה. ועוד דאם נימא דלא כהתוס' א"כ תירוץ הגמרא אינו עולה דמה מתרץ הגמרא התם תרתי לריעותא והכא חדא לריעותא הא הכא נמי איכא תרתי. ולדעת הרמ"ה דחולק על התוס' דקדושין ע"כ צ"ל דס"ל כמו שהבאתי למעלה דברי התוס' דכתובות פ' המדיר דמתרצין דחזקת הפנויה לא חשיבא כלל חזקה כנגד חזקת הגוף. אבל הרא"ש דמחלק בין חסר

ואתאי ע"כ לא ס"ל כהתוס' הנ"ל. אלא כדעת התוס' דקדושין. וא"כ הטור ודאי לא יחלק על אביו הרא"ש ז"ל. אלא ע"כ צ"ל כמשב"ל דהטור הוא דסובר דחיישינן לחזקה דהשתא רק דוקא בהך חזקה דעשויה להשתנות. כיון דאיתרע לפנינו וכמשב"ל:

לפי זה יוצא לנו הדין כהח"מ דגם אפי' קדשה עצמה לבד נמי צריכה גט מספק ולא כהב"ש דכתב דאם קדשה עצמה בלא אביה נראה דלכו"ע לא חיישינן כיון דאיכא חזקת נערה וחזקת פנויה דז"א דאם סובר הטור דחזקת נערות מיקרי חזקה א"כ אפי' היכא שקדשה אביה וגם עצמה נמי ליזיל בתר חזקה דמעיקרא כמו שבארנו דבכמה מקומות מוכח דחזקה דמעיקרא עדיפא. וע"כ צ"ל דחזקת נערות לא חשיבא חזקה גמורה היכא שראינו שנשתנה משאר נערות ונתבגרה בתוך ששה חדשים מה שאין דרכן של נערות להתבגר בתוך ששה חדשים ע"כ חיישינן גם למפרע. ולכך אפי' היכא שקדשה רק עצמה בלבד נמי חיישינן דחזקת פנויה הא איתרע כיון שקדשה שקדשה עצמה. א"כ איתילד ריעותא בחזקתה לפנינו. אבל היכא דלא ראינו עד אחר ששה חדשים אף שנמצא לה כעת סימני בגרות לא חיישינן לקדושי עצמה מטעם דמוקמינן לה אחזקתה:

עוד ראיתי דמה שכתבתי למעלה דלא כדברי התוס' דיבמות דהסכים על הזמן ר"ל באיזה זמן נולד לא שייך לאוקמי על החזקה דמעיקרא. יש לדקדק כן מדברי הרמב"ם. דהנה הרמב"ם בה"א פ"ג הי"ד כתב היתה הבת ספק בוגרת בין שקדשה אביה שלא לדעתה בין שקדשה עצמה שלא לדעת אביה ה"ז מקודשת בספק לפיכך צריכה גט מספק. וכתב שם הלח"מ וז"ל נראה מדברי רבינו ז"ל שלא הזכיר כלל הדין האמור בגמרא ומאי דכתב ספק בוגרת כל שיש לה ספק בשנותיה אם עברו כבר ששה חדשים שבין נערות לבגרות או לא. קשה קצת א"כ אמאי לא אמרינן דאוקמינן אחזקתה ולהוי נערה ובשלמא כשקדשה אביה לא אמרינן אוקמה אחזקתה והוי נערה ומקודשת משום דאיכא חזקה אחרת כנגד זו והיא חזקה דאוקמה אחזקה דפנויה כמש"כ התוס' ז"ל וכיון שיש שתי חזקות סותרות זו לזו הוי ספק מקודשת. אבל כשקדשה עצמה לוקמה בחזקת נערה ואינה מקודשת וגם חזקת פנויה מסייעת לזה יעו"ש מה שהאריך לתרץ דברי הרמב"ם. ולפ"ד נראה דהדברים כפשטן כיון דעיקר הספק אצלנו באיזה זמן נולדה הבת וכלו הי"ב שנים וששה חדשים לא שייך לאוקמה על החזקה. וכן נראה שגם הב"ש בסי' ל"ז סק"ד מפרש כן דברי הרמב"ם [וצ"ע על הב"ש אף שמהרשב"א סימן אלף רי"ו נראה דג"כ סובר כדעת הרמב"ם דבזה לא שייך חזקה. מ"מ האיך לא העיר דהתוס' דיבמות חולקין ע"ז]. ובזה ניחא דברי הרמב"ם פ"ח מה"ת הי"ד דכתב שם ספק בן ט' שנים ויום אחד ספק שאינו [וזה קאי על אשה שנבעלה לפסול לה] ה"ז אסור לאכול בתרומה. ונראה שם מדבריו

דאף שהוא גם עתה בספק זה מ"מ פוסלה. דלא כדברי התוס' והיינו מטעם הנ"ל דבזה לא שייך לאוקמי אחזקה. והא דלא אמרינן גבי אשה לוקמינה בחזקת כשרות דכיון דודאי נבעלה לספק זה ואיתילד הריעותא לפנינו לא שייך לאוקמה על החזקה. וכן גבי קדושין לא שייך לאוקמה בחזקת פנויה כיון דודאי נתקדשה איתרע חזקתה:

סימן יג

הנה בספרי מלבושי יו"ט בקו' ברירה סי"ד פירשתי דברי הרמב"ם בה' שגגות פי"א ה"ו דהביא הברייתא דשבועות הלך בראשון ונכנס והזה ושנה וטבל ואח"כ הלך בשני ונכנס חייב. דלא הזכיר שם הרמב"ם כלל אי מיירי ברה"ר או ברה"י. ופירשתי שם דהרמב"ם מיירי ברה"י וס"ל דאינו חייב קרבן על ביאת מקדש על ספק טומאה ברה"י. [כמו שנראה מדברי הירושלמי דפסחים פ"ח ה"ח ובנזיר פ"ח ה"א דעד כאן לא פליגי ר' הושעיא רבה עם ר' יוחנן רק לענין נזיר אם מגלח על ספק טומאה ברה"י או לא. אבל לענין ביאת מקדש מוכח שם דכו"ע מודים דאינו חייב קרבן. לכך הביא ר"י ראי' לדבריו דאין נזיר מגלח על ספק טומאה ברה"י דהא המתני' קאמר כל טומאה שהנזיר מגלח עליה חייבין על ביאת מקדש וכל טומאה שאין הנזיר מגלח עליה אין חייבין על ביאת מקדש. ובספק טומאה ברה"י כיון דאין חייבין עליה על ביאת מקדש א"כ אין הנזיר מגלח עליה). אע"ג דלשרוף התרומה חשיב כודאי דלא כדברי התוס' דשבועות יעו"ש מה שהארכתי בזה. אבל עדיין אין דעתי נוחה מזה מה דסתם הרמב"ם כלל ולא הזכיר אי מיירי ברה"ר או ברה"י. וגם מדברי התוספתא טהרות פ"ו נראה שם דמיירי ברה"ר דכל דברי התוספתא הקודמין לזה מיירי ברה"ר. אך כבר הקשיתי שם דאי מיירי ברה"ר קושיא חמורה מאד דאמאי חייב קרבן אף בצירוף שתי הכניסות ביחד. דהא גבי ביאת מקדש בעינן ידיעה בתחלה. ואמרינן שם דספק ידיעה חשיב כידיעה. ומה ספק ידיעה יש כאן בכניסה הראשונה כיון שהי' אז מותר לכנוס למקדש ולא הי' אז אפי' ספק טומאה עליו:

ע"כ נ"ל לומר כלל חדש בספק טומאה ברה"ר. דהא דאמרינן ספק טומאה ברה"ר טהור הוא דוקא בספק נגע או אוהל כו'. וכן בשביל אחד טמא ואחד טהור והלך באחד מהן ואינו יודע באיזה מהן הלך כיון דשני השבילין הם ידועים במקומם איזהו הטהור ואיזהו הטמא אך שהוא נסתפק באיזה שביל הלך הוה נמי כספק נגע אבל היכא שהספק נפל על השבילין כגון שידוע לנו שבשביל אחד משני השבילין יש טומאה בודאי רק שאין אנו יודעים באיזה השביל הוא הטומאה בכה"ג אף ברה"ר הוה ספק טמא. וטעמא כיון דבודאי הלך בשביל הזה והשביל הוא בודאי ספק טמא דהא אנן ידעינן בודאי שבאחד משני השבילין יש טומאה. בכה"ג לא התירה רחמנא ספק טומאה ברה"ר ולא

מצי למילף זאת מסוטה. אע"ג דבנדה (עא.) גבי דם תבוסה מוכח אף דבודאי נגע וספק טומאה נמי טהור ברה"ר. שאני הך ספק טומאה דשני שבילין כיון דאיתחזק טומאה באחד מהנך שני שבילין ע"כ חמירא הך ספיקא מכל ספק טומאה. וטמא מספק אף ברה"ר. ובכה"ג מיירי בה' שגגות שם. וכן מורה לשון הרמב"ם להמדקדק שם היטב. דבפי"ט מה' אה"ט דשם מיירי לענין ספק טומאה דטהור ברה"ר כתב וז"ל שני שבילין אחד טהור ואחד טמא והלך באחד מהן ואינו יודע באיזה מהן הלך. אבל בה' שגגות כתב מי שהי' לפניו שני שבילין אחד טמא ואחד טהור והלך בראשון וחזר והלך בשני. נראה מלשונו דהכא בה' שגגות מיירי דהספק הוא על השבילין איזהו הטמא ואיזהו הטהור ע"כ לא הזכיר כלל דהלך בראשון ואינו יודע באיזה מהן הלך ואח"כ הלך בשני ויודע דהשביל שהלך בו בראשון אינו השביל שהלך בו בשני. אלא סתם הדברים משום דהכא מיירי דהספק הוא על השבילין. ויותר מוכח דהרמב"ם מיירי דהספק הוא על השבילין מדכתב שם פ"ז וז"ל ואע"פ שכל ידיעה מהן ספק ידיעה היא שהרי כל שביל מהן ספק הוא כו' עכ"ל אלמא דהספק הוא על השבילין ולא שהספק הוא על האדם באיזה שביל הלך. כנ"ל ברור. וכן נ"ל דהא דכתב הרמב"ם בפי"ט מה' אה"ט וכן השרץ והצפרדע ברה"ר ואין צורתן ניכרת ואין ידוע איזהו השרץ ונגע באחד מהן ועשה טהרות ובאכלו וטבל ונגע בשני ועשה טהרות הכי אלו טהורות עכ"ל. פירושו דאין צורתן ניכרת בחוץ לכך אין ידוע לו באיזה מהן נגע. אבל בפנים הם ניכרים איזהו השרץ ואיזהו הצפרדע ועתה לא הוה הספק על החתיכות איזו השרץ ואיזו הצפרדע. רק הספק הוא על האדם שנגע בהן באיזה מהן נגע. אבל היכא שהספק הוא על החתיכות איזהו השרץ ואיזהו הצפרדע באופן שגם עתה א"א להכיר. וא"כ אין ספק על האדם באיזה מהן נגע אלא הספק הוא על החתיכה שנגע בה אם היא מן השרץ או מן הצפרדע בזה לא מטהרינן ברה"ר. דכיון דנתחזק שיש ודאי טומאה בחתיכות אלו א"כ כל או"א הוה כגופא של טומאה. וכיון דודאי נגע לא אמרינן בזה ספק טומאה ברה"ר טהור. וטמא מספיקא. וכה"ג כתב הש"ך ביו"ד סק"י סק"ד וז"ל נראה דכאן מיירי דהב' חתיכות היו ניכרות בפני עצמן קודם נפילתן איזה מהן של היתר ואיזה מהן של איסור דאי נתערבו מתחלה חד בחד א"כ כיון דאתחזק איסור בב' חתיכות כל או"א דיינינן לו כגופו של איסור ותו לא אמרינן ספיקא דרבנן לקולא כו' עכ"ל. אף שהפ"ח השיג ע"ז וכתב וז"ל ודברי תמיה הם דמה לי שהחתיכות ניכרות או שאינן ניכרות ס"ס איתחזק איסורא הכא בודאי ובכה"ג מייתי אשם תלוי דומיא דאשתו ואחותו עמו בבית דאיתא בכריתות כו' עכ"ל. ולפי דבריו נראה כיון דספק טומאה ברה"ר טהור אפי' היכא דאיקבע איסורא כמו גבי

שני שבילין אחד טמא ואחד טהור ואינו יודע באיזה מהן הלך ושרץ וצפרדע ואינו יודע באיזו מהן נגע. א"כ אפי' היכא דאינן ניכרות נמי אמרינן ספק טומאה ברה"ר טהור. אבל באמת הא דברי הש"ך נכונים מאד דהיכא דהחתיכות ניכרות לא מיקרי רק איקבע איסורא והיכא דאין החתיכות ניכרות מקרי איתחזק איסורא. ובודאי איתחזק איסורא חמיר יותר מאיקבע איסורא. וכבר הוכיח הגאון בעל חו"ד מהמשנה דתרומות כדברי הש"ך. א"כ משכ לחלק גבי ספק טומאה ברה"ר הוא נכון מאד:

עוד יש ליתן טעם למה שחלקתי בספק טומאה ברה"ר בין היכא שהספק הוא על האדם באיזה שביל הלך ובין היכא שהספק הוא על השביל גופא איזה הוא הטמא. דהנה הרמב"ם כתב בפט"ז מה' אה"ט דהא דספק טומאה ברה"ר טהור הוא משום דכל הספיקות הם מדבריהם. וא"כ לכאורה קשה לדבריו דא"כ אמאי בשני שבילין או שרץ וצפרדע דאיקבע טומאה ביניהם אמאי טהור ברה"ר. והנה כבר הקשה זאת הגאון בעל ש"ש בש"א פ"ט. ומתרץ דהא דטהור ברה"ר בספק דאיקבע הוא משום דמוקמינן לגברא בחזקת טהור. והרמב"ם שכתב בטעמא ברה"ר דספק טהור משום דכל הספק מדבריהם משום דמוכח בש"ס דאפי' היכא דליכא חזקת טהרה טהור ברה"ר יעו"ש וא"כ לפי"ז היכא דהשבילין ידועין במקומן ואין הספק כלל עליהן רק הספק הוא על האדם באיזה שביל הלך לכך מוקמינן לו בחזקת טהרה וטהור ברה"ר אף היכא דאיקבע טימאה ביניהן. אבל היכא דהספק הוא על השבילין איזה טמא ואיזה טהור בכה"ג לא שייך לאוקמי גברא בחזקת טהרה כיון דודאי הלך בשביל אחד מהשבילין שנסתפק לנו א"כ דין האדם כדין השבילין ולא שייך לאוקמי' אחזקתו. וכיון דהא איקבע טומאה ביניהן א"כ אין שום צד לטהר ספק זה ברה"ר דהא כיון דאיקבע איסורא הוה ספק דאורייתא וגם א"א לאוקמי' אחזקתו כיון דהספק הוא על השביל ולא על האדם והוא ודאי הלך בשביל. אך לעיל בסי' ה' בארתי דדעת התוס' והר"ש דאף בכה"ג דהספק הוא על הדבר שנגע בו האדם ולא על האדם נמי שייך לאוקמי אחזקה. אמנם הא כבר בארתי שם דדעת הרבה ראשונים אינו כן. וס"ל דבכה"ג לא שייך לאוקמי אחזקה. ונראה דזהו שיטת הרמב"ם ומפרש דהברייתא דשביעית וכן התוספתא מיירי בכה"ג דהספק הוא על השביל ולא על האדם. לכך הוא טמא מספק אף ברה"ר ואסור לכנוס למקדש לכך חייב אף כשהזה ושנה וטבל בין כניסה לכניסה כיון דכל כניסה וכניסה היתה באיסור שהיה עליו ספק טומאה לכך מצרפינן שתי הכניסות לחייבו קרבן. ולכך סתם הרמב"ם דבריו ולא פי' אי מיירי ברה"ר או ברה"י משום דמיירי בכל גוונא ולפי"ד נוכל ליישב המשנה המובא בפסחים (טו.) חבית של תרומה שנולד לה ספק טומאה דהקשה שם

הריב"א דאי ברה"ר ספיקו טהור. ואי ברה"י ספיקו טמא ודאי. ולפי מש"ב איכא למימר דמיירי שפיר ברה"ר ונגע בה אדם שהלך בזה השביל שנסתפק עליו אם הוא הטמא או הטהור דבכה"ג טמא מספק אפילו ברה"ר. ונראה דזהו שיטת תוס' רי"ד ברישׁ נדה דכתב וז"ל עיין בפ"ק דפסחים במק"ה שפירשת דודאי מנע ספק טמא חמיר מספק מגע ודאי טמא ואפי' ברה"ר טמא כו' עכ"ל. ונראה דע"כ צ"ל דהא דקאמר התוס' רי"ד דודאי מנע וספק טמא טמא אף ברה"ר. מיירי היכא דגם איקבע טומאה כמשפ"ל. דאל"כ קשה עליו הא דדם תבוסה דהתם ג"כ הוה ספק טמא וודאי מגע וטהור ברה"ר:

אך זה צ"ע לפי"ד דהיכא דנתחזק טומאה בודאי באחד מן המקומות הללו ולא ידעינן האיך הוא גם ברה"ר הוה ספק טמא כיון דאיכא ודאי מגע וספק טומאה. א"כ תקשי דאמאי בסככות ופרעות אמרינן בנזיר (נד.) דאין נזיר מגלח ואינו מביא קרבן טומאה אף מן הספק. הא לפי פירש"י שם דפי' ויש טומאה תחת נוף אחד מהן ואינו ידוע כנגד מי. וכן תחת אבנים הפרעות היוצאת חוץ מן הגדר וטומאה תחת אחת מהן ואינו ידוע לאדם והלך נזיר תחתיהן עכ"ד. א"כ הא איתחזק טומאה בודאי תחת אחד מן הענפים או האבנים והוא האהיל תחת אחד מהם א"כ הוא טמא מן הספק ברה"ר אף מדאורייתא אמאי אינו מביא קרבן טומאה מן הספק. ואפי' לפי"ד התוס' שם:) ד"ה אילן דפי' דלכך גבי הסככות טהור משום דמדאורייתא לאו אהל מעליא הוא שהענפים רחוקים זה מזה. מ"מ גבי פרעות גם הם מודים לפירש"י א"כ קשה אליבייהו דאמאי גבי פרעות אינו מביא קרבן טומאה מן הספק. בשלמא לדברי ר"י שמובא בירושלמי שבארתי בספרי בסי' הנ"ל דס"ל דגם על ספק טומאה ברה"י אינו מגלח ומביא קרבן טומאה על הספק משום דממעטינן לי' מהקרא כמו שהובא בספרי וכי ימות מת עליו להוציא את הספק וס"ל דלגמרי ממעט דאף מן הספק נמי אינו מביא. א"כ כ"ש ספק טומאה ברה"ר דאף היכא דאיקבע טומאה באחד מהן ואיכא ודאי מגע וספק טומאה ודאי דאינו מגלח ומביא קרבן טומאה על הספק. אמנם לר"ה רבה דס"ל דהקרא דספרי ממעט דספק טומאה ברה"י לא חשבינן לי' כודאי טמא ומגלח ומביא קרבן טומאה אע"ג דחשיב כודאי לשרוף התרומה אלא שמביא קרבן טומאה רק מן הספק. א"כ קשה אמאי אינו מגלח ומביא קרבן טומאה על הספק טומאה ברה"ר כה"ג כיון דהוא ספק טמא מדאורייתא. ונ"ל דרש"י והתוס' ודאי לא ס"ל האי כללא. אלא ס"ל דאפי' היכא דאיכא ודאי מגע וספק טמא ואיקבע טומאה באחד מהן מ"מ טהור ברה"ר משום דס"ל דאפי' בכה"ג מוקמינן אחזקתי' כמו דס"ל גבי שליא בבית בנדה (יח.) דאפי' ודאי מגע והספק הוא על הטומאה מ"מ אמרינן דהבית יש לו חזקת טהרה כמשב"ל. אבל שיטת הרמב"ם והתוס' רי"ד הוא אינו כן.

וס"ל דבכה"ג לא מוקמינן אחזקתי' כיון דאיכא ודאי מגע. ולפי"ד ע"כ צ"ל דהא דאינו מגלח על סככות ופרעות משום דלאו אהל מעליא דלא כפירש"י והתוס' אלא כמש"פ הרמב"ם בה' טומאת מת פי"ג ה"ב משום כיון דאינו ראוי לקבל מעזיבה בינונית לכך אין מביאין אלא מדבריהם ואין הנזיר מגלח עליו. אבל היכא דלא ידעינן טומאה היכן היא כגון שדה שנאבד בה קבר גם ברה"ר הוה ספק טמא לר"ה רבה והנדר מגלח ומביא קרבן טומאה על הספק. והא דקאמר הירושלמי נזיר שנטמא בספק רה"י משום רבותא דר"י נקיט לי' דאפי"ה אין הנזיר מגלח כלל עליו. והרמב"ם מאחר שפסק בה' ק"פ פ"ז ה"ז כר' אושעיא רבה כמש"כ הכ"מ שם משום דהוא רבי' דר"י ע"כ דקדק בה' נזירות פ"ז ה"ו דאין הנזיר מגלח דוקא על שדה שנחרש בה קבר. ונראה מדבריו דשדה שנאבד בה קבר מגלח מספק משום דס"ל כר' אושעיא רבה וכמש"כ:

עוד נ"ל לבאר לפי מה שבארתי שיטת הרמב"ם ז"ל וכן שיטת הרי"ד ז"ל. דהא דאמרינן בכל מקום דבית הפרס הוה דרבנן הוא דוקא בשדה שנחרש בה קבר משום דתלינן כיון דנחרשה ודאי לא נשאר בה עצמות כלל והמחרישה הוציאה כל העצמות לחוץ אך מדרבנן חששו שמא נשאר בה עצם כשעורה לכך אף ברה"י נמי אינו אלא ספק טומאה דרבנן. אבל בשדה שנאבד בה קבר כיון דאתחזק בה טומאה הוה ספק טומאה מדאורייתא אף ברה"ר. דלא כמש"כ התוס' כתובות (כח:) ד"ה בית הפרס כו' וז"ל ובית הפרס להכי הוי מדרבנן משום דהוי ספק טומאה ברה"ר אע"ג דבעלמא טהרו חכמים ספק טומאה ברה"ר היינו היכא שהטומאה מבוררת כו' אבל הכא שלעולם השדה בספק לא רצו לטהר אע"ג דמדאורייתא טהור עכ"ל. הנה לכאורה דבריהם תמוהים לומר דהא דאמרינן בכ"מ דביה"פ הוה דרבנן מיירי דוקא ברה"ר. וגם מדברי הגמרא דשם משמע נמי דביה"פ הוה מדרבנן בכל מקום דאל"כ האיך סמכינן על עדותו להעיד בגדלו מה שראה בקטנותו דהמקום הזה הוא בית הפרס ולא יותר לטהר משום דהוה מדרבנן דאמאי לא ניחוש אף שהמקום הזה הוא כעת רה"ר דילמא בזמן אח"כ יעשה רה"י וכיון שנחזיק אותו במקום טהור הלא נטהר גם אח"כ. ע"כ נ"ל דכוונת התוס' הוא על שדה שנאבד בה קבר וכן הוא מפורש בדברי הר"ש באהלות פי"ח מ"ג דבנחרש הוה ביה"ש דרבנן אף ברה"י. אמנם בשדה שנאבד בה קבר יש חילוק בין רה"ר לרה"י דברה"י הוה דאורייתא וברה"ר הוה דרבנן. ומסיים שם כדברי התוס' דכתובות הנ"ל. וגם נראה דכל הקולות שהקילו חכמים לכהן לטמא לדבר מצוה בביה"פ דרבנן היינו דוקא בשדה שנחרש בה קבר כיון דשם הוה מדרבנן בכ"מ כמש"כ. אבל בשדה שנאבד בה קבר אין סברא לומר שיקילו חכמים בזה ויתירו לו להכניס עצמו בזה לכתחילה דהא זה ודאי

דהא דהתירה התורה ספק טומאה ברה"ר אינו אלא בדיעבד שאינו יכול לטמא מספק. אבל בודאי אין סברא כלל לומר שרשאי להכניס עצמו בספק לכתחלה אף ברה"ר. ומחמת זה תמוה לי דברי הגה' הרי"ף על הסמ"ק בסי' פ"ט דכתב דהא דכהן מטמא לדבר מצוה בביה"פ פי' דמיירי בשדה שנאבד בה קבר. ועיי"ש מה שמיישב זאת הגאון מהר"י צייסלפש בהגה' דמיירי ברה"ר. ולפע"ד זה תמוה מטעם מש"כ. וגם הגאון הנ"ל הניח דבר זה בצ"ע:

חלק יורה דעה

סימן א

להרבנים הג' דק"ק קלעצק:

ע"ד שאלתם אודות השו"ב דמחנם שיש להם כתב מהקהל שאינו רשאי שום שו"ב זולתם לשחוט בעירם וגם בהכפרים סביבות העיר בתוך פרסה ומחצה. ועתה קם שו"ב אחד ורוצה לפרוץ גדרם ולשחוט בהכפרים סביבות העיר בתוך פרסה ומחצה. ומבקשים לחוות להם דעתי בזה אם יכולין הם למהות בידו או לא:

לפ"ד נראה דאם הכתב של השו"ב דעירם נעשה אז בהסכמת הגאב"ד שהי' שם בודאי הדין עם השו"ב דעירם וצריכין למחות במי שרוצה לפרוץ ולהשיג גבולם. כי זהו מנהג קדום בכל העיירות המקבלים שו"ב שיהא שייך להם כל הסביבה מהכפרים אשר סביבותיהם. וזה פשוט דיש ביכולת כל עיר לתקן תקנות כעין זה. אע"ג דבסתם תקנות העיר אינן מתנהגות רק בתוך התחום כמבואר במרדכי. וכן הוא בשו"ע יו"ד סי' רכ"ח סל"ג. ה"מ בסתמא. משא"כ אם מפורש בהדיא בהכתב שהתקנה תתנהג אף בחוץ לתחום בהסביבה שהיא שייכה להעיר יכול לתקן את זאת. וכן מוכח להדיא בישו"ש בחולין פ' כ"ה וז"ל שם בסי' נ"ג ומשו"ה כל מה שגזרו בני העיר או נהגו איסור מקודם נתפשט אותו דבר על כל בני יושבי התחום וה"ה במי שבא במקרה בתוך התחום אבל חוץ לתחום לאו דעתייהו עכ"ל הרי מבואר להדיא מדברי הישו"ש דלכך לא נתפשט רק עד התחום משום דמסתמא לאו דעתייהו דבני העיר לעשות תקנות מחוץ לתחום. משא"כ אם מפורש להדיא דהתקנות נעשות אף מחוץ לתחום ובמקום שנגררין אחריהם להורות איסור והיתר וכן לשארי הדברים דהיינו טבילות נשים ומכירת חמץ דכיון דהם נגררין אחר הרב של העיר לכל דבר ודאי יש יכולה ביד הרב עם טוה"ע לתקן תקנות הנצרכין גם להם. ונפלאתי על הגאון בעל שו"מ ח"ש סי' ע"ג שמפלפל בזה ולא הרגיש בדברי הישו"ש הנ"ל:

ובלא"ה דברי השו"מ שם תמוהים. דכתב דבמקום שיש ישוב אם מתפשט התקנה חוץ לתחום תלוי בשני תירוצים של הרמב"ן במלחמות פסחים והריטב"א שהובא ברדב"ז ח"ד סי' ע"ג. ובמחכ"ת שגה הרבה בזה. ומוכרח אנכי להביא דברי הרמב"ן במלחמות בקצרה וזה תו"ד. דהוא ז"ל מפרש הא דרמי ב"ת דאכל כחלא היה דעתו לחזור לסוריא והא דפרכינן עליו דהא מחוייב לנהוג חומרת מקום שהלך לשם היינו משום דכל היכא דנהגו איסור בעיר עפ"י הגדול שלהם מפני סיג או גדר אסור לשום אדם להקל שם בעיר מפני המחלוקת ואף בצינעה אסור. והא דאייתרי דאכל רבה בב"ח שאני התם שהי' ידוע שיש בה מחלוקת בעיקר הדין דהללו אוסרין והללו מתירין ומחמת זה לא תהי' מחלוקת אם אחד ירצה להקל כרבו. והיכא דבעיקר הדין כו"ע מודים דמותר רק מפני סיג וגדר רוצים להחמיר בעירם חמיר טפי ואסור לשנות מפני המחלוקת אף שדעתי' לחזור ומשני רב"ת דאכל חוץ לתחום אכלינהו. ושם אין רגל בה"ע מצויין שם ולא יהי' בזה מחלוקת. והא דאמרינן בפסחים גבי יו"ט שני דאמרינן שם בישוב לא עבדינן מפני המחלוקת במדבר מאי. ומסיק שם דבמדבר מותר. דלכאורה משמע דבמדבר מותר אף תוך התחום דהא לא הזכיר שם רק ישוב ומדבר. ז"א דבאמת תוך התחום אף במדבר אסור ומשום דאין דרך ללון תוך התחום מן הישוב ביו"ט לכך נקט רק ישוב ומדבר. וכתב עוד שם הרמב"ן וז"ל א"נ דיוקא דלישנא נמי הוא הכי ישוב תוך לתחום מדבר חוץ לתחום והוא מנהגא דכולה בבל הוא ולא איתמר חוץ לתחום אלא בעיר אחת ובדברים המותרין ונהגא בהם איסור עכ"ל. וסוף דבריו ז"ל מגומגם מאוד. ונראה ברור דחסרון הניכר יש כאן וכצ"ל א"נ שאני התם דהוא מנהגא דכולה בבל ולא איתמר חוץ לתחום אלא בעיר אחת כו' וזה עולה כדברי הריטב"א שהובא ברדב"ז שם וז"ל ונשאר לנו לברר דמאי דאמרינן לקמן בדרב ספרא במדבר מותר והתם גבי עובדא דרמי ב"ת אמרו חוץ לתחום אכלינהו כולה חדא מילתא היא ודוקיא דלישנא הכי הוא מסתמא דישוב תוך התחום ומדבר חוץ לתחום. א"נ התם דלא נהגי אלא בפומבדיתא נקט חוץ לתחום דבחוץ לתחום שאני. אבל הכא שפשט מנהג יו"ט שני בכל בבל צריך שיהי' חוץ לתחום לכל מדינה והיינו מדבר כו' עכ"ל. א"כ לפי"ז אין כאן מחלוקת בין הרמב"ן והריטב"א ז"ל כלל דלא כהבעל שו"מ. ולפי פירושם רב"ת היה בדעתו לחזור רק שאסור לשנות מפני המחלוקת וכיון שהיה חוץ לתחום העיר ושם אין רגל בה"ע מצויין שם לכך הותר לשנות ולא איירי כלל מזה לענין עד היכא מתפשטות תקנות העיר. אבל המרדכי נראה דהוא מפרש דרב"ת אין דעתו לחזור היה. וכן מפרש הר"ן בפסחים. ופרכינן עליו כיון דאין דעתו לחזור א"כ הוא מה"ד אסור משום חומרת מקום שהלך לשם. ומשני דחוץ לתחום

אכלינהו. ע"כ הוציא המרדכי מזה דתקנת העיר מסתמא לא נתפשטה רק עד התחום. ונראה דלפי"ז ע"כ צ"ל דעדיין לא הגיע לעיר דאל"כ אף שיצא חוץ לתחום מ"מ אסור משום חומרת מקום שיצא משם כיון שאין דעתו לחזור:

והנה ראיתי להש"ג בב"ב פ' לא יחפור דכתב שם וז"ל ומכאן למדו לכל גזירה שהיא מתפשטת עד תחומה של עיר כי היכי דגבי מגלה שהיא תקנה מתפשטת טפי מהעיר גופא עד מיל ה"נ לכל תקנה ומכאן למד רמי בר דקולי למימר חוץ לתחום אכלתינהו משום דעד תחומה של עיר היתה תקנה והמנהג מתפשט כו' עכ"ל. ולפע"ד זה תמוה מאד לומר דממגלה תהא ראי' דכל תקנות העיר נתפשטו עד התחום. דהא חוץ לתחום דאמרינן בחולין לא דמי למיל שהוזכר גבי מגלה. בחולין דאמרינן חוץ לתחום א"כ כוונתם הוא דבמקום שמותר להלוך בשבת שם נגררין אחרי בני העיר לענין תקנותיהן. וכן כתב שם הישי"ש להדיא. אבל גבי מגלה דאמרינן מיל אינו תלוי בזה כלל אם מותר להלוך שם בשבת או לא. ובודאי שאם המקום הוא יתר ממיל מהכרך אף שמותר להלוך לשם בשבת מן הכרך מ"מ אינו בטל להכרך לענין קריאת מגלה ומשכחת לה בעיר עגולה דגבי תחום שבת נותנין לה פיאות בין לעיר בין לתחומין ועושין אותה כמין טבלא מרובעת כדי שיהא נשכר הזויות דלענין מנהגא נגררין הם אחרי העיר כל שהם בתוך התחום הזאת. אבל גבי מגלה אמרינן ועד כמה כמחמתן לטבריא מיל ולא הוזכר כלל תחום א"כ בשם בעיר עגולה אין נותנין לעיר זויות ומודדין המיל בעיגול סביב לעיר. ואפי' בעיר מרובעת נראה דבזויות העיר מודדין ג"כ מיל מזויות העיר ואין נשכר כלל האלכסון. ודוקא גבי תחום שבת נשכר האלכסון משום דגמרינן פיאות בג"ש כמו דאמרינן עירובין (נא.). וכ"ש לפי שיטת הראשונים דס"ל דמתחילין למדוד תחומין לאחר שבעים אמה ושיריים מן העיר א"כ פשיטא דכ"מ שהוזכר חוץ לתחום הוא התחום שלאחר שבעים אמה ושיריים מן העיר. אבל גבי מגלה המיל שהוזכר שם הוא מהעיר גופא לכו"ע. אך זה יש להסתפק אם יש בורגנין להעיר אי הנהו מתוותא דמבלען בשבעים אמה ושיריים דמצי למיזל אף תלתא פרסי בשבתא כדאמרינן שם (כא.) אם גם גבי מנהגי נגררין הם אחרי בני העיר משום דכ"ז מיקרי תוך התחום או לא וצ"ע:

ויותר תמוה לפע"ד דהא השה"ג הביא שם דברי הרמב"ם דס"ל דאף הנראה עם הכרך אינו נדון ככרך אלא עד מיל ולא יותר א"כ קשה לפי"ז קושית ה"ה שם דכתב ואני תמה לפי לשון רבינו למה הוזכר נראה שהרי אם אין ביניהם יותר ממיל שהוא אלפים אמה הרי הוא סמוך ואפי' אינו נראה עמו דינו כמוהו ואם רחוק יותר אפי' נראה עמו אין נדון כמוהו וע"כ צריך לתרץ לפי"ז כמו שמתרץ הכ"מ דכי בעי ועד כמה לא בעי אסמוך.

דסמוך משתמע סמוך ממש דהיינו בעיבורה של עיר. אלא אנראה בעד דאין סברא לומר שאפי' רחוק כמה פרסאות לפי שהוא נראה מן הכרך יהא נדון כמוהו. וכן כתב הא"ר בסי' תרפ"ח דכן משמע בס' דרך תמים הגהת הרי"ף. וכן מוכח מהרוקח והסכים כן לדינא. א"כ מנ"ל ללמוד לענין מנהגא מנראה אעפ"י שאינו סמוך דתחום העיר חשיב כעיר. אדרבה הא יש ללמוד מסמוך אעפ"י שאינו נראה דדוקא תוך עיבורה של עיר חשיב כעיר. וזה רחוק לומר דהא דמביא המרדכי שנהגו העם לנהוג חומרת המקום שהלך לשם בתוך התחום מן העיר מיירי רק כשנראה עם העיר היינו כשהם יושבים בראש ההר. ואין לומר דגם בקרקע שוה מסתמא עד התחום מיקרי נראה עמו. ז"א דא"כ האיך קאמר הגמרא שם בשלמא נראה אעפ"י שאינו סמוך משכחת לה כגון דיושבת בראש ההר כיון דגם בקרקע שוה מסתמא נראה עמו. אלא ע"כ צ"ל דפסיקא לי' להגמרא דבקרקע שוה מסתמא אינו נראה עמו אף שהוא בתוך התחום מן העיר. לכך פריך רק על סמוך אעפ"י שאינו נראה עמו היכא משכחת לה כיון שהוא סמוך כ"כ שהיא בתוך עיבורה של העיר ודאי נראה עם העיר. והוצרך כגון שהיא יושבת בנחל. א"כ בקרקע שוה ודאי מיקרי אינו נראה עמו אף בתוך התחום מן העיר ואמאי קאמר המרדכי דנוהג חומרא שהלך לשם עד תחום העיר. [ובזה שבארנו תמוה לי דברי הד"מ שמתרץ דברי הרמב"ם דסמוך מיקרי אם יכול לבוא אל הכרך תוך מיל אבל בנראה אף שנהר מפסיק וצריך להקיף מהלך רב אפי"ה חשוב מכלל עיר כיון דהוא תוך מיל עכ"ד. דהא לפי"ז ע"כ צ"ל דבקרקע שוה עד מיל מסתמא נראה עמו דאל"כ אמאי פריך הגמרא בסמוך אעפ"י שאינו נראה עמו היכא משכחת לה. א"כ אמאי הוצרך הגמרא לומר בנראה אעפ"י שאינו סמוך משכחת לה כגון שיושבת בראש ההר דהא אף בקרקע שוה עד מיל מסתמא נראה עמו וצ"ע]. אך דברי השה"ג נוכל לתרץ דס"ל כהב"י דמתרץ דברי הרמב"ם דכי אמר ר"י ועד כמה קאי אתרווייהו אסמוך ואנראה אך בסמוך ואינו נראה משחינן המיל במדת הליכה בקרקע. ובנראה דהיינו יושבת בראש ההר לא משחינן בקרקע אלא ע"י שנותנין החבל מעיר לעיר באויר ואם אין במשך אותו חבל יותר ממיל נדון ככרך דהשתא הוי טובא טפי ממיל במדת קרקע. או כתירוץ הט"ז דהא דתנו שיעור מיל גם לנראה היינו לקרקע שוה שבין עיר לעיר אבל לא השפוי שיש בראש ההר שהיא יושבת עליו דהשתא הוה ג"כ יותר ממיל עם השפוי שבהר. אך מ"מ דברי השה"ג צ"ע דהא מפשטות דברי הגמרא מלישנא דחוץ לתחום משמע דבמקום שאסור להלוך שם בשבת אין נגררין אחרי בני העיר אף שנראה עמו. ולפי"ד השה"ג יהא הדין בנראה עמו כגון שיושבת בראש

ההר אף שאסור להלוך לשם בשבת כיון שהוא יותר ממיל מ"מ נגררין אחרי בני העיר בכל תקנותיהם:

אח"ז התבוננתי דלפי מה דפסיקא לי דמיל שהוזכר גבי מגילה לא דמי לחוץ לתחום שהוזכר בכל מקום. א"כ בר"ה (כט:) דאמרינן שם גבי ירושלים דכל עיר שהיא רואה ושומעת וקרובה ויכולה לבוא תוקעין אף בשבת כו' קרובה פרט ליושבת חוץ לתחום. א"כ כל מקום שיכולין להלוך לשם מירושלים אף שהיא יותר ממיל מן העיר (דהא לגבי תחומין צריך לרבע את העיר. א"כ יש הרבה מקומות שהם תוך התחום לירושלים והם רחוקים יותר ממיל) מ"מ תוקעין שם בשבת. וקשה לפי"ז דהא גבי תקיעה אינה נגררת אחרי ירושלים דוקא שתהא גם רואה ושומעת ואמרינן רואה פרט ליושבת בנחל ושומעת פרט ליושבת בראש ההר ואפי"ה בטלה לגבי ירושלים ונגררת אחריה אף שהיא רחוקה יותר ממיל כיון שהיא בתוך התחום מיקרי קרובה. ובמגלה דלא בעינן רואה ושומעת ואף שיושבת בנחל או בראש ההר נמי נגררין אחרי העיר מ"מ אמרינן דאינה בטלה לגבי כרך דוקא שיהא סמוך תוך המיל אבל אם היא רחוקה יותר ממיל אף שהיא בתוך התחום של העיר אינה נגררת אחריה. אמנם לפי שיטת הכ"מ שהבאתי למעלה דכי בעי גבי מגלה ועד כמה ואמרו עד מיל קאי אנראה ואינו סמוך אבל סמוך ואינו נראה הוא בתוך עיבורה של עיר ניחא כ"ז. דלפי"ז איכא למימר דבאמת גבי תקיעה בטלה יותר מלגבי מגלה. והא דבעינן גבי תקיעה גם רואה ושומעת משום דהתם מיירי דהמקומות רחוקים יותר מעיבורה של העיר ירושלים. אבל בתוך עיבורה של ירושלים לא בעינן רואה ושומעת כלל. אולם לשיטת שאר הפוסקים דהא דבעי עד כמה קאי אסמוך ולא על נראה תמוה דאמאי גבי מגלה אינה בטלה לגבי כרך מה שהוא בתוך התחום אלא רק מה שבתוך המיל:

ומטעם קושיא זו הוכרחתי לחזור ממה שעלה בדעתי בפשיטות דמיל שהוזכר במגלה לא דמי לחוץ לתחום שהוזכר בחולין לענין מנהגא. וכן בר"ה לענין תקיעה. אלא גם שם דינא כמו גבי מגלה. ורק עד מיל שייך לעיר לענין מנהגא וכן גבי תקיעה ומה דקאמר חוץ לתחום משום דסתם מיל הוא תחום שבת לכך קאמר לישנא דחוץ לתחום. אבל באמת לא דמי שם לתחום שבת ואין נותנין לה אלכסון כמו תחום שבת. וכן אין מרבעין את העיר למדוד משם התחום אלא מודדין התחום מן העיר גופא. ואף למ"ד דנותנין קרפף לעיר ואח"כ מודדין התחום. אבל הכא לכו"ע מודדין מן העיר גופא. ואף שמדברי הישׁ"ש בחולין נראה דס"ל כמו שעלה על דעתי מקודם. אבל מטעם קושיתנו מוכרח לומר דאינו כן. וזה בודאי א"א לומר להיפך דאולי גם גבי מגלה דמי לתחום שבת לכל

דבר. דא"כ האיך קאמר הגמרא מגלה (ב:) עד כמה אמר ר' ירמיה ואיתימא ר' חייא ב"א כמחמתן לטבריא מיל ולימא מיל הא קמ"ל דשיעורא דמיל כמה הוי כמחמתן לטבריא. ואם הוה בזה הדין כמו גבי תחום שבת הו"ל לומר בפשיטות עד כמה עד תחום שבת. ותחום שבת הא ידוע כמה שיעורא. אלא ע"כ דמיל שהוזכר גבי מגלה לא דמי לתחום שבת ולכך אין מקדרין בזה ג"כ בהרים ומודדין הרים וגאיות כקרקע חלקה. ולכך הוכרח לומר דוקא מיל. ועיין בט"א שם:

ולפ"ז נ"ל דהא דפסקינן באה"ע סי' קכ"ח בס"ד בהג"ה דאין לכתוב שם הנהר בגט דוקא היכא שהוא בתוך התחום וכל תשמישי עיר ממנו אבל חוץ לתחום אין כותבין שם הנהר כלל ואם כתבו פסול. ולכאורה הי' נראה כיון דקאמר לישנא דחוץ לתחום א"כ כל שהוא בתוך התחום שהולכין שם בשבת אף שרחוק יותר ממיל מן העיר גופא דהיינו היכא שצריך לרבעה א"כ האלכסון של התחום הוא הרבה יותר ממיל מהעיר. מ"מ כתבינן בגט. אבל לפי"ד כעת אינו כן. אלא גם בזה דוקא תוך המיל מן העיר גופא הוא דכתבינן בגט משום דעד שם נחשב כעיר גופא. אבל כל שהוא רחוק יותר ממיל מן העיר אינו נחשב כעיר אף שהולכין שם בשבת מן העיר. מ"מ עדיין נבוך אנכי בזה כי עיינתי בהגהת מיימוני בה' גירושין סי' כ"ב שמביא שם תשו' הרשב"א שממנה נובע הגהת הרמ"א ושם הביא ראי' לזה מפ' בתרא דר"ה קרובה פרט ליושבת חוץ לתחום אלמא תוך התחום כמותה חשיבי ומחולין דקאמר חוץ לתחום אכלינהו. ומפרק בתרא דמכות כשם שהעיר קולטת כך תחומה קולט. מכל הני משמע דתוך התחום חשוב כעיר עצמה. וגבי ערי מקלט שם ודאי נחשב התחום כמו גבי תחום שבת ושם ודאי קולט התחום אף שרחוק יותר ממיל מהעיר עיין בעירובין (נו:) דמוכח שם דגם בערי מקלט מרבעין את העיר אף בעיר עגולה א"כ מוכח מדברי הרשב"א דס"ל דכתבינן שם הנהר בגט בתוך התחום שהולכין שם בשבת מן העיר אף שרחוק יותר ממיל מן העיר. וגם מוכח מדברי הרשב"א דהוא מפרש בר"ה ובחולין דלא כמש"פ דגם שם כוונתו עד מיל מן העיר כמו גבי מגלה. אלא גם שם כוונת הגמרא חוץ לתחום חוץ למקום שאסור להלוך לשם בשבת כמו שסובר הישׁ"ש. מ"מ גבי מגלה נראה דגם הרשב"א מודה דשם מודדין המיל מן העיר גופא ואין מרבעין את העיר כמו שמרבעין גבי תחומין. אף שלכאורה מסוף דברי הרשב"א דכתב שם וז"ל ולפיכך חוץ לתחום אם נראה עמו אמר בפ"ק דמגלה כרך וכל הסמוך לו וכל הנראה עמו נדון ככרך ואמר סמוך אעפ"י שאין נראה נראה אעפ"י שאינו סמוך כו' עכ"ל. נראה מדהביא ראי' ממגלה לענין נראה עמו אעפ"י שהוא חוץ לתחום מ"מ שייך להעיר דגם גבי מגלה דקאמר שם עד מיל משום דזהו תחום שבת א"כ גם שם

דינא כתחומי שבת. וכן נראה קצת מדברי הגר"א שם ס"ק כ"ג דפי' כן בדברי הרשב"א. אבל באמת ז"א לפע"ד. דא"כ אמאי לא הביא הרשב"א בתחילת דבריו ראי' דתוך התחום חשיב כעיר ממגלה. אלא ע"כ משום דגבי מגלה רק עד מיל מן העיר גופא חשיב כעיר. והוא רוצה להביא ראי' דעד תחום שבת מן העיר חשוב כהעיר לכך הביא ראי' ממקומות אחרים דשם מוכח דעד תחומי שבת חשוב כעיר. וכונת הרשב"א מה שהביא ראי' לענין חוץ לתחום כיון שנראה עמו חשוב כעיר ע"כ צריך לפרש כיון דחזינן גבי מגלה אף שחוץ למיל מן העיר מ"מ כיון דנראה עמו חשיב מן העיר, א"כ ה"ה אף חוץ לתחום כיון שנראה עמו חשוב מן העיר. כנ"ל בדברי הרשב"א ז"ל:

אמנם מה שהביא הרשב"א ראי' מהא דתחום של ערי מקלט קולט אלמא דתחום העיר חשוב כעיר. לפע"ד אין זה ראי' כלל. דש"ה כיון דע"כ הי' להם רשות לצאת מן עיר מקלטו ולרעות את בהמותיו במגרש ולעשות שם כל צרכיו לכך קולטת. והראי' דהא דירה באמת נאסר להם חוץ לעיר מקלטו אעפ"י שזה תוך התחום של העיר. אלמא דתוך התחום של העיר לא חשוב כהעיר לכל מילי. ונראה דלדעת הרמב"ם דס"ל בה' שמיטה ויובל פ' י"ג ה"ב דמגרשי ערי מקלט הם שלשת אלפים אמה אלף אמה מגרש ואלפים שדות וכרמים קולט כל השלשת אלפים אמה אף שהם יותר מתחום שבת. משום דכ"ז מיקרי תחום העיר לענין קליטה וכן לענין דאין עושין בית הקברות במקומות הללו וע"כ צ"ל דלכך קולט כל השלשת אלפים אמה אף שהם יותר מתחום מהאי טעמא שכתבנו משום דע"כ היה להם רשות לצאת בהם. אמנם לדעת ר"ע סוטה (כז:) דס"ל דלא היה רק אלף אמה מגרש והא דכתיב ומדותם מחוץ לעיר לפאת קדמה אלפים באמה הוא לענין תחום שבת משום דס"ל תחומין דאורייתא. צ"ע עד כמה היה התחום של ערי מקלט שהיה קולט. לכאורה נראה דלא הי' קולט לדעתיה רק אלף אמה מגרש. משום דלפי דבריו נראה דלא נתן להם שדות וכרמים כלל. אבל יותר מסתברא לי לומר דגם ר"ע מודה דתחום שבת מערי מקלט קולט. ולפי"ז יתיישב שפיר מה דכתיב תחומי שבת גבי ערי מקלט דוקא. משום דזה צריך לידע שם לענין קליטה משום דהתחום שבת קולט. ע"כ צריך לידע המדה עד היכן הוא המקום שקולט בה וצריך לומר לפי"ז דלמ"ד תחומין דאורייתא נוכל לומר דתחום שבת קולט אף בלי שום טעם רק משום דתחום העיר חשוב כהעיר. אבל למ"ד תחומין דרבנן אין סברא כלל לומר דתחום שבת קולט משום דתחום העיר חשוב כעיר. אלא ע"כ מוכרח לומר דאלפים אמה קאי לענין שדות וכרמים ולכך קולט שם ג"כ:

ובזה נוכל לישב קושית התוס' בסוטה (לו:) ד"ה מר סבר כו' דהקשו שם דהכא משמע דאי הוה משתעי קרא דאלפים אמה בלוים דהוה סבר דתחומין דרבנן אלא טעמא משום דמשתעי בשבת והא יליף לתחומין בפ' מי שהוציאוהו (נא.) מג"ש מקום ממקום ומקום מניסה כו' ובספ"ק דעירובין משמע מאן דסבר דתחומין דאורייתא נפקא לן מאל יצא איש ממקומו עכ"ל. אבל לפי מש"ב איכא למימר אע"ג דזה ודאי דנוכל למימר תחומין דאורייתא אע"ג דהאי קרא דאלפים אמה בלוים הוא דכתיב מ"מ משמע להגמרא דר"א בריה"ג ע"כ ס"ל דתחומין דרבנן דאל"כ מנ"ל דהאי קרא ומדותם גו' דנותן להם גם שדות וכרמים לבד אלף אמה למגרש דילמא קאי הך קרא לענין קליטה. אלא ע"כ משום דס"ל תחומין דרבנן. א"כ א"א לומר דאלפים אמה קולט אם לאו משום דזה הי' להם לשדות וכרמים לכך קולט ג"כ. אמנם לדעת הרמב"ם שהבאתי למעלה דס"ל דר"א בריה"ג סובר דאלפים דשדות וכרמים היה לבד אלף אמה דמגרש ניחא קושית התוס' בפשיטות טפי. כיון דלפי דעתיה ע"כ האי קרא ומצא אותו גואל הדם מחוץ לגבול היינו חוץ לגבול שלשת אלפים אמה. א"כ האיך אפשר לומר דר"א בריה"ג ס"ל תחומין דאורייתא ויליף מקום ממקום ומקום מניסה כו' וחוץ מחוץ דא"כ הי' צריך להיות תחומין שלשת אלפים אמה וזה ליכא מאן דסובר כן. וע"כ סובר תחומין דרבנן. והגמרא דקאמר שם דילפינן מקום ממקום כו' ע"כ דס"ל כהך מ"ד דתחום ערי הלוים לא היה רק אלפים אמה עם המגרש. וכן סובר להדיא בעירובין (נו:) ר"א בר"י יעו"ש. וס"ל להרמב"ם דר"א בר"י בעירובין פליג על ר"א בריה"ג. ואפשר דמחמת קושית התוס' הנ"ל דמנ"ל דר"א בריה"ג ס"ל תחומין דרבנן ע"כ דחק להרמב"ם לפרש בדברי ר"א בריה"ג דאלפים אמה הי' לבד אלף אמה מגרש. א"כ א"א לומר דס"ל תחומין דאורייתא ולפי"ז צ"ל דהא דתחום אלפים אמה אסור מדרבנן לא כפי"ד רש"י בשבת דאסמכו רבנן אקראי דילפינן מקום ממקום ומקום מניסה כו' וחוץ מחוץ. דא"כ היה צריך להיות שלשת אלפים אמה. אלא סתם אלפים אמה הוא דרך לעשות מגרש לעיר ע"כ אסרו חכמים יותר מאלפים אמה. וכן משמע קצת מדברי הרמב"ם ה' שבת פ' כ"ז ה"א. ואין להקשות לפי"ד דאמאי חמיר עירובי תחומין יותר מעירובי חצירות כדאמרינן שם בשבת ובעירובין (מז:) משום דלפי"ד הא י"ב מילין הוא מדאורייתא לכך החמירו חכמים אף בתחום אלפים אמה:

ונחזור לענייננו כיון דמבואר זה בכל האחרונים דהיכא דאיכא מגדר מילתא יש ביכולת לכל בני העיר לתקן אף שיש רווחא להאי ופסידא להאי. ואין לך מגדר מילתא גדול מזה לקבל שו"ב מובהקין ומומחין וקבועין בל יפרצו ידי זרים בסביבות העיר לחטוף זה מזה ומתוך כך באין לידי כמה מכשולים בעניני בדיקת הסכין אשר צריך לזה הרבה

ישוב הדעת וכן בעניני בדיקת הריאה מיקל זה יותר מזה כדי למצוא חן בעיני בעליו. וגם הגאון בעל שו"מ כתב דזה הוא מגדר מילתא דלא יהי' בכפרים שו"ב שאינם מובהקין. ודבריו נכונים. לכך דעתי מסכמת כי הכתב אשר ביד השו"ב דמחנם הנהו בתוקף ועז. ואינו רשאי לשום שו"ב זולתם להרים יד ולשחוט בגבולם כפי הכתב שלהם אם לא שברר כי הכתב לא נעשה בהסכמת הגאב"ד. ותקותי חזקה כי כל איש אשר יראת ה' תקועה בלבבו יתרחק עצמו מלהיות שו"ב בגבול רעהו. והוא בכלל ארור מסיג גבול רעהו. ולהשומע ינעם ותבוא עליו ברכת טוב:

כ"ד הכו"ח יו"ט ליפמן הכהן

סימן ב

להרב החריף והשנון י"א מו"ה אליהו שו"ב דק"ק האסלאוויטש. מה שהקשה כמע"ל ע"ד משנת חכמים שהקשה האיך מותר לשחוט בסכין של משמשי עכו"ם הלא מחויב לאבדו. ומתרץ דמיירי דהסכין אינו שלו אלא של עכו"ם. והקשה מע"ל דלפי דבריו האיך הביא המרדכי ראי' מזה דסכין של שחיטה אינו טעון טבילה. וכן הש"ך מרמז לזה בסי' י' סק"ג עכת"ד. יפה הקשה. והמרדכי ודאי דלא ס"ל כתירוץ של בעל משנת חכמים. אלא נ"ל שמישב הקושיא של בעל מ"ח באופן אחר דמיירי ביו"ט דא"א לאבדו. לא מיבעי לדעת ר"ת בחולין (פח:) דמצותו בשריפה וכדעת התוס' תמורה (לג:) ודאי אסור לשורפו ביו"ט דלא עדיף משריפת חמץ ושריפת תרומה טמאה ושארי קדשים. ואפי' אותן דס"ל גבי חמץ היכא דלא בטלו מותר לשורפו דמתוך שהותרה הבערה לצורך הותרה נמי שלא לצורך. דוקא גבי חמץ הוא דמותר משום דביעור חמץ הוה נמי צורך היום קצת. אבל משמשי עכו"ם ודאי דאסור. ואפי' לדעת הרמב"ם דס"ל דלא בעי שריפה דוקא אע"ג דקרא מפורש ואשריהם תשרפון באש. אמנם הרמב"ם ז"ל בס' המצות מ"ע קפ"ה מישב זאת במתק לשונו. והמתבאר דלא הקפידה תורה רק שיהי' השחתה היותר מופלגת מאשר ריבתה התורה השחתות הרבה. מ"מ הא זה ודאי דבעי שחיקה אם משליכה לשאר נהרות ולד' הב"ח גם אם משליכה לים המלח בעי שחיקה ולשוחקה ביו"ט ודאי דאסור דהוה תולדה דטחינה ושלא לצורך אוכל נפש ודאי דאסור אף ע"י שינוי:

אך זה צריך לבאר לפי"ד דמיירי ביו"ט אם אסור לטלטל סכין של עכו"ם ביו"ט משום מוקצה או לא. ולפיד"נ דלדעת הפוסקים דס"ל דפסקינן כר"י דמוקצה מחמת מיאוס אסור ביו"ט ודאי דאסורה בטלטול דאין מוקצה מחמת מאוס גדול מזה דקאמרה התורה שקץ תשקצנו ולא תביא תועבה דקאי גם על משמשי עכו"ם כמבואר ברמב"ם ה' עכו"ם פ"ז ה"ב. [ונראה לישב בזה קושית הפ"ח בה' עכו"ם על הרמב"ם ז"ל. וז"ל וקשה דמאן

לימא לן דהך קרא מיירי לנהנה דלמא כפשטי' דהיינו שמכניס ע"ז לתוך ביתו וכדלקמן בפ' עשירי דין ד' ע"ש עכ"ל. ולדעתי נראה דיצא זאת להרמב"ם מדאמרינן דמותר לשחוט בסכין של משמשי עכו"ם וע"כ אינו עובר בלא תביא עד שיהנה. דאל"ה כיון שלוקחו בידו וברשותו עובר על לאו דלא תביא. אע"כ דאינו עובר עד שיהנה] אך מ"מ לא קשה זאת על המרדכי לפי מש"כ דאיירי ביו"ט משום דנראה קצת מדבריו ברישׁ ביצה דס"ל כשיטת הפוסקים כר"ש דמוקצה מחמת מיאוס מותר גם ביו"ט. דמביא שיטה זו לאחרונה. אך מה דקשה לפי"ז דהא לפעד"נ דסכין זה אסור בטלטול משום מוקצה מחמת איסור כיון דסכין זה אסור בהנאה. ואם כי יש מקום לומר הואיל וחזי לשחיטה הגם רק היכא דלא נפק מיני' הנאה בכ"ז לא מיקרי מוקצה הואיל וחזי לאיזה מלאכה. אכן האמת יורה דרכו כיון דזהו מאיסור הנאה הוה מוקצה גמור. ונראה אפי' מאן דלא ס"ל מוקצה מחמת איסור מ"מ מודה דכל איסורי הנאה אסור בטלטול והוה כטלטול אבנים וכל דבר דלא חזי להנות ממנו. א"כ גם סכין לא יצא מכלל כל איסורי הנאה. הואיל ואסור למלאכת הנאה ולא הותר לשחוט בו אלא היכא דמקלקל בשחיטתו עם שכעת רצונו לשוחטו וצריך לאכלו בכ"ז עצם מלאכת השחיטה מקלקלו כי בהמה חיה שוה יותר משחוטה דחזיא לרדיא ולגדל ולדות ולאכילה ומשי"ה מותר לשחוט בו דלא מיקרי הנאה ואיך נימא דנפיק מכלל כל איסורי הנאה דמוקצין נינהו:

אמנם מה שנ"ל בזה לישב עפ"י מה שכתבו התוס' והמרדכי וכן פסק בשו"ע או"ח סי' תק"ט ס"ז בהג"ה דמוקצה מותר לטלטל לצורך אוכל נפש ושמחת יו"ט. אף שכתב המג"א שם דלא שרי רק לטלטל לצורך אוכל נפש אבל להשתמש בו אסור. מ"מ המעיין שם היטיב בדברי המג"א יראה דכל עיקר איסורו להשתמש במוקצה הוא משום דאסור בהנאת תשמישו א"כ דוקא היכא דאיכא הנאה גמורה. אבל הכא הא כל עיקר היתר לשחוט בסכין של משמשי עכו"ם משום דזה לא מיקרי הנאה דהוי מקלקל. א"כ גם לענין איסור שמוש המוקצה ודאי לא מיקרי הנאה. והוי רק כמו טלטול לבד ומותר לצורך אוכל נפש אך לפי"ז ישאר קושית הב"י אמאי אסור לשחוט ביו"ט לכתחילה ע"מ לכסות באפר שהוסק ביו"ט. ומה שמתרצין דזה הוה כמו שמוש. ז"א כיון דמצות לאו להנות נתנו א"כ הוי רק כמו תשמיש שאין בו הנאה ומותר לצורך אוכל נפש. ונראה דע"כ צ"ל כמו שתירץ הב"ח דכסוי לא מיקרי צורך אוכל נפש דיכול לאכול בלא כסוי והכסוי לא הוה רק מכשירי אוכל נפש והיכי דאפשר להכין מאתמול לא שרינן ביו"ט. והא דהתירו לכסות באפר זה בדיעבד אם שחט הוא משום דאתי עשה דכסוי דאורייתא ודחי ל"ת דמוקצה דרבנן. ובזה ניחא דברי המהרש"א בביצה (לג.) דכתב כדברי המג"א

לחלק בין טלטול בעלמא לבין טלטול להשתמש דזה הוה כעין אכילתו. ומ"מ גבי כסוי (שם ח.) בתוס' ד"ה אמר ר"י כתב לתרץ קושית הב"י כדברי הב"ח משום דהאי טלטול אינו משום אוכל נפש אלא משום הכסוי. ולא ניחא לו כפי מה שנראה מדברי המג"א דמתרץ בזה גם קושית הב"י משום דכסוי הוי נמי כמו שמוש. אלא משום דהמהרש"א ס"ל כמש"ב דכסוי אף דהוה כמו שמוש מ"מ כיון דמצות לא להנות נתנו הוה כשמוש שאין בו הנאה והוי כטלטול בעלמא. אמנם מש"כ המהרש"א שם (לג) לפרש בדברי הגמרא שבת (קכח.) דרב במוקצה לאכילה ס"ל כר"י ובמוקצה לטלטול ס"ל כר"ש דגם שם פירושא היינו טלטול בעלמא שאין בו שום הנאה. אבל היכא שמטלטל לשמש הוה זה כעין אכילה ואסור. הנה מדברי התוס' שם (יט:) ד"ה הני כרכי כו' דהקשו שם מפ' מפנין אינו נראה כן דלפי"ד המהרש"א אין התחלה לקושיתם דאיכא לפרושי דהני כרכי דזיזי דאסור היינו לשמש בהן. וכן מדברי הרמב"ן והרשב"א בחידושיהם דהביאו ג"כ קושית התוס' ודחקו לישב נראה ג"כ דלא ס"ל כדברי המהרש"א ז"ל:

היוצא לנו מדברינו אלה דין חדש דמותר לשחוט בסכין של מוקצה דהוה כטלטול בעלמא ומותר לצורך אוכל נפש דסתם שחיטה מיקרי מקלקל כמו דמותר לשחוט בסכין של משמשי עכו"ם. ואף בשורים המסורסים מ"מ כיון דחזיא לרדיא נמי ובשחיטתו מקלקל דלא חזי רק לאכילה. ורש"י דכתב דבחיה היא עומדת לג' דברים לגדל ולדות ולחרישה ולאכילה לאו דוקא. וכן כתב הת"ש דגם עוף מותר לשחוט אף דאינו עומד למלאכה מ"מ תרתי מיהא איכא יעו"ש. אבל בעוף מסורס ודאי דאסור לשחוט. וכן בשור של פטם נראה כיון דהוא שוה לשחיטה יותר נמי אסור לשחוט כדאמרינן בע"ז (טז.) דמסתמא לשחיטה קאי. אבל מ"מ צע"ג דהא מסיק שם אמר רב אשי אמר לי זיבדא בר תורא משהינן לי' ועביד על חד תרין. א"כ איכא למימר דמיקרי נמי קלקל דבחייו היה ראוי לשני דברים ועתה אינו ראוי אלא לדבר אחד. כ"ד ידידו דו"ש יו"ט ליפמן הכהן.

סימן ג

וזה אשר השבתי לק"ק בוחאב חדש בדבר השאלה אשר אירע במחנם בריאה הסמוכה לדופן בשיפולי אומה וחתכו הבשר הדבוק להריאה מן הדופן והוציאו הריאה וקלפו הסירכא עם בשר הדבוק כמנהגי השו"ב עתה לקלוף הסירכות ונפחה הריאה ובצבצה הריאה בכמה מקומות במקום הסירכא ובדקו בצלעות ומצאו עצם צלע אחת אדומה נגד מקום הסירכא וברחוק ערך 1.5 וויערסקעס היה כמין גומא וסדק על העצם ואמרו הקצבים שזה היה נשבר הצלע ונקשר שאשי"י ועל בשר הדופן לא נמצא שום מכה. השו"ב אומר כי לא קלף בחוזק אשר ע"פ השערתו לא נעשו הנקבים בידו. אכן אומרים

על השו"ב כי איננו אומן במלאכת הקילוף. והנה המורה דשם התיר הדבר הזה בהפסד מרובה וסברתו שבהפ"מ יש לסמוך על הב"י סי' ל"ט סעי' כ"ב כ"ג אשר אם יש מכה בדופן אם נשבר הצלע מותר בלא בדיקה וא"כ הבדיקה היא רק חומרא ואפשר לתלות הנקבים בידא דטבחא ואף כי השו"ב אומר לא כן אין להשגיח על דבריו כי איננו אומן בזה. ולפי השערת המתיר נעשו בידיו. וחלק עליו רב אחד דהנה לשיטת רש"י ותוס' ורא"ש אף אם יש מכה בדופן דאין ריעותא בריאה צריכה בדיקה. וסיימו תוס' ורא"ש ובצרפת ואשכנז נוהגין להטריף בכל. לשיטת הרי"ף לפי הבנת הרשב"א והרא"ש ג"כ אי איכא מכה בדופן צריכה בדיקה. וכ"כ הר"ן בשם הגאונים וכ"כ הרמב"ן בשם רב האי גאון. רק לשיטת ר"ת ורז"ה אי איכא מכה בדופן אינה צריכה בדיקה. וכן לשיטת הרי"ף לפי הבנת הר"ן בדבריו והב"י פסק כשיטת הרי"ף לפי הבנת הר"ן. והנה הרמ"א פסק כהתוס' והרא"ש וכמנהג צרפת ואשכנז ואנו מבני בניהם ולהטריף הכל. ואף כי עתה נהגו לסמוך על הקילוף עכ"פ הבדיקה מעכבת. וגם התב"ש ס"ק פ"ט כתב דאף הב"י לא הקיל רק עפ"י המנהג שנהגו שראה שסמכו להקל אבל היכא דלא נהוג פשוט דלא שבקינן רוב מנין ורוב בנין כו' ע"ש. ועוד דאף לשיטת המקילין היינו דוקא בלא בדיקה אבל אם ימצא נקבים טרפה כמבואר בשמ"ח סעי' ס"ד לדעתם. וכ"נ להוכיח מהגמרא דהלא לשיטת הרי"ף הקשה הר"ן סכינא דחריף פומי' ל"ל. ותירץ דאם יחתכו בסכין רעה אולי ימצא נקב ויראה שהי' קודם שחיטה ואם נאמר שנוכל לתלות בידא דטבחא א"כ נוכל לתלות גם בסכין רעה. רק הרמב"ם מתיר אף אם נמצא נקב ותולין שנעשה אחר שחיטה. וגם לדבריו כתוב בבד"ה דדוקא נקב א' קטן. ובנשבר הצלע לא התיר כלל. נמצא לפי"ד היא טרפה גמורה לכל הפוסקים. וכ"ז אם נחשוב זה לנשבר הצלע. אמנם באמת לא נראה כאן נשבר הצלע רק לפי השערת הקצבים ואדמומית הצלע אינו סימן כלל כמבואר בתשו' הרא"ש בבהרות שחורות. וכן גם הספק בריחוק מקום עכ"ד:

וזה אשר נ"ל בזה. מקודם צריכין אנו לבאר אף לפי"ד הראשונים דאף ביש מכה בדופן צריכה בדיקה. אם בדיקה זו מעכבת בדיעבד או רק לכתחילה צריכה בדיקה. ועוד יש להסתפק אם הבדיקה היא אף בעוד הסירכא על הריאה. או צריך למפרק הסירכא מן הריאה ואח"כ לבדוק:

לפ"ד יש ללמוד זה מדברי התוס' חולין (מז.) ד"ה היינו כו' דז"ל התוס' שם אבל קשה מהא דאמרינן לקמן (מח) גבי ריאה הסמוכה לדופן דר"נ בדר"י בדיק לה בפשורי ומה בדיקה שייך והא לעולם לא תבצבץ כיון דהסירכא עולה בלא נקב. ומיהו בלא"ה קשה דכי אמרינן נמי דמחמת נקב היא באה איך הי' יודע ע"י שלא תבצבץ שהסירכא זו

מחמת דופן כי נמי ניקבה הריאה לא תבצבץ שהקרום סותם את הנקב וטרפה היא דסופה לפסוק כו' עכ"ל. ונראה דע"כ הם מפרשים דהבדיקה היא אף בעת שהסירכא על הריאה. דאי הוי מפרשי דכונת הגמרא היא דמפרקינן בסכינא חריפא היינו הסירכא מן הריאה ואח"כ בדקינן א"כ לא הוה קשה קושיתם כלל. דהא לפי שיטת הסוברים דטריפה הסירכא היא משום דעתיד להתפרק וינקבה אפשר לישב דלכך מהני הבדיקה כיון דחזינן שנתפרקה הסירכא מן הריאה ולא נקבה ע"כ תלינן יותר דסירכא זו באה מן הדופן כיון שיש בו מכה ולכך לא קלטה הריאה כ"כ בחוזק ולא נקבה כשנתפרקה הסירכא ממנה וכן לפי שיטת הסוברים דאין סירכא בלא נקב נמי יש לישב כיון דמפרקינן הסירכא מן הריאה ובדקינן בפשורי ולא מבצבץ ע"כ תלינן יותר דסירכא זו באה מן הדופן שיש בו מכה ולא תלינן דקרום עלה בהנקב וסתמה. אע"כ דמפרשי דהבדיקה היא בעודה הסירכא על הריאה. לכך הקשו התוס' דמאי מהני בדיקת פושרין דאולי יש נקב תחתיה והסירכא סותמת לכך אינו מבצבץ. וכ"ש לפי שיטת הסוברים דטעם האיסור מסירכות שלא כסדרן הוא משום דעתיד להתפרק מן הריאה וחשיב כנקובה מעתה. ודאי קשה מאי מהני הבדיקה בעוד שהסירכא על הריאה. ותירצו ע"ז התוס' שם דבדיקה דר"נ בדר"י הוא משום חומרא בעלמא הוא דעביד דמה"ד הא יש לתלות בדופן כיון דאיכא ריעותא בדופן והוא היה בודק להחמיר דאי מתרמי דהיא מבצבצה הוה טריף עכ"ל. ולדבריהם נראה דאין זה רק משום חומרא בעלמא. אבל מה"ד א"צ בדיקה. א"כ אם נאבד בלא בדיקה כשרה. ולכתחילה הוא היה בודק משום דכל מה דאפשר לברר מבררינן אבל בדיעבד בדיקה זו אינה מעכבת כנ"ל:

ובזה יש לישב מה דהקשה הרשב"א בחי' לשיטת הרי"ף דס"ל דגבי מכה בדופן נמי צריך בדיקה אף לדברי רבא דאל"ה סכינא חריפא למה לי דאי איכא מכה בדופן תליא בדופן ואפי' בלא בדיקה מכשרי' לה ואי ליכא מכה בדופן תליא בריאה ואע"ג דלא מפקא זיקא טריפה א"כ נפל סכינא חריפא בבירא. והאיך קאמר רבא סתם כשרה דמשמע אף בלא בדיקה כלל. ולפע"ד אין זו קושיא על הרי"ף כיון דאם נאבד בלא בדיקה כשרה היא רק הבדיקה הוא לכתחילה דאולי יתברר שיש בה נקב א"כ לישני דכשרה. והרשב"א בעצמו בה"ה כתב דאיכא טובא כשרה ובבדיקה. ונראה דכונתו להא דאמרינן האי ריאה דאגלידא כאהינא סומקי כשרה. וכתב בה"ג דבעי בדיקה. וגם שם נלפע"ד דאם נאבד בלא בדיקה כשרה. [וזה דלא כמש"כ הפמ"ג.] אך כ"ז דאיכא ריאה קמן ואפשר למבדקה לא מכשירינן אלא בבדיקה. ובזה נתישב ג"כ מה שהקשה הרשב"א בחידושיו שם ע"ד הבה"ג הנ"ל דהא כשרה לגמרי משמע דאל"כ אמאי לא קאמר תבדוק. אבל

לפי מש"פ א"ש דאי הוה קאמר תבדוק הוה משמע דאם נאבד בלא בדיקה טרפה. ולכך קאמר כשרה. אבל ודאי כ"ז דאיכא ריאה קמן צריך בדיקה. משום דכל מה דאפשר לברר מבררינן. ולדברינו אלה יתישב נמי מה דהקשו הראשונים על שיטת התוס' דפי' דבדיקת ר"נ בדר"י קאי אאיכא מכה בדופן וא"כ קאי ר"נ בדר"י להחמיר על רבא. ואמאי לא קאמר ר"נ בדר"י מצריך בדקותא בפושרין. אבל לפי מש"פ דס"ל להתוס' דבדיקה זו אינה אלא חומרא בעלמא ואם נאבד בלא בדיקה כשרה. ניחא שפיר מה דלא קאמר ר"נ בדר"י מצריך בדיקותא משום דאז הוה משמע דאם לא בדקה טרפה. לכך קאמר ר"נ בדר"י בדיק לה בפשורי היינו שהוא היה חושש להחמיר דאולי יתברר ע"י הבדיקה שיש בה נקב ולכתחילה מחוייב לבדוק כדי שלא יהי' כמעלים עין מן האיסור:

ולכאורה עלה בדעתי לומר דלפי שיטת הראשונים דס"ל דר"נ בדר"י קאי אליכא מכה בדופן ופליג על רבא וס"ל דמהני בדיקה בפושרין לאכשורי גם בזה בדיקה זו אינה רק משום חומרא בעלמא ואם נאבד בלא בדיקה כשרה. דהא כעין קושית התוס' הנ"ל וכפי מש"ב הקשה גם הר"ן דמאי מהני הבדיקה בעוד הסירכא על הריאה ותי' הר"ן וז"ל הכא בדופן הוא דתלינן מיהו כל היכא דאיכא למבדוק בדקינן שאפשר שמתוך בדיקתנו יתברר שמחמת ריאה היא דלמאן דמפרש שהסירכא נקב יש במקומו אלא שהסירכא סותמתו שמא ע"י שרייתה בפושרין תקרע ויראה הנקב ואם לא נראה כן נתלה בדופן וכשרה ולמ"ד נמי שהיא עתידה להתפרק בודקין לראות אם נתפרקה כבר מצד הריאה ונקבה ואם לא נקבה לשמא נתפרק לא חיישינן כיון דתלינן בדופן אין הסירכא נדבקת כ"כ בריאה שתנקב הריאה כשתתפרק ממנה עכ"ל. וכיון דכתב הר"ן דגם ר"נ בדר"י ס"ל דבדופן תלינן אלא דבעי למבדוק דאולי מתוך הבדיקה נתברר שיש בה נקב. א"כ מסתברי דלא פליג על ר"נ רק לכתחילה משום דס"ל דכל מה שנוכל לברר צריכין אנו לברר. אבל בדיעבד גם הוא מודה לר"נ דהיא כשרה אף בלא בדיקה ובאיזה סברא נחמיר עליה בדיעבד ולאוסרה כיון דס"ל דבדופן תלינן מעיקר הדין. אבל באמת מכל דברי הראשונים מוכח דבדיקה זו מעכבת בדיעבד. ויותר מבואר בדברי הבעל המאור דהוא ז"ל מפרש דר"נ בדר"י ורבא לא פליגי אהדדי דהא דאמר רבא מייתינן סכינא דחליש פומי' ומפרקינן מן הדופן אי איכא מכה בדופן תלינן בדופן וכשרה ואי לא מחמת ריאה היא וטרפה. לאו דהוא ס"ל דהיא טרפה ממש אלא דגם הוא ס"ל דהיא ספק טרפה עד שתבדק בפשורי כר"נ בדר"י. א"כ הרי מבואר להדיא בדבריו דבדיקה דר"נ בדר"י מעכבת ואם נאבדה בלא בדיקה טרפה. אבל באמת לפי דבריהם דהוה ספק טרפה עד שתבדק. א"כ קושית הר"ן היא קושיא חזקה דמאי מהני הבדיקה בעוד הסירכא על הריאה להוציאה מספק

טרפה אח"כ ראיתי שגם דברי הר"ן בעצמו תמוהין מאד דבתירוצו לא הועיל רק למאן דמתני להא דר"נ בדר"י על ריאה הסמוכה לדופן. אבל למאן דמתני דקאי על הא דרבא דגם בסירכא שלא כסדרן מהני בדיקה תחזור קושית הר"ן למקומה דהאיך מהני בדיקה להוציאה מספק טרפה בעוד הסירכא על הריאה. והתוס' נדחקו בזה שם. אמנם הר"ן בחידושיו כתב וז"ל אנן אדרבא מתנינן לה. וא"ת ומאי ס"ל והא אי אנקב האי טרפה אי אינקב האי טרפה וכדמסקינן. י"ל דסבירא להו שאין הסירכא אוסרת מחמת ודאי נקב אלא מפני ספק הילכך אפשר בבדיקה ומהדרינן דאין סירכא בלא נקב וקרום עב הוא שעולה בה ולא מינכר בבדיקה הילכך בדיקה לא מהניא ולא מידי. ולמ"ד נמי שאיסור סירכא מפני שעתידה להתפרק סבירא לן מעיקרא דמפני חשש אם נתפרקה אם לאו הוא שאנו אוסרין אותה ולא מפני שעתידה להתפרק הילכך בבדיקה סגי ומהדרינן דלית להו בדיקה דכל העשוי להתפרק כאלו נתפרק דמי עכ"ל. א"כ לפי שיטת הסוברים דטריפות הסירכות היא משום דאין סירכא בלא נקב אך דמר זוטרא ס"ל דהוה ספק נקב. קשה דמה תועיל בדיקה זו בעוד הסירכא על הריאה אף לפי סברתו דאינה אלא חשש ספק נקב וצ"ע:

ולפע"ד נראה לישב שיטת הראשונים דס"ל דבדיקה דר"נ בדר"י מעכבת בדיעבד ומ"מ מהני הבדיקה אף בעוד הסירכא על הריאה משום דס"ל דטרפות הסירכא הוא משום דעתיד להתפרק. אך דוקא אם נסרכה מאונה לאונה שלא כסדרן כיון דאם תתפרק מאיזה מקום ע"כ תנקב הריאה ע"כ היא טרפה אף קודם שנתפרקה משום דעתיד להתפרק. אבל אם נסרכה למקום שאינו עושה טרפה דהיינו לדופן או לשאר מקומות ואף שאולי הסירכא היא באה מן הריאה מ"מ כיון שאין ברור לנו כשתתפרק הסירכא מאיזה צד תתפרק דאולי תתפרק מצד השני שלא תנקב הריאה ע"כ כ"ז שלא נתפרקה ולא נקבה הריאה אין סירכא זו מטרפת ע"ש העתיד כיון דעדיין הריאה היא שלימה. ולפי"ז צריך לפרש כונת הגמרא מתקיף לה ר"א האי מאי בשלמא הכא תלינן בדופן וכשרה אבל התם אי האי מנקיב טרפה ואי האי מנקיב טרפה [כגירסת הרשב"א לפי שיטה זו] לאו דפי' משום דתלינן דהסירכא באה מן הדופן לכך לא קלטה כ"כ הריאה בחוזק שאף אם תתפרק לא תנקב הריאה דא"כ אפי' בדיקה נמי לא בעי דהא ר"נ דסובר דתלינן דהסירכא באה מן הדופן ס"ל דאין חוששין לה ולא בעי בדיקה. אצא ודאי דר"נ בדר"י דסובר דבעי בדיקה ס"ל דזה הוה ספק השקול דאולי באה מן הריאה כמו מן הדופן. אלא הא דמקלינן לאח הבדיקה היכא דהריאה אינה מבצבצה ועדיין לא נתפרקה הסירכא מן הריאה משום דתלינן כשתתפרק הסירכא אולי מן הדופן תתפרק. לכך לא מטרפה כ"ז

שלא נתפרקה והריאה שלימה. אבל כ"ז שלא בדק ודאי דהוה ספק טרפה משום דיש לחוש דאולי כבר נתפרקה מצד הריאה. אבל היכא דאיכא מכה בדופן לא בעי בדיקה. חדא דודאי כשתתפרק מצד הדופן תתפרק משום דשם הסירכא היא רך ביותר כמש"כ הרשב"א ז"ל. ועוד כיון דאיכא מכה בדופן תלינן דהסירכא באה מן הדופן ולא קלטה הריאה כ"כ בחוזק ואף תתפרק מן הריאה לא תנקב הריאה. לכך לא בעי בדיקה כלל אף לכתחילה דאולי כבר נתפרקה מן הריאה ונקבה. והיא שיטה נכונה מאד. אח"כ מצאתי בחידושי הרמב"ן ס"פ אלו טרפות דכתב על ר"נ בדר"י דהכשיר לאחר הבדיקה בפשורי בריאה הסמוכה לדופן כיון שעולה בנפיחה אמרינן ודאי לא נתפרקה כלל ואם תתפרק שמא בדופן תתפרק ואין בנו כח לאוסרה מעתה. כ"ד בקצרה כדרכו. והדבר ברור שהוא ז"ל כוון לפרש כל דברי הגמרא כמש"פ. ות"ל שכונתי בזה לדעתו הרחבה:

אמנם שיטת הרא"ה בבה"ב לא יכולתי להולמה דהוא ז"ל סובר דטעם טרפת הסירכא הוא משום דאין סירכא בלא נקב ור"נ ס"ל דסירכא היא ספק נקב לכך גבי סרוכה לדופן איכא ס"ס. חדא שמא באה מן הדופן. ואת"ל דבאה מן הריאה איכא סירכא בלא נקב. ומר זוטרא ס"ל דגם בתרתי אוני מהני בדיקה משום דס"ל דסירכא אינה אלא ספק נקב ולכך מהני בדיקה ורבינא פליג עליו וס"ל דסירכא היא ודאי נקב לכך לא מהני בדיקה אלא אי סרוכה למקום שאינו עושה טרפה דאז מהני הבדיקה ותלינן שהיא באה מאותו המקום שלא נפסל בנקב. יעו"ש בסוף דבריו (לה:) דר"נ בדר"י מכשיר אף בליכא מכה בדופן. וכל דבריו שם דהיכא דהוה ספק נקב מהני הבדיקה דפושרין. ולפע"ד דבריו תמוהין מאד כיון דהוה ספק מאי מהני הך בדיקה להוציא מחשש נקב דהא ודאי הסירכא סותמת את הנקב. ולא מצאתי דרך לישב דברי הרא"ה אלא דהוא ע"כ מפרש כל דברי הגמרא דמפרקי' בסכינא דחליש פומי' הסירכא לגמרי מן הריאה ואח"כ בודקין. וכן גבי תרתי אוני לפי סברת מר זוטרא נמי מפרקינן הסירכא מן שני הצדדין ואח"כ בודקין בפושרין וכיון דהריאה שלימה ולא מבצבצה אמרינן אין כאן נקב ואנן לא קיי"ל הכי משום כיון דהסירכא היא באה ודאי מחמת נקב ע"כ לא מהני אף אם מפרקינן הסירכא לגמרי מן הריאה ובדקינן לה משום דאמרינן דודאי קרום עלה בה וסתמה. רק אם היא סרוכה לדופן או לשאר מקומות שנקב אין פוסל בהן אז סמכינן ע"ז כיון דמפרקינן הסירכא לגמרי מן הריאה וחזינן דלא מבצבצה ע"כ מן הדופן היא באה או משארי מקומות:

ופירוש זה מצאתי בס' העיטור הש' שהביא שם אודות ריאה הסרוכה לדופן וכתב שם וז"ל ורבינו שמואל אבן גמיע בהלכות ערבי שחיבר אמר דמפרקא לה לסירכא ונפחינן לה אי מפקא זיקא טרפה אי לא עילאה אינקב תתאה לא אינקב וכשרה עכ"ל. ומדבריו

מוכח להדיא דמפרקינן הסירכא מן הריאה ואח"כ בודקין את הריאה. דלישנא דמפרקא לה לסירכא לא שייך רק אלא דמפרקין הסירכא מן הריאה. ובזה יתישב מה דכתב שם הבעל העיטור ובמקום רבותא כגון מאונא לאונא כסדרן ואימא לדופן [צ"ל ואונא לדופן] אע"ג דקא מפקא זיקא כשרה עכ"ל. וכבר תמהו ע"ז כל האחרונים והמהרש"ל ביש"ש ה' טרפות סי' כ"ה כתב שם וז"ל אבל מה שנמצא כתוב בשם העיטור דאפי' מפקא זיקא כשר משום דהוי סתימא מעלייתא כחלב טהור שסותם לא אוכל לפרש אלא דאיירי שחתך הסירכא בסכין סמוך לבשר דאז אפי' מפקא זיקא כשרה דאי לא הוה נחתך הוי סתימא מעלייתא עכ"ל. אבל לפי"ד יתישב יותר פי' המהרש"ל בזה דנראה ברור להמעיין שם היטיב דמה שמסיים ובמקום רבותא כו' הוא סיום דברי הרבינו שמואל אבן גמיע. ומש"כ שם באמצע והר' אפרים שמעתי שאמר עליו בשחיטה הקלתה הוא מאמר מוסגר או צ"ל אח"כ. וזהו כוונתו אע"ג דגבי אם סרוכה לדופן אי מפקא זיקא לאחר דמפרקינן הסירכא טרפה. אבל גבי כסדרן או מאונא לדופן אף אם מפקא זיקא לאחר שמפרק הסירכא מן הריאה נמי כשר משום דס"ל כשיטת רש"י דאף דאין סירכא בלא נקב מ"מ סירכא כסדרן כשר. משום דשם שוכבות האונות זו אצל זו והסירכא שם הולכת ומתחזקת וסותמת את הנקב כמש"ב התוס' דברי רש"י ז"ל וכ"ש גבי אונא לדופן אע"ג דלאחר שמפרקין הסירכא מפקא זיקא נמי כשר מהאי טעמא. אח"כ ראיתי דכן מבואר להדיא בהעיטור שם מקודם דכתב שם וז"ל אבל כסדרן חדא לחדא היינו רבותייהו ומסתברי לן אע"ג דמפקא זיקא כי מתפרקי ונפחא לה כשרה דסתימא מעליא היא כחלב טהור שסותם אבל בחבור הרב האוחז בדופן מהפרשות האונות ולמעלה בודקין אותה ופורשין אותה הסירכא מאונא ונפחין לה אי יצא ממנה רוח טרפה עכ"ל. ולהב"י היה לו גירסא אחרת בהעיטור. והנכון כפי הגירסא שלנו. וזה עולה כדברי הש"ש וכאשר פירשנו למעלה:

והנה הרב שהביא העיטור ס"ל דגם בכסדרן בעי בדיקה ומחמיר יותר מכל שארי הראשונים. דהא שארי הראשונים דס"ל דאף בכסדרן בעי בדיקה מבואר בדבריהם דהבדיקה היא בעוד הסירכא על הריאה לראות אם סתמה הסירכא את הנקב. אבל הרב הנ"ל ס"ל דבכסדרן דבעי בדיקה צריך למפרק הסירכא מקודם ואח"כ בודקין. ולכאורה זה תמוה כיון דס"ל דאין סירכא בלא נקב ולכך בעי בדיקה אף בכסדרן כמש"כ הסמ"ג. וגם ס"ל דהסירכא לא מהני לסתום הנקב אף בכסדרן. א"כ אף אם בדק ופרק הסירכא מאי מהני דהא בשלא כסדרן לא מהני אף אם פרק הסירכא מעל הריאה ובדק. ומאי מעליותא דכסדרן משלא כסדרן. וצ"ל דס"ל כשיטת הראב"ד דאין סירכא בלא נקב

הוא דוקא בשלא כסדרן. אבל בכסדרן באה אף בלא נקב. אך בזה ס"ל דלא כהראב"ד. דהראב"ד ס"ל דבכסדרן אין אנו חוששין שמא באה מחמת נקב. והרב ז"ל ס"ל דאנו חוששין אף בכסדרן שמא באה מחמת נקב לכך בעי בדיקה ולמפרוק הסירכא וכיון דלא מפקא זיקא תלינן שהיא באה שלא מחמת נקב:

והמתבאר מדברינו אלה דבס' העיטור מבואר דהבדיקה דמבואר בגמרא הוא דוקא לאחר שמפרקין הסירכא מעל הריאה. וכן איתא בא"ז דכ' וז"ל הלכך פי' מורי רבינו אב"י העזר"י זצ"ל שאם האומה סרוכה בדופן ולא בחזה בין יש צמחים בריאה במקום הסירכא [בין אין צמחים במקום הסרכא] מביאין סכין דק וחריף ומפרידים הסירכא מן הריאה ואין מניחין מבשר הצלע כלל עם הריאה ורואין אי איכא ריעותא בדופן שיש מכה בדופן או נשבר הצלע תלינן בדופן את הסירכא ולא בריאה וכשרה. ובלבד שיתן על מקום הסירכא גילא או רוקא ואם תעלה בנפיחה אז כשירה כו' עכ"ל. ונראה דזה הוא דעת החכם החסיד מהור"ר יהודא הביאו מהר"י בן לב בחלק ג' סי' פ"ז דכתב שם וז"ל ואם אין מכה בריאה דלא נמצא מכה בשאר המקומות נופחין אותה ואם תעלה בנפיחה כשרה וזו היא הקולא שנוהגין בה ואין לנו קולא אחרת זולת הנפיחה הזאת. ובזה קולר תלוי בבודק שצריך שיהא הבודק זריז מאד בחתיכת הסירכא שאם יחתכנה וישאר בריאה דבר דבוק מן הסירכא בודאי עולה היא בנפיחה ואם יחתכנה ויחתוך מעט מן הריאה אפי' לא יחתוך אלא משהו לא תעלה בנפיחה ובזה צריך דקדוק גדול עכ"ל. ונראה דנהגו כשיטת הר"ת והרז"ה דס"ל דבליכא מכה בדופן כשרה ע"י בדיקה. אך שהם מפרשים כדברי העיטור דצריך למפרק הסירכא מעל הריאה ואח"כ בודקין. והיא שיטה נכונה מאד לפי"ד הסוברים דאין סירכא בלא נקב ע"כ כשמפרקין הסירכא מעל הריאה ורואין שאין בה נקב תלינן דהסירכא באה מן הדופן וכן כשהיא סרוכה לשאר מקומות תלינן שהיא באה משם:

מ"מ לאחר העיון ראיתי שדברי הרא"ה א"א לישב בזה דע"כ הרא"ה סובר דהבדיקה היא בעוד הסירכא על הריאה דאי הוה מפרש דמפרקינן הסירכא מעל הריאה ואח"כ בודקין א"כ למה נשאר בקושיא על שיטת הסוברים דטריפת הסירכא היא משום דעתיד להתפרק מהריאה ותעשה נקב. דא"כ מאי מהני הבדיקה. ודחה מחמת זה שיטה זו. דהא אפשר לישב בפשיטות כיון דחזינן דמפרקינן הסירכא מעל הריאה ולא נעשה בה נקב תלינן דבאה מן הצד השני. דאם היה באה מן הריאה בודאי נעשה בה נקב. אח"כ דקדקתי היטב בדברי הרמב"ן בחידושיו שם ומתוך דבריו משמע דס"ל דהבדיקה היא מה"ד מ"מ מהני הבדיקה אף בעוד הסירכא על הריאה אף למ"ד דאין סירכא בלא נקב.

דז"ל שם אבל אם נאמר שאין סירכא בלא נקב צריכין אנו לומר שהנפיחה מבצבצה היא במקום הנקב ומגרגרת הסירכא שעליה בשעת נפיחה כו' ולפי' היה רב נחמיה בודק בפשורי וכשמבצבצה במקום הסירכא מן הריאה עלתה וכשאינה מבצבצת מן הדופן יצאתה ונסתבכה במקום העליון שבריאה ולא נקבה הריאה כו' עכ"ל. והדבר ברור דכן הוא דעת הרא"ה וס"ל דזה פסיקי להו לחכמים דכיון שנותנין על הסירכא מים פושרין א"א שלא תעלה בנפיחה הסירכא אם הי' שם נקב במקום הסירכא וע"כ מן הדופן היא באה. אמנם בסירכא שלא כסדרן לא מהני הבדיקה משום דאמרינן דקרום קשה הוא שעלה באותו מקום. כן כתב הרמב"ן שם, ונראה דכן הוא דעת הרמב"ם דבפ"ז מה"ש כתב רק דמפרקין איתה מעל הדופן ונזהרין בה שלא תנקב. וכן בפי"א כתב וז"ל מה"ד היה על דרך זו שאם נמצאת הריאה תלויה בסירכות כמו חוטין אם היה מן האום של ריאה ולדופן או שהי' ללב או לטרפש הכבד שחותכין את הסירכא ומוציאין את הריאה ונופחין אותה בפושרין אם נמצאת נקובה טרפה ואם לא נתבעבעו המים הרי היא שלמה מכל נקב ומותרת וסירכה זו לא היתה במקום הנקב. או שמא ניקב קרום העליון בלבד כו' עכ"ל. ולא הזכיר בשום מקום שמפרקין הסירכא מעל הריאה ואח"כ בודקין. אלמא דס"ל כדעת הרמב"ן דמהני בדיקה בעוד הסירכא על הריאה אף לפי שיטתו דס"ל דטריפת הסירכא הוא משום דאין סירכא בלא נקב. ובאמת פשטות דברי הגמרא משמע כן. דקאמר שם מר זוטרא בדר"ה בדר"פ לרבינא הא דר"נ בדר"י אתון אהא מתניתו לה אנן אדרבא מתנינן לה דאמר רבא הני תרתי אוני דריאה דסריכין להדדי לית להו בדיקותא לאכשורי ר"נ בדר"י בדיק לה בפושרין. ומדלא הזכיר כלל שם דצריך סכינא דחליש פומי' למיפרק הסירכא מעל הריאה ואח"כ לבדוק. אלמא דמהני הבדיקה בעוד הסירכא על הריאה:

והנה מדברי הרמב"ם נראה דלכך מהני בדיקת פושרין בנסרך למקום שאינו עושה אותה טרפה משום דבזה איכא ס"ס. חדא דילמא הסירכא אינה באה מן הריאה כלל. ואת"ל דמן הריאה היא באה שמא נקב רק קרום העליון בלבד. וכן מבואר בעיטור דכתב וז"ל אך אחר שראיתי דעת הר' יעקב ז"ל [הוא הר"ת שהשיב לו דר"נ בדר"י קאי אליבא מכה בדופן ומהני בדיקה] אם הייתי בכנופיא עם רבותי הייתי נוטה לצד היתר משום תרי ספיקא ספיקא דדופן וספיקא דאימר עילאה אינקוב תתאה לא אינקוב כו' עכ"ל. ובזה יש לפרש דלכך היה סברת מר זוטרא דגם בתרתי אוני דסריכי להדדי מהני בדיקה משום דס"ל דכל סירכא אינו אלא ספק נקב משום דיש סירכות שהם באים בלא נקב כלל א"כ בכל סירכא הוה ס"ס חדא דילמא סירכא זו אינה מחמת נקב כלל. ואת"ל שהיא באה

מחמת נקב שמא לא נקב רק קרום העליון בלבד ולכך ס"ל לר"נ בדר"י דלא כרבא דלא מהני בדיקותא. אלא מהני הבדיקה. וכעין ס"ס זה כתב הרשב"א בתה"א (לה.) לענין סירכא תלויה. אבל רבא ורב אשי ס"ל דלא כמר זוטרא וס"ל דאין סירכא בלא נקב. לכך בתרי אוני דודאי איכא נקב הכא אף שאין זה אלא ספק דאולי לא נקב רק קרום עליון לחוד. מ"מ כיון דליכא רק ספק אחד בלבד לא מהני בדיקה זו להכשיר. ולפי זה לכאורה היה אפשר לומר דלפי"ד הרמב"ם בדיקה זו אינה מעכבת בדיעבד אלא זו היא משום חומרא בעלמא לכתחילה כיון דאיכא ס"ס. אבל המעיין היטיב בדברי הרמב"ם פי"א ה"ד ה"ה יראה דבדיקה זו מעכבת בדיעבד. דחשיב שם דברים הצריכין בדיקה נשמט הגוף של העוף וכן נפל הבהמה בודקין אותה שמא נתרסקו אבריה. וכתב שם לפיכך ריאה שהעלתה צמחין או שנמצאו סירכות כמו חוטין תלויין ממנה ולדופן או ללב או לטרפש הכבד חוששין לה שמא נקבה וצריכה בדיקה עכ"ל. אלמא דס"ל דבדיקה זו מעכבת בדיעבד ואם לא בדיק הוה ספק טרפה בדיעבד כדעת הבעל המאור. אך טעמא בעי כיון דאיכא ס"ס למה מחמרינן כ"כ דהא ר"נ כיון דס"ל דסירכא אינה אלא ספק נקב כמש"כ הרא"ה והר"ן ס"ל דא"צ בדיקה כלל בסרוכה לדופן. אך דאיכא למימר דלר"נ בסרוכה לדופן איכא תלתא ספיקא. שמא סירכא מן הדופן היא באה ואת"ל מן הריאה שמא לא באה מחמת נקב. ואת"ל מחמת נקב באה שמא תתאה אינקוב ולא עילאה. לכך לא הצריך בדיקה כלל. ומ"מ הדבר צ"ע:

היוצא מכל דברינו אלה דהבדיקה דבדק ר"נ בדר"י בפשורי לפי"ד הרמב"ם והתוס' והרמב"ן והר"ן הבדיקה היא אף בעוד הסירכא על הריאה [אך דעת התוס' הוא דדוקא באיכא מכה בדופן מהני בדיקה] וא"צ לפרוק הסירכא מן הריאה קודם הבדיקה. אמנם לפי מה שמבואר בהעיטור וא"ז הבדיקה היא לאחר שפרקה הסירכא מן הריאה. ולפי"ד הראשונים דהטעם דבדיק ר"נ בדר"י בפושרין שמא כבר נתפרקה הסירכא מן הריאה ונקבה ודאי דלכו"ע מהני הבדיקה אף בעוד הסירכא על הריאה. והעיטור והא"ז דס"ל דבעי לפרוק הסירכא מעל הריאה ואח"כ לבדוק משום דהם סוברים דטרפת הסירכא הוא משום דאין סירכא בלא נקב. א"כ לפי"ד הרשב"א דס"ל כשיטת הר"י דטרפת הסירכא היא משום דעתיד להתפרק מהני הבדיקה אף בעוד הסירכא על הריאה. א"כ יצא לנו דרוב הראשונים מסכימים דהבדיקה מהני אף בעוד הסירכא על הריאה:

ועתה נבוא לענין דידן כיון שמצאו צלע אחת אדומה כנגד הסירכא. א"כ זה ודאי מיקרי מכה בדופן. ואני יכול להעיד שבוואלאזין אוכלין הסרוכה לדופן כשיש מכה אף בלא בדיקה כלל שכן הורה להם הגאון בעל ש"א ז"ל. והראה לי הגאון מוה' אליעזר יצחק ז"ל

כשיש רק מראה תכלת על העצם מקילין וקורין זה מכה בדופן ותולין שזה בא מחמת שנשבר הצלע ונקשר יפה. כי כך מקובל להם מפי הגאון בעל ש"א ז"ל. ובפרט בנ"ד דברחוק ערך 1.5 ווערסקעס היה כמין גומא וסדק על העצם והקצבים אומרים שזה היה נשבר הצלע ונקשר שאשיי"' א"כ בודאי מסתברא דמכה אדומה כנגדה היא מכה בדופן ותלינן דהשבר היה מגיע עד אותו מקום. א"כ לפי שיטת כמה ראשונים כשר נדון זה בלא בדיקה כלל. וכבר הביא הכ"מ בשם רבינו יונה שהעיד שרוב הראשונים מסכימים לזה ואף לפי"ד התוס' דבעי בדיקה. הא כבר בארתי למעלה דדעתם דבדיקה זו אינה אלא משום חומרא בלבד. וזהו רק משום דלכתחילה כל מה שאנו יכולין לברר צריכין אנו לברר. ונלפע"ד דלדבריהם אם נאבד בלא בדיקה כשרה. א"כ בנ"ד שקלף הסירכא מעל הריאה ודאי דיכולין אנו לתלות דמה שבצבץ בכמה מקומות הוא משום שלא קלף הסירכא בלבד וקלף עמה גם קרום הריאה כידוע לי שזה קרה כמה פעמים גם לשוחטים אומנים בקליפת הסירכות. והוה כנאבד בלא בדיקה וכשרה אף לדעת התוס' דמחמירין וס"ל דגם באיכא מכה בדופן צריכה בדיקה. ובזה נסתר נמי מה שכתב הרב האוסר דאף לפי שיטת המקילין הוא דוקא בלא בדיקה אבל אם מצאו נקבים טרפה. ורק הרמב"ם בלבד הוא דמתיר אף אם נמצא נקב דתולין שנעשה ע"י הפירוק כמש"כ הבה"ב דרוב הפוסקים אינם מסכימים עם הרמב"ם בזה. וכן כתב המהרש"ל ביש"ש. אבל לפעד"נ דנ"ד לא דמי לשם כלל דשם מפרקין רק הדופן מעל הריאה אבל הסירכא דסריך על הריאה אין אנו מפרקין כלל ס"ל לרוב הראשונים דאין לנו לתלות הנקבים הנמצאו שזה נעשו ע"י פירוק הריאה מעל הדופן. אבל בנ"ד שקולפין הסירכא מעל הריאה ממש כידוע ודאי דיכולין לתלות דגם הקרום נקרע עם הסירכא וכו"ע מודים בזה. ובזה יש לתלות יותר מסכין רעה שהביא הרב האוסר ראיה דמוכח מדברי הר"ן דאם נמצא נקב צא יתלו בסכין רעה אף לשיטת הר"ן דס"ל דלא בעי בדיקה באיכא מכה בדופן. משום דהתם אינו אלא פירוק הדופן מעל הריאה. אבל הכא פירקין הסירכא מעל הריאה:

עוד נ"ל עיקר מה שיש לנו לצדד להתירא בנ"ד אף אם נאמר דלא כדברינו. ואף באיכא מכה בדופן לפי"ד התוס' דבעי בדיקה. הבדיקה מעכבת אף בדיעבד. הא בארנו דרוב הראשונים סוברים דהבדיקה היא אף בעוד הסירכא על הריאה. וכן נתבאר לנו יותר מדברי התוס'. א"כ הא זה ידוע דמנהג השוחטים הוא בעת שרוצין לפרק הסירכא מן הריאה כפי הנהוג בזמננו הם נותנין עליה מים פושרין מקודם כדי לרכך הסירכא ובעת שמפרקין הסירכא מנפחין את הריאה היטיב כדי להעביר את הסירכא בנקל. וכיון שראה השוחט שלא בצבצה אז הרי יצא ידי חובת בדיקה אף לפי שיטת המחמירין

דגם באיכא מכה בדופן נמי צריך בדיקה. אך כ"ז הוא לפי שיטת הסוברים דבדיקה הוא שמא כבר נתפרקה הסירכא מעל הריאה אמנם לפי שיטת הסוברים דאין סירכא בלא נקב והבדיקה היא שמא באה הסירכא מן הריאה צ"ע אם יש לסמוך על בדיקה זו מה שנותנין השוחטין מים פושרין על הסירכות בעת שמפרקין אותה. דהא כתב הר"ן דלפי"ז צ"ל דשמא ע"י שרייתה בפושרין תקרע ויראה הנקב. ומפשטות דבריו משמע דצריך לשרות הסירכא בפושרין כדי שע"י זה יתגלה ויראה הנקב. והא בכאן ליכא שרייה. ועיין בש"ח סי' ל"ט סק"ח גבי סירכא כסדרן לפי דעת הסוברים דבעי בדיקה כתב שם וז"ל ונ"ל דהיכא דלא נהוג יש להניח מקום זה בפושרין ולנפוח כדי לראות שאינו מבצבץ במקום הסירכא. ועיי"ש מש"כ בת"ש והבדיקה היא שיניחנה בפשורי כדי שיתרכך קצת כמש"כ הר"ן בטעם בדיקות הפושרין. וזה נובע מדברי הדרישה סי' ל"ט סק"ד גבי סירכא כסדרן דכתב שם דלפי דברי הר"ן משמע דצריך לשרותה כולה במים פושרין כדי לבדקה. ונראה דכונתו הוא כל מקום הסירכא. ודלא כמש"כ הט"ז שם סק"ה דלדברי הר"ן צריך לשרות כל הריאה בפושרין. והנה גבי סירכא כסדרן דבריהם תמוהים מה דהוצריכו לשרות הסירכא בפושרין. דהא הטעם דבעי בדיקה בזה הוא לפי שיטת רש"י דאין סירכא בלא נקב ע"כ בעי בדיקה אם סתמה הסירכא את הנקב. א"כ לאיזה דבר צריך להניח הסירכא בפושרין שאולי ע"ז יתגלה ויראה הנקב. ומצאתי שכבר תמה ע"ז הגאון בעל בית אפרים. ויש לישב דבריהם דהנה הבאתי למעלה דיש שיטה דסוברין דסירכא שלא כסדרן ודאי באה מחמת נקב. אבל סירכא כסדרן פעמים באה מחמת נקב ופעמים באה שלא מחמת נקב מטעם ששוכבות זו אצל זו. ולכך בעי בדיקה אם סירכא זו באה מחמת נקב כמו שמבואר בעיטור דכן הוא דעת הרב וכמשב"ל. אך דעת הרב הוא דצריך למפרק מקודם הסירכא מן הריאה ואח"כ לבדוק ונראה משום דס"ל דגם נבי סרוכה לדופן דבעי בדיקה נמי צריך למפרק הסירכא ואח"כ לבדוק. אבל לפי שיטת רוב הראשונים שב"ל דגבי סרוכה לדופן מהני הבדיקה אף בעוד הסירכא על הריאה. ה"ה גבי סירכא כסדרן מהני הבדיקה אף בעוד הסירכא על הריאה. א"כ שפיר צריך לשרות הסירכא בפושרין גבי סירכא כסדרן כמו נבי סרוכה לדופן. מ"מ דברי הת"ש א"א לישב בזה דהוא כתב להדיא דהבדיקה היא לראות אם הסירכא סתמה את הנקב. ולאחר העיון נ"ל לומר דגם גבי סרוכה לדופן לא בעי שרייה ממש לשרות הסירכא בפושרין, אף דפשטות דברי הר"ן לכאורה משמע כן. משום דקשה לומר דהר"ן יאמר דבר חדש מה דלא משמע כן מכל דברי הראשונים. ויותר מדברי הרמב"ן שהסביר הטעם דמה מועיל הבדיקה בעוד הסירכא על הריאה אף דאנו חוששין דילמא באה מחמת נקב כתב

סתם שהנפיחה מבצבצה במקום הנקב ומגרגרת הסירכא שעליה בשעת נפיחה. ולא הזכיר כלל דלבעי שריית הסירכא בפושרין ויותר נ"ל לומר דמה שנותנין מים פושרין על הסירכא לרכך אותה זה מיקרי להר"ן שרייה. וכן מצינו גבי הדחת הבשר קודם מליחה דכתב הר"ן דהטעם הוא כדי לרכך הבשר קודם המליחה. ולכך כתבו הפוסקים דבעי שרייה. מ"מ אם הדיח היטיב את הבשר נמי סני אף לטעם הר"ן משום דזה הוה כמו שרייה. א"כ לפי"ז יש לסמוך על הבדיקה שלנו מקודם אף לפי שיטת הסוברים דטריפת הסירכא הוא משום דאין סירכא בלא נקב:

אך מה שיש לכאורה להחמיר בנ"ד מטעם המנהג שכתבו התוס' והרא"ש שנוהגין להטריף כל הסרכות ואין בודקין אותן לא בדופן ולא בפשורי. אבל נראה דהטעם שנהגו האשכנזים והצרפתים להחמיר אף כשיש מכה בדופן הוא מטעם שכתב הב"ח משום דהר"י מפרש פי' אחר בדברי הגמרא כמו שמפורש במרדכי ולפי"ד לאבימי אף כשיש מכה בדופן לא מהני לה בדיקה יעו"ש במרדכי דכן מפורש שם להדיא. א"כ נראה דזהו דוקא במקום שאין הפסד מרובה. אבל במקום שיש הפסד מרובה כדאי המה הראשונים שכמעט כולם חולקין על פי' הר"י לסמוך עליהם להתיר. אמנם בב"י נראה דהטעם הוא משום דהם סוברין כיון שאף כשיש מכה בדופן מ"מ צריכא בדיקה ואנן לא בקיאין בבדיקה לכך אנו מטריפין. אבל לפע"ד נראה כדברי הב"ח דהא כבר בארנו דמדברי התוס' נראה דבדיקה זו אינה אלא משום חומרא בעלמא דמה"ד תלינן בדופן כיון שיש מכה בדופן א"כ אם נאבד בלא בדיקה כשרה. וא"כ האיך אפשר להחמיר על בדיקה שלנו יותר מאם נאבד בלא בדיקה. וכן נ"ל דלכך אנו מקילין בריאה שאגלידא כאהינא סומקי לסמוך על הבדיקה שלנו כדמשמע מפשטות הש"ע שלא הגיה הרמ"א ע"ז כלום. דלא כדעת הט"ז בסי' ל"ט ס"ו דכתב דאין לסמוך גם בזה על בדיקה שלנו ג"כ מטעם זה כיון דהתם הבדיקה אינה מעכבת בדיעבד אף לדעת הבה"ג כמש"ל. וכ"ז הוא להלכה ולא למעשה. אבל למעשה נראה עיקר דאין להקל רק אם עברה הסירכא ע"י הקלוף כמו קרום ולא נמשכה למקום אחד כדרך סרכא גמורה שהכל נמשכת למקום אחד שיוצאת משם [כידוע זאת להשוחטין] אז אפשר להתיר זאת בהפ"מ אף שנקלפה בקצת מקומות ובצבצה. דהא אנן מקילין בכל הסרכות אף בסרכא שלא כסדרן מאונה לאונה לקלוף אותה. וע"כ מטעם שאנו סוברין כיון שעוברת ע"י קלוף אין זו סרכא אלא קרום בעלמא שנדבקת למקום אחר. וכן כתב הגאון בעל בית אפרים בשם דודו הגאון שלא דברו אלא בסרכא גמורה יוצאת מנוף הריאה. אבל אם הסירכא היא כקרום זה הוה עובדא דריניס ואף אם הקרום נדבק למקום אחר אין אנו חוששין לזה. וכן כתב הח"ס סי' ל"ט וכתב

דדברי אלקים חיים המה. אף שבשם אין אנו מקילין רק ע"י בדיקה ובלא בדיקה אין אנו מתירין אף בהפ"מ. מ"מ בנ"ד כיון שיש הרבה צדדין להתיר אף אם היא סירכא גמורה כמשב"ל. א"כ כיון שהיא עברה ע"י קלוף כקרום אפשר להתיר בהפ"מ אף אם נאבד בלא בדיקה כ"ד יו"ט ליפמן הכהן:

סימן ד

לח"ח הגאון מו"ה חיים ארי' ג"י אב"ד דק"ק סמאוויסק:

ע"ד מה שתמה כת"ר במה שמקילים הקצבים כשמחלקין חלק הפנים של הבהמה מהאחורים לחתוך כמעט כל הבשר החופה את הכרס. יפה תמה ובודאי מחוייבים לתקן מכאן ולהבא שיחתכו בשוה. וכן שמעתי מן המנקר דפ"ק אשר אביו ז"ל הרעיש בכל המקומות שהי' אודות זה. והראה להם אשר מחוייבים לחתוך בשוה כי בהבשר יש חלב וגיד אחד של חלב אשר הקצבים אינם יודעים לנקר אותו. ובפה זה מכבר התיקון שהקצבים חותכין בשוה וזה הבשר שייך לחלק האחורים. וכן במינסק דרשתי ואמרו לי שחותכין בשוה א"כ כל רב ומורה ודאי מחריב להשגיח ולהזהיר את הקצבים ע"ז:

וע"ד שומן הכנתא אשר העיר כת"ר שמדברי הרשב"א בתה"א מוכח שלא היקל לקדירה אלא ע"י הוצאות הגידין ולא ע"י חתיכה ומליחה. ועל מה אנו סומכין עתה לבשל הכנתא ע"י חתיכה ומליחה. הנה זה ברור שפשטות דברי הרשב"א המובא בטור והוא מתה"ק מורים יותר שגם ע"י חו"מ שפיר דמי לבשל בקדירה. והא דכתב ואותן חיטי דם כשאדם בקי בהם מותחין ונפשלין היטב עד שלא ישאר אחד מהן. פי' דאז מותר למלוח אפי' שלימה. וכן הביא כת"ר בשם או"ה. אך מה שהוקשה לכת"ר דהא מדברי הרשב"א בתה"א מוכח דאין אנו מקילין לקדירה אלא ע"י הוצאת הגידין וע"כ צריך לפרש דגם כונת הרשב"א בתה"ק הוא כן. לפד"נ דגם כונת הרשב"א בתה"א הוא כן. דאנן מקילין לקדירה בין ע"י הוצאת הגידין ובין ע"י חו"מ. והא דהזכיר הרשב"א בתה"א רק הוצאת הגידין משום דהרשב"א שהביא שיש גדולים אסרוה לקדירה אפי' ע"י חו"מ אין כוונתו משום שהחוטין דקים אינו יוצא מהם דם ע"י חו"מ. וכן פי' הפרישה. אבל באמת ז"א. אף שבתה"ק אפשר לפרש כן אבל בתה"א מוכח להדיא דכונתו לדברי הבה"ג שלפנינו. ובדברי הבה"ג שלפנינו נראה להדיא דאסור לקדירה אפי' ע"י חו"מ וכ"ש ע"י הוצאת הגידין. ואינו מתיר הכנתא אלא לצלי. וכן כתב הר"ן להדיא שהגאונים גזרו עליה ואסרוה לקדירה ואינו מותר אלא ע"י צלי. וכן איתא בא"ז סי' תע"ה וז"ל ומורי הרבנו אבי העזרי כתב דכנתה אסורה לבשל בקדירה אפי' נמלחה כדין בשר. ורב יהודא גזר כן משום שורייקי דאית בה שגידין דקים יש בה וא"א להוציאם ולא ידענו מ"ש משומניה

עכ"ל. ונראה ברור דהי' להם גירסא אחרת בבה"ג. דלא כהסמ"ג והס' יראים והמרדכי דהי' להם הגירסא בבה"ג דאסורה לבשל אפי' ע"י חו"מ עד שיוציא הורידין הקטנים. אבל הא"ז והרשב"א והר"ן הי' להם הגירסא כמו שהיא לפנינו בבה"ג דנראה להדיא דאוסר לבשל כנתא בכל אופן רק ע"י צלי. ולכך ס"ל דאין זה אלא גזירה. ונראה ברור דלדבריהם ע"כ מה שגזרו ע"ז מפני שראו שהרבה סומכין למלוח הכנתא שלימה ע"י הוצאת הגידין ומפני שהם קטנים ביותר א"א להוציאם לגמרי ע"כ גזרו ואסרו לבשל כנתא בקדירה וגזרו בזה שאפי' ע"י חו"מ נמי אסור כדי שלא יבאו להקל ע"י הוצאת הגידין. כן נראה מדברי הא"ז. וע"כ צריך לפרש כן. דאין לומר דהבה"ג סובר דחו"מ מה"ד אסור מפני שהורידין קטנים כסברת הסמ"ג לדבריו והגזירה הי' לאסור לקדירה אף שיוציא הגידין. א"כ הו"ל להבה"ג לומר ואף שהוציא הגידין נמי אסור. ומדקאמר אף דחתכה ומלחה נמי אסירי מוכח להדיא דס"ל דחו"מ קיל יותר מהוצאת הגידין. ולפי"ז א"ש מש"כ הרשב"א בתה"א ועכשיו נהגו להסיר כל חוטי דם שבה ומתירין אותה לקדירה. ולא הזכיר דע"י חו"מ שפיר דמי. מפני שהוצאת הגידין ולמלוח שלימה חמירי יותר לדברי הבה"ג מחו"מ. דסברת הסמ"ג והס' יראים והמרדכי מפני שהורידין קטנים אינו יוצא דם ע"י חו"מ לא ס"ל להרשב"א כלל. והם דחקו לומר לדברי הבה"ג סברא זו כפי הגירסא שלהם בבה"ג. אבל לפי הגירסא שלפנינו דמוכח דזה הוא רק גזירה אין צריך לומר כלל סברא דחוקה זו. ח"כ חו"מ קיל יותר מהוצאת הגידין דהוצאת הגידין אפשר דאינו בקי להוציאם. וזה שכתב הרשב"א ז"ל דעכשיו לא נהגו להחמיר כגזירת הבה"ג לאסור לקדירה לגמרי. אלא מתירין וסומכין על בקיאתן להוציא הגידין וכ"ש ע"י חו"מ דודאי ש"ד כיון דעיקר הגזירה שגזרו על חו"מ הוא מטעם שלא יבאו להקל ולמלוח שלימה ע"י הוצאת הגידין. ונראה הטעם שעכשיו נהגו להקל בזה ולא להחמיר כגזירת הבה"ג משום דהבה"ג התיר שם ע"י צלי ולשדי בה גללי דמלחי ודיב לי'. א"כ איכא תקנה לשומן הכנתא לצלות ושומן הכנתא יהא מותר ע"י תרי גללי דמלחי אבל עכשיו א"א לנהוג כן כמש"כ התוס' חולין (קיב.) ד"ה תרי גללי כו' ועכשיו אין להתיר ע"י גללי דמלחי כי אין אנו בקיאין בדבר שלא להרבות ושלא למעט. א"כ אם אנו נחזיק בגזירת הבה"ג לא יהא שום תקנה לשומן הכנתא כי ע"י צלי יזוב כל השומן. כי להניח תחתי' כלי אסור עד שיצלה ויהא ראוי לאכילה לכן לא קבלו גזירת הבה"ג ומתירין לקדירה בכל אופן. ובזה א"ש דברי הרשב"א המובא בטור בפשיטות. וכן מוכח דעת הה"מ בדברי הרשב"א מדהביא דברי הרשב"א וכתב עליו וזה דעת רבינו. ואי אמרינן דהרשב"א לא התיר לקדרה אלא ע"י הוצאת הגידין האיך כתב וזה דעת רבינו הא מדברי הרמב"ם ז"ל

מוכח דגם בהני גידין מותר ע"י חו"מ דהא לא חילק ביניהם כלל. ומה שכתב כת"ר שאפשר שלא הביא הרמב"ם דין זה מפני שלא הביא רק דין דגמרא וכמו שלא העתיק חומרת הגאונים לענין בשר ששהה ג' ימים בלא מליחה. הנה באמת נ"ל דהרמב"ם לא ס"ל חומרת הגאונים לענין בשר ששהה ג' ימים בלא מליחה כיון שלא הביא [ולדידן כיון שקבלנו עלינו חומרת הגאונים א"כ ודאי אסור משום אל תטש תורת אמך] וכן לענין שומן הכנתא כיון שלא הביא זאת הדבר ברור דלא ס"ל חומרת הגאונים. ונראה ברור דבהגמיי' שם יש ט"ס דמוכח וצ' ואינו כן דעת רבינו המחבר כדמוכח בסמוך [פי' דהרמב"ם ס"ל דאף גם בכנתא ע"י חו"מ ש"ד משום שלא חילק ביניהם. וכן מסתברי משום דאין סברא שלא יועיל חו"מ] אך ס' התרומה והסמ"ג מישבים דברי הגאון משום דהגידין קטנים ולכך אינו יוצא ממנו הדם ע"י חו"מ. ונראה דגם זהו ט"ס וצ"ל ס' היראים כי בס' התרומה לא נמצא כלל מזה. וגם מה שהביא הב"י בשם הגה' מיימוני ואיתא שם כתב רב האי גאון. נראה ברור דזהו ט"ס וצ"ל כתב רב יהודאי גאון. וכן הובא בסמ"ג ובס' יראים והמרדכי בשם רב יהודאי גאון ושיטתם דהוא ז"ל חבר ס' הבה"ג:

והכלל מה שנ"ל דהא דאנן נהגי להקל ע"י חו"מ משום דאנן סמכינן על הרי"ף והרמב"ם דלא ס"ל חומרא זו:

וכן איתא בא"ז הגדול דרש"י ור"ת ס"ל דע"י חו"מ מותר לבשל הכנתא. ולפ"ד גם דעת הרשב"א הוא כן. כמבואר להדיא בס' או"ה בשם הרשב"א. ודלא כהמהרש"ל ביש"ש. אך דא עקתא כפי מה שדרשתי נהגו להקל למלוח הכנתא שלימה ואינם חותכין את הגידין כלל. ובפרט בעגלים שידי כל הנשים ממשמשין בהם ומולחין אותם שלימה. והזהרתי את הנשים והקצבים מכאן ולהבא לחתוך אותה בכמה מקומות. ומצאתי בזבחי שמואל שגם הוא ז"ל תיקן אודות זה והזהיר אותן:

ונפלאתי על בעל אוהל יצחק שהוא אומר שהכנתא הוא מה שקורין ווייסלעבער ולפ"ד אינו כן. אלא הכנתא הוא שומן הכנתא שסביבה הולכין הדקין. אך באמת גם על הווייסלעבער יש הרבה גידין של דם והשוחטים מקבלין אותו ואינם מנקרין אותו מגידי דם רק מפשיטין ממנו קרום מלמעלה ומולחין אותו שלימה. והזהרתי את השוחטים שמכאן ולהבא ינקרו אותו מגידי הדם וגם לחתוך אותו בכמה מקומות. ובאוהל יצחק כתב שהווייסלעבער נהגו לצלות אותו. ואנו לא שמענו מזה כלל:

ות"ח לכת"ר שהעיר בזה. כי מזה נצמח תקנה גדולה ומגלגלין זכות ע"י זכאי. כ"ד ידידו ח"ח דו"ש בא"ר יו"ט ליפמן הכהן:

סימן ה

הנה בשו"ע יו"ד סי' קע"ב ס"ג בהגה' איתא שם הא דמשכנתא שריא דוקא כשהשכין לו השדה בשעה שנותן לו המעות דהוה כמכר אבל אם נותנה לו בחוב קדום אסור (ב"י בשם עיטור). וכתב שם הט"ז וז"ל ונ"ל דהיינו שאין אומר אלא לשון משכון לחוד דא אמרינן כיון שאין כאן מעות על מה יחול נתינת המשכון כו' ועל פי זה נ"ל כי היכי דהתם אמרינן אם אמר לה זכי בגוף המשכון דמקודשת ה"נ אם אומר למלוה תחזיק בשדה ותקנה איתו בחזקה להיות לך קנוי' לפירותיה והוא החזיק כן מותר אח"כ כשהוא בנכייתא כ"ש במשכנתא דסורא כנ"ל עכ"ל ולפע"ד דבריו תמוהין דהא הקשו הראשונים על הא דאמרינן דלא ישכור ממנו בפחות דמ"ש ממשכנתא בנכייתא. ודעת רש"י והרמב"ם לחלק בין בית לשדה. אבל רוב הראשונים הסכימו דהטעם הוא דע"כ לא שרו רבנן משכנתא בנכייתא דוקא היכי דזכי בשדה למשכונה לפי"ד ר"ת משום כיון דאין הלוה יכול להוציא ממנו השדה בלי מעות ע"כ הוי נמי טובת הלוה הא דמנכה אף בפחות. ולפי"ד ר"י משום כיון דזכי בשדה למשכונה הוה בידו כתורת מכר כל אותן השנים. א"כ דוקא היכי דזכי בשדה למשכונה. אבל הכא בחוב קדום לא מצי זכי בשדה זה למשכונה כיון דאין כאן מתן מעות. וכן מבואר בר"ן ריש פ' שבועת הדיינין דאם נתן לו משכון מטלטלין לאחר הלואה לא מצי זכי יעו"ש מש"ב בכוונת ר"י הלוי. ומסיים שם אבל כשנתן לוה למלוה משכון שלא בשעת הלואתי כיון שמלוה אינו קונה במכר] במה קנאו מלוה למשכון שמא תאמר [אע"פ] שהמלוה אינו קונה ולא קנאו קנאו במשיכה לשעבודו שכשם שאילו הקנה לוה למלוה לגמרי נקנה במשיכה כך כשהקנהו לו בתורת משכון משיכה קונה לו זו היא שלמד הרב רבי יוסף ז"ל מההיא דקדושין שאין המטלטלין נקנין במשיכה למשכון בעלמא כיון שאין כת במעות הראשונים לקנות עכ"ד. והא דמבואר בח"מ כי' ס' ס"ז ראובן הלוה לשמעון מנה ואחר זמן כתב לו שטר בקנין מחמת שלויתי מפלוני כך וכך ונתחייבתי לו בהם משכנתי לו קרקע פלוני זכה במשכונה ע"כ. נראה דדוקא בשטר הוא דמהני אף לאחר הלואה לזכות בשדה למשכונה. וכן ביאר שם השער המשפט ס"ק ה' דכתב דדוקא שטר הוא דמהני דאדם יכול להתחייב את עצמו בשטר אף שאינו חייב כלל. אבל בשאר קנינים שעשה קנין חזקה בשדה או קנין משיכה במטלטלין לא מהני לזכות בהם למשכונה לאחר הלואה. וראי' לדברינו יש להביא מס' העיטור בעצמו סי' פ' דהביא בשם הרי"ף וז"ל רבינו אלפס אמר הכא בעת הלואה קא מתני וזלזולי בשכירות הוא ושרי. אבל בחוב שקדם דכו"ע אסור אפי' בנכיתא משום דטעמא פריטי אין כאן נסכא אין כאן ומסתברא דמשכנתא כי האי גוונא לאו כלום היא דהא מצי

הדר בי' ובמכר לא קנה כדגרסינן בפ' האיש מקדש ושוין במכר שקנה ואי מלוה להוצאה ניתנה במאי קני ש"מ המוכר במלוה לא קנה וה"ה במשכנתא עד דכתיב לי' שטר ולימא לי' בפי' בשטרא קני ואם לא לא קנה. עכ"ד. הרי מבואר להדיא דדוקא שטר הוא דמהני לאחר הלואה לזכותה למשכונה אבל לא שאר קנינים ובמחכ"ת של הט"ז נעלם ממנו ס' העיטור. אך מה שיש להקשות ע"ז דהא בעל העיטור סובר להדיא באות קנין במשכון מטלטלין לאחר הלואה דהוי הילך דלא כרי"מ. וכן הביא הר"ן בשמו ונראה דע"כ צ"ל דלא מטעם קניה סובר בעה"ע דחשוב הילך אלא כיון דע"כ מוכרח לפרוע לו ולא יכול לטול ממנו המשכון כמו שכתב הטור סי' ס' יעו"ש. א"כ לא גרע משטר דג"כ מחוסר גבי' אפ"ה חשוב הילך. אך מ"מ הדין של הט"ז צ"ע לדינא כי מצאתי בש"מ (ב"מ ס"ד:) הביא שם דברי הרמב"ן והוא חולק על הראב"ד שהביא ג"כ בשם הרי"ף דין זה דהא דלא ישכור ממנו בפחות לא מהני אף לעשות כמו משכונה בנכייתא אסור כיון דלא יהיב לו מידי במאי קני להו להנך פירי ואע"ג דקמנכה לי' מיחזי כרבית. והוא תמה ע"ז וכתב וז"ל ותמה אני בזה הטעם אם אמרו רבי' הגדול דכיון דממשכן לי' שדהו באותה מלוה ואמר לו לך חזק וקנה מי לא קנה וכי אין זה דרך מו"מ והלא הקרקע נקנה בשטר וחזקה ושכירות קרקע נמי נקנה בשטר ובחזקה והיכי מיחזי טפי כרבית אדרבה כל בשעת הלואה מיחזי טפי כרבית כו' עכ"ל. א"כ ס"ל להדיא דאף חזקה נמי מהני בחוב שקדם. וזה כדברי הט"ז:

בסי' קע"ו איתא המשכיר שדה לחבירו בי' כורים לשנה ואמר לי' תן ר' זוז שאפרנס בהם השדה ואני אתן לך י"ב בכל שנה הרי זה מותר מפני שאם יפרנס השדה בדינרין אלו יהיה שכרה יותר. ולפע"ד נראה דדוקא קודם שהחזיק בשדה הוא דמותר להתנות כן. אבל לאחר שהחזיק בשדה אסור משום דזה דמי כמו גבי אריס שאסור להלות לו אף סאה בסאה במקום שדרך בעל הקרקע ליתן הזרע לאחר שכבר ירד כמו שמבואר בסי' קס"ב ס"ד. א"כ ה"נ לאחר שהחזיק אסור. ונראה דזהו כונת הש"ך בסק"ו דכתב שם ועיין לעיל סי' קס"ב ס"ד. אבל אח"כ ראיתי בס' המאור דהוא אינו מפרש כן וס"ל דגבי מפריז על שדהו אפי' לאחר שהחזיק מותר דכתב וז"ל איכא דקשיא לי' ברייתא דמפליג בין ירד ללא ירד למאי דתנן מפרין על שדהו ואין חושש משום רבית ולדידי לא קשיא ולא מידי דהתם במפרין על שדהו גוף הקרקע משביח והולך ודין הוא שיעלה בשכר שדה המשובחת יותר משאינה משובחת אבל בהלואה חטים בחטים לזרע אין זה שבח בגוף הקרקע כו' עכ"ל. ועיין בש"מ שגם הראב"ד ס"ל כן. וצ"ע שלא ביארו האחרונים דבר זה להדיא:

הנה בשו"ע סי' קע"ז סכ"ד איתא שם וכן לא יתן לו מעות בתורת עסקא או שותפות ויכתוב אותם מלוה שמא ימות ונמצא השטר ביד היורש וגובה בו את הריבית. והביא הש"ך סקמ"ט בשם הב"ח וז"ל דאע"ג דאין לגבות הריוח ממנו בע"כ מ"מ אם המקבל רוצה לקיים התנאי שהתנה עמו בע"פ יכול לקבל ממנו כיון שנתן לו בתורת עסקא עכ"ל. והקשה שם הדמ"ר וז"ל דברי הב"ח כאן סתרי לדבריו בחו"מ ששם העתיק תשובות הרא"ש שכתב אסור ליקח הריבית אבל באמת הדבר תמוה דאיך אפשר לומר שאסור והרי מפורש בתשובות הרא"ש כלל ס"ו ס"י והובא בשו"ע ח"מ סי' פ"א סל"ב שאם שמעון היה מודה הי' חייב ליתן הריוח. ובתשובות הרא"ש שם מבואר שהיה לראובן שטר על שמעון כו'. עיי"ש מם שהאריך בזה ליישב. אבל לפע"ד המעיין בתשובות הרא"ש כלל פ"ח ס"ז יראה דאין מקום לתירוצו של הדמ"ר. ע"כ נ"ל לתרץ דבכלל ס"ו איירי שהשטר הוא כתיבת יד בלבד ואין עליו עדים. ולכך לא חיישינן שמא יפול ליד היתומים ויגבו ממנו הריוח משום דהוא נאמן לומר שבתורת עסקא בא לידו וכך וכך הפסיד מגו דיכול לומר פרעתי ואף אם ימות הלוה נמי לא חיישינן שמא יגבו היתומים מן היתומים משום דאנן טענינן להם שמא פרוע הוא. ואם צוה להם אביהם שהוא עדיין אינו פרוע א"כ מסתמא הודיע להם שבתורת עסקא בא לידו וכך וכך הפסיד בזה. אבל בכלל פ"ת ס"ז איירי שנתן לו שטר גמור בעדים שאינו יכול לטעון פרעתי א"כ אסור ליקח ממנו הרבית אף אם התנה עמו בע"פ. א"כ נראה לפע"ד שאסור ליתן וועקסלין ליד המלוה בעצמו אף שהם חתומים רק בח"י בלבד כיון שאין נאמן לטעון פרעתי נגד וועקסלין כמו שמבואר באו"ת סי' סיט. א"כ אף שהתנה עמו בע"פ שיהא זה בתורת עסקא אסור ליקח ממנו הריוח. ומה שהקיל הב"ח בהתנה בפני עדים עיין בפרישה בחו"מ סי' קע"ו דאינו סובר כן משום דחיישינן שמא יגבו היתומים מן היתומים והם אינם יודעים מן העדים שבפניהם התנה שזה בתורת עסקא. וכן משמע מדברי הרא"ש והטור

סימן ו

עובדא דאתא לידי כשהייתי בחאסלאוויטש באשה אחת מעיר פ' כשהיתה בת נ"ה שנים חדל להיות לה אורח כנשים ופסק וסתה. וכמו שנה אחרי כן התחילה להיות שופעת דם ע"ד שא"א לה להטהר לבעלה רק לעתים רחוקות פ"א בשנה ולפעמים לחצי שנה. ונמשך הדבר כן יותר מחמש שנים. ושנה דנא היתה אצל דאקטר אחד ובדק אותה במאשין ואמר לה שהאם שלה נפוחה ומוכה במכות טריות. ומ"מ לא רצה הגאב"ד דשם להתירה להטהר לבעלה מטעם המבואר למטה. ואח"כ בחורף נסעה האשה

לסמאלענסק להדאקטר המפורסם דשם. ושאלה אותו מאין היא שופעת דם אחר שכבר פסק וסתה. והדאקעטר בדק אותה במאשין והשיב כי יש לה מכות טריות על האם. והאם נפוחה ונדלקה. ושחק מזה שאמרו שהיא שופעת דם נדה מן המקור. וכשבאה מעיר סמאלענסק ועברה דרך עיר שחתנה דר שם הריץ אלי הרב דשם מכתב בקשה להזדקק בהוראה זו אם מותרת האשה לבעלה. וחקרתי אצלה אופן שפעת דמה. והשיבה כי הדם ששופעת הוא משונה מדם וסתה שהיתה רואה מקודם. וגם אינה מרגשת שום כבד אברים כמו שהיתה רגילה להיות בשעת וסתה. ואמרה עוד על עצם הדם שהיא שופעת כעת בזה הלשון אז עס גיווערט אפאר טעג אונ עס ווייטציך ניט קיין דמים הייבט אן דער נאך גיין דיא בלוט מיט פלייגמא וויא עס גייט פון אמכה אז זיא עפינט זיך. אונ דער נאך גייט דיא בלוט ריינע. ע"כ תורף המעשה:

והתרתי אותה לבעלה. ומסרתי מכתב בידה מאחר שאשה זו אין לה וסת כלל ע"כ היא מותרת לבעלה. וא"צ להאריך ולהביא ראיות ע"ז. והסכים ע"ז ג"כ מחותני הרב הגאון מוה' ראובן ז"ל אב"ד דק"ק דענעבורג שהי' אז אב"ד דק"ק מסטיסלאוו. וחתם ג"כ על ההיתר:

וכשבאה האשה הנ"ל לביתה אסרה הרב דעירה לבעלה. וכתב אלי שע"כ אוסרה כי על אודות רופא נכרי אם לסמוך על עדותו נמצא מבוכה רבה בפוסקים. ובפרט כי רופא אחד יהודי כתב אליו שראה אותה במאשין וראה שיש על האם מבחוץ חבורות ונופח ואודם. והדם שיוצא ממנה הוא מפי האם ע"כ אין להתירה עכ"ד. ואף שהוראה זו א"צ לפני ולפנים אך מחמת שהרב הנ"ל הרעיש עולם על מה שהתרנו אותה מקודם לכך הוכרחתי לבאר טעמי ונמוקי מה שהתרתי אותה מקודם. וגם מה שנ"ל להתירה אף לאחר שנודע לי העדאת הרופא היהודי:

הנה מה שהחמיר הרב הנ"ל שאין לסמוך על עדות רופא א"י משום דעת הריצב"א שהובא בב"י סי' קפ"ז דסובר דאין רופא נכרי נאמן לומר שנתרפאה להתירה לשמש עם בעלה ברואה מ"ת. לפעד"נ דגם הריצב"א מודה בנ"ד דיש לסמוך על רופא נכרי אם אמר שיש לה מכה באותו מקום. ולא החמיר הוא ז"ל אלא כשמעיד הרופא הנכרי על אומד הדעת בלבד. ולכך חיישינן דמשקר. ומטעם זה סובר הסה"ת דגם על רופא ישראל אין לסמוך. דכיון שהוא אינו מעיד רק בדבר אומד דעת לבד חיישינן דטעה דכמה רופאים אומדים בדעת ולבסוף נראה שטועים. וכן כתב הכנסת יחזקאל סי' ל"ד וז"ל אך לדברי הרופאים נשמע אף דהרבה פוסקים דקדקו מדברי סה"ת והטור והשו"ע שאין שומעין לרופאים ממ"ש בסה"ת וז"ל וצ"ע אם תוכל לסמוך על רפואה לשמש

אח"כ אפי' רופא מומחה אומר שנתרפא. ולענ"ד לא דמי כלל דהתם קאמר שראתה ג' פעמים ואח"ז אומר הרופא שנתרפאה בזה ודאי צ"ע כי כמה רופאים טועים בדעתם שעשו רפואה שלימה ובאמת לא הועילו כלום וכן בהרבה חולאים. אמנם אם הרופא אומר שמכיר ויודע שהמכה מוציא דם מהיכא תיתי לא נאמין להמומחה ובקי בתחלואי הגוף אם המכה מוציא דם ומקום המכה כי זה מלאכתם וחכמתם והחוש מעיד על זה לידע אם מכה כזו מוציא דם או אם עומדת במקום שתוכל דם לצאת דרך מקור בדבר זה רק ידיעה בחכמת נתוח להרופאים כו' עכ"ל. אמנם הריצב"א סובר דברופא ישראל סמכינן עליו אף שאומר רק באומד הדעת מ"מ אלו לא הוה ידע בבירור שנתרפאה לגמרי ודאי היה חושש לאיסור כרת ולכך סמכינן עליו. משא"כ בנכרי אף שאומר שברור לו שנתרפאה חיישינן דמשקר. כיון שאינו מעיד רק על אומדנא בלבד. אבל בנ"ד שהוא מעיד על דבר הנראה בחוש כידוע לכל שהם רואין בקנה רואה באותו מקום ואומר שיש לה שם מכה מוציאה דם א"כ הוא מעיד על דבר הנראה גם רופא נכרי נאמן דזהו מילתא דעבידי לגלויי בהראות לרופא אחר וחזקה אומן לא מרע אומנתו ולא יאמר שקר בדבר שעתיד להגלות. ולהכי ס"ל לכמה פוסקים ראשונים דקפילא ארמאה נאמן אף שיודע ששואלין אותו לצורך איסור והיתר משום חזקה דלא מרע אומנתי'. וזה נכון וברור. ואף להחולקים גבי טעימת קפילא דבעינן דוקא מסל"ת ולא סמכינן ע"ז דלא מרע אומנתי'. י"ל ג"כ דדוקא בטעימא דאינו אפשר להתגלות כ"כ דחיך אוכל יטעם. זה לא כזה. ואינו יכול להתברר בודאי שאמר שקר דמצי לומר כי אנכי לא הרגשתי בטעם. משא"כ במכה הנראית לעין הרופאים דלא מרע אומנתי' לשקר בכגון זה. ובפרט בנ"ד שהיתה אצל שני דוקטרים והסיחו לפ"ת זה שלא בפני זה שהדם הוא דם מכה ולא דם מקור ודאי דיש לסמוך עליהם. דהא אמרינן בגיטין (יט:) ר"פ כי הוה אתי לקמי' שטרא פרסאה דעביד בערכאות של כותים מקרי להו לשני כותים זה שלא בפני זה במסל"ת ומגבי בי' ממשעבדי אלמא דבכה"ג מהני אף להוציא ממון:

ועוד הא נ"ד איכא רל"ד טובא שאומר אמת. א"כ בודאי כו"ע מודים בזה שאף רופא נכרי מהימן כדמשמע מדברי הריצב"א. וכ"כ בתשו' ח"ס סי' קע"ה לענין רופא נכרי אי מהימן דהיכא דאיכא רל"ד אפשר להקל ולסמוך על עדותו והמעיין בדבריו יראה דנ"ד עדיפא מעובדא דידי'. דהתם לא העיד העד על מכה הנראית. רק שהעיד שהדם יוצא מהצדדים מ"ת ואעפי"כ מהימן כשיש רל"ד כ"ש בנ"ד שמעיד על מכה הנראות דודאי מהימן כשיש רגלים לדבר. ואלה הם הרגלים לדבר בנ"ד:

א) כיון שהיא זקנה ופסק וסתה והיא בחזקת מסולקת דמים יותר מאשה שיש לה וסת שלא בשעת וסתה וכן כתב הס"ט סי' קפ"ז דיותר יש להקל בזקנה מאשה שיש לה וסת שלא בשעת וסתה. וז"ל מש"כ מעכ"ת כמו שהתיר ד"ש באם יש לה פצע וחבורה ויש לה כאב אף דאינה יודעת שמכתה מוציאה דם ז"א דהתם שאני שכבר חדל לה להיות אורח כנשים וזקנה ודאי דעדיפא מאשה שיש לה וסת שלא בשעת וסתה דבזקנה כו"ע מודים דדיה שעתה. משא"כ באשה שיש לה וסת איכא פלוגתא. וגם קיי"ל דזקנה תולה בילדה בכתם כמבואר בריש סי' ק"צ עכ"ל. ואף שמדברי התוס' נדה (ה.) ד"ה הא כו' לכאורה לא משמע כן. יעו"ש בתשו' הגאון רעק"א סי' נ"ו דהאריך שם ג"כ בזה. ומסיק דד' נשים יותר מסולקים בדמים מאשה שיש לה וסת שלא בשעת וסתה. ומיישב שם דברי התוס' בטוב טעם. וכיון דאשה דיש לה וסת שלא בשעת וסתה ורואה מ"ת פסקו המרדכי והמהר"ם מרוטנבורג דתלינן במכה משום דחזקה אורח בזמנו בא. והוה רגלים לדבר שיש לה מכה. וסמכו ע"ז האחרונים לצרף ולהקל דלא בעינן שיודעת בודאי שמכתה מוציאה דם. וכ"ש בזקנה דודאי אמרינן הכי. א"כ חזינן דזה מקרי רל"ד. וכה"ג צירף להקל הגאון בעל עבודת הגרשוני בסי' כ"ב דעל מה שהאריך שם לפלפל אם יש לסמוך אדברי הרופא שאמר שא"א שהטיפין האלו יבואו מן המקור כתב שם עוד יש לסייע למי שיבא לטהר מהא דאיתא בפסקי מהרר"א סי' מ"ז וז"ל עוד כתב במרדכי ההיא ברייתא הרואה דם מ"ת דתנו בה ואם יש לה וסת תולה בוסתה. פי' אם יש לה וסת זמן קבוע שהיתה רואה. תולה בוסתה שיכולה לומר שהדם שהיתה רואה טהור הוא דעדיין לא הגיע וסתה ותולה במכתה כו' אלמא דס"ל דאין אורח בא אלא בזמנו מהני דתלינן במכה מה שאין תולין בלא זה כו' ע"ש אף לנו י"ל אעפ"י שלא הי' לנו לסמוך אדברי הרופא במ"ש שאין הטיפין הללו באין מן המקור אם אין לאשה וסת קבוע. מ"מ אם יש לה וסת קבוע מהני דאין אורח בא אלא בזמנו לסמוך על דברי הרופא. עכ"ד בעה"ג. ואף אנו נאמר בנ"ד שאף אם נאמר שאין לסמוך על דברי רופא נכרי במה שאמר שיש לה מכה. מ"מ היכא דאיכא רל"ד שיש לה מכה כיון שהיא זקנה. ודאי יש לסמוך גם על דברי רופא נכרי שאומר שיש לה מכה:

ב) מה ששופעת תמיד בלא הפסק שהוא נגד טבע ראיית האשה הוה ג"כ רל"ד. וכמו שכתב הגאון בעל ס"ט בסי' קפ"ח וז"ל ולא נהירא דלעולם לא מקרי אתחזיק איסור ונאמנת משום שאין דרך אשה להיות רואה תמיד מן המקור ואדרבה דרך דם המקור להיות פוסק וכמו שכתב בתשו' פ"י חי"ד סי' א' וז"ל או אפשר כיון שרואה תמיד כ"כ איכא רל"ד שאין דרך אשה לראות כ"כ עכ"ל וכ"ש בנ"ד שאפי' בעת התחלת ראית הדם

שופעת בלא הרגש הגוף כדרך שהיתה מרגשת עת היה לה הוסת. וכפי הנהוג בכל הנשים עת התחלת הוסת. וכן כתב הגאון בעל שבות יעקב דמצרפינן אומדנות והוכחות ביחד להוכיח שיש לה מכה המוציא דם. וכ"ש בנ"ד לצרף להאמין דברי הרופא הנכרי:

ג) כיון שמתחילה מתראה הדמים שלה עם פלייגמא זה הוה הוכחה גמורה שהדם הוא מן המכה. וכ"כ הגאון בעל ס"ט בסי' קפ"ז וז"ל ולא דמי למ"ש בהגהות ש"ד דש"ה שהי' מראה מוגלא ולא הי' דומה למראה אדום ויעו"ש שזה ודאי הוכחה שהוא מן המכה. וכ"כ בתשו' פ"י סי' א' דמוגלא מוכיח שיש מכה באותו מקום. ויעויין עוד שכתב אם בא בשנוי ממה שבא בימי הוסת דרגלים לדבר דלאו דם מן המקור הוא עכ"ל הס"ט. ולפי דברי הפ"י דבשנוי מראה דם לבד הוה רל"ד דיש לה מכה המוציאה דם. א"כ כ"ש כשרואה מוגלא מעורב עם דם ודאי דהוה הוכחה גמורה שיש לה מכה המוציאה דם. ואפי' לפי מ"ש מקודם דש"ה שהי' מראה מוגלא ולא הוה דומה למראה אדום. אין הפי' שיהא רק מוגלא לבד בלא דם כלל. אלא כוונתו שיש בו תערובת מוגלא והוה הוכחה שיש לה מכה המוציא דם. וכן מצאתי בתשו' ח"ס סי' קמ"ד שכתב וז"ל הנה מ"ש מראה מוגלא ולא היה דומה למראה אדום. אין הכוונה שלא הי' שום מראה אודם כו' אלא כלפי דמיירי לפני זה במראה דמים ממש ורק שהם משונים. ע"ז כתב דהגהת ש"ד מיירי שיש מראה מוגלא לבנה או ירוקה ממש. וגם פשיטא שיש בו תערובת דם כו'. ופסק שם למעשה דאם יש תערובת מוגלא בדם טהורה היא לבעלה. וכ"כ הגאון בעל בית מאיר בסי' קפ"ז ס"ה וז"ל ובר מכל דין לפע"ד כאשר ראיתי וספרתי לעיל תבנית הדבר הזב ממנה קרוב אלי לאמר שזה אף מכה הידוע מוציא דם נקראת והאריך בזה ומסיק ובודאי לפע"ד אינו אלא ראות עיני המורה או נשים פקחות. או רופאים השופטים שאין זה תבנית דם הבא מן המקור. דאף דאנן לא בקיאין במראות. היינו בשנוי מראה לחוד. אבל בשנוי איכות להצטרף לאומד במקום מכה לברר שמוציאה דם בלי ספק אף אנו בקיאין כו' יעו"ש עכ"ל הב"מ. וא"כ ברור דהאשה הזאת לא היתה צריכה כלל לדברי הדוקטרים והי' יכולין לטהרה בפשיטות. ומכ"ש בצירוף אמירת הדאקטר הנכרי שאמר שיש לה מכה באותו מקום. ובאמת מחמת אמירת הדאקטר הייתי מתירה אף בלא תערובת המוגלא שיש בדמה לפעמים משום רגלים לדבר הקודמים. וכן אנו נוהגין בגבולנו שאין לנו רופא ישראל מומחה. לסמוך על רופא נכרי כשאומר שיש לה מכה המוציא דם אך כשיש רל"ד שדברי הרופא אמת:

אח"ז כאשר נודע לנו מהמכתב של הרופא ומהרעש של הרב הנ"ל שאנו מטהרין איסור כרת לבעלה. שלחנו עוד הפעם אחרי האשה הנ"ל וגם בא עמה חתנה הרופא. וחקרתי

אצלה בחקירה ודרישה הנאותה לעיון כזה. ואמרה לנו כל דבריה שאמרה מקודם. וגם חתנה הרופא אמר שידע זאת בבירור מהתחלת החלאת שלה שדמה הי' מעורב לפעמים עם פלייגמא. וגם נתן אמתלא על אשר לא שלח לנו את מכתב הרופא פ' באשר שלא איתמחי ולא אתחזק בחכמה זו. כי לא למד חכמה זו באקאדעמיים המורים חכמה ודעת בנתוח האברים. וכל דבריו הם רק ככסיל ההולך בחושך להורות דעה לאסור אשה על בעלה בלי טעם ודעת ע"כ קרע את המכתב ולא שלח לנו. עוד הוסיפה האשה ואמרה כי אחר הטלת מימי רגליה היא מרגשת כאב גדול ברחמה מאשר נתלכלך מימי רגליה. וגם הראה לנו את דמה. וצרפתי עוד מורה מובהק וראינו שהדם שלה עכור כדם היוצא מן המכה. אך לא הי' בפעם הזאת מוגלא בו:

ואף כי מהפוסקים יש שמחמירים דלא סמכינן על שנוי מראה לחוד לדון שיש לה מכה המוציאה דם. משום דאפשר שיש לה מכה והדאיבה את המקור עד שגרמה השנוי גם במראה הדם. מ"מ בנ"ד כיון דהיא זקנה המסולקת בדמים דסגי לן לטהרה רק בזה שאנו יודעין שיש לה מכה. אף כי לא ידעינן שמכה מוציאה דם כמש"ל בשם הס"ט וכן פסקו הרבה אחרונים ודאי דצירוף גדול להיתר הוא הא דחזינן שדמה משונה מאד להך רגלים לדבר ששופעת בלי הפסק וגם אינה מרגשת כבד האברים כדרך הנשים בעת התחלת וסתן לתלות שהדם יוצא מפי המכה. ובפרט כי האשה עצמה אומרת שלפעמים יש מוגלא בדמה והאשה נאמנת ע"ז. א"כ אין ספק דהאשה טהורה לבעלה בלא עדות הדוקטרים כלל. ואין לנו לחוש לדברי הרופא פ' שאמר שהדם יוצא מפי האם. כי רל"ד שדברי הדוקטרים אמת והרופא פ' אמר שקר. ועוד דגם לפי דבריו שהדם יוצא מן המקור ע"כ מוכרחין אנו לומר מכל ההוכחות הנ"ל שהמכה היא בפנימית המקור ומשם יוצא הדם. ובפרט כיון שהוא הודה דעל האם שלה יש חבורות ונפוח ואודם מבחוץ. אף שאומר שאין הדם יוצא משם מ"מ מהני לן הרל"ד לתלות שהמכה שלטה גם בפנים:

ומלבד כל אלה מאחר שזה ברור שמבלעדי הרופא היהודי שאומר שהדם יוצא מפי המקור הרי היא מותרת לבעלה. א"כ בעדות הרופא הנ"ל אין מקום לאוסרה ולהוציאה מחזקת היתר שלה דהא לפי"ד התוס' והרא"ש והטור וכן פסקינן בשו"ע סי' קכ"ז דאין ע"א נאמן להוציא דבר מחזקת היתר אף היכא דאין הבעל דבר מכחישו. ואף כי לפי דברי הרבה ראשונים הביאם הש"ך שם דהיכא דאין הבע"ד מכחיש נאמן העד אף נגד החזקה. מ"מ בנ"ד שהאשה היא יותר מששים שנה. וזה אינו מצוי שיהא לה דם נדה ואחרי בלתה תהי' לה עדנה. וא"כ הרי הוא מעיד עד רוב אלים. וזה נ"ל ברור דאף להסוברים דעד אחד נאמן נגד חזקה כשאין הבע"ד מכחישו. וגם נאמר שהע"א נאמן נגד רובא כמו

שאבאר לקמן מ"מ נגד רובא ובמקום שאין המיעוט מצוי לכו"ע לא מהימן דהא חזינן דרוב אלים מהני אף להוציא ממון. אע"ג דקיי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב ויעוין בתה"ד סי' שי"ט דכתב שם דלהוציא ממון בעינן ראי' ברורה. ורובא לא הוה כמו ראי' ברורה ע"ש. מ"מ במקום שאין המיעוט מצוי נראה ברור דמהני אף להוציא ממון. והוה כמו ראי' ברורה. לא מבעיא לפי דעת התוס' סנהדרין (ג:) ד"ה ד"מ כו' שכ' הטעם דלכך ס"ל לשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב גבי רובא לרדיא זבני משום דלא חשיב הך רובא כ"כ. א"כ ברוב חשוב לבד אזלינן בתר רובא. וכ"ש במקום שאין המיעוט מצוי. ואפי' לפי"ד התוס' ב"ק ריש המניח. ובכתובות שילהי פ"ק. וכן דעת הרמב"ן והרשב"א שם דברובא דאיתא קמן דהוה רוב חשוב נמי לא אזלינן בד"מ. מ"מ ברובא היכא דאין המיעוט מצוי אזלינן בתר רובא אף בד"מ. וכן מוכח מתשו' הרא"ש כלל פ"ב סי' א' דכ"ש וז"ל ודמיא להא דב"מ (פא) ההוא גברא דאוגר חמרא לחברי' אמר לי' לא תיזיל באורחא דנהר פקוד דאיכא מיא זיל באורחא דנרש דליכא מיא כו' אמר לי' מה לו לשקר אי בעי אמר באורחא דנרש אזלי. אמר לי' אביי מה לו לשקר במקום עדים לא אמרינן. אלמא אע"ג דאיכא מגו לא מהימן משום דאנן סהדי דבכל עידן איכא מיא באורחא דנהר פקוד ואע"ג דעדות ממש ליכא שהי' שם מים בשעה שהלך זה. אלא שרוב פעמים מצוי שם מים הוה מגו במקום עדים כו' עכ"ל. ולכאורה דבריו תמוהים. הא קיי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב וכ"ש היכא דמסייע לי' מגו ס"ל להתוס' ב"ב (צ"ב:) ד"ה ואמאי כו'. דגם לרב מהני להצטרף נגד רובא לסייע להחזקה חזקת ממון. אף שאפשר לדחוק ולומר דהרא"ש סובר כדברי התוס' בסנהדרין. מ"מ האמת יורה דרכו דשם הוה המיעוט שאינו מצוי שיהא מיא באורחא דנרש והוה הרוב כאן סהדי. ומהני להוציא ממון אף במקום דהמגו מסייע להחזקה. וכן הא דקיי"ל דחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו מהני להוציא ממון. נמי א"א לומר דאין לך אדם שיפרע תוך זמנו. אלא ע"כ משום דלא שכיח שיהא אדם פורע תוך זמנו [וע"כ צ"ל דהחזקה דאין אדם פורע כו' גרוע מחזקה שנתחזק לנו שאין מצוי שיפסק הנהר דנרש ולא יהא שם מים דגבי חזקה דאין אדם פורע כו' מיבעי לן אם מהני מגו ולא איפשטא. וגבי נהר דנרש פסקינן להלכה דבודאי לא מהני מגו] אלמא דהיכא שאין המיעוט מצוי הוה הרוב כמו ראי' ברורה. וא"כ ע"א אין נאמן כנגדו. וכן מצאתי להמהרש"ל ביש"ש ריש המניח דכתב להדיא דהיכא דהמיעוט הוה מיעוטא דמיעוטא מהני אף להוציא ממון. ויש לי ראיות מכריחות לזה אך לא רציתי להאריך:

ועוד עלה בדעתי לומר דאף להפוסקים דסוברים דע"א נאמן נגד חזקה היינו דוקא נגד חזקה דדינא. כגון נטמא טהרתך שאינו מעיד נגד שנוי הגוף רק נגד החזקה שהי' מוחזק

בטהרה. משא"כ היכא דהעד מעיד נגד חזקת הגוף. איכא למימר דאינו נאמן. דעדיף מחזקה דדינא. וכמ"ש התוס' כתובות (עה) ד"ה אבל כו' דחזקת פנויה לא חשיבא כלל חזקה לגבי חזקת הנוף. ואפי' לדברי האחרונים שפירשו דבריהם בדרך אחרת. מ"מ סברא זו דחזקת הגוף עדיפא מחזקה דדינא מוכרחת. כמ"ש התוס' שם ד"ה ספק טמא. וא"כ שפיר י"ל דאין ע"א נאמן כנגדו. וכ"ש לפי"ד רש"י בכתובות (לג: עו.) דחזקת הגוף מהני להוציא ממון אף בלח טענת ברי ועיין בתוס' שם (לו) ד"ה החרשית דגם ר"י לא פליג על רש"י אלא היכא דחזקת הגוף איתרע שהרי שור שחוט לפניך. אבל היכא דחזקת הגוף לא איתרע גם הר"י סובר דעדיפא מחזקת ממון. וכ"ש לפי מה שחזר הר"י והודה לדברי רש"י [עיין בתוס' (עו) ד"ה רישא] ודאי דחזקת הגוף אלימא טובא. ואע"ג דאיתרע ובלא טענת ברי מ"מ להוציא ממון מהני. ואף לפי מה שכתב הפ"י בק"א לכתובות וז"ל דאף לשיטת רש"י וסייעתו דאף בחזקת הגוף לחוד מוציאין ממון. היינו דוקא בחזקה דלא איתרע כי האי דהכא דכיון דאמרינן כאן נמצא וכאן היה לא איתרע רשותו כלל וחזקה כי האי עדיף מתרי חזקות דאיתרעי עכ"ל מ"מ זה ודאי דחזקה דחזקת הגוף דלא איתרע הוה חזקה אלימתא. והוה כמו ראי' ברורה. וא"כ איך אפשר לומר שיהא ע"א נאמן נגד חזקת הגוף וזה הוה חזקת הגוף דלא איתרע כיון דאנן הוה שרינן לה בלא עדות הדוקטרים כלל והוה תלינן בודאי דזה הדם הוא מחמת מכה. וא"כ עדות הרופא הנ"ל שבא לאוסרה לפי"ד הרב הנ"ל אין בו ממש:

אך דקשה ע"ז מקדושין (סו:) דאמרינן שם מקוה פסולו ביחיד. ובעל מום פסולו ביחיד. והא לדברי רבא שם נאמן שם ע"א אפי' בלא טעמא דיכול לברר [ואף שגם הוא מודה בהטעם דיכול לברר לפי לישנא דברייתא שם ד"א מקוה פסולו בגופו] הרי מוכח שם להדיא דע"א נאמן נגד חזקה דגופה. אך לדברי ר"י לא קשה דהא הוא מפרש שם כל הסוגיא דכיון דשתיק מהני מטעם שתיקה כהודאה דמי. אמנם לפי הראשונים דפי' שם דלאו משום שתיקה כהודאה דמי מהני אלא אפי' אמר איני יודע נמי מהני העדאת ע"א קשה טובא דהאיך עד אחד נאמן נגד חזקה דגופה. ומחמת זה נ"ל לומר דהראשונים שפי' בסוגיא דקדושין דלאו משום שתיקה כהודאה דמי מהני העדאת ע"א. ע"כ ס"ל בכתובות דעיקר הטעם הוא משום דטענת ברי וחזקת הגוף מהני להוציא ממון אבל חזקת הגוף לבד לא מהני להוציא ממון. ולכך ע"א נאמן כנגדו. אך אכתי קשה לי לדעת רש"י דס"ל דחזקת הגוף לחוד מהני להוציא ממון. ובקדושין מוכח דהוא סובר כדברי הראשונים דע"א נאמן לאסור דבר ולהוציא מחזקת היתר אף שהבע"ד אינו יודע כלום. ואפי' בחזקת הגוף. ועיין בב"י בסי' קכ"ז וז"ל מ"כ וכו' ומורי הגביר אמר דע"א נאמן

באיסורין אלא להתיר היכא דלא איתחזיק איסור. אבל לאסור דבר שבחזקת היתר לאו כל כמיני' כיון דמכחשי לו לא מהימן כבי תרי. וק"ל דבפ' האומר אמרינן מקוה פסולו ביחיד אם אמר ע"א שחסר משום דע"א נאמן באיסורין כדפ"ה עכ"ל הרי המ"כ דקדק מדברי רש"י דס"ל כדברי הראשונים דע"א נאמן להוציא דבר מחזקת היתר. ואפשר לומר דבאמת סובר רש"י דחזקה דגופה אין ע"א נאמן כנגדו. והא דנאמן גבי מקוה הוא משום דמקוה לא מיקרי חזקה דגופה כמ"ש הגאון בעל ש"ש בש"ב פ"ב כיון שבזה שנמצא חסרה לא נשתנה גופה. ומבעל מום נמי אין ראי' די"ל שאומר שהוא בעל מום מתחילת ברייתו ואין כאן חזקת הגוף. [אבל כנגד רובא ודאי יש להביא ראי' מסוגיא הנז' דע"א נאמן. דהא רוב בני אדם אינם בעלי מומין. ואפי"ה נאמן העד להוציא מן הרוב. ודלא כהגאון בעל ש"ש בש"ו פ"ז והפמ"ג בכללי רובא וחזקה דס"ל דע"א אינו נאמן נגד רובא אף לדעת הראשונים דס"ל דע"א נאמן נגד חזקה]:

ויותר נ"ל לומר דע"א נאמן נגד חזקה דגופה. וכן מוכח בריש האשה רבה. ואע"ג דאפשר לומר דחזקת חיים לא חשיבי חזקה משום דעומד להשתנות. וכן דעת הט"ז ביו"ד סי' שצ"ז סק"ב. אבל באמת תמוהין לי דבריו מאד. דהא התוס' בכתובות שם ד"ה ותנא כו' כתבו להדיא דמטעם חזקה נגע בה. ולא מטעם דכיון שנולד הספק ברשותו לבד. וא"כ מוכח משם דחזקת חיים חשיב חזקה. והא דכתובות שמהני חזקה להוציא ממון. היינו מטעם דכאן נמצא וכאן הי' מסייע להחזקה. ודלא כהפנ"י דסובר דכנוכ"ה לא מהני רק לסתור החזקה דהשתא דאיתרע לפניך. אלא מהני נמי לאלים החזקה דמעיקרא. ולר"א דסובר דאפי' בלא סברא דכאן נמצא וכ"ה נמי מהני חזקה דגופה להוציא ממון הוא משום דש"ה דחזקה דבתולים וגבי מומין אתו מכח רובא וחזקה. דגבי בתולים חזקה שהי' בתולה שלימה בשעה שנולדה ורובא דרוב בתולות הן בתולות שלימות. וכן גבי מומין מיירי במומין שא"א לומר שבשעה שנולדה הי' בה מומין הללו. וא"כ איכא הכא ג"כ רובא וחזקה חזקה שמשעה שנולדה לא היה בה מומין. ורובא דרוב נשים אין בהן מומין, יעויין בפ"י שם דמכריח דע"כ צ"ל דאיירי שם במומין שא"א לומר שבשעה שנולדה הי' בה. דאל"כ הוה חזקה רק דאתי מכח רובא ורובא נמי לא מהני להוציא ממון. מ"מ נ"ל דהסוגיא דשמואל שם גבי מחליף פרה איירי אפי' במומין שאפשר לומר משעה שנולדה הי' בה. ומ"מ מהני כיון שנולד הספק ברשותו. וכבר בארתי זאת בקונטרס החזקות בס"ד יעו"ש. ומ"מ זה ודאי כנגד רובא וחזקה נ"ל ברור דלא מהימן ע"א כנגדו. דהא סובר הרמב"ן להדיא בסוגיא דפ"פ דרובא וחזקת הגוף מהני להוציא ממון אף בששניהם טוענים ברי יעו"ש בחידושיו [הנקראים בשם חידושי הרשב"א.]

וכ"כ הר"ן בשם הרשב"א בסוגיא זו. וכ"כ בעל המאור בר"פ דכתובות דקושית הגמרא כיון דרוב נשים בתולות נשאות כי אתי עדים מ"ה קאי אף לשמואל דסובר דאין הולכין בממון אחר הרוב מ"מ הכא איכא תרתי רובא וחזקה. ואף הרמב"ן במלחמות לא השיג עליו אלא משום דס"ל דהתם ליכא חזקת הגוף יעו"ש. ונ"ל דגם דעת התוס' בכתובות (טז.) ד"ה כיון כו' מודה לזה. אך דסוברים כדעת הרמב"ן. וא"כ כיון דס"ל דרובא וחזקה מהני אף להוציא ממון. וע"כ הוה כמו ראי' ברורה. ואיך אפשר לומר דע"א יהא נאמן נגד רובא וחזקה. א"כ בנ"ד איכא נמי נגד עדותו של הרופא שהדם שלה אינו יוצא מפי המכה. ודם נדה הוא רובא וחזקה. רובא כמש"ב וחזקה דכיון שפסקה כבר מלראות מקרי חזקתה חזקה גמורה חזקת הגוף אע"ג דחזקת טהרה של אשה נראה דלא מקרי חזקת הגוף כיון שעלולה לראות. מ"מ בנ"ד דהיא אשה זקנה וכבר פסקה לראות. זה וד מקרי שנוי בגוף שע"כ אנו צריכין לומר שנולדה בה סבה חדשה מה שהתחילה לראות. והוה כמו מומין. וא"כ האיך יהא הרופא נאמן נגד הרוב והחזקה דאית בה:

ועוד אפשר לומר בנ"ד שאין הרופא נאמן לומר שדם זה אינו בא מן המכה משום דהא פשטות דעת הרשב"א בחולין (י) נראה דסובר דנדה מקרי דבר שבערוה. דז"ל שם אף למאן דל"ל הכין כו' נ"ל דאיצטריך קרא דוספרה לה משום דהיה דבר שבערוה. דבעלמא אין פחות משנים והכא בודקת וסופרת לעצמה ונאמנת עכ"ל. וכן הביאו האחרונים בשם הגאון בעל מעיל צדקה. וכ"כ הגאון בעל המקנה קדושין (סו) דדעת התוס' ריש גיטין הוא דנדה הוה דבר שבערוה. והא דנאמנת האשה, בזה הוא משום דגלי קרא דבדבר שלא אתחזק לא לאיסור ולא להיתר נאמן ע"א גם בדבר שבערוה. אך האחרונים השיגו ע"ז וכתבו דדעת התוס' ריש גיטין אינו כן. מדכתבו ס"ד דהוה דבר שבערוה. וכן מבואר בדברי מהרי"ק שורש ע"ב דדחיק לישב שם דברי התוס' שלא לסתור סברתו שסובר דבדבר שבערוה אם לא איתחזק איסורא ע"א נאמן. ואמאי כ' התוס' ס"ד דהוה דבר שבערוה אלמא דבדבר שבערוה אינו נאמן אף שלא איתחזק איסורא יעו"ש מה שמשיב. אבל דעת הרשב"א פשטות דבריו מורה דסובר דגם לפי האמת מקרי נדה דבר שבערוה. ומ"מ גלי קרא דוספרה לה דנאמן ע"א להתיר ולאו דוקא האשה עצמה אלא כל ע"א. משום דלא אתחזק איסורא. ולפי"ז הא דנאמנת האשה לאסור עצמה ולהוציא א"ע מחזקת היתר הוא משים דשוי' אנחד"א. וכן נראה שזה דעת מהרי"ט בסי' צ"ב דמקשה שם על דברי התוס' רי"ד בקדושין דכתבו דלכך לא מהימני' לומר א"א אני מקודם כיון דהיא אגידה בו הא אמרה טמאה אני וחזרה ואמרה טהורה אני דאמרינן בפ"ב דכתובות אם לא נתנה אמתלא לדבריה לא מהימנה משום דשוית לנחד"א אע"ג

דנשואה ואגידה בו היא עכ"ל [וקושיתו באמת לא קשה כי יש לחלק בין נדה לא"א דנדה אדעתא דהכי נישאת לו] והשעה"מ בה"א פ"ט הט"ו הקשה ע"ז דהא נדה שאני דהתורה האמינתה כדילפינן מקרא דוספרה לה. לעצמה. ולפי מה שכתבתי א"ש דברי המהרי"ט דלאסור ולהוציא נפשה מחזקת היתר לא מיבעיא לפי"ד התוס' והרא"ש דסוברים דהיכא דאתחזק התירא ע"א אינו נאמן לאסור אפי' בשארי איסורים שבתורה דודאי אינה נאמנת רק מטעם דשוית לנחד"א. אלא אפי' לדעת הראשונים דסוברים דע"א נאמן. מ"מ גבי נדה כיון דהוה דבר שבערוה אינה נאמנת רק מטעם דשויתה אנחד"א. וכן נ"ל להוכיח דנדה הוה דבר שבערוה מדברי הרמב"ן והרשב"א [והה"מ בפ"ד מהא"ב ה"י כתב שכן גם דעת הרמב"ם ז"ל.] דהביאו ראי' דהוחזקה נדה בשכנותיה לא מהני אמתלא מדלוקה בעלה עליה. אלמא ס"ל דבאומרת טמאה אני כיון דמהני אמתלא אין בעלה לוקה עליה ולכאורה הוא תמוה דהא כ' הרמב"ם בה' שגגות פ"ג ה"ב אמר לו ע"א חלב הוא זה ושתק וחזר ואכלו בשגגה מביא חטאת ואם התרו בו לוקה עלי' אעפ"י דעיקר העדות בע"א. ועיין במ"ל שם דכתב דדין זה הוא מהירושלמי דפ' שכ' הביאו רבינו פ"ט מה"נ דין י"ז. וא"כ אמאי אינו לוקה באומרת טמאה אני כיון דנאמנת לאסור עצמה על בעלה מדין ע"א. והא הם ס"ל דע"א נאמן לאסור אפי' להוציא דבר מחזקת היתר. אבל אי אמרינן דנדה הוה דבר שבערוה ואינה נאמנת רק משום דשויתה אנחד"א א"ש דמהני אמתלא:

אמנם הגאון בעל המקנה הכריח דהיא נאמנת לומר נטמאתי הוא לאו משום דשויתה אנחד"א. מדנאמנת לחייב את בעלה קרבן אם בא עליה כדאיתא במס' נדה (יד:) דאם אמרה לו נטמאתי חייבין שניהם קרבן ואפי' שלא בשעת וסתה כדאיתא בשבועות (יח) כו'. ותו דהא קיי"ל דאפילו ראתה ולא הרגישה אינה טמאה מדאורייתא כדכתיב דם בבשרה עד שתרגיש בבשרה. ואי משום דנדה הוה דבר שבערוה ע"כ צ"ל כיון דאשה דרכה לראות דם לא מוקמינן אחזקה כדאיתא בכה"ג ריש נדה ודרכה נמי להרגיש כו' איתרע לחזקת היתר ושפיר נאמנת עכת"ד. ונפלאתי ע"ז האיך אפשר לומר דאשה אין לה חזקת היתר הא קיי"ל בריש נדה דדוקא לקדשים לא מוקמינן לה אחזקתה אבל לא לחולין. ואף אם נאמר כמ"ש חידושי הר"ן בנדה די"מ אע"ג דליכא חזקה מ"מ טהורה למפרע משים דגמרינן מסוטה. מ"מ קשה דא"כ אמאי אינה מקולקלת למנינה. ועוד לפי"ז מאי פריך שם הגמ' לשמאי מחבית דהוה ספק טבל והכא טהורה לגמרי הא טומאה למפרע גמרינן מסוטה ולכך מקלינן בספיקה. אבל גבי איסורא ודאי מספיקה אסורה. וכ"ש דקשה באשה שיש לה וסת שלא בשעת וסתה דדיה שעתא. ואפי"ה נראה מפשטות הגמרא דשבועות דנאמנת לומר נטמאתי לחייבו קרבן. ועוד לפי"ד המקנה

הדקל"ד דאמאי ס"ל להרמב"ם והרמב"ן והרשב"א באומרת טמאה אני לך דאין בעלה לוקה עליה:

ע"כ עלה בדעתי לומר דבר חדש דאף דאינה נאמנת אשה לאסור עצמה לבעלה לחייבו מלקות. מ"מ נאמת לחייבו קרבן ולא דמי לע"א דעלמא וכה"ג מצינו בקדושין (סג:) לענין נאמנות האב על בנו שהוא בן ט' או י"ג שנים. דאע"ג דאינו נאמן לענין מכות ועונשין מ"מ לענין קרבן נאמן. וכן נ"ל דאם אמר על בתו שהיא מקודשת אע"ג דקיי"ל דאין סוקלין על ידו מ"מ לענין לחייבו קרבן בודאי נאמן. כדמוכח שם מהסוגיא דמדמי להדדי. והאי נאמנות האב ע"כ לאו נאמנות גמור הוא כמו שני עדים בדבר שבערוה וע"א בשארי איסורים. אלא כמו נאמנות האיש על עצמו. דאל"ה קשה קושית הפ"י אמאי אין סוקלין ע"י האב כמו שאם אמר ע"א שהוא חלב דלוקין ע"י. ולחלק בין מלקות למיתה כמו שמחלק המהרי"ק לענין חזקה בלא ראיה שהובא בב"ש סי' י"ט. קשה מאד דמסוגיא דשם מוכח דאינו כן. מדקאמר שם הגמ' להדיא ואזדא ר"ח לטעמי' ומדמי שם נאמנות האב אם אמר שהיא מקודשת לנאמנות האב אם אמר שבנו הוא גדול בשנים. ובגדול בשנים קאמר הגמ' להדיא ראינו נאמן לענין עונשין. אך לפי"ז יהא ג"כ הדין באומרת א"א אני ובא עליה אחר בשגגה דנאמנת לחייבו קרבן אע"ג דאינה נאמנת לענין עונשין הן לעצמה והן לאחרים. וא"כ יצא לנו דגם בדבר שבערוה נאמנת לאסור לאחרים מדאורייתא כיון דמחייבת קרבן. ובנדרים בסוגיא דהאומרת טמאה אני לך בשיטת הר"א שהביא שם התוס' מוכח דאינו כן וכמעט לפי כל השיטות דשם מוכת דבעלה אינו מוזהר עליה משום דאינו מחוייב להאמין לה עפי"ד. ועיין בש"ש ש"ו פ"ח. וגם אין לומר כמו שהבאתי למעלה דברי שעה"מ דגמרינן מוספרה לה בין להיתר ובין לאיסור. וכן נראה דעת הטור מדהשיג על הרמב"ן דס"ל דאם הוחזקה נדה בשכנותיה מהני אמתלא ובאומרת טמאה אני לך לא מהני אמתלא. וכי גרע אומרת טמאה אני לך מהוחזקה נדה כו' אלמא דס"ל דגם באומרת טמאה אני לך לוקה בעלה עליה. והא דעת הטור כדברי התוס' והרא"ש דע"א אינו נאמן לאסור להוציא דבר מחזקת היתר. וע"כ צ"ל דס"ל דגמרינן מוספרה לה נמי אפי' לאסור. אבל צ"ע דא"כ אמאי לא ילפינן מיני' דע"א נאמן בכל האיסורים שבתורה אף להוציא דבר מחזקת היתר. והרא"ש [הובא בב"י סי' קמ"ז] כתב להדיא דהא דע"א נאמן באיסורין ה"מ לסמוך עליו להתיר דגמרינן מוספרה לה לעצמה. אבל להחמיר לא מחמרינן עפ"י ע"א. נראה להדיא מדבריו דלא גמרינן מוספרה לה להחמיר. והא דנאמנת לסתור מנינה הוא משום דאז אין לה חזקת היתר גמור כ"ז שאינה משלמת מנינה וצע"ג. ונ"ל לישב קושית המקנה דבאמת בכ"מ

אם אמרה נטמאתי באופן שא"א לה לברר אינה נאמנת רק מטעם דשוי' אנחד"א. ולכך אין בעלה לוקה עליה לדעת התוס' והרא"ש אע"ג דלא הוה דבר שבערוה. כיון דאית לה חזקת היתר. ולדעת הרמב"ם והרשב"א והרמב"ן משום דהוה דבר שבערוה. והא דאם אמרה לו נטמאתי נאמנת לחייבו קרבן. היינו היכא שאמרה באופן שיכולה לברר. וכיון שיכולה לברר מחוייב להאמין לה. כדמוכח מסוגיא דקדושין הנ"ל. וגם מהרגשה לא קשה כלל כיון דחזקת דמים שבא בהרגשה כמו שכ' הרמב"ם. א"כ דוקא אם אמרה בפירוש שלא הרגישה אז אינה אסורה מדאורייתא. אבל מסתמא אמרינן בא בהרגשה וא"צ לנאמנות שלה. וזה ברור לפ"ד:

אמנם ראיתי אח"כ שמה שעלה בדעתי לומר שגם דעת הרמב"ן הוא דנדה הוה דבר שבערוה. א"א לומר כן. דא"כ ע"כ צ"ל דסובר כדעת המהרי"ק דהיכא דלא אתחזק איסורא נאמן אף בדבר שבערוה. ואף שלכאורה משמע כן דעתו בפ' התקבל גבי אמר לאחד צא וקדש לי אשה יעו"ש מה שהקשה הר"ן עליו. וכן ראיתי לגדולי האחרונים שמביאים ראי' מזה שדעת הרמב"ן כהמהרי"ק אבל מצאתי להרמב"ן בהדיא בריש גיטין וביבמות פ"ח דכתב בפירוש דבדבר שבערוה אף שלא אתחזק התירא אין ע"א נאמן. [וקושית הר"ן עליו צריך לישב מטעם אחר ואכמ"ל] וא"כ ע"כ ס"ל דנדה לא הוה דבר שבערוה. והא דאינו לוקה באומרת טמאה אני לך. הוא ע"כ משום דלא ס"ל כדעת הרמב"ם דאיסור שהוחזק עפ"י ע"א לוקה. ואף שהוא מן הירושלמי אולי הכריח מהגמ' דידן מסוגיא דקדושין דלא כהירושלמי וכקושית הפ"י שהבאתי למעלה. מ"מ דעת הרמב"ם והרשב"א נ"ל דס"ל דנדה מקרי דבר שבערוה וס"ל כדעת המהרי"ק. דעת הרשב"א דס"ל כדעת המהרי"ק מצאתי בש"מ כתובות דכתב בשם חידושי הרשב"א בסוגיא דפ"פ דהיכא דטוענת קודם שארסתני נאנסתי נאמנת. אף שראיתי לגדולי המורים שאמרו שאפי' טוענת קודם שארסתני נאנסתי כו' לקיימה אינו רשאי משום ס' סוטה. ואינו נראה כו' דלא גרע פ"פ משראינו שנבעלה וצוחה ואמרה אנוסה אני דנאמנת. והוי כחתיכת ספק חלב ספק שומן דע"א נאמן עליה. ואעפ"י שזה עדות אשה בגופה אמרינן דנאמנת כדאיתא בברייתא לקמן זו היא עדות אשה שאשה כשרה לה כלומר לעצמה כו' עכ"ל. הרי ס"ל להדיא דדבר שלא אתחזק לא לאיסור ולא להיתר אף בדבר שבערוה נמי נאמן ע"א. ואין לדחוק ולומר דאיסור זונה לכהונה לא מקרי דבר שבערוה. ז"א כדמוכח להדיא בקדושין (סז.) גבי עובדא דינאי המלך. וכן מוכח שם תוס' רי"ד יעו"ש. ויותר מזה מבואר בסוגיא דגיטין (פט.) דאיתא שם אמר רבא יצא לה שם מזנה בעיר אין חוששין לה. ולפי רוב המפרשים שם איירי לכהונה. וכן פי' הרשב"א.

וקאמר שם ריב"נ א"כ לא הנחת בת לא"א יושבת תחת בעלה. והתורה אמרה כי מצא בה ערות דבר כו' אלמא דאיסור זונה לכהונה מקרי ג"כ דבר שבערוה. וכן כתב הרשב"א בה' א"ב פי"ז הכ"א וז"ל יצא לה שם מזנה בעיר אין חוששין לה ואפי' הוציאה בעלה משום שעברה על דת יהודית או בעידי דבר מכוער ומת קודם שנתן לה גט ה"ז מותרת לכהן שאין אוסרין אשה משום אלו אלא בעדות ברורה או בהודאת פיה עכ"ל. אלמא דס"ל דאיסור זונה לכהונה מקרי דבר שבערוה. וע"כ צ"ל דברי הרמב"ם דכ' בה' סנהדרין פ' ט"ז ה"ו דע"א שאמר גרושה או זונה אשה זו דנאמן. והקשה הפנ"י בק"א לקדושין הא קיי"ל אין דבר שבערוה פחות משנים לסתור החזקה. ובאמת לכאורה סותר הרמב"ם דברי עצמו. דהא כתב להדיא בה' א"ב דבעינן עדות ברורה ע"ז. וצריכין לתרץ כמו שמתרץ שם הפנ"י דמיירי דבלא דברי העד כבר איתרע חזקת האשה משו"ה ע"א נאמן בה. דהוה כמו ספק חלב ספק שומן. אלמא דגם דעת הרמב"ם כדעת המהרי"ק דבדבר שלא אתחזק לא לאיסור ולא להיתר ע"א נאמן אף בדבר שבערוה וילפי זאת מנדה. וכיון שבארנו שדעת הרמב"ם והרשב"א דנדה הוי דבר שבערוה. א"כ יש לנו צירוף וסעד גדול לנ"ד שאין לחוש לדברי הרופא הנ"ל. שאף אם אמר להדיא שיודע עפ"י אומדנא שלא שלטה המכה בפנימית המקור. נמי אין הרופא נאמן להוציאה מחזקתה ולאוסרה על בעלה. סוף דבר בהא סליקנא ובהא נחתינא שהאשה הזאת מותרת לבעלה. וד' יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות:

כ"ד יו"ט ליפמן הכהן:

סימן ז

שאלה ביולדת דצריכה לספור ז' נקיים משום דאנן קיי"ל דכל אשה הוי כיולדת בזיבה אם מהני הז' נקיים בתוך י"ד:

תשובה הנה בשו"ע סי' קצ"ד פ"א בהגה' שם מבואר דמהני ז' נקיים אף תוך י"ד משום דאנן קיי"ל דימי לידה שאינה רואה בהם עולה לספירת זיבתה ומה שמבואר בש"ך סק"ד דצריכה ז' נקיים אחר י"ד יום. כבר תמה ע"ז הגאון בעל מנחת יעקב ז"ל והניח בצ"ע. ונראה ברור דט"ס יש בש"ך. מ"מ לדינא לפע"ד הרבה יש לדון בדבר. דהא הראשונים הביאו שאף שכל הגאונים חלקו על הר"ת מה שפסק כאביי דימי' לידה שאינה רואה בהם אינו עולה לספירת זיבתה. מ"מ בצרפת נהגו להחמיר כהר"ת. ואנן בכל מקום מחמרינן כהצרפתים. אך הד"מ כתב וכן נמשכו אחריו כל האחרונים דע"כ אנן לא נהגי בזה כהצרפתים משום דלפי"ז היה לנו להצריך לכל יולדת ב' טבילות אחת קודם שהתחילה לספור ז' נקיים ואחת לאחר ז' נקיים. משום דכל זמן שלא טבלה עדיין טומאת

לידה עליה ולא מהני עדיין נקיים לספירת זיבתה. וכיון דאנן לא נהגי אלא בטבילה אחת ע"כ דאנן לא נהגי בזה כהצרפתים. אבל לפע"ד אין זה ראי' מוכרחת דאף דסה"ת כתב דלפי דברי הר"ת צריכה ב' טבילות. אבל הר"ת גופא נראה ברור דלא ס"ל הכי כמו שיראה המעיין בא"ז הגדול ח"א סי' של"ט דהביא שם דברי הר"ת באריכות ושם יראה דהר"ת ס"ל דאף קודם הטבילה נמי מהני ז' נקיים. ואף לדידי' דס"ל דימי לידה שאינה רואה בהם אינו עולה לספירת זיבתה זה דוקא ימי לידה ממש. אבל קודם הטבילה אע"ג דעדיין טומאת לידה עליה מ"מ מהני לספירת זיבתה דהא כתב שם דאף קודם הטבילה לאחר ז' נקיים ראתה דם טובלת מיד ומשמשת כיון דדם טוהר הוא. אלמא דלא ס"ל דיולדת צריכה שתי טבילות. אף שמדברי התוס' נדה (לו.) ד"ה שבוע מביא ג"כ בשם הר"ת דין זה ושם איכא לדחוקי לפרש דמיירי היכא דטבלה אחר הלידה קודם שספרה ז' נקיים לזיבתה. וע"ז הביא הר"ת ראי' דלאחר ז' אינה סותרת הראי' קודם הטבילה השניה. מ"מ בא"ז דמפורש שם דברי הר"ת ביותר א"א לפרש כן. ונראה דגם הסה"ת דכתב דלדברי הר"ת היה נראה להצריך שתי טבילות לאו דס"ל לר"ת כן. אלא זהו דעת הסה"ת עצמו דלפי דעת הר"ת דפוסק כאביי דימי לידה שאינה רואה בהן אינה עולה לימי ספירתה נ"ל דלאביי צריך ב' טבילות וכ"ז שלא טבלה ללידתה אינה יכולה לספור ז' נקיים:

אח"כ ראיתי בס"ט סי' קצ"ד דהביא שם בשם המהרש"ל שתמה על הסה"ת וכתב וז"ל ואני אומר שתימא הוא בעיני הלא כתבו התוס' להדיא בשם ר"ת דהיולדת דאפי' לא טבלה וספרה ז"נ ואח"כ ראתה דאינה סותרת וק"ו בלא ראתה כלל שיכולה לספור בלא טבילה וכמ"ש הספר לעיל ע"כ וא"ל דמיירי בטבילה אחר ימי הלידה אלא שלא טבלה אחר ז"נ דא"כ אפ' דם לא הי' מטמא ולעיל כתב אבל דם עצמו מטמא וק"ל וכן כל הפוסקים לא הזכירו ולא נהגו כן עכ"ל. והנה הגאון בעל ס"ט כתב דעיקר ראייתו של המהרש"ל הוא מהסמ"ג שם אבל מהתוס' אין ראי'. ודחק בדברי התוס' כמשכ"ל דהר"ת רוצה ללמוד לדידן היכא דטבלה לאחר לידתה. אבל בסמ"ג א"א לפרש כן. ואני תמה הא כדברי הסמ"ג איתא נמי להדיא בסה"ת עצמו סי' צ"ח בשם הר"ת ושם ג"כ קשה לפרש דאיירי בטבלה, אע"כ צריך לדחוקי כמש"כ דגם הסה"ת שכתב שהיה נראה להצריך ב' טבילות הוא דעת עצמו שהיה נראה לו לומר כן. והנה להמהרש"ל פסיקא לי' דהיכא דטבלה אחר ימי לידתה ועדיין לא ספרה ז"נ אם ראתה קודם הטבילה השניה לאחר ספירת ז"נ אין הדם מטמא לח ויבש אף לב"ה. וכן נראה שגם הגאון בעל ס"ט מודה לו בזה. ולא ידעתי מנין להם זאת דאולי כמו ביולדת כיון דבימים וטבילה תליא

רחמנא ולכך כ"ז שלא טבלה מטמא לח ויבש. ה"ה לענין זיבה הא בימים וטבילה תליא רחמנא וכ"ז שלא טבלה הדם מטמא לח ויבש. ולפי סברתם דאם היא טמאה לזיבה לחוד אינה מטמא לח ויבש. בלא"ה א"א לומר דבעינן שתי טבילות למ"ד דימי לידה אינה עולה לספירת זיבתה. דא"כ פלוגתא דב"ש וב"ה דפליגי ביולדת בזוב שספרה ולא טבלה וראתה אם הדם מטמא לח ויבש היכי מיירי אי בטבלה ללידתה קודם הספירה א"כ אין הדם מטמא לח ויבש ואי דלא טבלה א"כ לא מהני ספירתה. ואין לומר דהך ברייתא ס"ל דימי לידה שאינה רואה בהן עולה. א"כ מאי קאמר הגמ' שם (לו.) ואיבע"א בשופעת כו' וקסבר דימי לידתה שאינה רואה בהן עולין לה לספירת זיבתה. דהא ע"כ הך ברייתא בלא"ה מוכרחת לסבור דימי לידתה שאינה רואה עולה לספירת זיבתה כיון דהך ברייתא ע"כ ס"ל דלא בעי שתי טבילות. אע"כ לפי דברי סה"ת מוכרח לומר דגם היכא דטבלה ללידתה ונשאר עליה טומאת זיבה לחוד מ"מ אף לאחר הספירה קודם הטבילה הדם מטמא לח ויבש דלא כדברי המהרש"ל וס"ט. ועוד נ"ל להביא ראי' דלא כמהרש"ל וס"ט מדברי הברייתא שם (לה:) דקאמר שם ב"ה ב"ש יולדת בזוב תוכיח שאם טבלה וראתה לאחר ימי ספירה טהורה לא טבלה וראתה טמאה אמרו להם הוא הדין והיא התשובה. ולפי דברי המהרש"ל דס"ל דהיכא שלא נשאר עליה אלא טומאת זיבה לחוד מודים ב"ה לב"ש דלא מטמא לח ויבש וא"כ הא דמטמא ב"ה גבי יולדת בזוב הוא רק כיון שעדיין לא טבלה ללידתה עדיין טומאת לידה עליה. א"כ מה היתה כונת ב"ה להביא ראי' מיולדת בזוב כיון דהפלוגתא גבי יולדת בזוב הוא מטעם דפליגי ביולדת סתמא אם בימים וטבילה תליא רחמנא או לא. א"כ מאי הוסיפו להביא ראי' מיולדת בזוב. אבל לפי דברי בעל סה"ת ניחא דב"ה הי' סברי דהיכא דיש עליה טומאת זיבה מודים ב"ש דמטמא לח ויבש אף לאחר הספירה כיון שעדיין לא טבלה והוי סברי דגבי טומאת זיבה מודים להם ב"ש דבימים וטבילה תליא רחמנא ורצו להביא ראי' מיולדת בזוב דכמו ביולדת בזוב אף שספרה מטמא לח ויבש מטעם טומאת זיבה. ה"ה גבי יולדת סתמא מטמא לח ויבש כיון שעדיין לא טבלה עדיין טומאת יולדת עליה. ואמרי להם ב"ש דאנן נמי פליגי גבי זיבה כמו דס"ל דגבי יולדת בימים תליא רחמנא כמו כן גבי זיבה ס"ל דבימים תליא רחמנא וזה שהשיבו להם ה"ה והיא התשובה דפליגי נמי בזה. א"כ לפענ"ד נראה ברור דאף היכא דטבלה ללידתה ונשאר עליה רק טומאת זיבה לחוד נמי מטמא לח ויבש. ודלא כדבריהם. א"כ אין ראי' מסה"ת והסמ"ג דהביאו דברי הר"ת דס"ל דלא בעי ב' טבילות. אך מדברי הא"ז שהביא דברי הר"ת משם נראה ברור דהר"ת ס"ל דלא בעי ב' טבילות:

ובאמת קשה לפע"ד דברי בעל סה"ת דס"ל דהיכא דלא טבלה ללידתה כיון דעדיין טומאת לידה עליה לא מהני לספירת זיבתה. דאמאי גבי נדה דאף שלא טבלה עדיין לנדתה ועדיין טומאת נדה עליה אמאי מהני לספירת זיבתה דאולי לא מהני לספירת זיבתה אלא דוקא היכא דטבלה לנדתה מקודם דאין עליה שום טומאת נדה אלא טומאת זיבה וכיון דגבי נדה מהני אע"ג שלא טבלה א"כ האיך אפשר דיהא חמור טומאת לידה מטומאת נדה דהא כל עיקר מאי דילפינן דאין ימי לידה עולה לספירת זיבתה הוא רק משום דאיתקש לנדה וכיון דגבי נדה מהני כה"ג דעבר ימי נדה רק טומאת נדה עליה עולה לספירת זיבתה ה"ה גבי לידה אע"ג דהיכא דיש עליה טומאת לידה כיון דעבר ימי לידה עולה לספירת זיבתה:

ועוד לולי דברי סה"ת הי נ"ל לומר כיון דעדיין יש טומאת זיבה עליה לא מהני כלל טבילתה אף ללידתה כיון דטומאת לידה וטומאת זיבה הוי שם חד דהיא טמאה נדה ואין חייבין עליה מחמת שני שמות א"כ האיך אפשר להועיל טבילתה לטהרה מטומאת לידה כיון דעדיין טומאת זיבה עליה. אמנם לכאורה מדברי הגמרא (לז.) דקאמר שם אמר רבא מנא אמינא לה דתניא מזובה מזובה ולא מנגעה מזובה ולא מלידתה כו' ופירש"י ולא מנגעה כיון שטהרה מזובה סופרת מיד ותביא קרבן לזיבתה ואז תטהר מלטמא בועלה ואפי' מנוגעת ולא צריכה להמתין עד שתטהר אף מנגעה עכ"ל. ולכאורה כמו כן צריך לפרש מזובה ולא מלידתה דאף בתוך ימי לידתה אם טהרה מזיבה תוכל לשלוח קרבנה על זיבתה וע"כ טבלה לזיבתה דכ"ז שלא טבלה לזיבתה אינה יכולה לשלוח קרבנה דהא כתיב ואחר תטהר ואח"כ וביום השמיני גו'. א"כ ע"כ דמהני טבילתה לזיבתה אף בתוך ימי לידתה. א"כ ה"ה דמהני בתוך ימי זיבה ללידתה. אבל באמת אין זה מוכרח דהקרא קאי לענין קרבן. דהא עיקר הקרא ואם טהרה מזובה ר"ל לכשתפסיק מזיבה תוכל לספור ז"נ אע"ג שלא טהרה מנגעה ומלידתה אע"ג דלגבי נגעים כיון דמהני טבילה להזיבה תוכל לשלוח קרבנה. אבל לענין לידה איכא למימר דרבי קרא דיכולה לספור ז"נ אף בתוך ימי לידה. אבל לענין דין זה דתהא דמי לידה לגמרי לנגעתה דלהני טבילה לזיבתה אף בתוך ימי לידתה זה אינה ראיה. אח"כ ראיתי דהתוס' בזבחים (עה.) ד"ה והא כו' וביבמות (קד:) ד"ה דאמר כו' מפרשי דהך קרא מזובה ולא מנגעה קאי על הבאת הקרבן דכתבו שם ויש לדקדק מהא דדרשינן בת"כ מזובה ולא מנגעה ש"מ דטמא משלח קרבנותיו דבהבאת קרבן איירי. ונראה מדבריהם דהם מפרשים דעיקר קרא קאי לענין הבאת קרבן משום דלענין דמהני ז"נ לזיבה אף שלא טהרה מנגעה לזה אין צריך קרא. וכיון דהדרשה מזובה ולא מנגעה קאי לענין הבאת קרבן ע"כ מזובה ולא מלידתה מיירי נמי לענין הבאת

קרבן. א"כ מוכח לפי"ז דמהני טבילה לזיבה אף תוך ימי לידתה. אבל לפע"ד שיטתם תמוה מאד דא"כ האיד הביא רבא ראיה מהת"כ דימי לידתה עולה לספירת זיבתה דילמא ימי לידה לא מהני לספירת זיבתה והקרא קאי לענין הבאת קרבן דתוך ימי לידתה רשאי לשלח קרבנה על ימי זיבתה ואיירי דגמרה ז"נ קודם ימי הלידה ומנ"ל דמהני ספירת ז"נ תוך ימי לידה. אע"כ דס"ל להגמרא דהדרשא מזובה ולא מנגעה מזובה ולא מלידתה קאי על פשטיות הקרא דאם טהרה מזובה לכשתפסוק מזיבה כדאיתא שם בת"כ. וע"ז קאי הדרשא מזובה ולא מנגעה מזובה ולא מלידתה. א"כ מוכח דז"נ מהני תוך ימי לידה. אבל לפי"ד התוס' קשה. וכמו כן תמוה לי דעת התוס' במ"ק (טו:) ד"ה אחרי כו' דכתבו שם וז"ל ובתוס' פי' דערל וטמא משלחין קרבנותיהם בטומאת שרץ ולא בטומאה מגופו והקשו ע"ז מהא דאמרינן במגילה פ"ק (ח.) מזובו ולא מנגעו משמע דאם יטהר מזובו יביא קרבן אעפ"י שהוא מצורע. וכמו כן קשה למאי דפרישית ותירץ דלא איירי התם לענין קרבן אלא שיהא טהור מדין משכב ומושב דחמירא הוה טפי מבמצורע כו' עכ"ל. וקשה לפי"ז דהאיך יפרשו לדברי רבא דגריס בת"כ גם מזובה ולא מלידתה דמאי נ"מ דמהני טבילה לזובה כיון דעדיין טומאת לידה עליה. ואין שום נ"מ לשום דבר בין טומאת לידה לטומאת זיבה. ועוד הא מדברי רבא דהביא ראיה לדבריו מהך דרשא מזובה ולא מלידתה דימי לידה שאינה רואה בהם עולה לספירת זיבתה ע"כ דהוא מפרש דזה קאי לענין ספירת ז"נ. וא"כ ע"כ הך דרשא מזובה ולא מנגעה נמי קאי לענין ספירת ז"נ. ואין לומר דהך דרשא דמזובה ולא מנגעה ע"כ איירי לארויי לנו דמהני טבילה לזיבה אף שלא טהרה מנגעה משום דלזה דמהני ספירת ז"נ אף שלא טהרה מנגעה לא צריך קרא. וע"כ מיירי לענין דמהני טבילה לטהרה מדין משכב ומושב אבל מזובה ולא מלידתה מיירי כמו שמורה פשטות הקרא דמהני ספירת ז"נ לזיבתה אף שעדיין טומאת לידה עליה. אבל לפע"ד זהו דחוק דמנ"ל ללמוד מהך דרשא דקאמר קרא ואם טהרה מזובה ללמוד לנו שתי דרשות דלא דמי להדדי. ועוד דהא רבא קאמר התם האי מאי א"א בשלמא מזובה ולא מלידתה איידי דאיצטריך ליה לידה תנא נגעה אטו לידה. אלא א"א מזובה ולא מנגעה האי מוכי יטהר הזב מזובו נפקא מזובו ולא מנגעו. ואי אמרינן דנפקא מהך מזובה ולא מנגעה מזובה ולא מלידתה שתי דרשות דלא דמי להדדי א"כ האיך אפשר דתנא נגעה אטו לידה כיון דהדרשות לא דמו להדדי כלל וצ"ע:

והנה עלה בדעתי להביא ראיה לסה"ת דמהני טבילה תוך ימי זיבתה ללידתה ותוך ימי לידתה לזיבתה מהגמרא דנזיר (סד:) דאיתא שם ואף אביי הדר ביה דתניא יום מלאת תביא תוך מלאת לא תביא יכול לא תביא על לידה שלפני מלאת אבל תביא על לידה

שלאחר מלאת ותפטר משתיהן ת"ל ובמלאת ימי טהרה ביום מלאת תביא תוך מלאת לא תביא אמר רב כהנא שאני הכא דמחסרא קרבן התם נמי מחסרא הערב שמש א"ל אביי שימשא ממילא ערבא. והתוס' והמפרש פירשו יום מלאת תביא אם ילדה יום פ"א תביא שני קרבנות תוך מלאת לא תביא רק קרבן אחד יכול לא תביא על לידה שלפני מלאת אבל תביא על לידה שלאחר מלאת כגון שילדה בשנייה ביום ס"ד ללידה ראשונה וחזרה וילדה ביום ס"ד ללידה שנייה שהיא תוך מלאת של לידה ולאחר מלאת של לידה ראשונה ת"ל ביום מלאת דכל תוך מלאת כו' אינה מביאה אלא קרבן אחד ואמר רב כהנא היינו טעמא שמחסרא קרבן כלומר משום הכי מיפטרה בקרבן אחד לפי שמחוסר קרבן של לידה ולא יצא עליה שעה שראויה להביא קרבן של לידה ראשונה כו' והואיל ולא הספיקה למלאות לידה שנייה עד שילדה שלישית ולכך דין הוא שתפטר. התם נמי מחוסר הערב שמש. כמו והוינן בה התם בלידה שלאחר מלאת אמאי תביא קרבן ללידה שניה הא מחסרא הערב שמש. כלומר מי לא עסקינן באשה שלא טבלה לסוף שבועים כל עיקר הרי אף לאחר שמונים אינה ראויה להביא קרבן לידה ראשונה ואפ"ה מביאה קרבן על לידה שלאחר מלאת. אמר אביי שימשא ממילא ערבא כלומר לא מיבעיא חסרון הטבילה שאינו חשוב חסרון שהרי מקוה לפניה ובידה לטבול אלא אף הערב שמש שאינו בידה לא קחשיב חסרון דשימשא ממילא ערבא עכ"ל. ואי אמרינן דלא מהני טבילה תוך ימי זיבתה ללידתה וה"ה איפכא תוך ימי לידתה לזיבתה א"כ אפשר לאשכוחי דאף לאחר מלאת תביא על שתי לידות קרבן אחד כגון שילדה בזוב ולא יכלה לספור ז"נ עד לאחר מלאת ושמשה בשגגה תוך מלאת ונתעברה כיון דאינה ראויה להביא קרבן תוך מלאת דכ"ז שלא טבלה ללידתה ודאי דאינה יכולה להביא קרבן והא אין בידה לטבול לטומאת לידה דכ"ז שלא טהרה מזובה לפ"ד לא מהני לה טבילתה אף ללידה א"כ אינה מביאה אלא קרבן אחד. והא משמע מהגמרא דזה א"א לאשכוחי דלאחר מלאת תביא רק קרבן אחד על שני ולדות:

אבל באמת נפלאתי הרבה ע"ד התוס' והמפרש. חדא דהא בהך ברייתא דנזיר ילפינן דאם הפילה וחזרה והפילה מקרא ובמלאת ימי טהרה יום מלאת תביא תוך מלאת לא תביא דכל תוך מלאת לא תביא. ובכריתות (ט:) פרכינן מנ"ל ומשני מקרא זאת תורת היולדת מלמד שמביאה קרבן אחד על ולדות הרבה. ועוד דהא בכריתות אמרינן טעמא אחרינא דלכך לרבנן אין מביא אלא קרבן א' משום דולד שני גורם ומולד שני מונה ובטלו ימי טהרה וטומאה דראשון א"כ הולד השלישי שנולד בתוך ימי טהרה דהשני הוא נולד בתוך מלאת והאיך לא הזכיר שם כלל דברי ר"כ משום שנולד השלישי בשעה שאינה

ראויה להביא קרבן על הראשון וגם בכריתות מיבעיא שם לר"י דס"ל דולד ראשון גורם בטומאה מה לי אמר ר"י מי אמרינן עד כאן לא קא"ל ר"י ולד שני כמאן דליתא דמי אלא לענין קרבן כו' אבל לענין טומאה וטהרה אימא ס"ל כמאן דאיתי' דמי כו' ע"כ. ולדברי התוס' דהיכא דאינה ראויה להביא קרבן הוה אף לאחר מלאת כתוך מלאת האיך אפשר לומר דבטומאה ס"ל לר"י ולד שני כמאן דאיתי' דמי א"כ לא הוי שעה שראויה להביא קרבן על הראשון אמאי תביא קרבן על השלישי. [וכ"ש לדברי רש"י דמפרש האבעי' ודאי דקשה אף לצד השני אך דברי רש"י שם תמוהים כמו דהקשו שם התוס' בכריתות] ודוחק לומר דסוגיא דכריתות פליג על דברי רב כהנא ואביי לגמרי:

ע"כ נ"ל לומר דהיכא דילדה לאחר מלאת אף שלא היה לה שעה שהיתה ראויה להביא קרבן כגון שילדה בזוב ולא יכלה לספור ז"נ. מ"מ כיון שזה לאחר מלאת צריכה להביא קרבן אחר וזה מגזה"כ דילפינן שם בכריתות (ח.) לבת לרבות אור שמונים ואחד. אע"ג דלילה אינה ראויה להביא קרבן דלילה הוה מחוסר זמן מ"מ מביא קרבן אחר משום דכתיב או לבת. א"כ בכ"מ דילדה לאחר מלאת אע"ג שאינה ראויה להביא קרבן מביא קרבן אחר. וע"כ מוכרח הגמ' דכריתות לומר דטעמא דרבנן דאינה מביאה קרבן על השלישי משום דולד שני גורם. וגם ניחא איבעיא דר"י. והגמרא דנזיר נ"ל לפרש בדרך אחר. ופירוש הברייתא הוא כך. יום מלאת תביא תוך מלאת לא תביא דאם הביאה תוך מלאת הוה מחוסר זמן. וכן דרשינן זאת בת"כ. ואח"כ קאמר הברייתא יכול שאינה יכולה להביא תוך מלאת על הולד שעדיין לפני מלאת אבל הולד שהוא כעת לאחר מלאת אף שהוא תוך מלאת להשני אמרינן דתביא. ע"ז אמר הברייתא ביום מלאת תביא תוך מלאת לא תביא כלל אף על הולדות שכבר נתחייבה אינה יכולה להביא. ומה דאיתא שם ותפטר משניהם ע"כ גם לדברי התוס' והמפרש אין שום הבנה לתיבות אלו יעו"ש וצריך למוחקן ומדברי המפרשים נראה דלא היה זאת בגירסתם. ומזה יצא להרמב"ם בהל' מ"כ פ"א ה"ה דכתב וז"ל היולדת אינה מביאה קרבנה ביום מ' לזכר או ביום פ' לנקבה. אלא מערבת שמשה ומביאה קרבנה למחר שהוא יום מ"א לזכר ויום פ' ואחד לנקבה והוא היום שנאמר בו ובמלאת ימי טהרה לבן או לבת תביא וגו' ואם הביאה קרבנה תוך ימי מלאת לא יצאת אפילו הביאה על ולדות הראשונים בתוך ימי מלאת של ולד זה לא יצאת עכ"ל. והנה הראב"ד השיג עליו וז"ל זה תימה גדול אם שלחה קרבנותיה תוך מלאת למה לא יצאת ומאי שנא מחטאת חלב ודם שהטמא משלח אותה ומקריבין לה עכ"ל. ועיין מה שכתב בזה הכ"מ. וכבר דחה תירוצו הרב בעל ל"מ. ולפ"ד הדבר ברור דהרמב"ם למד זאת מהברייתא דנזיר וכפי מה שבארנו. גם נפלאתי עליהם האיך לא שתו לב לדברי

הרמב"ם דפסק בה' ב"מ פ"ב הי"ב דדוקא טמא שרץ הוא דמשלח קרבנותיו אבל לא טמא מת עד שיטהר. וא"כ כ"ש טמא זב דמחוסר נמי כפרה דאין משלח קרבנותיו. אבל זה נראה דשומרת יום כנגד יום דאינה מחוסרת אלא טבילה והערב שמש משלח קרבנותיה. וכן זב בעל שני ראיות בשביעי שלו כיון דדינו כטמא שרץ כמו שמבואר ברמב"ם ה' ק"פ פ"ו ה"ג משלחין קרבנותיהן. [וצ"ע בתוך ימי שבעה לענין שאר קרבנות] והחילוק בין פסח לשאר קרבנות הוא דבפסח אין שוחטין עליו אלא לאחד שטבל ובשאר קרבנות אף קודם הטבילה משלח. ועל זה כוון הגמרא בפסחים (סב.) דקאמר שם דאילו בכל הקרבנות ערל וטמא משלחין קרבנותיהם ובפסחים אין ערל וטמא משלחין קרבנותיהם היינו אפילו היכא דראוי לאכלו כגון טמא שרץ קודם שטבל מ"מ אינו משלח קרבנותיו אבל בשאר קרבנות משלח קרבנותיו אף קודם שטבל. אבל זב בעל שלש ראיות וכן זבה כיון דמחוסר נמי קרבן דינו כטמא מת ואינו משלח קרבנותיו. ונראה דזהו כוונת ר"כ דקאמר שאני הכא דמחוסר קרבן דכוונתו לתרץ קושית הראב"ד ז"ל דלמה טמא שרץ משלח קרבנותיו והיולדת תוך מלאת אינה יכולה להביא קרבנות על הלידות הראשונות שהיא מחויבת. ומשני שאני הכא דמחוסר קרבן. ופריך טמא שרץ נמי מחוסר הערב שמש. ומשני אביי שאני התם דשמשא ממילא ערבא. ולפי מש"ב בפירושא דגמרא דנזיר א"כ א"א להביא ראיה מזה לדברי סה"ת דס"ל דמהני טבילה תוך ימי זיבתה ללידתה. וה"ה תוך ימי לידתה לזיבתה:

סימן ח

אך גוף דברי הרמב"ם דס"ל דטמא מת אין מקריבין עליו קרבן כלל עד שיטהר צ"ע לכאורה מנ"ל להרמב"ם זאת. והכ"מ הראה מקורו מזבחים (כב:) דאמר ר"ל טמא שרץ משלח קרבנותיו טמא מת אינו משלח קרבנותיו. נפלאתי עליו מאד דהא שם איירי להדיא לענין פסח דהא דקאמר שם טמא שרץ שלח קרבנותיו היינו פסחו כיון שהוא ראוי לאכול לערב. אבל טמא מת מיירי בששי שלו שאינו ראוי לאכול בערב לכך אינו משלח קרבנותיו היינו פסחו. וכן כתבו שם התוס' להדיא וזקני דרום דס"ל דטמא מת נמי משלח קרבנותיו קאמר שם הגמרא להדיא משום דס"ל דאכילת פסחים לא מעכב אלא למצוה בעלמא. ואנן לא ס"ל כזקני דרום דאנן ס"ל דאכילת פסחים מעכב. א"כ מה שפי' הכ"מ כל הסוגיא דזבחים מאי דאמרינן טמא שרץ משלח קרבנותיו טמא מת אינו משלח קרבנותיו איירי לענין שאר קרבנותיו תמוה מאד וא"א להולמו כלל. ולפע"ד נראה דיצא זאת להרמב"ם מדברי הגמרא דמ"ק (טו:) דאמרינן שם מצורע מהו שישלח קרבנותיו ת"ש דתניא ואחרי טהרתו אחר פרישתו מן המת שבעת ימים יספרו לו אלו

ז' ימי ספירו וביום באו אל הקודש אל החצר הפנימית לשרת בקודש יקריב חטאתו זו עשירית האיפה שלו דברי ר' יהודא ר"ש אומר בבאו יקריב בזמן שראוי לביאה ראוי להקרבה בזמן שאין ראוי לביאה אין ראוי להקרבה. ופירש"י דעיקר קרא על טומאת מת קאי משום דלעיל מיניה כתיב ואל מת אדם לא יבוא לטמאה מ"מ נפיק מיני' נמי מצורע מדאפקי' רחמנא בלשון ספירה ולא נקט הזאה שמעינן מיני' שבעת ימי ספירו אם נצטרע יעו"ש. א"כ כיון דעיקר קרא קאי על טומאת מת לכך נפיק מיניה נמי דטמא מת אינו משלח קרבנותיו עד שיטהר כמו מצורע. וכן פירש"י שם וז"ל אלמא שלא היה יכול להקריב קרבנו עשירית האיפה עד שנטהר מטומאת מת וה"ה מצרעתו:

ובזה אפשר לישב דברי הרמב"ם בהל' ק"פ פ"ו ה"ב דכתב שם דטמא מת שחל שביעי שלו בע"פ אף לאחר טבילה והזאה אין שוחטין עליו. אבל בטמא שרץ לאחר טבילה אף קודם הערב שמש שוחטין עליו. והשיג עליו הראב"ד ז"ל שזה נגד הסוגיא דפסחים (צ:) דאמרינן שם דלרב דס"ל דאין שוחטין וזורקין על טמא שרץ קודם שטבל וילפינן זאת מדאמר רחמנא איש איש כי יהי' טמא לנפש ומי לא עסקינן שחל שביעי שלו להיות בע"פ ואמר רחמנא לידחי. בשלמא אי אמרינן דגם טמא מת בשביעי שלו לאחר שטבל והזה ואינו מחוסר רק הערב שמש שוחטין עליו א"ש דילפינן טמא שרץ מטמא מת. אבל לדברי הרמב"ם דטמא מת אף שאינו מחוסר רק הערב שמש נמי אין שוחטין. א"כ האיך ילפינן טמא שרץ מטמא מת הא טמא שרץ לאחר שטבל לכו"ע שוחטין עליו. ובטמא מת אפי' לאחר שטבל אין שוחטין עליו. א"כ חזינן דטמא מת שאני. ולפי מש"כ א"ש דהרמב"ם סמך עצמו על הסוגיא דמ"ק דאמרינן שם דטמא מת אינו משלח שאר קרבנותיו כ"ז שאינו ראוי לבוא אל המקדש. א"כ לא גרע פסח משאר קרבנות דכ"ז שאין ראוי לבוא אין שוחטין עליו. ולכך גבי טמא לנפש איש נדחי אף בשביעי לאחר שטבל, אכן הסוגיא דפסחים דיליף רב טמא שרץ דקודם שטבל אין שוחטין עליו מטמא מת בשביעי שלו ע"כ סובר דגם טמא מת לאחר שטבל שוחטין עליו הפסח. א"כ ה"ה בשאר קרבנות משלח אף קודם שטבל כיון דלא בעי שם חזי לאכילה ונראה דסוגיא דפסחים סברי דר"י פליג על ר"ש. דר"ש דדריש בבאו יקריב בזמן שהוא ראוי לביאה ראוי להקרבה ובזמן שאינו ראוי לביאה אינו ראוי להקרבה ס"ל דמצורע וטמא מת כ"ז שאינן ראוין לביאה אינן יכולין לשלח קרבנותיהם. אבל ר"י ס"ל דמילי מילי קאמר כדמפרש שם בתוס' ד"ה אחרי. וסוגיא דמ"ק סברי דגם ר"י מודה לר"ש דכ"ז שאינו ראוי לביאה אינו ראוי להקרבה אלא דיליף מפשטיה דקרא מדקאמר ביום בואו יקריב עשירית האיפה שלו אלמא דמקודם לא חזי להקרבה. וכן נראה מפירש"י שם. וגם הרמב"ם ע"כ

דפירש כן דהא פסק דמצורע אינו משלח קרבנותיו. ואי הוה מפרש דר"י ור"ש פליגי בזה א"כ הו"ל לפסוק כר"י נגד ר"ש אלא ע"כ מפרש דלדינא גם ר"י מודה לר"ש רק משמעות דורשין א"ב. ואין להקשות כיון דהרמב"ם פסק כסוגיא דמ"ק א"כ מנ"ל דטמא שרץ קודם שטבל אין שוחטין עליו. אימא כמו דמשלח שאר קרבנות אף קודם שטבל ה"ה דשוחטין עליו הפסח כיון דחזי לאכילה בלילה ומטמא מת בשביעי הא לא מצי למילף דהתם אינו משלח אף שאר קרבנות. ונראה דהרמב"ם דפסק דאין שוחטין וזורקין על טמא שרץ קודם שטבל ס"ל דהא דקאמר הגמרא דרב יליף זאת מטמא מת בשביעי שלו זהו דוקא לר"י דס"ל (צג:) איזה דרך רחוקה כל שאינו יכול לכנוס בשעת אכילה. א"כ קשה לדידיה הא טמא שרץ דיכול לכנוס בשעת אכילה ואפ"ה אין שוחטין עליו. וע"כ צ"ל כמו דמשני שם (צד.) טמא שרץ רחמנא דחייה דכתיב איש כי יהיה טמא לנפש מי לא עסקינן שחל שביעי שלו בע"פ ואפ"ה אמר רחמנא לידחי. ומשום דהתם (צ.) קאמר זאת ר"י משמיה דרב לכך הוכרח הגמ' לומר שם דרב יליף זאת מטמא לנפש. אבל הרמב"ם פסק כעולא דס"ל איזה דרך רחוקה כל שאינו יכול לכנוס בשעת שחיטה. א"כ ה"ה טמא שרץ קודם שטבל לא עדיף מדרך רחוקה שיכול לכנוס בשעת אכילה ואפ"ה אין שוחטין עליו. וגם אם שחט עליו לא הורצה דפסקינן כרב ששת דרחמנא דחייה. והא דלאחר שטבל שוחטין עליו שאני התם כיון דאינו מחוסר מעשה כלל דשמשא ממילא ערבא לא דמי לדרך רחוקה דמחוסר ביאה. דלא כהתוס' שם (צג:) ד"ה וקאמרת כו'. אע"ג דעולא גופא סובר דשוחטין וזורקין על טמא שרץ אף קודם שטבל משום דס"ל דרך רחוקה לטהור ואין דרך רחוקה לטמא כדמשני שם אבל אנן לא ס"ל כוותיה בזה וס"ל דטמא שרץ קודם שטבל דמי לדרך רחוקה:

עוד נ"ל לבאר בזה דנוכל לומר לפי"ד דעולא דסובר דשוחטין וזורקין על טמא שרץ לאו משום דלא ס"ל הא דר' יצחק דטמאי מתים שחל שביעי שלהם בע"פ היו כדדייק מביום ההוא הא למחר יכולים לעשות. אלא דס"ל דשאני טמאי מתים שאינם יכולין לשלוח שאר קרבנות נמי כסוגיא דמ"ק דס"ל דר"י מודה לר"ש לכך נדחי נמי מפסח. ובזה יהיה נכון לישנא דגמ' דזבחים (כב:) דמסיק שם דזקני דרום סברי דשוחטין וזורקין על טמא שרץ וקאמר עולא תקע להו ר"ל לדרומאי וכי איזה כח מרובה כח מכפרין או כח מתכפרין הוי אומר כח מתכפרין ומה במקום שנטמאו בעלים בשרץ משלחין קרבנותיהן כהן שנטמא בשרץ אינו מרצה מקום שנטמאו בעלים במת שאין משלחין קרבנותיהם כהן שנטמא במת אינו דין שאינו מרצה קסברי זקני דרום טמא מת נמי משלח קרבנותיו ע"כ. ולפי"ד רש"י והתוס' שם דפירשו דאיירי רק לענין פסח ובששי

שלו א"כ קשה למה נקט הגמרא טמא' מת אין משלחין קרבנותיהן הול"ל אין שוחטין וזורקין עליהם כיון דאיירי לענין פסח לבד. אבל לפי"ד הרמב"ם וכפי מה שפירשנו דמ"ד דס"ל דשוחטין וזורקין על טמא שרץ ס"ל נמי כרבי יצחק והא דטמא מת אפילו בשביעי שלו נדחי משום דאין משלח שאר קרבנות נמי א"כ לישנא דגמרא דנקט אין משלחין קרבנותיהן א"ש. דר"ל דפריך להו לאו דוקא מטמא מת בששי שלו ומפסח לבד משום דבעי דחזי לאכילה אלא אפי' משביעי שלו ומשאר קרבנות נמי פריך דטמא מת חמיר מטמא שרץ דאינו יכול לשלוח שום קרבן כ"ז שאינו ראוי לבוא. ומשני הגמרא דזקני דרום ס"ל דטמא מת יכול לשלוח קרבנותיו כסוגיא דפסחים דר"י פליג על ר"ש וסבר כר"י. אך עדיין תקשה על זקני דרום מטמא מת בששי שלו דאינו יכול לשלוח פסחו משום דבעי חזי לאכילה וע"כ צ"ל דזקני דרום ס"ל דאפילו בששי שלו נמי משלח פסחו לכך פריך הגמרא ע"ז והכתיב איש איש. ולפי"ז אפשר לדחוק קצת ולישב דברי הכ"מ שלא יהיו כ"כ תמוהים:

גם לפי"ז נתישב לי הקושיא שהקשה הריטב"א בסוכה (כה:) מה זה נתרעמו ובאו אל מרע"ה ואמרו לו למה נגרע לבלתי הקריב גו' וכי לא היו יודעים שטמאי מת אסורין בקדשים עד שהוצרך מרע"ה לשאול מהשם על שאלתם. ומתרץ שאנשים אלו שביעי שלהם חל בע"פ היו וכדדייק רבי יצחק מקרא דכתיב ביום ההוא וכלהו תנאי נמי הכי סברי כו'. והם היו סוברים שאין טבילתם מעכבת לשחוט עליהם הפסח. ומרע"ה השיב לה דאין שוחטין וזורקין על טמא שרץ קודם שטבל. ובאמת דבריו תמוהים דהא כמה תנאים וכמה אמוראים סברי דשוחטין וזורקין על טמא שרץ וע"כ סברי דהני טמאי מתים היו בששי שלהם. א"כ תשאר עליהם קושית הריטב"א. וכן התוס' בפסחים (סט.) ד"ה שוחטין כו' הקשו וז"ל אי שוחטין וזורקין על טמא שרץ אמאי כתב רחמנא טמא אינו עושה פסח פשיטא דהא כתיב איש לפי אכלו לעכב כו'. ונראה לרשב"א דאיצטריך לאשמעינן דחייב בפסח שני כו' אי נמי איצטריך למימרא דציבור עבדי בטומאה כדדרשינן איש כי יהיה טמא איש נדחה ואין ציבור נדחין עכ"ל. אבל כל התירוצים לא יעלו על קושית הריטב"א הנ"ל. אבל לפי מש"פ א"ש דגם מ"ד דס"ל דשוחטין וזורקין על טמא שרץ מודה דקרא איירי בטמא מת בשביעי שלו ושאני טמא מת כיון דאינו משלח שאר קרבנות ה"ה דנדחי מפסחו. וכן נתישב לפי"ז הא דאמרי' שם (צג.) ת"ר אלו שעושין את השני הזבין והזבות כו' א"כ למה נאמר טמא דאי בעי למיעבד בראשון לא שבקינן לי' אלא א"כ למה נאמר בדרך רחוקה לפוטרו מן הכרת וכמ"ד הורצה. והקשה שם התוס' הא למ"ד הורצה ע"כ דס"ל דשוחטין וזורקין על טמא שרץ א"כ האיך קאמר

הגמרא דלהכי כתבי' דאי בעי למיעבד לא שבקינן ליה פשיטא דלא שבקינן כיון דלא מצי למיכל. ויעו"ש דהתוס' דחקו שם בדברי הגמרא. אבל לפי מש"פ א"ש דהא אף למ"ד דס"ל דשוחטין וזורקין על טמא שרץ מ"מ מודה דבטמא מת בשביעי שלו נדחי לפסח שני ואין שוחטין וזורקין עליו כמו דאינו משלח שאר קרבנות. א"כ קאמר שפיר דהא איצטריך למיכתב טמא דאף אי בעי למיעבד בשביעי שלו לא שבקינן ליה דהא עדיין הקרא דיחזקאל דאינו משלח שאר קרבנות לא נכתב:

אמנם לפי זקני דרום דס"ל דשוחטין וזורקין על טמא שרץ גם כן ס"ל דטמא מת משלח קרבנותיו רק גבי פסח לכתחילה לא משום דבעי חזי לאכילה למצוה. א"כ לפי דבריהם ודאי דבשביעי שלו שוחט לכתחילה. א"כ לפי"ז תשאר קושית הריטב"א דכיון דהני טמאי מתים היו בששי שלהם. למה באו אל מרע"ה לשאול. אבל באמת לפי זקני דרום כיון דהם ס"ל דאיש לפי אכלו אינו רק למצוה בעלמא. וגם ס"ל דלא מקשינן אוכל למנוים כמבואר שם בזבחים א"כ ניחא קושית התוס' בפסחים והריטב"א בסוכה בפשיטות. דהני טמאי מתים הוי סברי כיון דלא בעינן איש לפי אכלו אלא רק למצוה בעלמא. אין זה רק היכא דיכול לאכול בלילה ודאי מחוייב הוא לטבול ביום כדי שיהיה ראוי לאכול בלילה. וכן אסור למנות על הפסח עד שלא יהיה לכאו"א כזית. מ"מ היכא דהוא א"א לאכלו בשום אופן. הוי סברי הני אנשים כיון דעתה יבטלו הפסח לגמרי. אע"ג דהם לא חזו לאכילה מ"מ יזרק הדם עליהם. ויאכילו הבשר לשאר המנוים שהם טהורים. ובזה נתישב שפיר דברי הספרי דאמרינן שם (פ' ס"ח) וז"ל למה נגרע אמר להם אין קדשים קרבים בטומאה א"ל אם קדשים שיש להם אחריות אין קרבין קדשים שאין להם אחריות לא יקרבו א"ל אין קדשים נאכלין בטומאה. א"ל א"כ יזרק הדם על הטמאים והבשר יאכל לטהורים כו' אמר להם לא שמעתי כו' אמר ר' חידקא השקמוני היה לי חבר מתלמידי ר' עקיבא ואמר יודע היה משה שאין טמא אוכל את הפסח על מה נחלקו אם יזרק הדם עליהם אם לאו כו' עכ"ל. וכיון דהיו יודעים שאין טמא אוכל את הפסח לפי הני הנאים דסברי דבעינן איש לפי אכלו לעכובי. א"כ האיך רצו הני טמאי מתים שיזרק הדם עליהם ויאכל הבשר לטהורים כיון דהם אינם ראוים לאכלו א"כ א"א למנותם על הפסח דהא בעינן גברא דחזי לאכילה דאיתקשו אוכלים למנוים כדאמרינן בפסחים (עח:) אלא ע"כ דהספרי סובר כזקני דרום דלא בעינן איש לפי אכלו רק למצוה בעלמא. ואפי' גברא דחזי לאכילה נמי לא בעינן דלא איתקשו אוכלים למנוים. ולפי"ז פליג הספרי על מתני' דפ' תמיד נשחט (סא.) השוחט לערלים ולטמאים פסול. והתוס' בזבחים (כג.) ד"ה זקני כו' כתבו דזקני דרום תנאי הוו. ולפי"ז איכא למימר דזקני דרום

סברי כהספרי ואין צריך לומר דתנאי הוו. אי נמי איכא למימר דהספרי לא פליג על המתני' דתמיד נשחט. אלא סובר דאף דמעיקרא היה מרע"ה נסתפק בזה דאולי לא בעינן גברא דחזי לאכילה. מ"מ לפי מה דהשיב הקב"ה למרע"ה דהני טמאי מתים יעשו פסח שני דוקא וגילה להם הקב"ה דא"א להם לעשות הפסח בראשון בשום אופן. ולא סובר הספרי כזקני דרום דס"ל דמאי דאמר להם שיעשו פסח שני הוא רק למצוה בעלמא אלא לעכובא. א"כ למידין מזה דבעינן איש לפי אכלו לעכובא ולא למצוה בעלמא. לכך אם שחט לערלים ולטמאים פסול אך זה ודאי א"א לומר דהספרי סובר ההקישא דאיתקשו אוכלים למנוים דא"כ אמאי לא ידע מרע"ה מעיקרא דהא כבר נאמר לו ההיקש מעיקרא בפסח מצרים. אבל לפי הגירסא שלנו דס"ל דאיתקש אוכלים למנוים א"כ א"א לתרץ הא דרצו הני טמאי מתים לעשות הפסח בראשון אלא כמש"כ משום דהני טמאי מתים הי' בשביעי שלהם ויכולין לאכלו בלילה למ"ד דשוחטין וזורקין על טמא שרץ ע"כ צ"ל דטמאי מתים שאני משום דאינם יכולין לשלוח גם שאר קרבנות:

אכן שיטת רש"י נ"ל דס"ל דאע"ג דאינו יכול לשלוח שאר קרבנות כדילפינן מקרא דיחזקאל מ"מ דוקא שאר קרבנות כיון דאפשר להקריב לאחר שיטהר אבל קרבן שע"י זה אפשר שיתבטל לגמרי [אף שאפשר לו לעשות פסח שני מ"מ אולי גם בפסח שני לא יוכל לעשות] לכך לא מידחי ויכול לשלוח בשביעי שלו למ"ד דשוחטין וזורקין על טמא שרץ ולא ילפינן זאת משאר קרבנות. אך לפי"ז צריך לישב קושית הריטב"א כיון דהני טמאי מתים ע"כ הי' בששי שלהם האיך רצו לעשות הפסח כיון שאינם יכולין לאכלו. ונראה דע"כ צ"ל לפי"ז דהני טמאי מתים הי' טוענים כיון דפסח זמנו קבוע ודוחה שבת וטומאה אף היכא דרוב הציבור הם זבין ואינם יכולים לעשות בטומאה מ"מ מידחי גבי המיעוט ועושין הפסח בראשון. א"כ חזינן דדוחה את הטומאה אף לגבי מיעוטא א"כ לידחי נמי לגבייהו. ומרע"ה השיב להם מפי הקב"ה דדוקא היכא שאין הציבור עושין בטהרה הני מיעוטא נדחין לפסח שני. ובזה יתישב נמי הגמרא פסחים (צג.) דקאמר שם למה נאמר טמא למה נאמר דאי בעי למיעבד בראשון לא שבקינן לי' היינו לאפוקי מטענת הני טמאי מתים דטענו למה נגרע גו'. ולפי"ז נ"ל דאין צריך להגיה בדברי ש"י בחומש דאיתא שם למה נגרע אמר להם אין קדשים קרבין בטומאה אמרו לו יזרק הדם עלינו בכהנים טהורים ויאכל הבשר לטמאים כו'. והרא"ם הגיה ע"פ הספרי בדברי רש"י ויאכל הבשר לטהורים. אבל באמת לפי הגמרא שלנו דס"ל דאיתקש אוכלים למנוים ואכילת פסחים מעכב. א"כ ע"כ צ"ל דהני טמאי מתים רצו שידחה גם לגבייהו הטומאה

כמש"כ ויאכל הבשר בטומאה אע"ג דעשיית הפסח א"צ לדחות כיון דאפשר לעשות ע"י כהנים טהורים אבל אכילת פסח כיון שמתחילתו לא בא אלא לאכילה ע"כ צריך לדחות:

סימן ט

עוד נ"ל דאפשר לישב דברי הרמב"ם בה' ק"פ פ"ו ה"ב מהשגת הראב"ד ז"ל באופן אחר. דהנה הרמב"ם כתב שם וז"ל במד"א בשנטמא בטומאות מן המת שהנזיר מגלח עליהן אבל אם הי' טמא בשאר טומאות מן המת שאין הנזיר מגלח עליהן שוחטין עליו בשביעי שלו אחר שיטבול ויזה עליו וכשיערב שמשו אוכל פסחו עכ"ל. וגם ע"ז השיג עליו הראב"ד שם וז"ל א"א לא מצאתי לזה שורש אף אם סברת עצמו הוא כיון שאלו אכל קדש בטומאה זו אין חייבין עליה כרת ולא קרבן אם הזה וטבל דין הוא שלא ידחה מפסחו עכ"ל. ועיין שם בכ"מ דכתב דבהשגה צ"ל אבל סברת עצמו הוא והיא הנוסחא הנכונה. ונראה שהסכים הכ"מ לזה הטעם. וקשה לי הא הרמב"ם עצמו כתב בה' ביאת מקדש פ"ג ה"ג דהאדם שנגע בכלים שנגעו במת חייב על ביאת מקדש אע"ג שאין הנזיר מגלח. א"כ חייב נמי על אכילת קודש בטומאה כמש"כ הרמב"ם בה' פה"מ פי"ח ה' י"ג דכל שחייב על ביאת מקדש חייב על אכילת קודש. וא"כ האיך אפשר ליתן טעם דלכך אינו נדחה מפסחו במקום שאין הנזיר מגלח כיון שאינו חייב על אכילת קודש הא מצינו דבר שאין הנזיר מגלח וחייב על אכילת קודש דהיינו אדם שנגע בכלים שנגעו במת. והמרכבת המשנה כתב דהרמב"ם הוציא דין זה מהגמרא דנזיר וזה לשונו ואני אומר גמרא ערוכה היא במסכת נזיר (מה:) א"ר ינאי לא אמרו טומאה בחיבורין אלא לתרומה וקדשים אבל לנזיר ועושה פסח לא וכה"ג שם (נג.) רובע עצמות ורביעית דם וכו' אבל לא לנזיר ועושה פסח ובירושלמי מפורש תורה הן אצל תרומה וקדשים וכו' ובהכרח האי עושה פסח לא איירי בששי לטומאתו דכיון דתורה היא אצל קדשים א"כ אסור לאכול בלילה בשר הפסח ואפי' למ"ד אכילת פסחים לא מעכבא ראוי לאכילה בעינן דאסור לשחוט שלא לשם אוכליו וע"כ לא משכחת לי' דין עושה פסח אלא בטמא טומאת חיבורין בשביעי שלו או בטמא מרביעית דם ורובע עצמות בשביעי שלו דשוחטין עליו כיון שמותר לאכול בלילה. ומינה מוכרח דין של רבינו דכל טומאה שאין הנזיר מגלח עליו עושה הפסח שוחטין עליו בשביעי ומוכרח נמי דטעמא משום דהו"ל טומאה שאין הנזיר מגלח עליו משא"כ בטומאה גמורה אסור לעושה פסח אפי' בשביעי ודלא כדעת הראב"ד כו' עכ"ל. והנה מה שכתב המרכבת המשנה דהרמב"ם הוציא דין זה מגמרא דנזיר (מה:) על זה נפלאתי מאד דהא שם אמרינן להדיא דלגבי נזיר ועושה פסח ליכא טומאה בחיבורין כלל. א"כ לגבייהו אינו טמא אלא טומאת ערב טומאה בחיבורין. וכן

פסק הרמב"ם להדיא בה' טומאת מת פ"ה ה"ב דטומאה בחיבורין אינו טמא לנזיר ועושה פסת אלא טומאת ערב בלבד. א"כ דינו כטמא שרץ לכל מילי והאיך הי' יכול הרמב"ם להוציא מזה דין דהיכא דטמא טומאת שבעה וצריך הזאה רק שאין הנזיר מגלח ע"ז יכול להביא בשביעי שלו. ויותר נפלאתי על המרכבת המשנה דהאיך כתב דלא משכחת דין עושה פסח אלא בטמא טומאת חיבורין בשביעי שלו. הא לגבי עושה פסח אינו טמא טומאה בחיבורין טומאת שבעה כלל רק טומאת ערב בלבד כמבואר ברמב"ם ז"ל **אמנם** מש"כ המה"מ דהרמב"ם הוציא דין זה מהגמרא דנזיר (נג.) דקאמר שם גבי רובע עצמות ורביעית דם דהקילו לגבי נזיר ועושה פסח. הדין עמו דהרמב"ם מפרש דלא כמו שפי' המפרש והתוס' דלגבי עושה פסח הקילו לגמרי בזה והוא טהור גמור לעשות פסח. והמפרש פי' שם משום דבמקום כרת לא העמידו דבריהם משום דס"ל דרובע ורביעית אינו טמא רק מדרבנן בלבד. והתוס' כתבו שם משום דזה הוה הללמ"מ דלגבי עושה פסח הוא טהור. אבל הרמב"ם מפרש דלא הקילו גבי רובע ורביעית לגבי עושה פסח רק בשביעי שלו דמותר לעושה פסח לאחר שיזה ויטבול משום דאין הנזיר מגלח עליו אבל למהוי טהור גמור לא. דאף מה שכתב המה"מ דבירושלמי מפורש דתורה היא אצל תרומה וקדשים א"כ ע"כ לא איירי בששי שלו. הוא תמוה דהא הירושלמי לא קאי שם בנזיר פ"ז ה"ד רק על כלים שנגעו במת או על כלים שנגעו באדם שנגע במת דזה הוא תורה אצל תרומה וקדשים כיון דילפינן זאת מקרא מחלל חרב ומוכבסתם בגדיכם גו'. אבל אודות רובע ורביעית לא איירי שם כלל. ואדרבה בסוף הסוגיא שם אוקמי הירושלמי דהא דקאמר המתני' כל טומאה מן המת שהנזיר מגלח עלי' חייבין עליה על ביאת המקדש וכל טומאה מן המת שאין הנזיר מגלח עליה אין חייבין עליה על ביאת המקדש דלטומאות הפורשות מן המת נצרכה רביעית דם רובע עצמות שאין הנזיר מגלח עליהן אין חייבין עליהן חצי לוג דם וחצי לוג עצמות שהנזיר מגלח עליהן לוקין עליהן. אבל לענין טומאת נגיעה היינו אדם שנגע בכלים שנגעו במת לא איירי המשנה כלל ולוקין עליהן על ביאת מקדש אף לר' אילא דס"ל דאינו חייב כרת עליהן על ביאת מקדש. א"כ רובע ורביעי' קיל מאדם שנגע בכלים שנגעו במת לכו"ע. ואדרבה לכאורה מדברי הרמב"ם בה' ט"מ פ"ג ה"ג דכתב שם וז"ל טומאת רובע עצמות באוהל וטומאת רביעית דם וטומאת אבר שאין עליו בשר כראוי בין מן המת בין מן החי יראה לי שכלן טומאתן אינן דין תורה שהרי אין הנזיר מגלח עליהן כמו שבארנו בנזירות ואין חייבין עליהן על ביאת המקדש ועל טמא בטומאה של תורה חייב על ביאת המקדש לפיכך אני אומר שכל טומאה מן המת שאין הנזיר מגלח עליה אינה דין תורה עכ"ל. נראה דס"ל כדברי

המפרש הנ"ל דטומאת רובע ורביעית אינו אלא טומאה מדבריהם בלבד. אבל באמת דברי המפרש הם תמוהין מאד דהאיך אפשר דטומאת רביעית דם הוא לאו דאורייתא דא"כ האיך קאמר ר"ע שם (נו:) דנתי לפני ר"א מה אם עצם כשעורה שאינו מטמא אדם באוהל הנזיר מגלח על מגעו ועל משאו רביעית דם שהיא מטמא אדם באוהל אינו דין שיהא הנזיר מגלח על מגעה ומשאה אמר לי מה זה עקיבא אין דנין כאן מק"ו כו' וכן ר"י השיב לי שיפה אמרת אלא כן אמרו הלכה. אלמא דכו"ע ס"ל דטומאת רביעית היא דאוריתא כיון דרוצה ללמוד מטומאת אוהל שגם הנזיר יגלח על מגעו ומשאו. ע"כ נראה יותר לפרש בדברי הרמב"ם הא דכתב ואינו דין תורה היינו שאינו מפורש בתורה. וכן ס"ל להרמב"ם בכמה מקומות דכל שאינו מפורש בתורה אף בדבר דאתא מדרשה והוא דאורייתא ממש מ"מ אין לוקין ע"ז. וכן נראה מדברי הכ"מ פ"ג מה' ב"מ דפי' כן דברי הרמב"ם ז"ל. וכיון דרביעית דם היא מדאורייתא ע"כ מפרש הרמב"ם דמה שהקילו לגבי עושה פסח אם נטמא ברביעית דם. דכיון שהנזיר אינו מגלח עליו שיכול לשחוט בשביעי שלו לאחר שיזה ויטבול. דאלו היכא שהנזיר מגלח עליו אסור לשחוט בשביעי שלו כלל:

ונראה דלכך מאן הרמב"ם לפרש כשיטת התוס' הנ"ל דהלכתא הי' לטהר רביעית דם גבי עושה פסח משום דלפי"ז קשה דאם הי' הלכתא דרביעית דם הוא, טהור גמור לגבי עושה פסח ומותר לעשות פסחו האיך רצה ר"ע ללמוד רביעית דם מק"ו דעצם כשעורה דנזיר יגלח גם על רביעית דם הא יכול לעשות יוכיח מרביעית דם לגבי פסח. ואין לומר דאין עושין יוכיח מהלכתא. חדא דהא סברת התוס' בב"ק (כוי) ד"ה ולא כו' דעושין יוכיח מהלכתא. ואפי' לסברת הר"ש מקינון בס' הכריתות דסובר דאין עושין יוכיח מהלכתא מ"מ לר"ע דהוה סבר דעושין ק"ו מהלכתא כ"ש דיכול לעשות יוכיח מהלכתא ולכך הוכרח לפרש דלגבי עושה פסח לא התירו כלל רביעית דם כמש"פ. אמנם לישב שיטת התוס' נראה דע"כ צריך לפרש לפי דבריהם דההלכתא לא הי' לטהר לגבי עושה פסח רק על אוהל רביעית דם בלבד. וכן לגבי נזיר דכתבו שם התוס' ג"כ דהלכתא הי' דנזיר אינו מגלח על רביעית דם. התם בודאי ע"כ צריך לפרש דההלכתא לא הי' רק על אוהל רביעית דם. דאל"כ האיך פריך ר"ע דניליף רביעית דם שיהא הנזיר מגלח לענין מגעו ומשאו מעצם כשעורה מק"ו. אמנם הרמב"ם לא ניחא לי' לפרש כן. משום דהגמרא קאמר סתם דרובע ורביעית לא לנזיר ולא לעושה פסח. ולפי האמת קיי"ל דנזיר אינו מגלח אף על מגעו ומשאו של רביעית דם. וא"כ צריך לפרש דה"ה לגבי עושה פסח טהור ג"כ על מגעו ומשאו של רביעית דם דהא בחדא מחתא מחתינהו. ולפי"ז נצרך

לומר דההלכתא הי' אף על מגעו ומשאו דטהור לגבי עושה פסח. דאל"כ מנ"ל דטהור מגעו ומשאו של רביעת דם לגבי עושה פסח. אע"ג דגבי נזיר טהור מגעו ומשאו של רביעית אף בלא הלכה כמו שהשיב ר"א לר"ע משום דאין דנין ק"ו מהלכה. וכן הוא כונת ר"י כמש"פ המפרשים. שאני נזיר דעצם כשעורה דטמא לגבי נזיר הוא רק מהלכה בלבד כמש"כ התוס' שם (נז.) ד"ה עצם כו' משום דגבי נזיר כתיב על כל נפשות מת לא יבוא משמע מידי דמטמא בביאה. ולכך אי לאו הלכתא לא היה הנזיר מגלח על עצם כשעורה כלל. אבל לגבי עושה פסח דודאי עצם כשעורה טמא במגעו ומשאו אף בלא הלכתא. א"כ הא מצי למילף מגעו ומשאו של רביעית דם לגבי עושה פסח מק"ו מעצם כשעורה. וע"כ צ"ל דהלכתא הי' בהדיא גם על מגעו ומשאו של רביעית דם א"כ הדקל"ד אמאי לא השיבו עושה פסח יוכיח. ולשיטת התוס' ע"כ צריך לדחוקי דאע"ג דבחדא מחתא מחתינהו לנזיר ועושה פסח מ"מ דוקא גבי נזיר אינו מגלח אף על מגעו ומשאו של רביעית דם אבל לגבי עושה פסח אינו טהור רק במאהיל על רביעית דם. א"נ נוכל לפרש לפי שיטת התוס' פירוש אחר בדברי ר"י. דר"י דהשיב לר"ע יפה אמרת אלא כן אמרו הלכה כונתו לפלוג על דברי ר"א וס"ל דעצם כשעורה אף לגבי נזיר הוא לא מהלכה. א"כ מצי למילף רביעית דם מק"ו מעצם כשעורה אלא דכן הי' ההלכה להדיא דאין הנזיר מגלח אף על מגעו ומשאו של רביעית דם. ולר"י הי' הלכתא גם לגבי עושה פסח דטהור מגעו ומשאו של רביעית. והברייתא דאמרה דב"ד של אחריהם אמרו דרובע ורביעית לא לנזיר ולא לעושה פסח. הוא דברי ר"י אבל לדברי ר"א ודאי עושה פסח לא דמי לנזיר דלגבי נזיר טהור רביעית דם לגמרי אבל לגבי עושה פסח אינו טהור רק אוהל בלבד. והרמב"ם מאן בכ"ז ע"כ פי' פירוש אחר בהא דקאמר רובע ורביעית לא לנזיר ולא לעושה פסח וכמשפ"ל:

עוד נ"ל לבאר דהא דמחלקינן בין טומאה שהנזיר מגלח עליה שאז אינו יכול לשחוט פסחו אף לאחר שיזה ויטבול בשביעי שלו. אבל בטומאה שאין הנזיר מגלח עליה מותר לשחוט פסחו לאחר שיזה ויטבול בשביעי שלו. וזה יצא לו להרמב"ם מדברי הגמרא דנזיר (נז.) כמש"ב נראה דהטעם הוא ג"כ כפי מש"ב מקודם בסי' ח' דילפינן מקרא דיחזקאל כמבואר במ"ק (טו.) דטמא מת אינו יכול לשלוח אף שאר קרבנות עד שיטהר. ומשום דהקרא דיחזקאל איירי להדיא בטומאה שהנזיר מגלח עליה דהא כתיב שם כי אם לאב ולאם גו' ואחרי טהרתו שבעת ימים גו'. ע"כ מיירי שנטמא למת שלם דהא אינו רשאי לטמא לאביו ולאמו אלא כשהם שלימים כדדרשינן שם (מג:) לאביו בזמן שהוא שלם. וכיון דאיירי הקרא בטומאה שהנזיר מגלח עליו א"כ אין לנו ראי' מהקרא בטומאה

שאין הנזיר מגלח שאינו יכול לשלוח קרבנותיו לכך התירו לנטמא ברובע או ברביעית לעשות פסחו בשביעי שלו ודינו כטמא שרץ. ולפי"ז אפשר לישב דברי הרמב"ם ז"ל דלא תקשה עליו קושית הראב"ד שזה נגד הסוגיא דפסחים (צ:) דאמרינן שם דלרב דס"ל דאין שוחטין וזורקין על טמא שרץ קודם שטבל וילפינן זאת מדאמר רחמנא איש איש כי יהיה טמא לנפש ומי לא עסקינן שחל שביעי שלו להיות בע"פ ואמר רחמנא לידחי. דלפי"ד האיך ילפינן טמא שרץ מטמא מת בדרך אחר דמה דיליף רב טמא שרץ מטמא מת. הוא מטמא מת שאין הנזיר מגלח עליו. דהנה הרמב"ם בפי' המשניות על נזיר וכן בה' נזיר פ"ז ה"א כתב וז"ל יש טומאות מן המת שאין הנזיר מגלח עליהן ולא סותר את הקודמין ואעפ"י שנטמא בהן טומאת שבעה לפי שלא נאמר בו וכי יטמא לנפש אלא וכי ימות מת עליו עד שיטמא מטומאות שהן מעצמו של מת כו' עכ"ל. א"כ גבי קרבן פסח דכתיב איש איש כי יהיה טמא לנפש איירי הקרא גם בשאר הטומאות שאין הנזיר מגלח עליהן. ומי לא איירי בשביעי שלו אפ"ה אמרה תורה דידחי לפסח שני. אף דלאחר הטבילה יכול לשחוט עליו מ"מ קודם שטבל אז ידחה לפסח שני. וא"כ ילפינן מיני' טמא שרץ נמי דקודם שטבל אין שוחטין וזורקין עליו אף שהגמרא שם (צ:) פריך ע"ז וכי תימא ממאי דהכי. ומשני סבר לה כר' יצחק דאמר טמאי מת מצוה היו שחל שביעי שלהן בע"פ כו'. א"כ לפי"ז כיון דילפינן מהני טמאים והם הוו טמאים בטומאה שהנזיר מגלח עליהן. א"כ הדקל"ד. נראה לי דאף לפי"ז עיקר ילפותא הוא מהקרא דאיש איש כי יהי' טמא לנפש מי לא עסקינן שחל שביעי שלו בע"פ. אך בלא דר"י ודאי דאיכא למימר דהקרא לא איירי בטמאי מתים שחל שביעי שלהם בע"פ ויוכלו לאכול הפסח בלילה. אך כיון דהני טמאים שבאו לשאול למשה היו טמאים שהיו יכולים לאכול בלילה ומחמתם הוזקק משה לשאול פי הקב"ה. א"כ התשובה של הקב"ה א"א למימר שלא השיבו על הני טמאים שחל שביעי שלהן בע"פ. והא קאמר סתמא כי יהי' טמא לנפש. א"כ איירי אפי' בהני שאין הנזיר מגלח עליהן ויכול לשלוח שאר קרבנות מ"מ נדחי לפסח שני ע"כ מפני שלא טבלו. ובהני שבאו לשאול למשה להם לא מהני טבילה נמי כיון שלא היו יכולין לשלוח שאר קרבנות. וקצת ראי' לזה דהעיקר ילפותא הוא מהקרא דאיש איש כי יהי' טמא לנפש מי לא עסקינן כו'. דקאמר שם (צד.) לר"י לא קשיא טמא שרץ רחמנא דחייה דכתיב איש איש כי יהי' טמא לנפש מי לא עסקינן שחל שביעי שלו להיות בע"פ ואפ"ה אמר רחמנא לידחי יעו"ש ברש"י דמפרש וסבר לה כמ"ד דטמאי מת מצוה היו שחל שביעי שלהן בע"פ. ולמה להגמרא למימר מי לא עסקינן כו'. הא ע"כ איירי בהני טמאים שחל שביעי שלהן בע"פ אלא מהני טמאים אין ראי' כיון שהני טמאים היו בהם

טומאה שהנזיר מגלח עליהן. ועיקר הראי' הוא מהקרא דאיש איש כי יהי' טמא לנפש והקרא איירי אפי' בטומאה שאין הנזיר מגלח עליה. לכך הוכרח לומר מי לא עסקינן כו'. ולפי"ז אין צ"ל דרב פליג על סוגיא דמ"ק. ומה שלא חילק הרמב"ם בה' ב"מ לענין לשלוח שאר קרבנות בין טומאה שהנזיר מגלח עליו או לא. נראה דסמך אדהכא. והכא הא מוכרח מהסוגיא כן כנ"ל:

ועתה נשובה לדברי סה"ת דלפי מש"ב הגמרא דנזיר א"כ א"א להביא ראי' לדבריו דמהני טבילה ליולדת אף בתוך ימי זיבה ומסתברי כיון דטומאת לידה וטומאת זיבה הוו שם חד רק מחמת נדה לא מהני טבילה ליולדת תוך ימי זיבה. א"כ א"א לומר כדברי סה"ת הנ"ל דבעי ב' טבילות וע"כ צ"ל כמשב"ל דאף דימי לידה שאינה רואה בהן אינם עולים לספירת זיבתה הוא דוקא ימי לידה ממש. אבל לא אם היא טמאה מחמת לידה ומהני לספירת זיבתה אע"ג דלא טבלה. וברור דכן הוא דעת הר"ת. וכן רוב הראשונים שהביאו דברי הר"ת להחמיר דימי לידה אינה עולה מ"מ לא ס"ל להחמיר דבעינן ב' טבילות. וא"כ אין ראי' לדידן דלא ס"ל כחומרת הצרפתים. וכן נראה דעת הס"ט עיי"ש מש"כ פ"ד הש"ך הנ"ל לישב. מ"מ נ"ל לדינא דהיכא דהפילה ויש בזה ספק דאולי אין זה ולד כלל א"צ להחמיר כחומרת ר"ת וימי לידה עולה לספירת זיבתה. דהא המעיין בדברי התוס' (לז.) ד"ה אביי יראה דלדברי אביי דהברייתא דבא סימן אמרינן כדמפרש ר"פ משום דאימא ילדה זכר להכי עולה שבוע שני לספירת זיבתה. ויעו"ש משום דאיכא חדא ספיקא שמא לא הוה זבה כלל ואפי' אי הוי זבה שמא לא ילדה כלל ואפי' ילדה שמא ילדה זכר לכך אמרינן דשבוע שני עולה לספירת זיבתה. וא"כ האיך אפשר לנו להחמיר כיון דגם הר"ת מודה בזה דכה"ג עולה שבוע שני לספירת זיבתה. אבל היכא דהוחזקה מעוברת דקרבנה נאכל אין עולה לספירת זיבתה. ומה מקרי הוחזקה מעוברת כבר בארתי במק"א:

סימן י

כבוד ידידי חתני ח' הרב הגאון מו"ה יוסף זונדל נ"י

אב"ד דק"ק דרעצין:

ע"ד שאלתו אודות הס"ת שהסופר כוון בראשי העמודים לסמן שיהא כשם הבעלים דהס"ת. וצדד כת"ר להכשירה כאשר העיר מכמה מקומות. הנה כבר השבתי למעכת"ר בקצרה שגם אנכי מסכים להכשירה. ועתה אבאר טעמי כאשר הבטחתיו. דלפ"ד נראה דאף דלשמו ושלא לשמו פסול בכל מקום דבעינן לשמו מ"מ בכה"ג דחשב גם על דבר דלא שייך בו שום קדושה רק דברים בעלמא אין זה מבטל המחשבה דלשמו. וכה"ג

אמרינן בזבחים (ג.) חטאת ששחטה לשם עולה פסולה שחטה לשם חולין כשירה משום דמינה מחריב בה דלאו מינה לא מחריב בה. אע"ג דלפי המסקנא אמרינן שם אלא טעמי' דרב כר"א ולפינן מן הקרא ולא יחללו את קדשי ב"י כו'. מ"מ נראה דהך סברא קיימא אף לפי המסקנא. והא דצריך קרא דלא יחללו הוא משום דלא נימא ק"ו קדשים מחללין קדשים חולין מחללין קדשים לא כ"ש. וע"ש בתוס' ד"ה ה"נ כו'. וראי' לזה דהא קאמר שם רב חביבא רמי שינוי בעלים אתוך תוכו ומשני ומי אמר רב חטאת ששחטה על מי שמחוייב חטאת פסולה על מי שמחוייב עולה כשירה אלמא דמינה מחריב בה דלאו מינה לא מחרב בה וכו' וע"כ נ"ל דאם הי' לו שתי נשים אחת ישראלית ואחת כותית וכתב גט וכוון לגרש בו את שתיהן כגון שהי' שמותיהן שווין דהגט הוא גט כשר. דמטעם לה ולא לחברתה אינו פסול משום דבעינן חברתה דומיא דידה שתהא בת גירושין כמיתה כדאמרינן התם בזבחים וכפר עליו אמר רחמנא חבירו דומיא דידי' שיהא מחוייב כפרה כמותו וכיון דהכותית אינה בת גירושין כלל אינו פסול מטעם לה ולא לחברתה. ומטעם לשמה ושלא לשמה נמי אינו פסול משום דמינה מחריב בה דלאו מינה לא מחריב בה. והא אמרינן שם דלכך נכתב לשם כותית פסול משום דדל כותית הוי לי' סתמא וסתמא פסול. אבל הכא דל כותית נשאר הגט רק לשמה בלבד וכשר. ולפי"ז ה"ה גבי ס"ת דאף אם חשב לשמה ושלא לשמה דהיינו שחשב בפרשה שבתורה שתהא גם לפרשה של תפילין או מזוזה דזה ודאי פסול מטעם לשמו ושלא לשמו אבל הכא כיון דחשב בה רק לדברים בעלמא שאין בו שום קדושה זה לא מיקרי לשמו ושלא לשמו. ולפי"ז ניחא מה דהביא כת"ר מהא דעצמי ונכסי קנוין לך וכן בהא דמוחקין לה מן התורה וכן בהא דשקיל ס"ת ויהיב לדביתהו דחיישינן דילמא אקדים ויהיב זוזי לספרא שיכוין שיהא גם לשם גט דכ"ז אינו פסול מטעם לשמו ושלא לשמו כיון דכל הני לאו בת מינה הוא ולא מחריב בה. ועיין בר"ן בר"ה על הא דמתעסק לא יצא כתב ג"כ סברא זו דלאו מינה לא מחריב בה לענין לחלק בין תקיעה לשיר דיצא למ"ד דמצות אינן צריכין כוונה אבל מתעסק כיון שכבר הוא מכוין למצוה דהיינו לחנך את התינוקות אותה כוונה מעכבת מצוה אחרת שלא תחול דומיא דאסקינא בשמעתא קמייתא דזבחים דבת מינה מחריב בה דלאו בת מינה לא מחריב בה:

ומה שהביא כת"ר מדברי רש"י דקדושין גבי לא לה ולחברתה שפירש"י שכמותן שווין. עיין במקנה דכתב ע"ז וז"ל [ומאשר שס' המקנה אינו ת"י כת"ר ע"כ מוכרח אנכי להעתיק כל לשונו] ולכאורה אינו מובן דבתחלה כתב ששמותן שוות ואח"כ כתב פלונית ופלונית וגם הוא לכאורה נגד הסוגיא בגיטין (פז) ונראה פירושו משום דבגיטין שם דריש מהאי

קרא דאם כותבין שני אנשים אנו פלוני ופלוני מגרשין נשותינו פלונית ופלונית ולא כתב פלוני מגרש פלונית ופלוני מגרש פלונית פסול משמע דוקא משום דלא מוכח מילתא מי מגרש זו ומי מגרש זו. ובאמת ס"ל לרש"י כיון דקרא דוכתב לה מיירי באיש אחד שכתב לה ולחברתה א"א לומר שכתב לשתי נשים שיש להן שני שמות דאם כן מוכח מילתא שפיר. ואין זה ענין לדרשא שאמרו שם ואי נימא שיש לו שתי נשים ששמותיהן שוות והוא לא כתב אלא שמגרש אחת ויתן לזו ואח"כ יתן לזו להא לא בעי קרא דמלה לשמה נפקא ושכתב לשמה של זו א"א לכוין לשמה של אחרת ואין זה דומה למה שאמרו בר"פ כל הגט איזה שארצה אגרש בו דהתם אי נימא דיש ברירה הוברר הדבר דלשמה נכתב משא"כ כשמגרש באמת שתיהן ועכ"פ באחת לא הוי לשמה לכך פי' רש"י דמיירי בכה"ג שיש לו שתי נשים ששמותיהן שוות וכתב בלשון שמגרש שתיהן פלוני מגרש את שתי נשיו פלונית ופלונית ר"ל אף שיש להם שם אחד כתב שמה של זו ושמה של זו ובכל אחת כשכתב לשמה נתכוין לשם זו האשה אפ"ה פסול משום דאינו ניכר בכל שם ושם מי היא האשה שכוון עליה ויש לטעות בכל שם שזו היא שם של חברתה ואף דאמרינן בר"פ כל הגט דאם יש לו שתי נשים ששמותיהן שוות מהני לר"א בעדי מסירה היינו כשלא כתב בגט אלא שם אחת דידוע הוא בשעת מסירה שלזו הוא שמוסר לה אבל כשכתב בה שתי שמותיהן השוות אינו יודע בשעת מסירה איזה שם הוא שמתגרשה בה וזה הוא שאמרה תורה ולא לה ולחברתה ומיני' יליף הש"ס דה"ה ב' אנשים שכתבו אנו פלוני ופלוני גרשנו נשותינו פלונית ופלונית כיון דלא מוכח מילתא מי מגרש זו ומי מגרש זו נמי פסול. מיהו לא מצאתי מפורש דין זה דכשיש לו שתי נשים שאין שמותיהן שוות שאינו בכלל ולא לה ולחברתה וצ"ע עכ"ל. ונפלאתי עליו מאד דהאיך כתב דלא מצא מפורש דין זה דכשיש לו שתי נשים שאין שמותיהן שוות ורוצה לומר דזה לא הוי בכלל לה ולא לחברתה שבמחכ"ת נעלם ממנו לפי שעה גמרא מפורשת שם בגיטין בסוגיא הנ"ל דקאמר שם א"ל רבינא לר"א ומ"ש מהא דתניא הכותב כל נכסיו לשני עבדיו קנו ומשחררין זה את זה ומשני ולאו אוקימנא בשני שטרות והא זה דמי כמו שיש לו שתי נשים שאין שמותיהן שוין וכותב גט אחד לשתיהן הרי מבואר להדיא דגם בכה"ג נמי פסול משום לה ולא לחברתה. ולדברי המקנה דלכך לא מהני גט אחד היכא דכתב בכלל אנו פלוני ופלוני גרשנו פלונית ופלונית משום דלא מוכח מילתא מי מגרש זו ומי מגרש זו א"כ האיך פריך רבינא לר"א מהא דכותב כל נכסיו לשני עבדיו הא התם מוכח מילתא דמשחרר שניהם. אלא ודאי דז"א דהיכא דכתב בכלל ולא פירש אח"כ פלוני מגרש פלונית ופלוני מגרש פלונית נמי אין הפסול מטעם דלא מוכח מילתא

מי מגרש זו ומי מגרש זו. כיון דהעדים יודעים שזו היא אשתו של זה וזו היא אשתו של זה. א"כ מוכח מילתא שפיר שזה מגרש את זו וזה מגרש את זו אלא הפסול הוא כיון דכתב כלל ולא פירש אח"כ פלוני מגרש פלונית ופלוני רש פלונית א"כ כלל גרושי שתיהן בדבור אחד שאמר אנו פלוני כו ופלוני גרשנו פלונית ופלונית ופסול מטעם לה ולא לחברתה. א"כ ה"ה היכא שיש לו שתי נשים ואין שמותיהן שוין נמי פסול מטעם לה ולא לחברתה. לכך פריך רבינא לר"א שפיר מהא דכותב כל נכסיו לשני עבדיו כו'. ובדברי רש"י הדבר ברור דט"ס יש וכצ"ל ולא לה ולחברתה ששמותיהן שוין שאין שתי נשים מתגרשות בגט אחד. וכן אם כתב פלוני מגרש פלונית ופלונית נשיו. ופי' דברי רש"י כך הוא כגון ששמותיהן שוין והוא כתב בלשון שמגרש אחת ויתן לזו ואח"כ יתן לזו. ומה שכתב הגאון הנ"ל דלהא לא בעי קרא דמלה לשמה נפקא ושכתב לשמה של זו א"א לכוין לשמה של אחרת. לפע"ד ז"א כיון דהוא כוון בשעת כתיבת הגט לגרש בגט זה את שתיהן דהיינו שיתן לזו ואח"כ יתן לזו א"כ לכל אחת ואחת מיקרי זאת לשמה. דהא גם אפי' אם כותב להדיא שתי הנשים שרוצה לגרשן מ"מ ע"כ צ"ל שכוון לגרש בגט זה שיתן לזו ואח"כ יתן לזו ובשעת כתיבת הגט שכתב פלוני מגרש כוונתו לשתי הנשים כאחת. ואמאי מיקרי זאת לשמה וצריך קרא לה ולא לחברתה למעט זאת. אלא ע"כ צ"ל דהיכא דכוון בשעת כתיבת הגט שיגרש בגט זה את שתיהן מיקרי זאת לכל אחת לשמה. א"כ אף כשכתב שם אחד כגון ששמותיהן שוין נמי מיקרי לכל אחת ואחת לשמה כיון דבשעת כתיבה כוון שיגרש בו את שתיהן. לכך צריך קרא לה ולא לחברתה למעט זאת. ונ"ל דגוונא הראשונה דכתב רש"י היא זה רק למ"ד עדי מסירה כרתי. אבל למ"ד עדי חתימה כרתי בלא"ה פסול משום דאינו מוכח איזה אשה הוא מגרש מתוך גט זה. והא הוא בעי מוכח מתוכו. אבל גוונא אחריתא שכתב רש"י פלוני מגרש פלונית ופלונית קאי אף למ"ד עדי חתימה כרתי. ואף שאין שמותיהן שוין נמי פסול מטעם לה ולא לחברתה:

והמתבאר מכל דברינו אלה דאם היה רשאי לגרש בגט חד שתי נשיו והיה כותב לשם שתיהן מיקרי זאת לכל אחת ואחת לשמה. וזה דמי כמו גבי קרבן דבעי שיקריב אותו לשם בעליו ונפקא מקרא ונרצה לו לכפר עליו עליו ולא על חבירו. ואם הביאו הקרבן בשותפות א"כ מקריב אותו לשם כל השותפין ומיקרי לכל אחד ואחד שמקריב אותו לשמו. וע"כ צ"ל כן דאל"כ תקשה למ"ד עדי חתימה כרתי האיך כשר היכא שכתבו שנים גט אחד פלוני מגרש פלונית ופלוני מגרש פלונית והעדים מלמטה הא בשעת חתימת הגט ע"כ דבעי לשמה וע"כ צריכין לכוין העדים בעת חתימתן לשם שני הגירושין ואמאי

מקרי זאת לשמה אלא ע"כ דבכה"ג שמכוין לכל אחת ואחת שיתגרשו בו מיקרי זאת לשמה ומה שאינו פוסל מטעם לה ולא לחברתה עיין בפנ"י שעמד בזה. ועיין בגט מקושר שמתרץ זאת בטוב טעם. א"כ מה שהביא כת"ר ראי' מדברי רש"י דקדושין אין ענין לנ"ד משום דשם שפיר הוה לשמה אם מכוין לגרש בגט זה לכל אחת ואחת כמש"ב:

אמנם מה שהעיר כת"ר מדברי התוס' דמנחות (מב:) ד"ה מה טעם כו'. דפסול שם אפי' אם מכוין לשם ציצית מ"מ כיון דמכוין נמי לשם נסיון נמי פסול ומדמי את למנחה שנקמצה לשמה ושלא לשמה. צע"ג כי זה קשה גם לדברינו שבארנו למעלה דמינה מחריב בה דלאו מינה לא מחריב בה דא"כ האיך מדמה זה שצבעה לשם ציצית ולשם וסיון למנחה שנקמצה לשמה ושלא לשמה. הא במנחה מיירי כגון מנחת חוטא שנקמצה לשם מנחת חוטא ולשם מנחת נדבה א"כ תרווייהו הם לשם קודש אבל אם מכוין שלא לשמה היינו לשם מנחת חולין לא פסול כיון דלאו מינה לא מחריב בה. א"כ גבי ציצית מנ"ל דלשם נסיון מחריב הלשמה דלשם ציצית. דילמא דוקא היכא דמכוין לשם ציצית ולשם בגדי כהונה דבזה איכא למימר דדמי למנחה שנקמצה לשמה ושלא לשמה דלשם בגדי כהונה פוסל הלשמה דציצית. אבל לשם נסיון מנ"ל להתוס' דפוסל הלשמה דציצית ומהא דקלינן לי' לאודרא אין ראי' משום דאפשר לומר כיון דבכמה פעמים אינו מכוין כלל דזה המוך שטועם יהא לשם ציצית אם צבעו עולה יפה לכך התקינו חכמים דקלינן לאודרא אפי' אם מכוין לשם ציצית אם יעלה צבעו יפה כדי שלא תבוא תקלה מזה אם הוא אינו מכוין כלל רק לשם טעימה בלבד ואחר לא ידע שהוא כוון רק לשם טעימה בלבד ויעשה מזה תכלת לציצית ע"כ התקינו דקלינן לאודרא. ועיין בגרש ירחים גיטין (מו:) דתמה על דברי הגמרא והתוס' הנ"ל מהא דחלות תודה ורקיקי נזיר שעשאן למכור בשוק. והיא ג"כ קושיא חמורה ולפי"ז ניחא דברי הגמרא שפיר. אמנם דברי התוס' צע"ג. ומה שכתב כת"ר מטעם כליל תכלת עיין בק"ע פ' מצורע (קמח:) ופי' הגאון מלבים ז"ל שהסכימו כולם לדברי רש"י ז"ל ולדברי רש"י ודאי א"א לומר כדברי כת"ר. ואף לדברי התוס' נמי הוא דבר רחוק לומר שזה נוכל למילף מכליל תכלת. ונראה דאף לפי"ד התוס' דפוסל היכא דמחשב לשמו ושלא לשמו דלאו מינה מ"מ דוקא היכא דסתמא פסול כגון בציצית דסתמא פסול ס"ל להתוס' דגם לאו מינה נמי מחריב בה. אבל בס"ת לפי"ד הפוסקים דסתמא כשר בודאי שלא לשמה דלאו מינה לא מחריב בה. והא בס"ת דעת הרמב"ם הוא וכן הוא דעת התוס' במנחות (מב.) ד"ה ואל כו' דסתמא כשר ולא בעי כתיבה לשמה להדיא. רק באזכרות לבד ס"ל להרמב"ם והתוס' דבעי כתיבה לשמה. [ונפלאתי מה שלא העירו האחרונים בזה מדברי הרמב"ם ז"ל]. ונראה דהם מפרשים דהא

דקאמר בגיטין (מה:) עבוד לשמה בעי כתיבה לשמה לא בעי בתמיה קאי על האזכרות. אבל הס"ת עצמה בסתמא נמי לשמה קאי א"כ גם התוס' מודים בזה דמחשבה דלאו מינה אינה מחריב בה. מכל הני טעמי הסכמתי לדברי כת"ר להקל לקרא בס"ת הנ"ל:
כ"ד ח"ח דוש"ת בא"ר יו"ט ליפמן הכהן.

סימן יא

וזה אשר השבתי להרב המופלג והשנון מו"ה יהושע זעליג ז"ל מק"ק שומייאץ:
ע"ד ששאל מע"ל האיך לעשות עם הס"ת שנפסלו שדינם לקוברם בכ"ח אצל ת"ח. והנה קשה למע"ל דבשו"ע או"ח סי' קמ"ד ס"ה כתב וז"ל ס"ת שבלה מניחין אותו בכלי חרס וגונזין אותו בקבר ת"ח כו'. אלמא דבעי להניח בקבר ת"ח גופא. ובשו"ע יו"ד סי' רפ"ב ס"י איתא שם וז"ל ס"ת שבלה או נפסלה נותנין בכ"ח וקוברין אותו אצל ת"ח וזו היא גניזתו עכ"ל. וכן הוא לשון הגמרא דמגלה. דפשטות הלשון משמע דלא בעי אלא שיהי' קבור אצל ת"ח ולא בקבר ת"ח ממש. ע"כ שואל מע"ל האיך לעשות למעשה:
תשובה זה ודאי דהדין עם מע"ל דלא בעינן בקבר ת"ח ממש. אלא סגי רק אם קבור אצל ת"ח. דלשון אצל ודאי משמע דלאו דוקא בקבר ממש. וראי' לזה מהא דאמרינן בסנהדרין (מז.) דלכך לא הי' קוברין הנדונים במיתה בקברות אבותיהם לפי שאין קוברין רשע אצל צדיק. אלמא דכל היכא דקבור בצדו מקרי אצלו. ומה שהקשה מסתירת לשון השו"ע דבאו"ח איתא בקבר. וביו"ד איתא אצל ת"ח. נראה לי לישב משום דכבוד התורה הוא להיות קבור דוקא אצל ת"ח ולא אצל איש אחר. א"כ אם בידוע שבכל צד שנקבר הס"ת לא יהי' מסביב רק ת"ח או שוני הלכות אז ודאי סגי לקבור אותו אצל ת"ח. אבל היכא דבצד אחר יהי' קבור איש אחר שאינו ת"ח או ש"ה אז צריך לקבור אותו רק בקבר ת"ח ממש. אבל אין לומר דאולי בעינן דוקא בקבר ת"ח ממש לכתחילה כדמורה פשטות לשון השו"ע או"ח משום דזה כבוד הס"ת יותר משקבור בצדו. דז"א דאם נחלוק בין נקבר בקבר ממש או בצדו א"כ האיך הביא שם רב אחא בר"ח ראי' דאין קוברין רשע אצל צדיק מקרא דאלישע דלמא שאני התם דהשליכו את האיש בקבר אלישע ממש כדכתיב ויגע האיש בעצמות אלישע. אבל בצדו מנ"ל דאיכא קפידא. אע"כ דאין חלוק כיון דקבור בצדו כמאן דקבור בקברו ממש. וע"כ צ"ל בשו"ע כמש"כ. וע"ד שאלתו אודות בלוי' ספרי קודש. נ"ל להקל שלא להצריך דוקא כ"ח אלא בכלי עץ חזק [שקורין דוב] שמתקיים הרבה. וכן ראיתי להגאון בעל כני"ח שהקל בזה. וכן עשיתי מעשה בפה חאסלאוויץ:
כ"ד ידידו דו"ש יו"ט ליפמן הכהן:

סימן יב

כבוד ידידי הרב הנ' סוע"ה מו"ה מרדכי נ"י הגאב"ד דק"ק טורעץ וכעת הגאב"ד דק"ק לינא:

ע"ד שאלתו אודות הבכור אשר צוה ישראל אחר לנכרי לחתוך אזנו בלא ידיעת הבעלים. ראיתי מה שפלפל כת"ר בזה להתירו לתנו לכהן לשחוט על מום זה. וכן איתא להדיא בא"ז הגדול דכתב וז"ל רש"י ז"ל כתב בכהן קמיירי וכן נראה כדבריו דאי בישראל בעליו מה שייך קנסא עכ"ל. וכן מדברי הרגמ"ה שהביא שם המהרי"ט אלגזי וז"ל הצורם עסקינן בין בכהן בין בישראל כהן בכור ודאי וישראל בספק בכור דנאכל לו במומו עכ"ל. ומדבריו נמי נראה דס"ל דישראל הצורם אוזן בכור אשר צריך ליתנו לכהן לא שייך בזה קנסא. מ"מ כתבתי אז לכת"ר שלדעתי א"א להתירו לכהן רק אחר ימי הטיפול שמוטל על הישראל בעליו דבזה שייך קנסא לבעליו. וכן אסור לבעליו שיתנו לכהן במתנה בדין מתנות כהונה מפני שהכהן יחזיק לו טובה ויהנה מזה דלא כריט"א אלא הכהן אחר ימי הטיפול יזכה מעצמו. כ"ז כתבתי לפי מה ששמעתי שהישראל בעליו צוה לישראל אחר שיצוה לנכרי. א"כ בעליו נמי היה בגרמת המום הזה. אכן לפי מה שהודיעני כת"ר שהישראל בעליו לא הי' ידיו במעל הזה. לכאורה יש להקל גם להישראל בעליו שלא יצטרך להחזיקו בימי הטיפול. ובפרט לפי מה שכתב כת"ר שכבר זכה כו כהן אחד. א"כ בודאי לכאורה יש להקל לכהן שישחט על מום זה:

אבל אח"כ התבוננתי בזה שנ"ל שהדין עם הפוסקים שסתמו היתר זה ולא הזכירו כלל. כי מדברי הגמרא דבכורות (לה.) מוכח להדיא דאף אם ישראל אחר צרם אוזן בכור שאינו שלו נמי אסור לשחוט עליו. דאמרינן שם על מתני' דמעשה בזכר של רחלים כו' וצריכא ואי אשמעינן קטן משום דלא אתי לאחלופי בגדול אבל עכו"ם דאתי לאחלופי בגדול אימא לא צריכא. ופירש"י דמאן דחזי דהתירו חכמים במום הבא ע"י תינוקות לא אתי למימר דאי שדי גדול מומא מישתרי דגדול בקטן לא מיחלף עכ"ל. א"כ חזינן מזה דזה פסיקי לן דאם שדי ישראל מומא אף בבכור שאינו שלו נמי אסור דהא עכו"ם בודאי אין לו בכור והאיך אתי לאחלופי בישראל גדול אם נימא דישראל אי שדי מומא בבכור שאינו שלו לא קנסינן לכהן ומותר לשחוט עליו. אלא ע"כ צריך לומר דבכה"ג נמי קנסינן ואסור לשחוט על מום שנעשה ע"י הישראל כמו דפסקינן בשו"ע יו"ד סי' צ"ט דאם ביטל איסור בשביל חבירו אסור למי שנתבטל בשבילו. אך לכאורה יש לחלק דהתם כיון שכבר ניתן לכהן א"כ כששדי הישראל המום עשה זאת בשביל הכהן והוה כמו מבטל איסור בשביל חבירו. אבל בנ"ד כיון שהבכור עדיין הוא בבית ישראל ולא

נתנו לשום כהן יש לומר דלא מיקרי זאת מבטל איסור בשביל חבירו. אבל ז"א כיון דכו"ע ידעי דבכור אף במומו ע"כ צריך לתנו לכהן. וא"כ כוונת הישראל דצרם אזנו היה להתירו לכהן אע"ג דכוונתו היה ג"כ בשביל עצמו כדי שלא יהי' עליו טורח הטיפול. מ"מ עיקר כוונתו היה בזה שצרם כדי להתירו לכהן וממילא יקבל כהן מעמו וישחטנו ולא יהי' עליו טורח הטיפול א"כ אף שאינו ידוע לישראל לאיזה כהן יתננו מ"מ אסור לכל כהן שבעולם לפי מה שמבואר בתשו' הריב"ש סי' תצ"ח דהפוסקים סוברים דאסור למי שנתבטל בשבילו אע"ג דביטל לא בשביל אדם מיוחד נמי אסור לכל. וכן בחידושי הגאון רעק"א שם ביו"ד שמביא ג"כ תשובת הריב"ש הנ"ל להשיג על הט"ז בשם הרש"ל הנ"ל דס"ל דאינו אסור למי שנתבטל בשבילו אלא דוקא היכא דידע מזה וניחא לו. ועיין פר"ח שחולק ג"כ על הרש"ל הנ"ל. ויותר נ"ל דהכא גבי בכור גם הרש"ל מודה דלא בעינן דידע מזה וניחה לו כמו דמוכח מדברי הגמרא הנ"ל דהיכא דישראל צרם אע"ג דלא ידע הכהן מזה נמי אסור והטעם בזה נראה דהא כתב הרש"ל דכיון דמי שנתבטל בשבילו לא ידע מזה א"כ הוה כשוגג א"כ כ"ז בביטול שאר איסורים דקיי"ל דלא קנסינן שוגג אטו מזיד משום דמבטל איסור הוא רק איסור דרבנן. ולפי"ד הראב"ד דס"ל דמבטל איסור הוא דאורייתא כתב הפר"ח והכרו"פ דלדידי' דוקא כשהיה בלא"ה רק איסור דרבנן אז הוא דלא קנסינן שוגג אטו מזיד אבל מבטל איסור דאורייתא לפי מאי דקיי"ל כר"י גבי מבשל בשבת דקנסינן שוגג אטו מזיד. ה"ה גבי מבטל איסור דקנסינן שוגג אטו מזיד. וא"כ גבי צרימת אוזן בכור דהוא איסור דאורייתא ודאי קנסינן שוגג אטו מזיד. ח"כ גם לפי"ד המהרש"ל אסור למי שנתבטל בשבילו אף היכא שהוא לא ידע מזה כיון דקנסינן שוגג אטו מזיד:

וגם נ"ל דאפי' לפי שיטת הפוסקים דס"ל דהטלת מום בבכור בזה"ז הוא דרבנן מ"מ הוי כדאורייתא לכל מילי כיון דבזה"ב הוה דאורייתא אין נ"מ בזמן. ובזה ניחא הא דקאמר הגמרא במ"ק ובפ' השולח גבי אי קנסו בנו אחריו דקאמר שם את"ל גבי צורם קנסו משום דאיכא איסורא דאורייתא וזה רחוק ודחוק לומר דקאי על זה"ב. וכן נ"ל להביא ראי' מגיטין (נג:) דאמרינן שם ורמי דר"מ אדר"מ בדאורייתא דתניא הנוטע בשבת בשוגג יקיים במזיד יעקר ובשביעית בין בשוגג בין במזיד יעקר דברי ר"מ ר"י אומר בשביעית בשוגג יקיים במזיד יעקר ובשבת בין בשוגג בין במזיד יעקר. ולטעמיך תקשה לך הוא גופא מכדי הא דאורייתא והא דאורייתא מ"ש שבת ומ"ש שביעית אלא כו'. ואמאי לא משני דר"מ ור"י סברי, כרבי דשביעית בזה"ז הוא דרבנן ור"מ לשיטתי' אזיל דס"ל דבדאורייתא לא קנים ובדרבנן קנים. ור"י לשיטתי' דס"ל בדאורייתא קנים ובדרבנן לא

קניס ולפי דברי אביי בריש מ"ק הא סתמא דמתני' סובר כרבי. וגם הלל דתיקן פרוזבול משני אביי בגיטין (לו.) דסובר כרבי ולפי דברי התוס' שם ד"ה מי כו' גם רבא מודה לתירוץ אביי דהלל ע"כ סובר כרבי. א"כ אינו רחוק לומר דגם ר"מ ור"י סוברים כרבי. ואף שעל דברי ר"מ לא קשה משום דבברייתא קתני להדיא טעם אחר על דברי ר"מ לחלק בין שבת לשביעית. מ"מ על דברי ר"י ודאי קשה דדחיק הגמרא לומר דבאתרא דר"י חמירא לו שביעית. א"כ לא קאמר ר"י אלא על מקומו ולא בכל מקום. ואמאי לא קאמר הגמרא דס"ל כרבי דשביעית בזה"ז הוא דרבנן ולכך לא קנס שוגג אטו מזיד אף בכל מקום. אלא ש"מ כיון דשביעית בזה"ב הוי דאורייתא א"כ אין לחלק אף בזה"ז ודינו כדאורייתא וקנסינן שוגג אטו מזיד:

אמנם ראיתי לכת"ר דפסיקי לו דגבי בכור לא קנסינן שוגג אטו מזיד. והביא ראי' מהמשנה הי' בכור רודף אחריו ובעטו שוחטין על מום שעשה בו. לפ"ד נראה דאין זה ראי' כלל משום דהתם עדיפא משוגג והוה כאנוס. ואפילו לא"ד שם דאפי' בעטו אח"כ נמי מותר לשחוט עליו מ"ט צערו הוא דמדכר נראה דמחמת צערו דדכר דיינין לו כאנוס קצת על מה שבעטו וקיל משיגג. וגם נ"ל להביא ראי' דגבי בכור קנסינן שוגג אטו מזיד מהא דאמרינן בכור שאחזו דם דחכמים ס"ל יקיז ובלבד שלא יעשה בו מום. ואם עשה בו מום הרי זה לא ישחט עליו אע"ג דהטילו שלא בכוונה כן מוכח שם. וגם מחכמים דברייתא שם נמי חזינן דהחמירו בזה הרבה שלא להתיר בכור לשחוט כ"א על מום שנעשה ממילא דהא איירי שם שאינו יכול להתרפאות בלא הקזה והוה לכה"פ כבעל מום עובר, וס"ל דמדאורייתא מותר להטיל מום לכתחילה ומשום הפסד שלא ימות התירו לכתחילה להטיל בו מום אפ"ה אין שוחטין על מום זה. וזה עדיפא הרבה משוגג כיון דשרינן לכתחילה. וגבי שבת היכא דשרי כגון השוחט לחולה בשבת מותר לבריא ולא גזרו והכא גזרו חכמים אלמא דהחמירו בזה הרבה. ואף דאנן קיי"ל כר"ש דמותר לשחוט עליו היינו דוקא כה"ג דשרי לכתחילה אבל בשוגג נראה דודאי גזרינן שוגג אטו מזיד לכו"ע. ודעת הריב"ש נראה דסובר דאף ר"ש דמתיר לשחוט עליו הוא דוקא כשעשה שלא בכוונה עיין בביאורי הגר"א ביו"ד סי' שי"ג מה שמבחר דעת הרמב"ם ז"ל] דהוי תרתי למעליותא חדא דעשה שלא בכונה. ועוד הא בלא"ה הוה כבעל מום עובר ואינו אף בכונה מדאורייתא אבל בתם גמור נראה ברור מדבריהם דאין שוחטין על מום זה אף שנעשה שלא בכונה. ודי בזה להולכים במישור. כי לפ"ד נראה ברור דבבכור קנסינן שוגג אטו מזיד אף בזה"ז ודינו כדאורייתא לכל מילי כיון דבזה"ב הי' דאורייתא ובזה נראה לישב דברי הרא"ש דבכורות שם על המתני' היה בכור רודפו כו' דכתב שם

וז"ל הרמב"ן פסק כלישנא בתרא ולא ידענא טעמא מאי דבשל תורה הוא. ואפשר דהיינו טעמא אע"ג דאיסור דהטלת מום הוה דאורייתא מה שאינו נאכל באותו מום הוי מדרבנן עכ"ל. ולכאורה תמוה דהא הרא"ש בעצמו פסק מקודם וכן כתב בב"מ פ' השוכר אה"ם דבזה"ז גריעי מבעל חום וא"כ אינו אלא מדרבנן והאיך כתב הכא שהוא מדאורייתא. אלא ודאי כוונתו כיון דבזה"ב הי' דאורייתא אזלינן בזה לחומרא לכל מילי:

ע"כ נ"ל לומר דגם רש"י והרגמ"ה מודים דבישראל הצרם אוזן בכורו לדברי רבנן דס"ל דלא קנסו רק שלא ישחוט על מום זה אין חילוק בין ישראל לכהן. כיון דהישראל מתכוין להתיר. ומה שפירשו דבכהן קאי הוא משום דברי ר"א דס"ל דקנסינן שלא ישחוט עולמית וזה ודאי אין סברא לומר דישראל הצורם אוזן יאסור אותו עולמית כיון דהבכור הוא ממונו של כהן והאיך אפשר לאשור מחמת קנסי' ממון שאינו שו הא אין אדם אוסר ממון שאינו שלו. וכ"ש מחמת קנסא של ודאי דא"א לאסור ממון של אחרים. לכך פרשו דפלוגתא דר"א ורבנן קאי בכהן שצרם. וכן נ"ל לבאר מתני' דשביעית פ"ד שדה שניסייבה ב"ש אומרים אין אוכלין פירותיה בשביעית וב"ה אומרים אוכלין וכתב בזה מהרי"ט אלגזי דצריך להבין נהי דלב"ה אוכלין פירותיה מה"ת מ"מ אמאי לא קנסינן משום דעבר עבירה. ומסיק שם דהא דלב"ה אוכלין הוא לעניים ולכו"ע. אבל לבעל השדה שעבר עבירה ודאי דאסור והא דלא הביא הגמרא ראיה מזה דלא קנסינן לאחרים משום דאיכא למימר כיון דשדה בשביעית הוה הפקר לאו כל כמיני' להפקיע כח עניים וכו"ע יעו"ש מה שהאריך בזה הגאון הנ"ל. ולפ"ד נראה דודאי אם לא היתה ניסייבה שדה זו לא היו גדילין הספיחין כלל ולא היו יכולין לצמוח ודאי דאסרינן הפירות גם לאחרים ולא שייך בזה לומר לככ"מ לאפקועי כח עניים כיון דאי לאו דעבר עבירה לא היו צומחין הספיחין כלל א"כ כל הנאת העניים הוא רק מחמת העבירה שעבר האיש הזה ודאי דאסרינן נמי לאחרים אלא המתני' איירי דאי לאו דניטייבה נמי היו גדילין הספיחין רק מחמת שניטייבה השדה גדילין בטוב ע"כ לא קנסו בזה לאסור מחמת טייב של זה פירות של הפקר דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו. ואפשר דגם לדידיה נמי שרי כיון דבלא"ה נמי היו גדילין רק מחמת שעכשיו גדילין ביותר לא קנסו בזה כלל. וכן משמע מפשטא דמתני':

ולפי דעתי נראה שבדברי רש"י בלא"ה מוכרח לומר כמש"פ דלכך פירש דבכהן קאי משום דברי ר"א שהא הוא פירש על האבעיא דבעי ר"י מר"ז צורם אוזן בכור ומת מהו למקנס בנו אחריו. מהו לאסור בנו אחריו שלא יאכל מאותו בכור עולמית. וכן פירש"י בגיטין. והלא דבר הוא מי הכריחו לפרש דברי האבעיא זו דקאי שלא אליבא דהלכתא

[ומה שכתב בזה מהריט"א אינו נראה בעיני] אלא נראה דרש"י ז"ל סובר דהא דגזרו חכמים על עכו"ם שעשה מום שלא ישחוט על מום זה אם עשה כן כדי להתירו ואף שאינו יודע מי הם הבעלים של הבכור נמי אסור כנראה שם מפשטא דמתני' דהקסדור לא היה יודע מי הם בעלים של הבכור. א"כ נראה נמי דאף לבנו של כהן נמי אסור לשחוט על מום זה שעשה עכו"ם בחיי אביו כדי להתיר. וכן נראה מדברי מתני' דאמרו זה הכלל כל מום שנעשה לדעת אסור מדקאמרי אסור נראה דלעולם אסור לשחוט על מום זה אף לבנו. וכן גבי חמץ שעבר עליו הפסח דקאמרי מתניתין דפסחים (כח.) ושל ישראל אסור בהנאה נראה שם דאסור אף לבנו אע"ג דאין זה רק קנס משום דעבר בב"י וב"י עיין מה שנתנו האחרונים טעם בזה וזה דהיה קשה לרש"י ז"ל דאמאי בכהן הצורם ומת דמותר לבנו לשחוט על מום זה שנעשה לדעת האיך אפשר דיהיה זה עדיף מעכו"ם שעשה מום כדי להתיר ולא לטובת הבעלים. ע"כ פרש"י דהאבעיא הוא דוקא לר"א אבל לרבנן כיון דגזרו חכמים על מום שנעשה לדעת שלא לשחוט עליו אין שום נ"מ בינו ובין בנו דגם בנו אסור לשחוט על מום זה שנעשה לדעתו וכיון דרש"י ז"ל סובר דחכמים גזרו שלא לשחוט על מום שנעשה לדעת וקנסו גם בנו אחריו א"כ האיך אפשר לומר דס"ל דישראל הצורם אוזן בכורו מותר ליתנו לכהן וגם בא"ז הגדול לא מצאתי שהביא אבעיא זו אם קנסו בנו אחריו או לא. וע"כ נראה דגם הוא ס"ל כפירש"י דהאבעיא זו קאי אליבא דר"א ולא אליבא דהלכתא. וא"כ בטל היסוד של ריט"א מדברי רש"י. וגם מדברי הא"ז שהעיר כת"ר. ונראה ברור דע"כ צ"ל דכונתו מה שכתב דאם ישראל בעליו מה שייך קנסא. היינו דלא הוי פליג ע"ז ר"א וס"ל שלא לשחוט אותו עולמית כמשב"ל: **היוצא** מכל דברינו אלה שביארנו היכא דישראל צרם אוזן בכורו אסור גם לכהן לשחוט על מום זה כמו שמוכח מדברי הגמרא דגם בכה"ג קנסינן דהוי כמבטל איסור בשביל חברו דאסור למי שנתבטל בשבילו. וגם מה שהביא כת"ר מהא דקאמר רועי כהנים בי ישראל אין נאמנין נמי מוכח דאם כהן הטיל מום אף שהבכור הוא עדיין בבית ישראל אסור לכו"ע לשחוט על מום זה. ומה שכתב כה"ר לדחות דלענין קנס הטיפול קאמר דבריו אינם מכוונים דלמה נקנסינן לישראל בעבור הכהן כיון שעשה בשביל עצמו למה לא הותר לו ליתן לכהן אחר. אלא ע"כ צ"ל דקנסינן גם לאחריני. אף שיש לדחות דהכי קאמר רועי כהנים בי ישראל אין נאמנין שהמום נפל מעצמו ואח"כ יותן להם הבכור. אבל לא משמע כן מפשטות הגמרא. דנראה דאין מתירין הבכור כלל עפ"י עדותן של אלו ואף שהבכור הוא עדיין בבית ישראל נמי צריך עדות שיעידו שהמום נפל מעצמו.

אך שהבעלים נאמנים ע"ז. ונראה להדיא דאם הוטל מום ע"י אדם שכוון להתירו אסור לכו"ע לשחוט על מום זה אף שהבכור הוא עדיין בבית ישראל דלא כהריט"א ז"ל:

ועתה נבוא לבאר בעובדא דידן. לכאורה לפי מה שאמרנו אין כאן מקום להקל אף לכהן שזכה בו מעצמו. אך מה שיש לצדד בזה כיון שלא צרם הישראל בעצמו רק שצוה לעכו"ם שיצרום וכיון דלא עבר הישראל המצוה רק על איסור דרבנן לבד דהטלת מום ע"י עכו"ם אע"ג דהוא נמי גרמה מ"מ אינו אסור אלא מדרבנן כמו שאבאר. ואע"ג דהוא מתכוין להתירו לכהן הא דעת המהרש"ל והט"ז דהיכא דביטל איסור בשביל חברו אינו אסור אלא דוקא שחברו ידע וניחא לו. ואף שבארתי למעלה דגבי בכור כיון דקנסינן שוגג אטו מזיד גם הרש"ל והט"ז מודים דאסור אע"ג שהכהן לא ידע מזה. מ"מ הכא כיון דלא עבר אלא על איסור דרבנן בלבד ולא קנסינן בזה שוגג אטו מזיד כשחבירו לא ידע מזה מותר לפי דעתם אפשר להתיר בכור זה לכהן. אמנם לפי"ד הריב"ש דהיכא דביטל איסור בשביל חבירו אע"ג דביטול איסור הוא רק מדרבנן בלבד מ"מ קנסינן כיון דהמבטל הוא מזיד אסור להנות ממעשיו הרעים למי שנתבטל בשבילו. א"כ בנ"ד אסור לכל כהן. אך לפי מה שכתב כת"ר שהישראל המצוה הוא ע"ה גמור ולא ידע שיש בזה איסור. א"כ אפשר לצדד ולומר בהא דעת הט"ז סי' צ"ט דאם לא ידע שיש בזה איסור הוי כשוגג. וכן הסכים הפר"ח. א"כ הוה הכא המבטל נמי שוגג. אמנם המ"ל הביאו הפמ"ג דהרמב"ם חולק ע"ז וס"ל דאומר מותר הוי כמזיד. ומה שכתב הפמ"ג לחלק אינו נ"ל. וגם המ"ל בהל' תרומות פ"ה ה"ח לא כוון לדבריו אלא הראה מקום לדברי התוס' דס"ל דאם לא היו להם שעת הכושר לא מהני אפי' אם תרם בשוגג. גם על דברי הט"ז והפר"ח מהתוס' דבכורות נמי קשה לסמוך כי התוס' לא כתבו אלא ושמא הא חשוב שוגג שמותר לבטל. ונ"ל דלא פסיקי להו כ"כ דזה חשוב שוגג. ובאמת לפע"ד מחמת קושית התוס' הנ"ל אינו מוכרח לומר זאת. כי קושית התוס' י"ל אע"ג דאסור לבטל איסור לכתחילה גם באיסור דרבנן מ"מ הכא גבי חולין טמאים דאינו אסור לאוכלם אלא משום שלא יטמא את גופו וכיון דמבטלן אז לא יטמא אותו אמאי לא יהיה מותר לכתחילה לעשות כן ולא דמי לכל האיסורים כיון שאין בזה איסור מצד עצמו אלא מצד שלא יגרום לו טומאה. א"כ קשה לפסוק נגד דברי הרמב"ם דס"ל להדיא דאומר מותר חשוב כמזיד ולסמוך ע"ד התוס' דלא פסיקי להו דאומר מותר חשוב כשוגג. ואין ספיקא של התוס' מוציא מידי ודאי של הרמב"ם ז"ל:

מ"מ נ"ל בנ"ד דעדיין יש לצדד ולהקל משום דהא כל חששא דאנו מחמירין באומר מותר הוא רק משום חשש הערמה כיון דאומר מותר הוא תלוי רק בכונת הלב בלבד חיישינן

לזה טפי אף שהוא מזיד בזה שמא יאמר שהוא שוגג בעצם האיסור ולא דמי לשוגג גמור אבל הכא כיון דזה עשה אחר בשביל חבירו לא חיישינן להערמה דלמה יערים בשביל חבירו ולא קנסו בזה רק מזיד גמור כנ"ל. ובאמת היה נ"ל לומר דאף אם עשה להדיא מום בבכור חבירו אע"ג דכבר בארנו למעלה מדברי הגמרא דגם בכה"ג קנסו שלא לשחוט על אותו מום מ"מ היכא שעשה שלא בכונה אע"ג דאם בעל הבכור בעצמו עשה קנסינן שוגג אטו מזיד כמשב"ל. מ"מ הא כל זה דקנסינן שוגג אטו מזיד הוא רק משום חששא שלא יאמר שוגג הייתי ולכן החמירו בדאורייתא דקנסינן שוגג אטו מזיד. וזה דוקא כשעשה בשביל עצמו חיישינן לזה. אבל כשעשה אחר בשביל חבירו לא חיישינן לזה משום דחזקה דאין אדם חוטא ולא לו ולא קנסינן אלא מזיד גמור. א"כ אפשר להקל בנ"ד להתירו לכהן:

סימן יג

אך מה שצריך לבאר עוד בזה דאולי אמר הישראל להדיא להעכו"ם שיחתוך אזנו משום דהבכור הזה א"א לשוחטו אלא דוקא אם יעשה בו מום. א"כ העכו"ם נתכוין להתירו ובעכו"ם המתכוין להתירו נראה דאף אם ישראל אחר צוה לעכו"ם לעשות בו מום כדי להתירו אין שוחטין על מום זה אף שהבעלים לא ידעו מזה ולא ניחא להו וגם הישראל שצוה שגג בדבר מ"מ א"א להתיר מטעם שב"ל משום דנראה מפשטות המתני' דגזירה שגזרו חכמים על עכו"ם או תינוקות המטלילין מום בבכורים כדי להתירם הוא לא מטעם חששא שמא יטילו מום לדעת הבעלים. אלא משום בזיון קדשים נגעו בה. משום דראו חכמים דעכו"ם משתדלים בזה לעשות מומין בבכורים כדי להתירם לשחוט אותם ולהפקיע מקדושתם ע"כ גזרו חכמים שלא יועיל מום זה שעושין העכו"ם כדי להתירו ולהפקיע קדושתו וכן ראו חכמים שגם התינוקות פרצו בזה הרבה ועושין מומין בבכורים כדי להתירם ואין הגדולים מוחים בידם ע"כ גזרו שלא יועיל מום זה שעשה התינוק כדי להתירו. וראיה לזה מדברי המהרי"א בפסקים סי' קס"ט שכתב וז"ל ונחזור על הדרישה על צרם אוזן הבכור הלזה שכתבת שהגוי' הסיחה דעתה ל"ת שיהודי א' צוה לאמה שתעשה צרימה באוזן הבכור ויותר בשביל כך לשחוט ובכן אותה העכו"ם צותה לבתה לעשות צרימה וכן עשתה בתה א"כ הוא לית דין ולית דיין להתיר אפי' בבכור שיש בו ספיקות דבעשיית מום כה"ג אין שום צד וספק להתיר לשחוט עליו דהוה כאלו לדעתו ממש דמשנה שלימה היא בפ' כל הפסולים זה הכלל כל שלדעתו אסור שלא לדעתו מותר ופירש"י שלדעתו של המטיל בו מום מתכוין להתירו אסור כו' ואין חילוק אם הבעלים מצוים או ישראלים אחרים דאסור ואין זו צריך פנים כו' עכ"ל. ומדברי המהרי"א

מוכח דהוא סובר דעכו"ם המתכוין להתירו הוא אסור מטעם שפירשנו. דאי הוה ס"ל דעכו"ם המתכוין להתירו הוא מטעם דאנן חיישינן שמא הבעלים יצוו להעכו"ם לעשות כן כדי להתירו. הא תינח היכא דהבכור הוא בבית הכהן וכיון דהכהנים חשודים ע"ז ע"כ חיישינן לזה. אבל היכא דהבכור הוא בבית הישראל והא הישראל אינו חשוד ע"ז אמאי אסרינן לשחוט על מום זה שעשה העכו"ם כדי להתירו. והא בעובדא דהמהרי"א היה הבכור בבית ישראל. אלא ע"כ דס"ל כמש"פ. ואין לדחות ולומר כיון דהוא ספק בכור והבכור הוא שייך להישראל לכך חשוד ישראל כמו כהן. וכן כתב הט"ז ביו"ד סי' שי"ד סק"ה וז"ל לפי מש"כ הטור הטעם ריש סי' זה דהכהנים חשודים משום שיש בו טורח גדול לטפל בו עד שיומם נ"ל דמה שכתב כאן ביש לישראל ספק בכור כו' דהיינו במקום שלא פשע בו אבל אם פשע בו דהיינו כפי מה שכתב רמ"א בסי' ש"ז ס"ד דאז א"צ הכהן לקבלו ממילא צריך הישראל ליטפל בו אז הוה כעם ככהן ואפי' הישראל אינו נאמן לומר מום נפל בו כמו הכהן כנ"ל עכ"ל. אבל דבריו נפלאים ממני כי לפי דבריו לא ידעתי מה נ"מ בין כהנים לישראלים כיון דישראלים נמי חשודים במקום שמוטל עליהם הטיפול א"כ לר"מ דס"ל דחשוד על דבר לא דנו ומעידו א"כ מי יעיד על הבכור להתיר. וכן פריך הגמרא שם בבכורות (לה:) למ"ד דס"ל דעל ספק בכורים ישראל נמי חשידי א"כ מי יעיד על ספק בכור להתירו. ולפי"ד הט"ז אם ירש ישראל בכור מבית אבי אמו כהן יהיה הישראל נמי חשוד עליו תהיה קושיא גדולה עליו מכל בכור דמי יעיד עליו. וכ"ש מספק בכור וגם מה שסובר הט"ז דעיקר הטעם מה שישראלים אינם חשודים על ספק בכור הוא משום דהברירה בידם ליתנו לכהן. הא ניחא לפי"ד המהר"מ דס"ל דגם ספק בכור מוכרח הכהן לקבלו. אבל לפי"ד הפוסקים דספק בכור א"צ הכהן לקבלו משום דמצי לומר לו אייתי ראיה דבכור הוא ואטפל בו. וגם המהרי"א בעצמו כתב שם סי' קס"ח דלולי דברי המהר"ם היה סובר כן כי האיך יתכן שיהא כח ביד הישראל לכוף הכהן לדעתו מתי שירצה אם רוצה לקיימו מקיימו אם רוצה שיקבלו יכוף אותו לקבלו אדרבה כה"ג איכא זלזול כהונה אלא שלא באתי לחלוק על דברי מהר"ם כו' עכ"ל. א"כ תקשה עליהם אמאי ישראלים אינם חשודים על ספק בכור כיון דעליהם מוטל הטיפול ואינם יכולין ליתנו לכהן ויותר קשה לפי"ד הט"ז הא בספק בכור דאיירי שם הגמ' גבי רחל שלא בכרה וילדה שני זכרים דאחד לו ואחד לכהן דשלו נמי ירעה עד שיסתאב ויאכל במום לבעלים וזה ודאי דאינו יכול ליתנו לכהן גם השני כיון דכבר נתן לו אחד מהם. אפ"ה אמרינן שם להדיא דבעלים נאמנים עליו. אלא ע"כ צ"ל דהטור דקאמר דכהנים חשודים מפני טורח הטיפול וכן פירש"י בביצה הוא טעם למה

התחילו הכהנים להקל בהטלת מומין יותר מישראלים. ונתנו טעם לזה מפני שמצוי הרבה שיהא לכהנים בכורים מחמת שנותנים להם תמיד וקשה עליהם טורח הטיפול ע"כ התחילו להקל בהטלת מומין. ולכן חשודים הכהנים אף במקום שאין מוטל עליהם טורח הטיפול כיון דראו חכמים שהדבר קל בעיניהם כמו דאמרינן שם לחד מ"ד דרועי כהנים בישראל אין נאמנין משום דאמרינן דנחשד האי כהן רועה שהוא עצמו הטיל בו מום אע"ג דאינו מוטל עליו טורח הטפול אלא מפני הנאה אחרת דסבר דלא שביק לדידיה ויהיב לאחריני הא נמי חשיד להטיל בו מום. אבל ישראלים כיון דאינו מצוי שיהא להם בכור. אף שלפעמים יזדמן שיהא להם ספק בכור מ"מ לא נחשדו שיטילו מום מחמת טורח הטיפול וראו חכמים שישראלים אינם מקילים בדבר ולכך נאמנין לומר שהמום נפל מעצמו וזה ברור. וכיון דישראלים אינם חשודים על הטלת מומין ע"כ המהרי"א דאוסר הבכור שעכו"ם הטיל בו מום כדי להתירו משום דס"ל דעכו"ם המתכוין להתירו אסרו חכמים משום דבזיון קדשים נגעו בה וכמשב"ל:

ולפי"ז נראה דבעכו"ם המתכוין להתירו אסור לעולם לשחוט על מום זה ואף לבנו נמי אסור. ואף היכא שהישראל או הכהן צרם אוזן הבכור פסקינן דדוקא לדידיה קנסו ולבנו לא קנסו. דלא כשיטת רש"י שהבאתי למעלה דס"ל דלעולם אין שוחטין על מום זה. אבל רוב הפוסקים חולקין ע"ז. מ"מ נראה דדוקא ישראל או כהן שהטילו מום בעצמם לטובת הבעלים של הבכור כיון דהאיסור הוא רק מטעם קנס אמרינן דלדידיה קנסו ולבנו לא קנסו. אבל גבי עכו"ם או תינוקות המתכונין להתירו דזהו ל מטעם קנם רק גזירת חכמים היא שלא להתיר על מום זה כדי שלא יבואו לעשות כן בפעם אחרת א"כ אין חילוק בין דידיה לבנו ולעולם אסור לשחוט על מום זה. אמנם ראיתי שהרמב"ם בפי' המשנה כתב דהטעם דעכו"ם המתכוין להתירו אסור הוא משום גזירה שמא יצוו לו הבעלים לעשות בו מום לכתחילה. דלא כמו שעלה ע"ד. ולפי"ז ודאי נראה דאם מת הכהן מותר לבנו לשחוט על מום זה משום דלא חמיר מאם צוה להדיא לעכו"ם לעשות בו מום. ולפי"ז צריך לישב עובדא דמהרי"א וצ"ל דאע"ג שישראלים אינם חשודים על הטלת מומין מ"מ בעכו"ם שכוון להתירו גזרו שלא להתיר על אותו מום אע"ג דהוא עדיין בבית ישראל. דשמא יצוה לכתחילה לעשות זאת. משום דאמירה לעכו"ם קיל לאינשי טפי. וכמו דגבי שבת נמי גזרו דאם עשה עכו"ם מלאכה בשביל ישראל אסור לישראל להנות ממנו עד מוצ"ש בכדי שיעשה. ואם ישראל עשה מלאכה בשבת מותר לאחרים במו"ש מיד משום דאמירה לעכו"ם קיל לאינשי לכך החמירו בזה חכמים טפי ואמרו דבאמירה לעכו"ם בעי כדי שיעשה כמש"כ הראשונים. לכך כשאפי' הבכור הוא עדיין בבית ישראל חיישינן

נמי דמשום טורח הטיפול עד ג' חדשים שמא יאמר לעכו"ם לכתחילה לעשות זאת. וכמו דאם עשה עכו"ם מלאכה בשבת דאיסור זה אסור לכל ישראל כמש"כ התוס' בשבת (קכב.) ד"ה ואם כו' דדוקא בחוץ לתחום אמרינן הבא בשביל ישראל זה מותר לישראל אחר אבל באיסורא דאורייתא כי הכא לא כו' עכ"ל. א"כ ה"נ אסור לכל לשחוט על מום זה. ואפשר דגם הגאון מהריט"א מודה בזה אע"ג דס"ל דאם ישראל בעצמו צרם אוזן בכור מותר לכהן מ"מ הכא מודה דאסור לכל אך מדבריו נראה דכל היכא דלבנו מותר הוא הדין דמותר לאחרים:

אכן לפע"ד נראה עיקר דגבי בכור נמי קנסו לאחריני כשב"ל דמוכח מהא דרועי כהנים דאם הטיל בו מום אסור לכל כהן שבעולם. והא דבנו לא קנסו משום דזה קילא כיון שהחוטא אינו בעולם. וכן כתב הנוב"י חלק או"ח תשובה כ' וז"ל וצורם אוזן בכור שאסור לשוחטו על אותו מום והיינו שאסור לכל ישראל עד שימות ואז מותר לבנו לשוחטו לפי שכבר החוטא אינו בעולם עכ"ל. וגם מדברי הש"ך סי' שי"ד נראה דסובר דזה חמיר משאר איסורים דכתב דאם עבר ושחטו מותר הבשר לאחרים ולא קאמר דמותר לכתחילה ליתן לאחרים והם ישחטו אותו אלמא דס"ל דזה חמיר משאר איסורים דקיי"ל דאם ביטל דמותר לאחרים דשם מותר לכתחילה ליתן לאחרים אבל הכא דהצורם עבר על איסור דאורייתא דמי לשבת דגם לאחרים אסור. ודברי מהריט"א לא הבינותי דס"ל כיון דלא קנסו לבנו ה"ה נמי דלא קנסו לאחריני ומ"מ ס"ל דאינו יכול ליתן לאחרים בדרך מתנה משום דמתנה חשוב כמכר דהא מתהני הנותן בטובת הנאה של המקבל. לא ידעתי לפי דבריו למה משונה זה ממבטל איסור דקנסו לדידי' ולא לאחריני דפסקינן דדוקא למכור לאחרים אינו רשאי אבל מותר ליתן במתנה והפר"ח הקיל שם ביותר דאף למכור רשאי. עיין מה שכתבו האחרונים בזה] אך מה שהקיל הש"ך דאם עבר ושחטו מותר הבשר לאחרים נראה דס"ל דעיקר הקנס היה שאסור לכתחילה לשחוט על מום זה בין לדידיה בין לאחריני אבל בדיעבד אם עבר ושחטו לא אמרו חכמים כלום. מ"מ כיון שעבר על דברי חכמים שאמרו שאסור לשחוט על מום זה הוי כשאר מבטל איסור דלדידיה קנסו ולא לאחריני. ולפי"ז מותר ליתן לאחרים בדרך מתנה כמו בשאר מבטל איסור ודלא כמש"כ מהריט"א על דבריו דיש להעיר דאמאי לא ביאר דהא דמותר לאחרים לאו שמותר למוכרו לאחרים או ליתנו במתנה דא"כ נמצא דהוא עצמו נהנה בהטלת מום ואין היתר לאחרים כ"א במוכרו להם בזול מה ששוה המוכר בכור תם חי דבהכי אינו נהנה המטיל המום או שמפקירו לאחרים עכ"ל. דלפי דבריו דאמאי לא ביאר הש"ך יותר רבותא דמותר למכור לאחרים בדמי שוי' של תם חי ואחרים ישחטו

אותו ולמה נקט הש"ך דווקא אם עבר ושחטו דאז מותר לאחרים אע"כ כמש"פ דהש"ך סובר דגבי בכור כיון דעבר על איסור דאורייתא קנסינן נמי לאחריני ולכך כה"ג דאם ימכר בדמי שוי' של תם חי או יפקירנו מ"מ אחרים אסורי לשחטו דלא דמי לבנו דבנו קילא כמש"ב. ולפי"ז גם הגאון בעל תב"ש בסי' ט"ו אינו חולק על דברי ש"ך הללו דמאי דסובר התב"ש דגבי צורם כיון דעבר על איסור דאורייתא קנסו גם לאחריני ע"כ גם הש"ך סובר כן. אך דס"ל דעיקר הקנסא היה לכתחילה שאסור לשחוט על מום זה. וזה דלא כהאחרונים. ולפי"ד נראה גם דלא כמש"כ הגאון בעל לב"ש דאם אמר לעכו"ם להטיל בו מום מותר לכתחילה ליתנו לאחרים לשחטו. אלא דהכא החמירו החכמים כמו גבי שבת דאסור אפילו אם עשה מעצמו בשביל ישראל אסור לכל ישראל. וזה ברור דכן מורה לשון המשנה דכל מום שנעשה לדעתו אסור משמע דאסור לכל רק לבנו לאחר מיתה שרי. ונ"ל דמה שהוסיף הרמב"ם הלכות בכורות פ"ב הל' ח' זה הכלל כל מום שנעשה לדעתו אסור לו לשחוט עליו. אין כונתו דאחר מותר לשחוט עליו אלא כונתו לאפוקי דבנו מותר לאחר מיתה וזה ברור להמעיין בדברי הרמב"ם דהא כייל שם גרמא ואמירה לעכו"ם בחדא בבא וגרמא ודאי דמי לצורם ממש כיון דאסור מדאורייתא ובצורם נראה להדיא בדברי הרמב"ם דאסור לכל לשחוט על מום זה אע"כ כמו שפירשתי ונפלאתי על הגאון בעל לב"ש האיך כתב אבל זה שגרם המום או שצוה לאחר לעשות בו מום אסור לאכול מבשרו. דנראה מדבריו דאם ישראל אחר צוה לעכו"ם לעשות בו מום מותר גם לבעלים לאכול מבשרו. דזה ודאי אינו דהא עובדא דמהרי"א בסי' קס"ט הי' דישראל אחר צוה לעשות בו מום ואפ"ה אסרו המהרי"א לכה"פ על הבעלים. ג"כ בשו"ע שם ס"ב הביא דברי התה"ד. ועיין בש"ך שם דעיקר מה שאסרו הוא מפני שהאמינו לעכו"ם שישראל צוה לו. אך מה שאסרו על הבעלים אין ראיה לאחרים מפני שהוא כמבטל איסור בשביל חברו דאסור למי שנתבטל בשבילו מ"מ נראה עיקר דגם לאחרים אסור וכמש"ב:

ומה שעמד המהריט"א על דברי רש"י בפ' עד כמה (כט:) גבי מתני' החשוד על הבכורות אין לוקחין ממנו בשר צבאים כו' שכתב וז"ל החשוד על הבכורות כגון החשוד להטיל מום בבכור. מתבאר מדבריו שאינו מפרש המתני' על הדרך הנראה מפי' הר"מ דחשוד דמתני' הוא שהוא חשוד למכור בשר בכור תם בחזקת חולין יעו"ש פ"ג מה' בכורות ה"ח. אלא רש"י ס"ל דלעולם דאינו חשוד למכור בשר בכור תם בחזקת חולין אלא שחשוד להטיל בו מום ושוחטו על מום ומוכר הבשר לאחרים ואם איתא דאם עבר ושחטו מותר ליהנות בו אמאי אסרו לקנות ממנו עיי"ש מה שהאריך הגאון הנ"ל ורוצה לישב דברי רש"י דהכא אתיא כר"א דספרי דאוסר מלא תאכל כל תועבה. וזה דוחק גדול לפ"ד.

ונראה לפי מה שבארתי למעלה דרש"י ז"ל סובר אליבא דרבנן דאוסר עד שיולד מום אחר ליכא לספוקי דודאי אסור גם לבנו כיון דהמום נעשה לדעת אסור לעולם לשחוט עליו והוה מדרבנן כתם גמור. ולפי שיטתי' ודאי דאם עבר ושחטו אסור הבשר לאחרים וטעון קבורה. ורש"י ז"ל אזיל לשיטתי' לכך פירש דגם החשוד להטיל מום אסור לקנות ממנו אף בשר צבאים דדמי' לעגל דמדרבנן אם הטיל בו מום הוי כתם גמור והרמב"ם ז"ל אזיל לשיטתי' דסובר דלבנו לא קנסו אף לדברי חכמים ובנו מותר לשחוט לכתחילה על מום זה ע"כ סובר דלא אסרו חכמים אלא לכתחילה לשחוט על מום זה אבל בדיעבד לא אמרו כלום ולכך אם עבר ושחטו מותר הבשר לאחרים ומוכרח לפרש דהחשוד על הבכורות היינו שחשוד למכור בכור תם בחזקת חולין:

עוד נ"ל להביא ראי' דגבי בכור קנסו נמי לאחריני דהא אמרי' להדיא בירושלמי דשביעית דאם מכרה אין הלוקח זורעה ואם אמרינן דלא קנסו לאחריני אמאי אין הלוקח זורעה. לא מיבעא' דאם ניכה הלוקח להמוכר בעד שנה זו שאסור לזורעה ודאי דצריך להיות מותר להלוקח לזורעה. אלא אפי' לא ניכה לו נמי אין מותר ללוקח לזורעה. וראי' לדבר מהא דאמרינן בפ' הפועלים גבי מי שהערים ואמר לנכרי לסרס בהמתו שיהא יפה לחרישה סבר רבא למימר ימכרו לשחיטה כלומר שלא להעלות דמיהן בשביל הסירוס דאי לחרישה דמיהן יקרים וא"ל אביי דיין שקנסת עליהן מכירה. ופרש"י דלא טרח כולי האי אלא שיחרוש בו והא לא תתקיים מחשבתו ע"כ. אלמא דכל היכא דלא מתקיים מחשבתו שרי אעפ"י שמרויח בדבר. וכן הביא הפר"ח ראי' זו גבי מבטל איסור דמותר למכור לישראל אף ביוקר ואף שהאחרונים השיגו עליו היינו שם כיון שנתערב איסור והיתר היה ג"כ מוכרח למכור לא"י דלישראל אסור ועכשיו שבטלו אם אתה מתירו למכור לישראל ביוקר הא אין קנס כלל ואינו מפסיד כלום ואדרבה נהנה עי"כ ומרויח ומה קנס יש בזה. אבל הכא דאיירי גבי שדה שאינה עומדת למכור ולמה לא נתיר לאחר שמכרה הלוקח יזרענה כיון שלא נתקיימה מחשבתו שחשב במה שטייבה בשביעית כדי לזורעה בעצמה ולא למוכרה והלוקח יזרענה. וכן נ"ל גבי מבשל בשבת דפסקינן דלדידי' אסור לעולם ולאחריני שרי במוצ"ש דמותר למכור לאחרים בדמי שוי' לאחר שנתבטל ואינו צריך ליתן דוקא לאחרים במתנה. וגם הש"ך מודה הכא לדברי הפר"ח. אע"כ צ"ל דגבי שביעית קנסו נמי לאחריני ולכך אסור ג"כ להלוקח לזורעה. ומ"מ אם מת בנו זורעה כיון שהחוטא אינו בעולם לא קנסו כ"כ וכן נמי גבי בכור דדמו להדדי:

ולכאורה עלה בדעתי לומר לפי מש"ב דברי הש"ך דלכך אם עבר ושחטו אסור לדידי' כיון דעבר על איסור דרבנן שאסור לשחוט על מום זה וקנסינן דלדידי' אסור א"כ ה"ה

גבי שביעית כיון שאסור לזורעה ודאי דאם עבר וזרעה דהפירות אסורין לדידי' ולאחריני שרי. וצריך לדחוק בדברי הירושלמי דהא דקאמר דאם עבר וזרעה מותר שלא גזרו אלא על הגדר שיכול לעמוד בו. כונתו שהפירות מותרין לאחרים. ויותר נ"ל כמו שמסיק המהריט"א בשם מהור"ש סירליי וביאורו כו' שפי' דקאי על הלוקח דעלה קאמר טייבה ומכרה אסור לזורעה עלה קאמר דאם עבר הלוקח וזרעה הפירות מותרין וא"כ י"ל דוקא הלוקח דאיהו לא עבד איסורא אלא דאסרינן לי' לזורעה משום קנס המוכר שלא יהנה ממעשיו והיינו דוקא לכתחילה דבהכי לא יקפצו קונים לקנותה אבל בדיעבד דכבר זרעה מותרין הפירות. אבל אה"נ נראה דאם זרעה הוא עצמו הפירות אסורים לו עכ"ל. ולפי"ז יוצא לנו דין חדש גבי בכור נמי דאם מכר הכהן שהטיל בו מום לאחר והאחר שחטו דאז מותר גם לדידי' לאכול ממנו. אמנם הבעל פ"מ כתב דאף המטייב בעצמו אם עבר וזרעה מותר הפירות. והביא ראי' מדברי הירושלמי בפ"ב דשביעית גבי אין נוטעין ערב שביעית פחות מל' ימים לפני ר"ה ואם נטע או הבריך יעקר ואמרינן שם לא עקר פירותיו מה הן ומסיק שם דאין מחדשין על הגזירה ופירותיו מותרין וכן פסק הרמב"ם. ולפע"ד אין משם ראי' דהתם דנטיעה גופה היא גזירה מפני החשד שלא יאמרו שהוא נטע בשביעית ולכך לא החמירו בזה כ"כ לאסור גם הפירות בדיעבד אם לא עקר. אבל אם נטע בשביעית גופא דקיי"ל בין בשוגג בין במזיד יעקר איכא למימר דאם עבר ולא עקר פירותיו אסורין. ואדרבה נראה בנוטע בשביעית אפשר לומר דהפירות אסורין גם לאחריני כיון דהאילן גדל מחמת האיסור שעבר ונטע בשביעית ומחמת זה גדילין הפירות. א"כ הם באים רק מחמת האיסור דנטע בשביעית ודאי דקנסינן גם לאחריני שאסור להנות ממנו כיון דזה עבר על איסור דאורייתא ומחמת זה גדילין עתה הפירות. אבל בשדה שנטייבה דהאיסור דאורייתא עבר מקודם בשעה שחרשה והפירות גדילין מחמת שזרע אח"כ ולא עבר רק על איסור דרבנן שאסור לזורעה א"כ לא קנסינן רק לדידי' ולא לאחריני כמו גבי בכור אם עבר ושחטו:

אבל אח"כ התבוננתי דדברי הירושלמי דקאמר אם עבר וזרעה מותר ניחא בפשיטות וקאי על המטייב עצמו וצדקו דברי הבעל פ"מ. והטעם נ"ל בזה משום דעל גידולין לא מצינו שקנסו חכמים כלל בזה אע"ג דהיכא דאסור לזורעה מדאורייתא. דהא אסור לנטוע פירי של ערלה מדאורייתא כיון דאסור בהנאה. מ"מ אם עבר ונטע קיי"ל דהפירות היוצאין ממנו מותרין משום דזו"ז גורם מותר. כמו דפסקינן בשו"ע סי' רצ"ד סי"ב וזה דעת רש"י והרמב"ם. ואף לדעת התוס' ע"ז (מט.) לאסור משום דלא מקרי זוז"ג דאגוז והקרקע הפועלת ב' ענינים הם. נראה דדוקא גבי אגוז וקרקע דאזלינן בתר העיקר היינו

בתר האגוז וע"כ אסרינן. עיין בשה"ג שמבואר כן להדיא אבל קרקע שאסורה משום עכו"ם כגון שחפר בה שיחין ומערות דקיי"ל שם (נד:) דאסורה אם חפר בה לשם עכו"ם דאם זרעה אח"כ מותר גם לדברי התוס' משום זו"ז גורם. ואע"ג דאסור לכתחילה לזורעה מדאורייתא כיון דאסורה בהנאה. מ"מ לא מצינו שקנסו חכמים שיהא אסורין הגידולין וע"כ צ"ל דהגידולין שגדלו אח"כ הם מילתא אחריתי. ולכך לא קנסו חכמים בזה. א"כ לא גרע שדה זו שנטייבה אע"ג דאסרו חכמים לזורעה מחמת קנס שנה ראשונה שאחר שביעית. משדה של עכו"ם דאם עבר וזרעה פירותיו מותרין. ולפי"ז נ"ל נמי אם זרע שדה שנערפה בה ע"ע מותר הפירות אף לדידי' משום דגידולין הוי מילתא אחריתא. [אמנם ראיתי להפר"ח ביו"ד סי' ק"י דהביא בשם הר"ש מקונין דאם זרע בנחל איתן אסורין הזרעים. וכתב הפר"ח דזה אסור משום לא תאכל כל תועבה יעו"ש. ועיין בש"א החדש מה שמפלפל בזה הגאון ר' אשר בנו של הש"א ז"ל] וכוונת הירושלמי דקאמר אם עבר וזרעה מותר משום דלא גזרו אלא על הגדר שיכול לעמוד בו. ר"ל דיותר מזה לאסור הפירות אף בדיעבד לא הי' צריכין לזה. ומחמת הגזירה הראשונה שאסרו לזורעה א"א לאסור הפירות בדיעבד דלא חמירא מאיסור דאורייתא דלא קנסו לאסור הגידולין. ועוד ראיה ברורה לזה דמחמת קנס א"א לאסור הגידולין מהא דקיי"ל הזורע זרעי כלאים וכן המרכיב אילנות כלאים מותרין באכילה אף לזה שזרע כמו שכתב הרמב"ם בה"כ פ"ז וזה כוונתו דכתב רבותא אף לזה שזרע ר"ל דאף לדידי' לא קנסו דגידולין הוי מלתא אחריתי וכמש"ב. ויצא זה להרמב"ם מפשטות המשנה דכלאים פ"ח כמש"כ שם הכ"מ. [אך מה שמסיים שם הכ"מ וכן בדין שהתורה לא אסרה אלא זריעתן לבד אינו מובן לפי"ז] ומזה יוצא להרמב"ם מה שפסק שם בפ"ט ה"ג מי שעבר והרכיב בהמתו כלאים הרי הנולד מהם מותר בהנאה ואם היה מין טהורה עם מין טהורה מותר באכילה עכ"ל. ואין צריך לדחוקי כמו שדחקו הפמ"ג סי' רצ"ט סקי"ב יעו"ש. אלא כמו שכתבתי כיון דמצד עצמם כל אחד בפ"ע מותר ואף שהרכבה של איסור גרם להוליד זה הולד מ"מ א"א לאסור הולד משום דגידולין הוי מילתא אחריתי ולפ"ז יוצא לנו דהנוטע בשבת או בשביעית דאם לא עקר האילן וגדלו עליו פירות דהפירות מותרין אף לדידי'. [אמנם הרמב"ן ז"ל בחי' ליבמות (קכב.) כתב שם הנוטע בשביעית וכן שדה שניטייבה בשביעית גם הזרעים אסורין לכו"ע יעו"ש]. ובזה נתיישב לי דברי הרמב"ם ז"ל בה' שבי' פ"ד הט"ו שכתב וז"ל. עבר וזרע בשביעית ויצא לשמינית אם זרע לזרע בין זרעו בין ירקו אסור במוצ"ש כשאר הספיחין ואם זרעו לירק הואיל ונלקט בשמינית בין ירק בין זרעו מותר כו' עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד לא מצינו בזורע בשביעית שום היתר כו' והנוטע בשביעית במזיד

יעקור כו' ואי משכחת לה בנזרעו לא משכחת לה אלא בשזרעו עכו"ם אי נמי במקומות שהשביעית מדבריהם דאפשר דלא אמרינן בהו יעקר כו' והכ"מ הביא שם בשם הר"י קורקוס דמתרץ אע"ג דאסור לזרוע ואם זרע אפי' בשוגג יעקור הכא מיירי דעבר וזרעו בשביעית ויצא לשמינית ומלשון עבר וזרע ויצא כו' וכבר נתבאר ספ"ג שאעפ"י שהדין נותן לעקור אם עבר ולא עקר הפירות מותרין כו' עכ"ל. ולכאורה תמהתי על דבריו דהאיך הביא ראי' מספ"ג הא שם איירי דנטע קודם שביעית בתוך ל' יום לפני רה"ש דאינו אסור אלא מפני החשד כמי שמבואר בירו' אבל עתה ראיתי דהדין עם הר"י קורקוס משום דעל גידולין לא מצינו שקנסו חכמים כלל ולכך אפי' נטע בשביעית עצמו אם לא עקר הפירות מותרין. ונראה דגם הראב"ד דחלק על הרמב"ם לא משום דס"ל דעל הגידולין נמי קנסו חכמים וס"ל לחלק בין נטיעה דקודם שביעית לשביעית עצמו. אלא משום דלא מסתבר לי' דמיירי דאם עבר ולא עקר וכן משמע מדבריו למעיין היטב ולפי"ז יתישב שפיר המתני' דשביעית שהבאתי למעלה שדה שניטייבה בשביעית בה"א אוכלין פרותיה דאיכא למימר דאף אם לא הי' ניטייבה לא הי' גדילין הפירות כלל נמי מותר לב"ה דלא אסרינן הגידולין מטעם קנס ואין אנו צריכין למה שכתבנו למעלה לישב קושית מהריט"א באופן אחר. מ"מ אם נזרע בשביעית וגדלו בשביעית גופא כו"ע מודים בזה דאף קודם שאסרו ספיחין אסרו חכמים הפירות הללו מטעם קנס. וזה פירות עבירה דמוקי ר"ל בירושלמי פ"ט ה"ו המתני' מי שהי' לו פירות שביעית שנפל לו ירושה או במתנה וכו' וכן פירש הגר"א ז"ל בש"א יעו"ש. וזהו רק מטעם חומרא בעלמא כיון דהם גידולין והם מילתא אחריתי כמשב"ל. לכך מותר לר"א ליתן לאוכליהן וחכמים ס"ל משום שלא יהא חוטא נשכר ימכרו לאוכליהן ודמיהן מתחלקין לכל אדם. ואם הי' אסורין מה"ד לכל האיך התירו חכמים ליתן להם למי שאינו נזהר ולהכשילן באכילת איסור הא מצינו בע"ז (סב:) דאסרו חכמים מטעם קנס לפועל המשתכר ביי"נ ואמרינן שם זיל קלינהו ולימא לי' זיל בדרינהו אתו בהו לידי. תקלה אע"כ צ"ל כמש"ב דהכא הוא רק מטעם חומרא בעלמא לכך לא חששו חכמים בזה לר"א ליתן להם ולחכמים למכור למי שאינו נזהר בזה ואוכלן. ואין לומר דאולי הכא לא קנסו אלא לדידי' ולא לאחריני זה א"א מכמה טעמים חדא דא"כ אמאי לא הותרו לאכול למי שנפל לו בירושה הא בנו קיל מאחריני כמשב"ל. ועוד דא"כ אמאי המוצא פירות עבירה לא יגע בהן. אע"כ צ"ל דהחמירו חכמים בזה לאוסרן גם לאחריני ואף לבנו אך רק מטעם חומרא בעלמא ולכך היכא דנפל לידו בירושה או שנתן לו במתנה וכבר זכה בהן מותר לר"א ליתן לאוכליהן ולחכמים למכור לאוכליהן ודמיהן מתחלקין לכל אדם. כנ"ל לבאר דברי

הירושלמי [ודברי מהריט"א שהביא שם בשם הר"ש סירלוו לפרש דברי הירושלמי לא יכולתי להבין כלל] וכן פי' הרמב"ם פ"ו דשביעית המשנה דלא נאכל דקאי לענין גידולין הינו מה שנזרע בשביעית והוא מדרבנן מטעם קנס דלא כמו שסובר הבעל כופ"ר דמה שנזרע וגדל בשביעית הוא אסור מה"ד. [אמנם מדברי הירושלמי דשקלים פ"ד ה"א משמע כדברי הכופ"ר דאסור מה"ד וצ"ע]. ולכך תמה שם על הרמב"ם דכתב שם בפ"ד הכ"ט עכו"ם שקנה קרקע בא"י וזרע בשביעית פירותיה מותרין. אבל באמת נראה דהוא רק מטעם קנס ולכך היכא דהקרקע הוא ביד ישראל אף אם זרעה עכו"ם ודאי דאסור הפירות מטעם קנס. אבל היכא דהקרקע הוא ביד עכו"ם לא שייך למיקנסי' ולכך מותרין הפירות. ונפלאתי על הכ"מ שם דלמה צריך לדחוקי לפרש דברי הרמב"ם בפי' המשנה דמה שכתב דאם תיעבד ע"י אחר אסור לאכול היינו דוקא שאותו אחר הוא ישראל אבל אם הוא עכו"ם מותר דמנ"ל זאת. דנראה כמש"כ:

ולפי מה שבארנו יוצא לנו דמה שרצה הגאון מהריט"א להביא ראי' מד' הירושלמי דאם עבר וזרע פירותיו מותרין לגבי בכור דאם עבר ושחטו. אין ראי' כלל דהתם טעמא אחרינא הוא וכמש"ב. ולפי"ז יתבאר לנו חומרא גדולה לגבי בכור דאף אם מכר הכהן לאחר והאחר שחטו אסור לדידי' כיון דאסרו חכמים לשחוט על מום שנעשה ע"י אדם אם עבר ושחטו ודאי דאסור לדידי' לכה"פ מטעם קנס. ועוד התבוננתי דמשכ"ל דהיכא דמותר הבשר לאחרים מותר ליתן לאחרים במתנה כמו בשאר מבטל איסור. דאינו כן דהכא כיון דקנסו לדידי' דאסור לאכול ממנו א"כ לגבי דידי' הוי כמו בכור תם ששחטו דאסור בהנאה א"כ אסור ליתן לאחרים במתנה כמו מבטל איסור הנאה דאסור ליתן לאחרים אף בדרך מתנה כמו שמוכח בשו"ע סי' צ"ט. אם לא שיזכו אחרים מעצמן. וא"כ לפי"ז מוכח מדברי הש"ך להדיא דמ"מ לא מהני בעודו חי שיפקרנו הכהן ויזכו אחרים מעצמן וישחטנו משום דקנסו נמי לאחריני כמש"ב. דזה ברור דהיכא דלא קנסו לאחריני כגון גבי מבטל איסור אף היכא דביטל איסור הנאה דא"א ליתן לאחרים דרך מתנה משום דמתהני כמש"ב. מ"מ להפקיר שיזכו אחרים מעצמן בזה ודאי דמותר. ומה דאמרינן בירושלמי המוצא פירות עבירה לא יגע בהן. כבר בארתי למעלה דהתם ודאי דאסור נמי לאחריני כיון שעבר על איסור דאורייתא שזרע בשביעית דלא כמהריט"א. מ"מ לגבי בכור לא שרו כה"ג. אע"כ כמש"ב דגבי בכור קנסו נמי לאחריני. ומה שהתיר הש"ך אם עבר ושחטו הבשר לאחרים משום דס"ל דהקנס לא היה אלא לכתחילה דאסור לשוחטו על מום זה ולא בדיעבד. דאם הי' אוסרין החכמים אף בדיעבד מטעם קנס ועשוהו כתם לא הי' שרי לבנו לשחוט על מום זה. דכל מקום דאסרו חכמים דבר אף

מטעם קנס לא מצינו שיותר אח"כ לבנו. כמו גבי חמץ שעבר עליו הפסח לא מצינו מי שיאמר דאם מת מותר אח"כ לבנו. וכן בפועל המשתכר ביי"נ דאסרו מטעם קנס נמי לא מצינו שיותר אח"כ לבנו. וכן השוחט את הבכור ומראה את מומו אח"כ דלכמה שיטות ס"ל לר"מ דאסור רק מטעם קנס ולא מטעם גזירה לחוד מ"מ מוכח שם מדברי הגמרא דטעון קבורה ואסור לכו"ע. ואין סברא שם לומר דאם מת מותר לבנו לאכלו ואין טעון קבורה. ע"כ הוכרח הש"ך לפרש דהכא קנס לא היה אלא שלא לשחוט על מום זה לכתחילה וכבר ביארתי דדעת רש"י אינו כן דס"ל דאף בדיעבד אסור ולכך ס"ל באמת דלרבנן קנסו גם בנו אחריו:

היוצא מכל דברינו אלה לפי מש"ב דגבי בכור נמי קנסו לאחריני דאף בכור שעדיין הוא בבית ישראל אם הטילו הבעלים או אחר בו מום אסור גם לכהן לשחוט על מום זה. וכן אם צוו לעכו"ם להטיל בו מום נמי אסור וכ"ש אם הודיעו להעכו"ם שהוא בכור וצריך להתירו ודאי דא"א להתיר. אך בעובדא דידן שהישראל המצוה לעכו"ם לא היה בעליו ואם יתברר שגם העכו"ם לא הוה ידע שהוא בכור דבזה יתירו לשחוט. וכיון שהישראל המצוה הוא ע"ה גמור והיה שוגג בדבר נ"ל להתירו ליתן לכהן כן עלה בדעתי:

אח"כ מצאתי בתשו' מהר"ם מרוטונבורג סי' ע"ח דכתב וז"ל ואותו בכור ששאלת לא ישחוט על אותו מום אחרי שנעשה עפ"י ישראל ואע"פ שהוא ע"ה כזכר של רחל זקן פי' עד כמה אלא ע"י גוי ממילא אבל ע"י ישראל גדול אתי לאחלופי ואתי למיסרך עכ"ל. מדבריו יש ללמוד דעובדא דידיה הוי שהישראל המצוה לא היה בעליו וגם היה ע"ה מ"מ לא רצה להתיר משום דאתי לאחלופי אף באינו ע"ה. וגם שמא אתי למיסרך לעשות כן פעם אחר. ואפשר שהיה גרסתו בהמשנה זה הכלל כל מום שנעשה לדעת אסור. כמו שנראה דגרסת רש"י ז"ל היה ג"כ כך. ולפי"ז ודאי משמע דחכמים לא חילקו בדבר דכל מום שנעשה לדעת ישראל א"א להתירו. ע"כ יראתי להקל אף בנ"ד:

אחרי כתבי זאת התבוננתי עוד מה שהעיר כת"ר בבכור בחו"ל אם יש בו איסור הטלת מום מדאורייתא דהא לפי"ד הרמב"ם אינו קריב אפי' אם באו דפסק כר"ע. וכבר עמד ע"ז הגאון בעל ח"ס וכתב דע"כ צ"ל לפי"ד הרמב"ם דמדאורייתא אה העלה מקריבים. דאל"כ הא הרמב"ם ס"ל דתו"מ מעזרא ואילך הוי רק מדרבנן. א"כ הוה א"י גופה מקום שאין מביאין מעשר דגן. והאיך הקריבו בב"ש בכור ומעשר. ולפי"ד נראה לפי מש"כ הרדב"ז בח"ד סי' שע"א דהא דס"ל להרמב"ם דגם מעשר הוא רק מדרבנן הוא דוקא מעשר ראשון. אבל מע"ש ומ"ע הוי מה"ת דבזו לא בעינן ביאת כולכם. א"כ לא קשה כלל דהא בכור לא נתקש אלא למע"ש. אף שמדברי הגמ' גיטין (סה.) נראה להדיא דגם מע"ש

לא הוי רק מדרבנן נראה דהתם בעי לאוקמי כמ"ד דגם קדושה שניה קדשה לשעתה ולא קדשה לע"ל. אבל לפי"ד הרמב"ם דפסק דקדושי שניה קדשם לשעתה וקדשה לע"ל רק תרומה דאיתקש לחלה ומ"ר כיון דאית ליה בו נמי תרומה ע"כ דינו נמי כתרומה אבל מע"ש איכא למימר דלדעת הרמב"ם הוי דאורייתא גם בזה"ז. אך מה שקשה לי האיך אפשר לומר דלדעת הרמב"ם הוי תרו"מ מדרבנן ומע"ש מה"ת א"כ האיך הפרישו תרומה ומע"ר קודם מע"ש דכיון דמן התורה פטור מתרומה ומע"ר א"כ מדאורייתא האיך אפשר הכהן לאכול התרומה והלוי מע"ר הא הוי טבל למע"ש ולמ"ע. ובאמת קושיא זו קשה לי על הסמ"ג שהביאו המ"ל ה' מע"ש פ"א הי"ב שכתב שם המ"ל וז"ל וכן כל הפטור מה"ת ממע"ר פטור ממע"ש [וזה דלא כהרדב"ז] והוצרכתי לזה לפי שראיתי להסמ"ג עשין קל"ו שכתב דבספרי פ' ראה משמע דמע"ש נוהג בכל דבר ומשמע שם דאפילו בירק נוהג מע"ש מה"ת כו' עכ"ל וא"כ קשה להסמ"ג האיך חייבו חכמים להפריש תרו"מ מירק מדרבנן הא עדיין הוא טבל למע"ש מדאורייתא והכהן יאכל אותו בלא הפרשה. וכעת צ"ע בזה. ועוד חזון למועד לבאר הדבר לנכון כ"ד ידידו או"נ יו"ט ליפמן הכהן.

סימן יד

וזה אשר השבתי להגאב"ד דק"ק שומייאץ מו"ה משה ניסן מ"ל ז"ל בעה"מ ספר חקרי הלכות:

יקרת מכתבו נכון הגיעני. והנני להשיבו ע"ד שאלתו אודות שיעור פנימת אוזן בכור שהחמיר מאד בזה הרב זצ"ל בקו' אחרון שלו דבעינן דוקא שיגיע החתך בסחוס שיש לו גובה קצת הזקוף בתוך תוך פנימית האוזן ממש אצל הנקב הפתוח בעצם הגולגלת ממש. וסמך בסברתו על פסקי המהרא"י ז"ל. הנה מפשטות לשון המהרא"י משמע כדברי הגאון הנ"ל. דז"ל המהרא"י בתה"ד סי' רמ"ד וההיא דנפגמה אזנו מן הסחוס נראה דסחוס קשה במשמוש היד ויש לו גובה קצת מבפנים תוך האוזן ובאזני אדם נמי ניכר כן. דכל בשר שהוא קצת קשה וקצת רך ואנו קורין אותו קרושפיל זהו הנקרא סחוס כמו ראשי כנפים והסחוסין בפ' כיצד צולין במשנה ע"ש עכ"ל. וכן נראה פשטות דברי הט"ז בסי' ש"ט סק"ד דכתב וז"ל התנוך בפ' מצורע פרש"י גדר האמצעי שבאוזן. ר"ל הוא הגבוה שבאמצע האוזן שהוא עשוי כעין גדר בפני נקב האוזן עכ"ל. וכן כתב הפרישה שם. אבל באמת קשה לי מאד לפי דבריהם משנתינו דבכורות (מ) אוזן הגדי שהיתה כפולה בזמן שהיא עצם אחד מום כו'. ופירש"י ז"ל שאין להם אלא תנוך אחד שנכפל תנוך העליון לתוכו ונתחבר למטה עכ"ל. ולפי שיטתם כיון שאין בבהמה שום תנוך בכל האוזן הבולטת לחוץ. איזה תנוך נכפל ונתחבר למטה. ועוד קשה הא דאמרו שם (לה)

מותר להטיל מום בבכור קודם שיצא לאויר העולם אמר רבא גדיא באודני' כו'. ופי' רש"י ותוס' גדי אזניו ארוכות וקודם שיצא כל ראשו נראין אזניו ויכול להטיל מום כו' עכ"ל ואי כדבריהם מה לנו שאזניו ארוכות אם הצרימה באורך האוזן אינו פוסלתו עד שיצרום סחוס הפנימי שבתוך תוך האוזן ושם לא יכול לצרום עד שיצא רוב ראשו. ועוד מאי נ"מ בין גדיא לאימרא כיון שע"כ צריך לדחוק לפי שיטתם שיכול להשיג לעשות מום אף קודם שיצא רוב ראשו עד תוך תוך האוזן. א"כ במה יכול להשיג בגדיא יותר מבאימרא. ועוד קשה לפי דעתם כיון דבעינן נחתך בסחוס הפנימי שבתוך תוך האוזן שאינו נראה לחוץ א"כ הוי מום שבפנים ואינו מום דומיא דנפגם החוטם בפנים דלא הוי מום. ואין לדחוק ולומר דבעינן שיהא נחתך כל האוזן עד הסחוס הפנימי ויפגימנו דאז הוה מום גלוי. דלשון צרימת אוזן שאמרו ז"ל משמע דלא בעינן חתיכת כל האוזן רק פגימה לבד. ע"כ נ"ל לפרש דברי המהרא"י דמה שכתב ויש לו גובה קצת מבפנים תוך האוזן. כונתו דגם באזני הבהמה נמצאו קמטים גבוהים לארכן של האזנים ומתחילין גובה הקמטים אצל הראש ומסיימין כמו בשני שלישי האוזן בארכן ובאותן הגבוה שם הסחוס קשה וממקום שנפסקים הקמטים האוזן נתרכך ועליהם כוון המהרא"י ואמר שצריך שיהיה הפגם במקום שיש לו גובה קצת מבפנים תוך האוזן. וכונתו שדוקא אם נפגם הסחוס במקום הקמטים ששם הוא קשה במשמוש היד. אבל נפגם במקום שכלו הקמטים דשם מתרכך האוזן ולא מיקרי סחוס לפי דעתו. וגם מה שכתב שבאזני אדם נמי ניכר כן. ר"ל כמו שבאזני אדם מתחיל התנוך מגדר האמצעי כמו כן גבי בהמה מתחיל התנוך ממקום הקמטים. ואפשר שזה גם כונת הט"ז שהביא דברי רש"י וגדר האמצעי שבאוזן שעשוי כעין גדר בפני נקב האוזן. אין ר"ל שגם בבהמה עשוי כעין גדר. אלא דזה פירושו על רש"י ז"ל דרש"י קאי על אוזן אדם ובאוזן אדם עשוי זה כעין גדר. וכוונתם להביא ראיה כמו גבי אוזן אדם אינו מתחיל התנוך מיד שיתחיל האוזן להתקשות אלא עד גדר האמצעי אינו קרוי תנוך. כ"כ גבי בהמה אינו קרוי תנוך וסחוס אלא ממקום הקמטים ואילך ששם נתקשה האוזן ביותר:

אבל באמת נפלאתי על הגאונים הללו שיצאו מפשטיות המשנה דקאמר נפגמה אזנו מן הסחוס ולא מן העור. דמשמע רק העור בלבד ממעט. אבל הסחוס מתחיל מיד תיכף אחר העור. וכן בדקתי אוזן לאחר שנפשט העור מעליו מיד יש בה סחוס והוא קצת קשה וקצת רך ואנו קורין אותו חרשציק. ונראה מה שהכריחו לפרש כן הוא מחמת דברי רש"י בחומש שמות (כ"ט כ') דכתב וז"ל תנוך הוא הסחוס גדר האמצעי שבתוך האוזן. כן הוא ברש"י ישן. א"כ כתב רש"י דתנוך וסחוס הוא דבר אחד. ותנוך לא מקרי

אלא עד גדר האמצעי. וכן בדברי המתרגם המיוחס ליב"ע כתב ג"כ במקום אחד על תנוך סחוס. ובמקום אחד תרגם על תנוך גדר האמצעי. אלמא דסחוס וגדר האמצעי הכל אחד. והגאונים הנ"ל פירשו שגדר האמצעי הוא במקום שעשוי כעין גדר בפני נקב האוזן. ומכ"ז הוכיחו הגאונים לומר דגובה האוזן לא מקרי בכלל תנוך ובכלל סחוס. וכן משמע פשטיות לשון הת"כ דז"ל ונתן על תנוך יכול על תוך ודאי ת"ל על נוך. אי על נוך יכול על גובה של האוזן ת"ל תוך נוך הא כיצד הוא גדר האמצעי עכ"ל. אבל באמת נפלאתי ע"ז דהא אמרינן להדיא בקדושין (כא:) אמר ר' אלעזר יודן בריבי היה דורש כשהם רוצעים אינם רוצעים אלא במילתא וחכ"א אין עבד עברי כהן נרצע מפני שנעשה בעל מום וא"ת במילתא הם רוצעים האיך עבד עברי כהן נעשה בעל מום הא אינו נרצע אלא בגובה של אוזן. אלמא להדיא דבגופה של אוזן נעשה בעל מום דזה מקרי ודאי סחוס. ובאמת הרמב"ם ז"ל בפי' המשנה בנגעים פ' י"ד משנה ט' נשמר מקושיא זו ופי' בדברי הת"כ דהא דקאמר דבתנוך הוא גדר האמצעי פי' אחר. וז"ל ואולם תנוך האוזן הוא אשר נרשם לך עתה וזה שגשם יצא על שטח האוזן ממה שימשיך לפנים כאשר יגע בו האדם ימצאהו חזק דומה לעצם ומחוץ הוא בשר רך מקיף בסביב האוזן כלה. והפנימי הוא תוך האוזן ולזה הגשם אשר מחוץ יהיה תכלית האוזן הקערורה וזה תוך האוזן אשר על איזה החלק שיזדמן ממנו או על כולו יזה השמן והדם והוא אמרם תנוך אוזן זה גדר האמצעי עכ"ל. ויותר מבאר הבעל קרבן אהרן וז"ל האוזן יש לה ג' חלקים א' מחוץ לה יש בשר רך מקיף בסיבוב האוזן כולה. והפנימי הוא אשר תוך האוזן. ובאמצע אלו השנים יצא על שטח האוזן כו' שכאשר יגע בו האדם ימצאהו חזק דומה לעצם כו'. אי על נוך כלומר אי אמר על נוך גו' הייתי אומר שהוא בגובה האוזן והוא הבשר החיצון הרך שהוא מקיף ת"ל תוך נוך שהמלה מורכבת כו' וזהו הגדר האמצעי שבבחינת החיצון נקרא תוך ובבחינת הפנימי נקרא נוך שהוא החיצון. וא"כ הכונה לומר החלק מהאוזן שהיא הפנימי בערך מה וחיצון בערך מה וזהו גדר האמצעי עכ"ל. הרי להדיא פירשו דגדר האמצעי שהוזכר בת"כ לא קאי על גדרי האוזן דעשוין כעין גדרים כ"א קראו סוגי האוזן בשם גדר וגדר העור והבשר ממעטינן משום דלא הוה בכלל תוך. וגדר תוך ממש ממעטינן משום דבעינן נוך. ושטח האוזן כולהו שהוא סחוס הקשה הוא גדר האמצעי שבין תוך ובין נוך. והוא הנקרא תנוך לשון ממוצע ומורכב בין תוך ונוך. ובזה יתורץ דברי התרגום אונקלס שתרגם על תנוך ברום אודנו. ולכאורה הוא נגד הת"כ שממעט גובה האוזן ולפמ"ש א"ש דגובה של האוזן דקאמר הת"כ הוא עור ובשר המקיף. אבל כל מקום שהוא סחוס קשה מודה דשפיר הוה תנוך בגובה של אוזן

כדמוכח מקדושין דגובה של אוזן מקרי שפיר תנוך וסחוס. אמנם מצאתי להראב"ד ז"ל בפירושו לת"כ שהוא פי' גדר האמצעי דלא כמו שפי' הרמב"ם ז"ל. וס"ל דגדר האמצעי הוא גדר האמצעי ממש. במקום שעשוי כעין גדר בפני נקב האוזן וז"ל (פ' מצורע) יכול על תוך האוזן ממש כו' הא כיצד זה גדר האמצעי. פי' גדר השני הסמוך לגובה. ואיני יודע מאין לו כי נוך לשון גובה ושמא מוציא אותו מלשון נאספו עלי נכים שפירושו אנשים קשים מאד. וכן הגובה שבאוזן הוא הקשה שבאוזן ואעפ"י שגדר האמצעי קשה כמותו אי אתה רשאי להורידו למטה אלא על מקום הנראה ראשון הוא נותן. א"כ אמרינן אי בעי האי ואי בעי האי להכי כתב רחמנא תנוך דמשמע תוך ונוך לכך הוא מצותו על גדר האמצעי עכ"ל הזהב. וזה כשיטת הפרישה והט"ז. אך הוא ז"ל כתב להדיא דגובה של אוזן הוא קשה כמו גדר האמצעי. א"כ לענין מום ודאי מודה דבמקום הגובה של אוזן הוה מום כמו דמוכח להדיא בקדושין. ולפי שיטתו נראה דע"כ צריך לפרש דתנוך וסחוס הם שני ענינים נפרדים דלא כרש"י והרמב"ם ז"ל דפירשו דתנוך וסחוס הם דבר אחד. לכך הוכרחו לפרש דגדר האמצעי לאו גדר האמצעי ממש אלא כל מקום הקשה שבאוזן הוא מקרי גדר האמצעי:

והכלל היוצא דנראה מכל שיטות הראשונים דכל מקום שקשה קצת באוזן מקרי סחוס ולא ממעט בבהמה רק עור לבד שבבהמה לא דמי לאדם דבאדם יש קצת בשר בהתחלת האוזן. ובבהמה אין בה רק עור בלבד. רק שבסוף האוזן סמוך לחיבורו יש שם קצת עור בלא סחוס. דכמו גבי אדם יש מתחת מילתא. כן יש בבהמה אך בבהמה זהו פחות מעט. וע"ז כוון רש"י בבכורות דכתב אבל לא מן העור היינו אליה רכה של אוזן. והרמב"ם ריש פ"ז מהל' ב"מ דכתב עור המקיף לסחוס האוזן. לא פליג על רש"י כלל. אלא דהרמב"ם מיירי בהתחלת האוזן ששם ליכא רק עור לבד ומיד מתחיל הסחוס. ורש"י מיירי בסוף אוזן ששם יש אליה רכה ושם לא הוה מום דלא כדברי בעל תוי"ט שתמה על הכ"מ שלא הרגיש בזה שהרמב"ם מחולק עם פירש"י יעו"ש. ולפי דעתי לא פליגי כלל. אלא הם דברו בשני מקומות. ודברי שניהם אמת. וכן נראה מדברי בה"ג בהל' בכורות וז"ל אוזן פגומה מראש השפה בעור ובסחוס כדי שתהא היד ממשמש בסחוס. ומדבריו ג"כ מוכח כמו שכתבתי. ומ"מ למעשה קשה להקל נגד הני גאונים הנ"ל ואע"א להתיר עד שיגיע החסרון במקום שמתחילין הקמטים באוזן. אבל להלכה נראה עיקר כמש"כ שהסחוס מתחיל מיד. ונ"מ לענין ספק בכור שלפעמים שהוא מותר ע"פ הדין ומחמת חומרא צריך להטיל בו מום. עיין באחרונים. דשם ודאי סגי בהאי מומא נמי בפגימת צפורן בסחוס בהתחלת האוזן:

ומדי דברי בענין זה נ"ל לבאר מש"כ המהרי"ט אלגזי וז"ל כ התוס' החיצונית וז"ל נראה לר"י דאפי' בצרימה קטנה שהצפורן חוגרת בה יש לנו לחושבו למום מובהק דלשון צרימה משמע אפי' קטנה שהצפורן חוגרת בה עכ"ל. ולא ידעתי מה אשמעינן בזה הרי בפירוש אמרינן הכי בשמעתין בפ"ק דחולין ואין זו צריכה לפנים עכ"ל המהריט"א. ולפע"ד כוונת התוס' דמה שאמרו התוס' דיש לנו לחושבו למום מובהק. כוונתו דלדידן דאנו מתירין במום מובהק כסימוי עין וקטועי יד ורגל ע"י שלשה בני הכנסת דיש לנו להתיר גם בנצרם אוזן ע"י צרימה קטנה שהצפורן חוגרת בה דהוי נמי מום מובהק. וא"ש מש"כ התוס' יש לנו לחושבו למום מובהק. ודקדקו מדנקט בכ"מ בגמ' לשון צרימה דמשמעו צרימה קטנה והוי מום קבוע וידוע. וכן מבואר באו"ז סי' תק"ח וז"ל שאל ר"ש לר"י אם צרימת אוזן מום מובהק להתיר בג' בני הכנסת כמו סימוי עין כו'. והשיב לו שאם נפגמה פגימה קטנה שצ"ע אם חוגרת אם לאו בזה נראה לחוש. אבל אם נצרם הרבה נראה דהוי מום מובהק. ומדנקט בכמה דוכתי צרימת אוזן. הצורם אוזן כו' משמע שזה הוי מום ידוע לכל עכ"ל האו"ז. והא דאו"ז מחמיר דבעינן הרבה ובתוס' הנ"ל מבואר דאף בכדי חגירה לבד מותר. יש להשוות דעתם. דדברי או"ז נראין כסותרין דמתחילה כתב שאין להתיר במקום שצ"ע אם יש שם כדי חגירה. דמשמע הא אם יש כדי חגירה הנראה לכל הוא מותר. ואח"כ כתב דדוקא כשנצרם הרבה וי"ל עפ"י דברי הב"ח שעל הטור דלכתחילה בעינן יותר מכדי חגירה ובדיעבד מותר כשהתירו ע"י חגירת צפורן מלא. ובזה א"ש גם דברי התוס' להשוות דעתם לדעת האו"ז בשם ר"י:

כ"ד יו"ט ליפמן הכהן.

סימן טו

נסתפקתי לענין מה שצריך הכהן להביא ראיה שנפל המום מעצמו דנאמן בזה גם עד מפי עד. אם מהני בזה ג"כ הגדת עכו"ם במסל"ת. ונראה דלדעת הרשב"א והרבה מן הראשונים דכתבו דלא מהני הגדת עכו"ם במסל"ת אלא בעדות אשה בלבד. הכא אינו נאמן. אבל לפי"ד המרדכי והמהרא"י דבכל מילי דרבנן נאמן העכו"ם במסל"ת וכן פסקינן בשו"ע או"ח סי' תקי"ג ס"ו בהג"ה א"כ ה"ה הכא נאמן. דזה מה שאסור לשוחטו אם הטיל בו מום הוא רק מדרבנן בלבד. ולענין קטן במסל"ת נמי נראה מדברי הגמרא דב"ק דבכל דרבנן נאמן א"כ ה"ה הכא. אך אפשר לומר דהכא מיקרי איתחזק איסורא עיין בפ"ח סי' ס"ט מה שהאריך בזה. וצ"ע בכ"ז למעשה:

סימן טז

עובדא אתא לידי באחד שטעה ופדה תוך זמנו שהוא היה סבר שזמן הפדיון הוא ביום השלשים. ולכך פדה ביום השלשים. והוריתי שמחוייב הכהן להחזיר המעות ליד אבי הבן ויפדה אח"כ בברכה, וטעמא דידי הוא דהא מעכשיו כו"ע ל"פ דאין בנו פדוי אפי' לא נתאכלו המעות. והכא כמו שפירש להדיא מעכשיו דמי. ואף לפי"ד המהרא"י הובא בט"ז סי' ש"ה ס"ק י"ד דבסתם הוה כאומר לאחר שלשים יום. נ"ל דהיינו דוקא היכא דידע שעדיין לא הגיע זמנו דהא המהרא"י איירי היכא דפדה בע"ש וזמן הפדיון הוא בשבת ומחמת שיודע שא"א לפדות בשבת לכן פדה קודם זמנו ולכך אמרינן דודאי דעתו היה שי חל הפדיון בשבת כשיבוא הזמן והוה כלאחר שלשים יום. ואם החזיר תוך זמנו תלו זה בפלוגתת הפוסקים אי פסקינן כרב או כשמואל אבל היכא דטעה במספר הימים או שטעה בדין וסבר שכבר הגיע זמנו כו"ע לא פליגי דודאי דעתו שיחל הפדיון מעכשיו. וכיון דמעכשיו לא הוי פדיון כלל. א"כ צריך לפדות בברכה. ודלא כהט"ז בס"ק ט"ו דכתב דה"ה בטעה נמי יפדה בלא ברכה. לפ"ד אינו כן דבכה"ג ל"פ הפוסקים. ועוד נ"ל דבכה"ג כיון דאבי הבן קיבל המעות בחזרה מהכהן מפני שעדיין לא הגיע זמנו והא ודאי דרשות ביד האב לחזור כ"ז שלא הגיע זמנו. א"כ כו"ע ל"פ דאין בנו פדוי כלל. ואף שנראה מרמ"א דאם החזירן לאב תוך ל' דמי לנתאכלו המעות. נראה דוקא אם החזירן לאב דרך מתנה אז דמי לנתאכלו. אבל לא כשחזר וקבל מיד הכהן שלא דרך מתנה רק מפני שעדיין לא הגיע זמנו רוצה לחזור ורוצה לפדות בזמנו ודאי דיכול לחזור ובטל הפדיון הראשון א"כ ממילא מחוייב בברכה. ויותר נ"ל דלא מיבעיא בנ"ד דודאי יכול לחזור ולקבל מיד הכהן בחזרה כיון דטעה וסבר שכבר הגיע זמנו א"כ הוה נתינה בטעות ולא יכול הכהן לזכות במעות כשהאב רוצה לחזור מזה. אלא אפי' היכא דידע שעדיין לא הגיע זמנו ונתן לי' בפירוש לאחר ל' יום אם האב רוצה לחזור תוך ל' דיכול לחזור כיון שהכהן אינו יכול לזכות במעות אלא לאחר ל' יום א"כ הוה כנותן מתנה לאחר ל' יום דיכול לחזור תוך ל'. ע"כ נראה כשפדה תוך זמנו לאחר ל' ונתאכלו המעות ביד הכהן דיש שתי דיעות בזה אם בנו פדוי אם לאו ופסקינן דיפדה אח"כ בלא ברכה אם בא האב לשאול ועדיין לא עבר הזמן נ"ל דמורינן לכתחילה לחזור מהפדיון ולגבות מהכהן המעות ויחזור ויפדה בברכה כשיגיע זמנו:

אח"ז ראיתי למהרי"ט אלגזי דכתב דלפי דעת הר"ן בקדושין בריש האומר דאם אמר לאשה הרי את מקודשת לאחר ל' יום וחזר בו הוא אינה צריכה האשה לחזור קדושיה. דא"כ אמאי מהני אם נתאכלו תוך ל' יום. א"כ ה"ה הכא גבי פדיון אם נתן לכהן לאחר ל'

יום א"א להאב לחזור ולקבל הכסף בחזרה וליתן לכהן אחר. א"כ לכאורה דין זה היכא דידע שהוא תוך זמנו ונתן להדיא לאחר ל' אם יכול לחזור נפל ברבוותא. אף שדעת הרא"ש הובא בב"ש סי' מ' דאם הבעל חוזר צריכה האשה להחזיר קדושיה. וכן הוא דעת המהרי"ט. ולפ"ד נראה דגם דעת הרשב"א כן הוא. מ"מ כיון דדעת הר"ן אינו כן ודאי דיכול הכהן לטעון קים לי ואין צריך להחזיר. אך היכא דנתאכלו המעות ביד הכהן תוך שלשים אפשר לומר דגם הר"ן יודה שהאב יכול לחזור ולתבוע מיד הכהן שיחזיר לו המעות כיון דלפי הדין הוא פלוגתא דרבוותא היכא דנתאכלו המעות תוך שלשים וצריך האב לחזור ולפדות אם כן יכול האב לטעון דאדעתא דהכי לא נתתי לך. א"כ הוה גם כן נתינה בטעות כיון דאנן סהדי דאי הוה ידע שיתאכל ביד הכהן המעות והוא יהיה צריך לחזור ולפדות ודאי דלא היה נותן לו מעיקרא:

סימן יז

שאלה אשה באה מארץ מרחקים ונשאת לאיש וילדה בכור והיא אינה יודעת אם היה אביה כהן או לוי או ישראל וא"א לעמוד על ברור הדבר. האיך הדין אם מחוייב האב לפדותו כספק או לא:

תשובה הנה כבר נשאל ע"ז הגאון בעל צ"צ בסי' קכ"ה והשיב שהאב פטור מן הפדיון אף שרוב ישראלים חייבים בפדיון מ"מ בממונא לא אזלינן בתר רובא והמעה"ר. אמנם הגאון בעל קונ' הספיקות השיג עליו וכתב דלפי"ד אינו כן. ואע"ג דבכל מקום אין הולכין בממון אחר הרוב מ"מ במתנות כהונה כיון דדמי למתנות עניים ואיכא משום עני ורש הצדיקו כדמוכח בחולין (קלד.) דפרכינן שם מתנות עניים אמתנות כהונה. ואף שראיתי שכמה גדולי האחרונים עומדים בשיטתו דבכל מתנות כהונה איכא משום עורה"צ. אבל לפע"ד אינו כן וכמו שאבאר בס"ד. דהנה לפי דבריהם תמוה מאד דברי הגמ' חולין שם רמי ר"ל לר"י תנן ספק פטור אלמא ספיקא לקולא והא תנן ספק לקט לקט. דאמאי לא פריך על המשנה דספק בכורות אחד בכור אדם ואחד בכור בהמה בין טהורה בין טמאה המוציא מחבירו עה"ר. ובכמה משניות דבכורות מבואר כן דבכור אדם פטור לגמרי. ובכור בהמה טמאה אמרינן דפודה בטלה ומעכב לעצמו. ובכור בהמה טהורה אוכלו במומו ואינו נותנו לכהן. ואמאי לא פריך ר"ל רק על המשנה דחולין בלבד הלא דבר הוא. וגם הא דמתרץ שם רבא הכא פרה בחזקת פטורא קיימא וקמה בחזקת חיובא קיימא. לפע"ד ליכא לתרוצי על ההיא דספק בכורות דאדרבה גבי ספק בכורות יש להאשה והפרה עד הנה חזקת חיובא בבכורה ועכשיו נולד לנו הספק אם נפטרה מן הבכורה או לא מ"מ לא מחייבינן ליתן להכהן משום עורה"צ. ואין לומר משום דהולד יש לו חזקת

פטור עד שנולד הא נמי גבי לקט יש להחטים הנמצאים חזקת פטור קודם שחל עליהם לקט והיה אז בחזקת הבעלים ועליהם ליכא חזקת חיובא כלל והוה רק ספק השקול אם הם מהלקט או של הבעלים מ"מ מחייבינן ליתן לעניים משום עורה"צ ואמאי גבי ספק בכורות אע"ג דהוה ספק השקול לא מחייבינן ליתן לכהן. ומצאתי שהגאון בעל טורי אבן באבני מלואים (יד) עמד ג"כ בזה ולא תירץ כלום. ויותר מזה קשה לפע"ד דברי התוס' דבכורות (כ.) ד"ה ור' יהושע כו' דכתבו שם דבכור אינו מחוייב ליתן לכהן אע"ג דאיכא רובא לחיובא משום דאין הולכין בממון אחר הרוב. ואדרבה כתבו שם דאפי' לרב דס"ל דאזלינן בממונא אחרי רובא מ"מ במתנות כהונה כיון דהוה ממון שאין לו תובעין אין מוציאין. וכן כתב שם הרא"ש להדיא דאפי' למאן דלא חייש למיעוטא דמטנפת מ"מ מודה הוא שאינו נותנה לכהן דאין הולכין בממון אחר הרוב אפי' לרב משום דהוה ממון שאין לו תובעין. וכן כתב שם הרמב"ן בהל' בכורות וז"ל ומסתברא לן דכי אין חוששין לטינוף משום דהוה מיעוטא כו' דדוקא לגבי בכור גופי' לאכשורי' למזבח כו' אבל לאפוקי כהן מינייהו דבעלים לא מפיק דקיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב. וכן פסק המל"מ להדיא בהלכות בכורות פ"ד וכתב שם דאף דבכור זה יש לו קדושת בכור משום שיש כאן ס"ס להחמיר מ"מ אין מוציאין אותו מידו לתנו לכהן ואף לדעת מהריב"ל דס"ל דבכל מקום מוציאין ממון מס"ס מ"מ ש"ה דהו"ל ממון שאין לו תובעין עכת"ד. ונראה דדברי המל"מ הללו הם נובעים מדברי התוס' והרא"ש הנ"ל דס"ל דמתנות כהונה קילי משאר ממון משום דהוה ממון שאין לו תובעין. ואמאי לא מחייב ליתן לכהן משום עורה"צ:

וראיתי להמהרי"ט בחו"מ סי' קכ"ד דס"ל דהא דספק לקט לקט הוא דווקא בכה"ג דמיירי שם המשנה דאיתחזק שיש שם לקט ודאי ואנן מספקינן אם זהו מהלקט או לא לכך לא אזלינן בתר חזקת מ"ק ואמרינן בזה עורה"צ. אבל היכא דמסופק אם הוא לקט או לאו לא אמרינן בזה עורה"צ ואזלינן בתר חזקת מ"ק. ונראה מדבריו דבזה כונתו לתרץ מה שהקשינו למעלה מהא דספק בכורות אזלינן לקולא לענין ממון. נפלאתי ע"ז דא"כ האיך יפרש המשנה דפאה פ"ז מ"ד דקאמר שם איזה עוללות כל שאין לה לא כתף ולא נטף אם יש לה כתף או נטף של בעה"ב אם ספק לעניים. והתם לא שייך סברת המהרי"ט דהתם הוה ספיקא אם זהו עוללות אי לאו ולא אמרינן אוקי ממונא בחזקת מ"ק משום עורה"צ. וגם המהרי"ט בעצמו בסי' ל"ט הקשה לפ"ד מפ"ק דבכורות גבי מתניתין רחל שילדה שני זכרים וכו' מת אחד מהם ר"ט אומר יחלוקו ור"ע אומר המע"ה וקאמר בש"ס התם הכל מודים במפקיד אצל רועה שמניח רועה ביניהם ומסתלק ובמניח אצל בעה"ב

שהמע"ה והכא בחצר בעה"ב ורועה כהן ר"ט סבר אקני מקני לי' מקום בחצירו והו"ל כשנים שהפקידו אצל רועה ור"ע סבר כיון דאית ליה פסידא לא מקני ליה. והרי התם נמי אין לבעה"ב בולד הנשאר חזקת מ"ק שהרי אנו מסופקין דילמא בוכרא הוא ולאו משל בעה"ב ואפ"ה אמרינן בי' המע"ה. וכן הקשה שם הבעל קונ' הספיקות ותירוץ המהרי"ט אינו מובן כלל. וגם תירוץ הבעל קונ' הספיקות אינו נראה לי כלל:

ומחמת כל זה נ"ל לומר כלל חדש דהגמרא לא מדמי מתנות כהונה למתנות עניים אלא דוקא מתנות הזרוע והלחיים והקיבה דהם מבוררין מתחילתן שהן של כהן. וכמו דגבי מתנות עניים אמרה התורה עורה"צ דהיכא דהוה ספיקא אם זה שייך להעני או לבעה"ב אמרה התורה עורה"צ דלא מהני חזקת הבעלים כנגד העני והוה כמו שמוחזק בהן העני והבעלים באים להוציא. כמו כן גבי מתנות הזרוע והלחיים והקיבה נמי צריך לחשוב כמו שהכהן מוחזק בהן והבעלים באים להוציא. אבל גבי פדיון פ"ח כל כמה דלא איפרש אין זה של הכהן. וכן פה"ב כ"ז שאינו נותן לכהן אינו של הכהן בכל הני לא שייך לומר עורה"צ משום דזה מיקרי ספק חיובא אם מחוייב להפריש וליתן להכהן או לא ובכל הני לא מהני חזקת הכהן דהא אפי' למאן דס"ל גבי בכור תקפו כהן אין מוציאין מידו מ"מ גבי פפ"ח ופה"ב מודים דמוציאין מידו משום דזה הוה ספק חיובא וכיון דלא מהני חזקת הכהן לכך לא שייך בזה עורה"צ. אמנם גבי בכור דהוא מתחילתו מבורר דזהו של כהן נראה ליתן טעה אחר מאי דליכא בזה משום עורה"צ. משום דעיקרו של מתנות בכור הוא להקדיש לגבוה והכהן יקריב אותו על המזבח. ואף היכא שהוא בעל מום נמי משולחן גבוה קא זכי לכך ס"ל לרבנן דהוה ממון גבוה [לפי שיטת התוס'] ואף לר"י הגלילי דס"ל דהוה ממון בעלים מ"מ כיון דעיקר מתנה של בכור שהוזכר בתורה הוא להקדיש לגבוה ואח"כ יאכל הכהן את בשרו. אבל בכור בעל מום לא הוזכר בתורה להדיא שהוא ניתן לכהן רק בספרי פ' קרח סי' קי"ח ילפינן מקרא ובבהמה להביא את בעל מום. וכיון דלא ילפינן רק מרבויא לכך בכ"ד מתנות כהונה שנתנו לכהן חשבינן בכור מעשרה מתנות שבירושלים ולא חשבינן בעל מום בפ"ע ממתנות שבמדינה כיון דחזינן דהתורה לא כתבה מתנות בכור בעל מום להדיא בקרא כשאר מתנות כהונה שנתנה לכהן אלמא דגם מתנות בכור בעל מום הוא לגבוה ורק משום דלא חזי לגבוה זכתה התורה חלק גבוה לכהן. אך ר"י הגלילי סבר דהתורה זכתה לו להיות ממונו לכל דבר. א"כ לא שייך עורה"צ כיון דמיד גבוה קזכי לכו"ע וגבי גבוה ודאי לא שייך עורה"צ. ולפי מש"ב ניחא שפיר מה דלא הקשה ר"ל רק בחולין אמתנות זרוע ולחיים וקיבה

משום דגבי בכור ופדה"ב ופפ"ח לא שייך כלל עורה"צ. בפה"ב ופפ"ח משום דהוה ספק חיובא. ובכור משום דעיקרו הוא לגבוה:

עוד נ"ל לבאר בזה דלפי מה שמתרץ הגמרא שם התם קמה בחזקת חיובא קיימא ופרה בחזקת פטורא קיימא. אף במתנות זרוע ולחיים וקיבה שמבוררין מתחילתן שהן של כהן מ"מ אי איכא ספיקא אם פרה זו חייבת במתנות אי לאו פטור אף שמדברי רש"י נראה קצת דדוקא גבי ספק גר הוא דפטור משום דהתם אתה מעמידה על חזקתה הראשונה שהיתה בחזקת העכו"ם. אבל לפע"ד א"א לומר כן דא"כ תקשה מאי דתנן שם (קלב.) בכור שנתערב במאה בזמן שמאה שוחטין את כולן פוטרין את כולן. וכן אמרינן בבכורות (יח) גבי ספק בכור לר' יוסי ובספק מעשר לכו"ע דפטור מן המתנות. ולא מחייבינן מספיקא משום עורה"צ אלא ע"כ צ"ל דבכל ספיקא אם פרה זו מחוייבת במתנות אם לאו פטור וכן גבי שדה אם נסתפק לנו אם שדה זו חייבת בלקט שכחה ופאה ועוללות דפטורה משום דבזה לא אמרה התורה עורה"צ. והתורה לא אמרה עורה"צ אלא היכא שהדבר הזה ודאי חייב במתנות העני והכהן רק דנסתפק לנו אם זה שייך להעני ולכהן ע"ז אמרה התורה עורה"צ הצדק מתנותיו כיון שבודאי חייב במתנות אבל היכא שהספק לנו אם חייב במתנות או לא ע"ז לא אמרה התורה הצדק מתנותיו כיון שהספק לנו אם חייב במתנות או לא. וזהו כוונת הגמרא התם קמה בחזקת חיובא קיימא פי' שהיא חייבת בודאי במתנות רק דאנן מספקינן אם זהו לקט שכחה כו' או לאו לכך אמרינן בזה עורה"צ הצדק מתנותיו. אבל פרה בחזקת פטורה קיימא פי' דאנן מספקינן אם פרה זו נתחייבה במתנות בשעה שנשחטה אם לאו פטורה משום דע"ז לא קאי עורה"צ. ואף במתנות הדין עם העניים והכהן כמו בכל מקום היכא דאיכא ספיקא מעמידין הממון בחזקת הבעלים. ויותר נראה דהיכא דאיכא ספיקא אם חייב כלל במתנות לא אזלינן בתר רובא אף היכא דאיכא רובא דמסייע להעני או להכהן. והראיה מבכור שנתערב במאה דמה"ד הא כל דפריש מרובא פריש ובודאי אם נטרפה אחד מהם מותר למכור לעכו"ם היכא דלא לקח מהקבוע רק לאחר דניידי משום דכל דפריש מרובא פריש. ואפי' היכא שלקח מהקבוע הוא רק איסור דרבנן אבל מדאורייתא מותר משום דמדאורייתא בע"ח בטל ברובא מ"מ לענין מתנות פטרינן אלמא היכא דאיכא ספק חיובא לא מהני רובא לחייבי' במתנות משום דאין הולכין בממון אחר הרוב ואפי' לרב משום דהוה ממון שאין לו תובעין וכסברת התוס' והרא"ש ז"ל בבכורות והיכא דאיכא על השדה או על הפרה חיוב מתנות בודאי רק דאיכא ספיקא אם זה שייך להעני או לכהן אז אע"ג דאיכא רובא דמסייע להבעלים לא מהני דהא גבי לקט איכא למימר כל דפריש מרובא

פריש דהא רובא הוא של הבעלים כמו שהקשה המרדכי מ"מ מתרץ המרדכי בשם ר"ב משום הצדק מתנותיו לא אזלינן בתר רובא. [והתירוץ השני דמתרץ המרדכי כבר דחו אותו המל"מ פ"ד מהל' מ"ע והטורי אבן באבני מלואים] ולפי משב"ב יתיישב שפיר מה שהקשה הבעל קונ' הספיקות בכלל א' אות ט' על תירוץ המרדכי דהא אפי' היכא דאיכא חזקה לפוטרה פטור כדקאמרינן פרה בחזקת פטורא קיימא מכ"ש רובא. דרובא עדיף מחזקה ולא איתרבי מהאי קרא אלא ספק השקול וצ"ע עכת"ד. אבל לפי משכ"כ דלאו מטעם חזקה פטרינן אלא משום דעורה"צ לא קאי היכא דאיכא ספיקא אם חייב כלל במתנות אי לא אלא היכא דאיכא ודאי חיוב על השדה או על הפרה אז אמרינן עורה"צ אין מקום לקושיתו כלל. ובאמת לפי הבנת האחרונים בדברי הגמרא הוה ליה להקשות קושיא גדולה מזו על דברי הגמרא בעצמי' דאמאי גבי ספק בכור וספק מעשר פטור ממתנות ואפי' רובא לחיובא לא מהני. אף שמדברי רש"י מורים קצת כדברי האחרונים מ"מ נ"ל לדחוק בדברי רש"י דכוונתו הוא לאו דוקא גבי גר אלא בכל מקום מעמידין על חזקתה הראשונה שהיתה פטורה דהא גבי פרה קודם שנשחטה ושדה קודם שנקצרה ליכא עליהם חיוב מתנות כלל ועתה נסתפק לנו אם נתחייב פרה זו או שדה זו במתנות אמרינן דמספיקא אינן יכולין לחייבן במתנות ומעמידין אותן על חזקתן הראשונה שהיו פטורין וזהו לא מטעם חזקה אלא משום דעורה"צ לא קאי ע"ז אכ"כ ממילא מעמידין אותן על חזקתן הראשונה ואינן יכולין לחייבי' במתנות משום דמעמידין ממונא בחזקת הבעלים:

היוצא לנו לנדון שאלתנו דהדין עם הצ"צ דפטור מפדיון הבן כיון דאיכא ספק חיובא וליכא בזה משום עורה"צ. ולא אזלינן בזה בתר רובא. דלא כבעל הקונ' הספיקות:

סימן יח

הנה בקונטרס הברירה בסי' י"ד תירצתי שם דברי התוספת דאזלי לשיטתם דס"ל בס"ס מוציאין מיד המוחזק לכך ס"ל לר' ירמיה דגובה מכל או"א הוא מטעם ס"ס חדא דילמא אתה הבכור ואת"ל דהוא אינו בכור דלמא לא הגיע לך חלקך והוה אתה כלוקח שהגיע לך יעו"ש. אמנם לפי משכ"כ המל"מ בהל' בכורות סי' ד' דבממון שאין להן תובעין כו"ע מודים דאין מוציאין ממון מס"ס. ובארתי למעלה דנראה דזהו דעת התוס' והרא"ש אכ"כ נסתר תירוצי שם. ולכאורה עלה בדעתי דאפשר ליישב משום דהא כבר הקשה בסוגיא זו המהרי"ט אלגזי האיך יכול לגבות מהם אף קודם חלוקה כיון דעליהם לא רמיא חיובא דמצוה מטעם דכל אחד יכול לדחות לגבי חבירו שהוא הבכור ואינם חייבים אלא מטעם חיובא דממון שירשו מאביהם אכ"כ אמאי לא פטרינן להו מטעם ממון שאין לו תובעין

אפי' קודם שחלקו דמ"ש מההיא דאמרינן בפ"ק דקדושין (כט:) דכהן בפה"ב אי ליכא בני חורין טורף ממשעבדי והקשו הראשונים ע"ז דהיכא מצי טריף ממשעבדי הא ממון שאין לו תובעין הוא. וכתב דע"כ צריך לתרץ גם הכא כמו שתירצו הראשונים שם דאיירי במכירי כהונה א"כ הוה ממון שיש לו תובעין. א"כ א"ש מה שתירצנו דהכא גבי מטעם ס"ס לפי שיטת התוספת דכתובות. אמנם המהריט"א תברא לגזיזיה והקשה דלפי"ז תקשה דאמאי אינם חייבין האחין שחלקו אף דחשיב כמוכרין זה לזה מ"מ ליחייבו מטעם מזיק שעבודא של חבירו. דהא הטעם דמזיק מתנות כהונה פטור משום דהוה ממון שאין לו תובעין. אבל במכירי כהונה כיון דהוא ממון שיש לו תובעין אמאי אינם חייבין. ותירץ עפי"ד התוס' בב"ב דהא דמכירי כהונה חשיב כמוחזק היינו כ"ז שלא חזר בו בעל המתנות אבל חזר בו בפירוש אין לו זכיה לכהן כלל. א"כ במזיק מתנות כהונה אין לך חזרה גדולה מזו ואף במכירי כהונה פטור. א"כ ה"נ כיון דקמי נכסי קמי' דיתמי יכולין היורשין לומר שאינם רוצים ליתן לכהן זה ולכך פטור מטעם מזיק שעבודא. וכתב א"כ הדקל"ד דאמאי קודם חלוקה חייבין הא הוה ממון שאין לו תובעין. ע"כ מסיק המהריט"א דצ"ל דדוקא גבי לוקח כתבו הראשונים דאינו יכול לגבות ממנו אם לא במכירי כהונה. אבל הכא דע"כ עיקר חיוב הפדיון שנתחייב האב הוא עכ"פ על אחד מהבנים היורשין שהכהן בא לגבות מהם ע"כ א"א לדחותו עכת"ד המהריט"א. אבל לפע"ד מה דפסיקא לי' להמהריט"א דלפי דברי התוס' דב"ב דאף במכירי כהונה יכול לחזור ה"ה הכא יכולין היתומים לומר שאין אנו רוצים ליתן לכהן זה. ז"א דאף דהיכא דבא הכהן לגבות מהבנים מחמת עצמם כיון שהוא בכור והוא נתחייב לפדות א"ע ודאי דיכול לומר אני איני רוצה ליתן לך אף שאתה הוא ממכירי כהונה של אבי. מ"מ היכא שבא הכהן לגבות מהנכסים מחמת חוב אביהם כיון שאביו נתחייב כבר בפדיון בנו. ואביו לא חזר בו קודם מותו לומר שאינו רוצה ליתן לכהן זה. נראה דגם היתומים אינם יכולין לדחותו ודינם כלוקח היכא שמצי לגבות מן הלוקח הא אין הלוקח יכול לדחות את המכירי כהונה. ה"ה יורשים נמי כיון שאין חוב זה מחמתם אלא מחמת אביהם אינם יכולין לדחותו:

וגם מש"כ המהריט"א דלכך פטור אף במכירי כהונה אם אכל או הזיק המתנות כהונה מטעם דאין לך חזרה גדולה מזו. א"כ לפי"ד אם אכלן או הזיקן אחר חייב כיון דהבעלים לא חזרו בו. א"כ הוה ממון שיש לו תובעין וחייב האחר לשלם להם. לפע"ד מדברי התוס' דחולין (קל:) ד"ה ואי בעית אימא כו'. אינו נראה כן. דז"ל ואיכא בין הני תרי לישני דלהאי לישנא דאין לו תובעין נהי דאינו יכול לתובעו בדיינין בדיני שמים מיהא

מחייב וללישנא קמא דדריש לי' מוזה אפי' בד"ש נמי לא מחייב עכ"ל. ואמאי לא כתבו נ"מ גדולה מזו דנ"מ במכירי כהונה אם אכלן או הזיקן אחר ללישנא בתרא חייב כיון דהבעלים לא חזרו בו. וללישנא קמא פטור כיון דממעטינן מוזה א"כ אף במכירי כהונה נמי פטור. אלא נראה דדעת התוס' הוא דאף במכירי כהונה כיון שהבעלים יכולין לחזור בו ולא ליתן להם אלא לכהן אחר לא מיקרי ממון שלהם ממש ואינם יכולין לתבוע להמזיק או למי שאכל דיכול לטעון דאולי הבעלים יחזרו ולא יתנו לכם. אע"ג דאמרינן בב"ב (קכג:) דבמכירי כהונה הוה מתנות כהונה כמוחזק. ש"ה כיון דאח"כ בא לידם הוה כמו שזכו בהם משעה ראשונה. אבל כ"ז שלא בא לידם לא מיקרי מפסיד ממון שלהם ממש כיון שעדיין יכולין הבעלים לחזור בהם לכך לא מיקרי מפסיד ממון שלהם כיון שעדיין לא זכו בהן. אך לכאורה אפשר לומר אדרבה איפכא דדעת התוס' הוא דבמכירי כהונה אם אכלן או הזיקן אחר חייב אף ללישנא קמא דמפקינן מקרא מוזה דזה הוה כאלו בא ליד הכהן ואח"כ אכלן או הזיקן דודאי חייב. אבל זה אינו נראה כלל דהא לפי"ד התוס' הבעלים יכולין לחזור בהן ושלא ליתן להם א"כ האיך אפשר לומר דזה חשיב כמזיק מתנות כהונה לאחר שבאו לידו כיון דעדיין יכולין לחזור בהם ושלא ליתן להם אלא לכהן אחר. ואין להקשות לפי"ז מהא דאמרינן בגיטין (ל.) גבי מלוה מעות את כהן להיות מפריש עליהן מחלקן דמוקי שם רב במכירי כהונה ולויה דיצא ידי נתינה אע"ג דלא אתא לידו דכהן וכיון דהבעלים יכולין לחזור בהן לא חשיב ממון שלהם ממש א"כ האיך יצא ידי נתינה. ונראה דשם משום תקנה עשו שאינו זוכה כזוכה ואף לרבנן דפליגי עלי' דר' יוסי מ"מ גבי מכירי כהונה ולויה כו"ע מודים דעשו שאינו זוכה כזוכה. וכן כתב הריטב"א שם דאף למ"ד דבמכירי כהונה ולויה עסקינן מ"מ אינו זוכה מה"ד אלא דהחכמים עשום כזוכין משום תקנה וכה"ג צ"ל בחולין (קלג.) בהא דאמר רב יוסף האי כהנא דאית לי' צורבא מרבנן בשבבותי' ודחיקא לי' מילתא ליזכי' לי' מתנה ואע"ג דלא אתי לידו במכירי כהונה ולויה. דשם נמי משום תקנת צורבא מדרבנן דדחיקא לי' מילתא עשו שאינו זוכה כזוכה גבי מכירי כהונה ולויה. אבל אם לא דחיקא לי' מילתא אסור אף במכירי כהונה ולויה כדאמרינן שם] אח"כ ראיתי להמרדכי ס"פ כל הגט וכן נראה דעת תוס' הרא"ש הובא בש"מ בב"מ (מט.) לתירוצא קמא שם דאע"ג דיכול לחזור מ"מ כ"ז שלא חזר בו כיון דאסור לחזור לכתחילה יכול להקנותם ולכך יצא ידי נתינה ויכול לעשותם תרומה ומעשר על מקום אחר:

אמנם ראיתי בש"מ שהביא בשם עליות רבינו יונה שהשיג על דברי התוס' וכתב דכיון שיכול ב"ה לחזור בו אינו ממונו של זה כלל ואין סברא לומר שיטול בו בכור פי שנים.

אלא משום דבמכירי כהונה אינו יכול לחזור בו מעידנא דאישתחיט ומשום דס"ל כר"י דאמר עשו את שאינו זוכה כזוכה וכדאמרינן בס' פ"ב דגיטין בענין המלוה את הכהן ואת הלוי ואת העני עכת"ד. אף שלכאורה קשה לדבריו דהא אמרינן שם דרב דמוקי במכירי כהונה דלכך לא קאמר כעולא דמוקי כר"י משום דכיחידאי לא מוקמינן אלמא דרב מוקי למתני' ככו"ע. נראה דע"כ צ"ל דהפי' בגמרא דכיחידאי דלא ס"ל כוותי' לא מוקמינן. ולא ס"ל לרב ושמואל כר"י אלא היכא דמסתברא טעמא דר"י כמו גבי לקט בב"מ (יב.) דמסתמא עניים גופי' ניחא להו. וכן הכא גבי המכירי כהונה ולויה מסתברא נמי טעמא דר"י דעשו שאינו זוכה כזוכה משום דאסחי שאר כהנים דעתייהו מזו כמש"כ רש"י שם. וגם מדברי הרשב"א בחידושיו לגיטין שם ע"ב נראה דס"ל ג"כ כהר"י דהבעלים אינם יכולין לחזור בהם ומעידנא דאישחט או נתמרח הכרי קנה הכהן קנין גמור במכירי כהונה. ואפשר דס"ל דגם רבנן מודים דבמכירי כהונה עשו שאינו זוכה כזוכה וכן נראה מדברי הר"י מיגש בב"ב שם דס"ל דבמכירי כהונה הוה המתנות כפקדון ביד הבעלים יעו"ש. א"כ לדבריהם במכירי כהונה אפי' אם אכלן או הזיקן הבעלים נמי חייב לשלם אפי' לישנא דילפינן מוזה כיון דהוה כמו כבר מסורים ליד הכהן והכהן הפקיד ביד הבעלים. ולדינא נראה דזה הוה פלוגתא דרבוותא אם חייבין לשלם במזיק מתנות כהונה במכירי כהונה:

מ"מ נראה כמו נ"ד גבי פדיון הבן כו"ע מודים דאף במכירי כהונה יכולין הבעלים לחזור בהם. ולא דמי לכל מתנות כהונה [דלא כהמהריט"א דמדמי להדדי] ודוקא גבי מתנות זרוע והלחיים והקיבה או גבי תרומה דשם אינו אלא מצות נתינה בלבד על הבעלים אבל אינו חייב באחריותן כלל לכך ס"ל לכמה ראשונים דבמכירי כהונה עשו חכמים שאינו זוכה כזוכה וכאלו כבר נתנו ליד הכה. ולמ"ד מתנות שלא הורמו כמו שהורמו דמי הוה כמו שהפרישן ובא ליד הכהן. ולפי דבריהם ודאי דחייב אם אכלן או הזיקן לשלם להכהן משום דזה הוה ממונו של כהן ממש אבל גבי פדיון הבן הא תנן בבכורות (נא.) המפריש פדיון בנו ואבד חייב באחריותן. וזה ודאי דאף אם יש לו מכירי כהונה מ"מ חייב באחריותן דלא מצינו שחלקו חכמים בזה. א"כ לא עשו חכמים שאינו זוכה כזוכה לענין זה דליפטרו הבעלים מאחריותן מיד שהפריש ויהי' זה כאלו בא ליד כהן וכ"ש אם לא הפריש כלל. וא"כ בפדיון הבן לכו"ע יכולין הבעלים לחזור ושלא ליתן לו משום דעדיין לא זכה הכהן. אלא רק משום מחוסר אמנה בלבד אסור לחזור במכירי כהונה. וא"כ לכו"ע אם הזיק אחד שעבודא של כהן פטור מלשלם ואינו חייב מטעם דינא דגרמי אף במכירי כהונה [והוה כמו מזיק שאר מתנות כהונה באינו מכירי כהונה]

משום דעדיין לא זכה הכהן בהשעבוד זכיה גמורה ע"כ הוה ממון שאין לו תובעין אף במכירי כהונה וע"כ נראה אפי' היכא שמת האב כבר ולא חזר בו קודם מותו והיתומים אינם יכולין לכתחילה לדחותו שלא ליתן לו כמשב"ל כיון דהחוב זה מחמת האב ולא מחמתם. מ"מ לא זכה בו הכהן עדיין זכיה גמורה ובדיעבד אפי' אם נתנו היתומים החמש סלעים לאחר אינו יכול הכהן של מכירי כהונה דאב לתבוע מהם ומחמת זה אינם חייבין מטעם מזיק שעבודא של חבירו כיון דעדיין לא זכה הכהן זכיה גמורה ולכך פטורין אפי' במכירי כהונה דהוה כממון שאין לו תובעין כיון דבדיעבד אינו יכול הכהן לגבות מהם: **ולפי** מש"ב דגבי פדיון הבן אף במכירי כהונה הוה ממון שאין לו תובעין ע"כ צ"ל דלא כהמל"מ דה' בכורות דס"ל דאף לפי דעת הפוסקים דבס"ס מוציאין מיד המוחזק מ"מ בממון שאין לו תובעין לכו"ע אין מוציאין. ואף שלכאורה כן נראה מדברי התוס' והרא"ש דבכורות דס"ל דגם רב מודה דאין הולכין בממון אחר הרוב בממון שאין לו תובעין. אבל באמת ע"כ ז"א דא"כ תשאר קושיתי מה שהקשיתי שם סי' י"ד דאמאי ס"ל לר' ירמיה דזה הוה כשני יוסף ב"ש שלקח אחד שדה מחבירו דאף דס"ל דהאחים שחלקו הוו כלקוחות מ"מ מה דהוו כלקוחות הוא מטעם דא"ב. והא התוס' ס"ל דהא דא"ב הוא מטעם ספק דילמא לא הגיע לו חלקו והוה כלוקח. אבל הא איכא לספוקי דילמא הגיע לו חלקו והוה עליו כיורש ואז אינו יכול לגבות מהן משום דכל או"א יכול לדחותו לחבירו וא"כ מספיקא האיך גובה מהם. אלא ע"כ צ"ל דהתוס' ס"ל דס"ס חשיב כודאי ואף בממון שאין לו תובעין יכול לגבות ולכך ס"ל לר' ירמיה דגובה מכל אחד מטעם ס"ס וכמש"ב. ונראה דזהו דעת הרמב"ם בה' בכורים פי"א דס"ל דגבי פדיון הבן היכא דאיכא ס"ס מחויב לפדות וכבר בארנו דמה שכתב בעל קונטרס הספיקות דזהו משום עורה"צ. ז"א דגבי פדיון הבן לא שייך עורה"צ. וע"כ צ"ל משום דס"ל דס"ס עדיף מרובא. אך ראיתי להגאון בעל ישועות יעקב בה' בכורות דכתב דטעם הרמב"ם הוא משום דבכה"ג דאיכא ס"ס בחיוב קיום המצוה אע"ג דלהוציא ממון לא מהני מ"מ חייב משום קיום המצוה ולדבריו ה"ה היכא דאיכא רובא לחיובא נמי מחייב הוא משום קיום המצוה יעו"ש. אבל לפ"ד א"א לומר כן דא"כ תקשה דאמאי גבי בכור שנתערב במאה אמרינן דבזמן שמאה שוחטין את כולן פוטרין את כולן ממתנות הזוהלחוה"ק. ואמאי לא מחייבינן כל הני שנטלו מן הקבוע לקיים את המצוה ליתן להכהן הזוהלחוה"ק. כיון דאיכא רובא לחיובא מטעם כל דפריש מרובא פריש [לבד השנים האחרונים איכא למימר דפטורין] אלא ודאי דרובא לא מהני לחייבו כיון דגבי ממון אמרינן המע"ה ורובא לא מהני אפי' לרב כמש"כ התוס' כיון דהוה ממון שאין לו תובעין וממילא פטור נמי מן

המצוה. א"כ הכא גבי פה"ב אמאי מחייב הרמב"ם מטעם ס"ס לפדות. וע"כ צ"ל דס"ל להרמב"ם ז"ל דס"ס עדיף מרובא. דרובא אכתי ספיקא מיקרי אלא דהתורה התירה ספק זה ואמרה דגבי איסורא אזלינן בתר רובא דאחרי רבים להטות כמש"כ התוס' והרא"ש בב"מ (מ:) לכך גבי ממון אזלינן לקולא ונפטר גם מחיוב המצוה. אבל ס"ס ע"כ ס"ל כיון דאיכא ס"ס לחומרא חשיב כודאי חיוב. ולפי"ז נ"ל דגם גבי מעשר אע"ג דהתורה התירה ספק זה לא התירה היכא דאיכא ס"ס לחומרא. כגון שנתערב אחד מהנמנין לדיר ואח"כ יצא אחד מהם ונתערב בדיר אחר לא מהני מה שנתערב לפטור את הדיר השני כיון דאיכא בכל או"א מהדיר השני ס"ס לחומרא זה לא חשיב עשירי ספק. וכן נראה גבי בכור שנתערב במאה דאם אח"כ נתערב אחד מהם באחרים כולם חייבים במתנות ולא נפטרו מטעם המע"ה כיון דאיכא בכל או"א ס"ס לחומרא שמחויב הוא במתנות. ובאמת מדברי הרמב"ם הללו יש סיוע גדול לדברי המהריב"ל דס"ל דבס"ס מוציאין מיד המוחזק וכן כתב המל"מ בעצמו שם פי"א ה"כ דדברי הרמב"ם והראב"ד שם אזלי כל אחד לפי שיטתי' יעו"ש טעמם משום דס"ס דבס"ס מוציאין מיד המוחזק כדעת המהריב"ל. ונפלאתי על המל"מ דסותר משנתו מה דכתב בה' בכורות דבממון שאין לו תובעין כו"ע מודים דבס"ס אין מוציאין וע"כ צריך לדחוק דהמל"מ מפרש דברי הרמב"ם והראב"ד גבי פדיון הבן איירי במכירי כהונה דהוה ממון שיש לו תובעין. אבל כבר בארנו למעלה דגבי פה"ב לא שייך כלל לומר דבמכירי כהונה יהא ממון שיש לו תובעין. ועוד נ"ל דאפי' גבי שאר מתנות כמו גבי בכור והזולחוה"ק לא מיקרי ממון שיש לו תובעין אפי' במכירי כהונה כיון דאיכא ספיקא אם הוא חייב כלל לא שייך למימר דהחכמים עשו בה שאינו זוכה כזוכה. ועדיין צ"ע לענין כל ס"ם להוציא מיד המוחזק האיך ס"ל להרמב"ם והראב"ד ז"ל דהא גבי פדיון הבן גופא לא בכל ס"ס ס"ל דחייבין לפדות כמש"ב המל"מ שם:

סימן יט

הנה הרמב"ם בה' כלאים פ"י הל"א כתב וז"ל המלביש את חבירו כלאים אם היה הלובש מזיד הלובש לוקה והמלביש עובר משום ולפני עור לא תתן מכשול. ואם לא ידע הלובש שהבגד הוא כלאים והיה המלביש מזיד המלביש לוקה והלובש פטור עכ"ל. וכה"ג כתב ג"כ בה' אבל פ"ג ה"ה דהמטמא כהן אם הי' שניהם מזידין הכהן לוקה וזה שטמאו עובר על ל"ע לא תתן מכשול ואם היה הכהן שוגג וזה שטמאו מזיד הרי זה שטמאו לוקה וכבר תמה ע"ז הרא"ש דאמאי לוקה המלביש הא לא כתיב לא תלביש. וכה"ג גבי מטמא כהן אמאי לוקה. ושאל להרשב"א ע"ז ולא זכינו לתשובתו וכן כתב הכ"מ שם. ולפע"ד נראה

לישב זאת דהנה מכבר כתב לי הגאב"ד דק"ק שומייאץ מו"ה משה ניסן ז"ל להקשות בשם הגאון מו"ה זיסל ראפפארט ז"ל בסוגיא דנזיר (מד.) דאיתא שם וטומאה נעשה בה מטמא כנטמא ק"ו מתגלחת ומה תגלחת שאינה סותר אלא שלשים עשה בה מגלח כמתגלח טומאה שהיא סותרת את הכל אינו דין שנעשה בה מטמא כמיטמא אמר קרא וטמא ראש נזרו למטמא ראש נזרו כו' ע"כ. והקשה ע"ז לענין מה אנו רוצין ללמוד מק"ו דהמטמא את הנזיר יהי' חייב אי לענין מלקות הא אין מזהירין מה"ד ולענין איסורא הלא בלא"ה עובר משום ולפני עור:

וזה אשר השבתי לו. אף לדברי הגמרא יש ליישב לענין איסורא משום דהא גם לענין איסורא יש נ"מ אם יש ב' איסורים לקוברו בין רשעים גמורים כדמשני ביבמות (לג:) ובמכות (יז:) על ר"ש דאמר לוקה חמש דחי הגמרא דקאמר לענין איסורא אלמא דשייך למידן גם לענין איסורא אם יש ב' איסורים אם לאו וגם בלא"ה ניחא כמ"ש גם מעכת"ר בעצמו דנ"מ במקום דליכא משום לפ"ע כגון דלא קאי בתרי עברי דנהרא. אמנם מה שעומד לנגדי דברי הרמב"ם ה' נזירות פ"ה ה"ב דכתב שם ולמה לא ילקה המטמא את הנזיר לפי שנאמר וטמא ראש נזרו אינו לוקה כו'. א"כ מוכח דאי לאו הקרא הוי לקי. והנה מה שבדעתם ליישב גם לענין מלקות ע"פ סברת הרה"מ דהיכא דיש איסור בלא"ה אז מזהירין מה"ד אף ללקות. והכא יש איסור בלא"ה משום ולפני עור. ע"כ מחמת הק"ו לקי. לפ"ד ז"א משום דהא האיסור לפ"ע אינו מן הנידון שאנו רוצין ללמוד מן הק"ו. דהא אנו רוצים ללמוד על המטמא שיהא עובר כמו הנטמא. כמו דגבי מגלח שיש על המגלח איסור לאו דלא יעביר כמו המתגלח. כ"כ אנו רוצין ללמוד על המטמא מק"ו. א"כ אנו רוצין ללמד אפי' במקום דליכא לפ"ע. ובמקום דליכא משום לכ"ע לא לקי משום דאין עונשין מה"ד. א"כ האיך אפשר לומר דבמקום דאיכא לפ"ע אתי הק"ו לגלות דלקי עליו משום האיסור דלפ"ע כיון דהוא איסור אחר ולא האיסור דהק"ו אתי עליו. ולא דמי לסברת הרה"מ הנ"ל דמיירי בשאר בהמה וחיה טמאה שאין להן שום סימן טהרה כיון דיש עליהן לאו הבמכ"ע ע"כ אתי הק"ו דלוקין עליהן מחמת זה האיסור גופה. אבל הכא לא שייך כן. ועיין ברמב"ן יבמות (כב:) וגם מה שתירץ מעכת"ר עפ"י סברת המהרש"א בסנהדרין דהא דאין עונשין מה"ד משום דעונש בא לכפרה ומחמת הק"ו היא הנותנת דלא סגי לי' בכפרה זו וא"כ הכא כיון דנזיר עצמו שטמא א"ע סגי לי' במלקות אין סברא להחמיר יותר להמטמא דלא לסגי לי' במלקות. לא יתישב דהא לפ"ע יוכיח דאין לוקין עליו משום דהוי לאו שבכללות וא"כ המחטיא חמור מהחוטא דהמחטיא אין לו כפרה ולהחוטא יש לו כפרה ואין לומר דהלאוין שבכללות קילי ואינם צריכין כפרה דיעוין

במל"מ פ"ה מהיה"ת מביא הבעל מגיה בשם ס' גופי הלכות דכל הלאוין שאין בהם מלקות חמירי מלאוין שיש בהם מלקות. ונראה דהוא הולך על דרך דברי המהרש"א הנ"ל. א"כ לפי"ז לאו דלפ"ע חמיר משאר לאוין. [ומלבד זה דברי המהרש"א בעצמם צע"ג כמו שהקשה לי בני הרב החריף ושנון מוה' יהודא זאב שי' מסוגיא דיבמות (כב:) לפירש"י שם דפירש דאחותו בת אביו ובת אמו דצריך לרבות היינו דוקא מן האונסין אבל מן האישות שמעינן מבת אשת אביך דמשמע בין אמו ובין שאין אמו א"כ האיך קאמרינן שם לומר שאין מזהירין מה"ד. הא ממ"נ אם דיהי' מחוייב בכפרה שמעינן מן בת אביו או בת אמו. ואם דיהי' סגי בכפרה שמעינן ממילא דודאי אינו חמיר מן האירוסין יותר מן הנשואין. ועיין בתוס' מכות (יד.) ד"ה ההוא מבעי לי' דלפי גירסת המהרש"ל שם בתוס' א"ש הקושיא הנ"ל לפי דברי התוס'. אבל לפי גירסת המהרש"א שם ישאר הקושיא אף לפי"ד התוס' וצ"ע]. ועוד הא הרמב"ם דפסק דבהמה וחיה שאין להן סימן טהרה לוקין עליהן וע"כ צריך לתרץ דבריו כמו שתירץ הרה"מ ולפי"ד המהרש"א לא יעלה תירוץ של הרה"מ על הרמב"ם כלל:

ע"כ עלה בדעתי לישב דברי הרמב"ם ז"ל עפ"י סברת הרה"מ הנ"ל ובאופן אחר. דהא קיי"ל דמוזהרים גדולים על הקטנים להאכילם איסור בידים. והיא אזהרה גמורה לכל האיסורים. ונפלאתי על הפוסקים שרוצין לומר דבשאר איסורין הוא רק מדרבנן משום דדם ושקצים וטומאה הוי תלתא כתובים הבאין כאחד ואין מלמדין. דהא בת"כ מוכח להדיא דהיא אזהרה גמורה לכל האיסורין. דהא בפ' צו פט"ו בעי קרא למעט המאכיל מאיסור כרת. וכן גבי נותר בעינן קרא למעט המאכיל מאיסור כרת אלמא דהמאכיל הוא מוזהר באזהרה גמורה לכל האיסורין וכיון דמוזהרים גדולים על הקטנים כ"ש דמוזהרים על הגדולים כדמוכח בת"כ פ' אחרי פ"י דאיתא שם יכול לא יהי' נכרתין ע"י הקטנים כו' אבל יהי' נכרתין ע"י גדולים כו' ת"ל כל אוכליו יכרת כו'. אלמא דחמירי אזהרתם על הגדולים יותר מאשר על הקטנים והא דצריך לפ"ע היינו אף הושטה בעלמא ואינו מאכילו בידים נמי אסור במקום דאיכא תרי עברי דנהרא. אבל כשמאכילו בידים הוא מוזהר אפי' במקום דליכא תרי עברי דנהרא [ועיין במל"מ ה' מ"א פ' י"ז ה' כ"ז דכתב דאף כשמטעה הקטן מיקרי מאכילו בידים. ודבריו צ"ע]. אלא דלא לקי ע"ז משום דאין ע"ז לאו מיוחד אלא מדרשא כידוע דרכו של הרמב"ם דהיכא דאתא מדרשא אין לוקין ע"ז. ודוקא במקום דגלי קרא דלקי אף להמעשה כעושה האיסור כגון הקפת הראש השחתת הזקן קרחת על המת שריטה על המת וכתיבת קעקע והמגלח את הנזיר דבהני גלי קרא דלקי על אזהרת גדולים על הגדולים. אבל במקום דלא גלי קרא אינו אלא איסור

מדאורייתא בעלמא להמעשה כהעושה האיסור. והו"א דאתי מטמא את הנזיר ממגלח מק"ו ואתי הק"ו לגלות דלקי אף להמטמא משום האיסור דאזהרת גדולים על הגדולים וכסברת הרה"מ הנ"ל:

אבל לאחר העיון ראיתי בק"א פ' שמיני דאזהרת הגדולים על הגדולים הוא דוקא כשהאוכל האיסור הוא שוגג דומיא דאזהרת גדולים על הקטנים כיון דהקטנים אינם בני דיעה לכך הוזהרו גדולים עליהם שלא להאכילם בידים. ולכך בגדולים נמי היכא שהאוכל הוא שוגג בזה ואינו יודע שזהו איסור מוזהר הגדול עליו שלא להאכילו בידים. אבל היכא כשהאוכל הוא מזיד אז עובר המאכיל משום לפ"ע לחודא היכא דקאי בתרי עברי דנהרא. ודוקא בהנהו דהבאתי לעיל כגון הקפת הראש כו' לקי אף כששניהם מזידים. ואף במקום דליכא משום לפ"ע וגם ביאר שם הק"א דדוקא כשהאוכל הוא קטן אז אינו על המאכיל רק אזהרה בעלמא. אבל כשהאוכל הוא גדול אז המאכיל חייב מלקות אם האוכל הי' שוגג בדבר. והטעם בזה כיון שהקטן בעצמו כאשר אכל אינו לוקה דלאו בר עונשין הוא והאיך ילקה המאכילו. וגם נראה לפ"ד דאזהרת גדולים על הקטנים ואזהרת גדולים על הגדולים נפקא מתרי קראי. דהנה בת"כ פ' שמיני גבי עופות טמאים איתא שם לא יאכלו לחייב את המאכיל כאוכל ושם בפ' י"ב גבי שרצים איתא לא יאכל לחייב את המאכיל כאוכל. ע"כ חד אתא לאזהרת גדולים על הגדולים וחד אתא לאזהרת גדולים על הקטנים. וכן כתב הגאון מלבי"ם בפי' לת"כ. וכן נראה מדברי רש"י בחומש דגבי עופות טמאים כתב לחייב את המאכילין לקטנים. וגבי שרצים כתב סתם לא יאכל לחייב את המאכיל כאוכל. [אך המלבי"ם כתב בהיפך כדי לישב דברי הגמרא דיבמות (קיד.) דמייתי שם לא תאכלום כי שקץ הם לא תאכילום להזהיר הגדולים על הקטנים. וכתב הגאון הנ"ל שנ"ל שהברייתא נדפסה בטעות ובקיצור כי צ"ל שם כמו שהוא בספרא לא תאכלום יכול יאכילו לקטנים ת"ל לא יאכל להזהיר גדולים על הקטנים]. וזה קאי על אזהרת גדולים על הגדולים. ואע"ג דהקרא כתיב גבי שרצים מ"מ ילפינן לכל האיסורים שבתורה כיון דגלי קרא גבי חד איסור ה"ה לכל האיסורים. וכיון דגלי קרא לאזהרת גדולים על הקטנים דהוי בכל האיסורים שבתורה כמש"ל. ע"כ לגבי אזהרת גדולים על הגדולים לא בעי קרא לגלות רק בחד דוכתא. ולפי"ז ניחא הת"כ פי"ב הנ"ל פסקא ב' דאיתא שם יכול יאכילום לקטנים ת"ל לא יאכלו כן הוא הגירסא בת"כ עם פירוש הק"א. והוא תמוה הא גבי שרצים כתיב לא יאכל ולא כתיב לא יאכלו. ואם נימא דט"ס הוא כמו בפיסקא א' שם וצ"ל לא יאכל ואתי לאסור אף להמאכיל לקטנים. קשה הא כבר דרש אותו לחייב המאכיל כאוכל בפ' א' ואם שם כוונתו לחייב המאכיל

לקטנים למה דרש אותו שנית. ואם כוונתו שם לחייב המאכיל לגדולים. מנין לו לאסור אף לקטנים. אלא ע"כ כוונתו דכתיב לא יאכלו גבי עופות טמאים ג"כ ומשום דכתיב תרי קראי גבי שרצים וגבי עופות טמאים להורות על דבר אחד לחייב המאכיל ע"כ אתי חד קרא לאסור להאכיל לגדולים וחד אתי לאסור להאכיל לקטנים. ובזה א"ש רש"י בחומש הנ"ל דפירש לפי המסקנא דת"כ הנ"ל בפי"ב [ולא כהק"א שפירש דרש"י הי' לו גירסא אחרת בת"כ]:

אך לכאורה לפי הברייתא דיבמות שם דילפינן אזהרת גדולים על הקטנים מלא תאכלום קרי בי' לא תאכילום. א"כ איכא למימר דלענין אזהרת גדולים על הגדולים עופות טמאים ושרצים הוו שני כתובים הבאים כאחד ואין מלמדין לשאר איסורין אבל בגמרא דפסחים (כג.) מוכח דאין לומר כן. דפריך שם ולחזקי' ל"ל למכתב לא יאכל ומייתי לכם כו'. וקשה הא צריך לא יאכל לחייב המאכיל כאוכל כהת"כ הנ"ל. ואף דהגמרא חולק על הת"כ בדרשת היתר הנאה דהגמרא מייתי מלכם והת"כ מייתי מלא תאכלום. אבל בהדין דלחייב המאכיל כאוכל בודאי לא יחלוק הגמרא על הת"כ. אלא ע"כ צ"ל דהגמרא ס"ל דלחייב המאכיל כאוכל אתי מעופות טמאים ולאסור אף לקטנים אתי מלא תאכלום כברייתא דיבמות הנ"ל. [ומזה מוכח דא"א לומר בהגמרא דיבמות כדברי המלבי"ם] ולא יאכל דשרצים הוא מיותר ושפיר פריך הגמרא. ולר' אבהו ס"ל הגמרא דלא קשיא כלל ל"ל למיכתב יאכל בצירה משום דלדידי' אין שום חילוק וכפירש"י שם מ"מ ילפינן לאסור מאכיל כאוכל ממשמעותא דקרא ולא מן היתור. וכיון דלא מייתר קרא לא הוי שני כתובים הבאים כאחד. וכן מוכח בירושלמי פ' כ"ש דאיתא שם לא יאכל חמץ לעשות את המאכיל כאוכל אתה אומר כו' או אינו כו' כשהוא אומר לא תאכל כו' אסור בהנאה מה ת"ל לא יאכל לעשות המאכיל כאוכל דברי ר' יאשי' ר' יצחק אומר א"צ ומה שרצים קלים כו' חמץ החמור אינו דין שנעשה מאכיל כאוכל. ומה ת"ל לא יאכל כו' לאוסרו בהנאה. ואם איתא דשרצים ועופות טמאים הוי שני כתובים הבאים כאחד לענין אזהרת גדולים על הגדולים א"כ הא צריך קרא לא יאכל גבי חמץ לאזהרת גדולים על הגדולים. ואין לומר דר' יצחק ס"ל דשני כתובים הבאים כאחד מלמדין כר' יהודא הא הק"ו דיליף חמץ משרצים ועופות איכא למיפרך מה לשרצים ועופות דאיסורן במשהו עיין בתוס' יבמות (שם:) ד"ה משום כו'. אלא ע"כ צ"ל דאזהרת גדולים על הגדולים מחד קרא ילפינן לכל האיסורין שבתורה כיון דגלי קרא גבי אזהרת גדולים על הקטנים דבכל האיסורין אסור. והק"ו הוא לאו דוקא. [ומהירושלמי משמע ג"כ כמשכ"ל דמלא יאכל דשרצים ידעינן לחייב המאכיל כאוכל לאזהרת גדולים על הגדולים ולא

מלא יאכלו דעופות טמאים דאתי לאזהרת גדולים על הקטנים] ולר' יאשי' דבעי קרא גבי חמץ לעשות המאכיל כאוכל לכאורה ס"ל דשרצים ועופות הוי שני כתובים ואין מלמדין לכל האיסורין. אבל באמת נ"ל דר' יאשי' ס"ל ג"כ דמלא יאכל דשרצים ידעינן בכל האיסורין שבתורה. והא דבעי קרא גבי חמץ נ"ל כמו שתי' מהרלנ"ח [הובא במ"ל ה' חו"מ פ"א ה"ז] על דברי הרמב"ם דכתב דמלא יאכל חמץ ילפינן דאסור בכ"ש. והקשו המפרשים דהא מכל חלב ילפינן דחצי שיעור אסור מה"ת בכ"מ. ותי' מהרלנ"ח דאיסור חמץ לא דמי לחלב דמשם למדו דח"ש אסור משום דחלב אסור לעולם ולא הי' לי' שעת היתר. משא"כ בחמץ דמותר קודם הפסח. לכך הוצרך קרא בפ"ע. וא"כ ה"נ אף דידעינן משרצים בכ"מ דמאכיל כאוכל מ"מ גבי חמץ בעי קרא בפ"ע כנ"ל. (ונ"ל לישב מה שהניחו התוס' בפסחים שם בד"ה שאני התם בתימא דלחזקי' אליבא דריה"ג לכתוב לא יאכל ולא בעי לך עכ"ל. דאפשר דריה"ג ס"ל כר' יאשי' דאתי לחייב מאכיל כאוכל. וגם אפשר ליישב עפי"ד הרמב"ם הנ"ל דאתי לח"ש דמסתמא מצא הרמב"ם איזה ברייתא דס"ל כן]:

המתבאר מכל דברינו אלה דגם בכל האיסורין יש אזהרת גדולים על הגדולים אף במקום דליכא לפ"ע רק אם האוכל הוא שוגג אז חייב המאכיל עליו. ובזה מיושב דברי הרמב"ם הא דפסק המטמא את הכהן אם היה הכהן שוגג וזה שטמא מזיד הרי זה שטמא לוקה. וכה"ג פסק בה' כלאים. דהמטמא והמלביש חייב משום אזהרת גדולים על הגדולים. ובזה מיושב נמי דברי הרמב"ם בה' נזירות דכתב שם המטמא את הנזיר לוקה וזה שטמאו עובר משום לפ"ע ואם הי' הנזיר שוגג וזה שטימאו מזיד אין אחד מהם לוקה. ולמה לא ילקה המטמא את הנזיר לפי שנאמר וטמא ראש נזרו אינו לוקה כו'. כוונת הרמב"ם הוא ולמה לא ילקה כמו המטמא את הכהן דלקי משום המאכיל כאוכל א"כ למה לא לקי גם כאן. ומסיק משום דהקרא ממעט וטמא ראש נזרו כו'. ואף דהגמרא רצה ללמוד מתגלחת רק לאיסור אף בששניהם מזידים וכנ"ל. מ"מ סברת הרמב"ם דאחר דכתיב הקרא אין סברא דאתי למעט רק מאיסורא. אלא דממעט אף במקום דבכל האיסורים חייב מלקות כגון אם העושה הוא שוגג והמעשה הוא מזיד מ"מ הכא לא לקי. וזה כפתור ופרח בדברי הרמב"ם ז"ל:

עוד נ"ל לומר דהא דלא הביא הרמב"ם אזהרת גדולים על הגדולים רק גבי כהן וגבי כלאים אע"ג דעיקר קרא דאזהרת גדולים על הגדולים הוא גבי עופות טמאים כמש"ב. מ"מ נראה דהרמב"ם ס"ל דגבי שאר איסורין לא לקי אף על אזהרת גדולים על הגדולים משום דאמרינן בקדושין (מג.) את"ל שני כתובים הבאים כאחד מלמדין כו' מודה באומר

לשלוחו צא בעול את הערוה ואכול את החלב שהוא חייב ושולחיו פטור שלא מצינו בכל התורה כולה זה נהנה וזה מתחייב. א"כ גבי אכילת איסור דעיקר חיוב הוא על הנאה שבאה לו ע"י אכילה א"כ האיך אפשר לחייב את המאכיל מלקות הא לא מצינו זה נהנה וזה מתחייב. לכך לא הביא הרמב"ם אלא גבי שני דברים היינו גבי מטמא כהן או מלביש כלאים דשם החיוב הוא לא על ההנאה דהמלביש והמטמא חייב. אך מה שקשה לפי"ז דברי הת"כ שהבאתי לעיל דאמאי צריך קרא למעט את המאכיל מכרת דהא תיפוק לי' דלא מצינו בכל התורה זה נהנה וזה מתחייב אך אפשר לומר דאולי עונש בי"ש הו"א דמחייב. לכך צריך קרא דאף עונש בי"ש נמי לא מחייב:

אח"כ אנה ה' לידי את הס' היקר קדושת יו"ט למהריט"א וראיתי שם בסי' נ"ז דבזה כוונתי ת"ל לדבריו שגם הוא כתב לישב דברי הרמב"ם הא דס"ל דהמלביש כלאים והמטמא לוקה הוא מדברי הת"כ שמוזהרין גדולים על הקטנים וכ"ש על הגדולים כשהאוכל שוגג כמש"כ. אך מה שעלה בדעתי לומר דלכך לא הביא הרמב"ם זאת רק בטומאת כהנים ובלבישת כלאים אבל לא במאכיל שאר איסורין לחבירו משום דזה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן אבל לפי מה שביאר המהריט"א ז"ל שם א"א לומר כן דכתב דגם גבי לבישת כלאים אינו לוקה אלא אם נהנה מן הכלאים וכתב שם וז"ל ואעפ"י שמפשט דברי הרמב"ם בה' כלאים בפ' הנז' דין י"ח נראה דס"ל דבלבישה עובר אפי' שאין מהנהו כלל מ"מ מוהריק"ו שם צדד דאפשר דסברא זאת דלא בעינן הנאה אינו אלא מדרבנן ועוד צדד דאי אפשר שלא יגיע לו הנאה בלבישה אפי' על גבי עשרה בגדים ומ"ש הרמב"ם שאינו נהנה כלום פי' שאינו צריך לו כלל ומ"מ לכולהו פירושי בעינן דרך חימום ודרך הנאה יעו"ש בדבריו וכיון דעיקר איסור לבישת כלאים הוא ע"י הנאה שפיר י"ל דהוה כזה נהנה וזה מתחייב כו' עכ"ד. וע"כ מסיק שם המהריט"א דע"כ צ"ל דזה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן היינו דוקא שהוא בדרך שליחות אף שהשליח שוגג פטור המשלח מטעם זה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן אבל במאכיל דבר איסור לחבירו בידים דהיינו שהמאכיל עצמו הניחו בפיו של האוכל אף שלא כפאו ע"ז ואילו היה רוצה בידו הוה שלא להניחו שישים בפיו מ"מ כל שהוא שוגג וליכא למימר דברי הרב כו' המאכיל חייב כו' עכ"ל. ולפי"ז ניחא ד' הת"כ בפשיטות מה דצריך למעט את המאכיל מחיוב כרת. אבל צ"ע לפי"ז ד' הרמב"ם דאמאי אינו מביא דין זה בשאר איסורין אם האכיל לחבירו והאוכל הוה שוגג דהמאכיל חייב:

סימן כ

הנה הרמב"ם ה' תמורה פ"ד ה"ח כתב וז"ל ולדות הקדשים שיצאו דרך דופן או שילדו טומטום ואנדרוגינוס וכלאים וטריפה הרי אלו יפדו ויביא בדמיהן קרבן הראוי להביא בדמי ולד של זו עכ"ל. וכתב הלח"מ שם ז"ל משמע דרבי' ז"ל סובר דאפי' בלא מום נפדים שאין לך מום גדול מהם זה נראה מדלא הזכיר רבי' כאן מום כמו בחלוקה עכ"ל. הנה מה שמפרש דהרמב"ם ס"ל דגם יוצא דופן הוי כמו מום נפלאתי עליו מאד דבמחכ"ת נעלם ממנו משנה מפורשת בבכורות (יט.) דקאמר שם יוצא דופן הבא אחריו ר"ט אומר שניהם ירעו עד שיסתאבו ויאכלו במומן לבעלים א"כ מבואר שם להדיא דיוצא דופן לא הוי מום לשחוט עליו במדינה. וה"ה לפדות עליו. וגם בטריפה נפלאתי עליו מאד דהא קאמר שמואל להדיא בתמורה (יז.) המקדיש טריפה צריכה מום קבוע לפדות עליו. אלמא דטריפה לא הוי כמום. אף דאנן קיי"ל דלא כשמואל הוא מטעם דאנן ס"ל כיון דלא חזי לגופו לא נחית עליו קדושת הגוף והוי כמקדיש עצים ואבנים אבל בזה דטריפה לא הוי כמום שיכולין לפדות עליו היכא דנחית עלי' קדושת הגוף כמו בולדות קדשים לא מצינו מאן דפליג על שמואל בזה. אך בכלאים או נדמה כלו צ"ע אם הוי כמו מום לפדות עליו או לא. והנה מתוס' תמורה (כד.) ד"ה קסבר רשב"ג כו' נראה מדבריהם שם דס"ל דגם נדמה כלו הוי מום. וה"ה כלאים דגריעי מנדמה. דהקשו שם ל"ל קרא למעוטי נדמה ת"ל מדאשתני הוה מומא, ובאמת לולי דברי התוס' הי' נ"ל מן הסברא דדוקא נדמה מקצתו הוא דהוה מומא כיון דאיכא שינוי דמקצתו דומה לאמו ומקצתו דומה למין אחר. לכך אמרינן בבכורות (ג:) דשוחטין על מום זה. אבל אם כלו דומה למין אחר דהיינו רחל שילדה כמין עז איכא למימר דלא הוה מום כלל. לכך צריך קרא למעוטי אע"ג דחזינן דגבי בכור נדמה כלו גרוע מנדמה מקצתו דנדמה כלו אינו קדוש ונדמה מקצתו קדוש. מ"מ לענין פדי' איכא למימר דנדמה מקצתו עדיפא מנדמה כולו. דנדמה מקצתו אין צריך מום אחר משום דזה גופו הוי מומא. אבל נדמה כלו וכן כלאים ודאי דאיכא למימר כיון דהשנוי אינו ניכר לכל לא הוי כמום לפדות עליו. וכן תמהתי בזה על דברי התוס' בב"ק (עח.) ד"ה השתא כו'. דכתבו שם דבלא שום קרא הוה מרבינן נדמה שדומה במקצת סימנין וממעטינן נדמה שאין דומה כלל דהוה ילפינן בתחת תחת ממעשר ומעשר בהעברה העברה דבכור כו'. דהאיך הוה אפשר ללמוד מהתם דנדמה מקצת יהא כשר גבי קדשים כיון דנדמה במקצת הוה מום קבוע לשחוט עליו וא"כ האיך הוה מצי למילף מבכור דשאני בכור דגם בע"מ הוא קדוש בבכורה. אח"כ מצאתי בהריט"א ה' בכורות פ"ו על המתני' עינו אחת גדולה כו' דהביא

שם בשם מהריק"ו בביאורו על הר"מ כ"י דכתב שם כדברי דנדמה כלו לא הוה מומא. וכן כלאים כנראה מדבריו שם. אך העיר שם מדברי התוס' דתמורה הנ"ל דמשם מוכח דגם נדמה כלו הוה מום. ודחק לישב דברי התוס' די"ל דר"י הכא אזיל לשיטתי' בפ' מרובה בתוס' ד"ה עד שיהא כו' דע"כ לא צריך קרא למעט נדמה בקדשים אלא משום דלא נילף מבכור דיש לו מקצת סימנים חייב בבכורה וע"כ הקשו ת"ל דהו"ל מומא. וע"ז תירצו דאיצטריך למעוטי נדמה דולדות קדשים דס"ד דליקדש אגב אמו. ולפי"ז אפשר לישב גם מה שהקשיתי על דברי התוס' דב"ק דכוונת התוס' הוא דבלא קרא הו"א דנילף מבכור דנדמה במקצת קדוש הוא בולדות קדשים. אבל באמת תירוץ התוס' דתמורה תמוה לי דהא תינח למ"ד ולדות קדשים בהווייתן הן קדושין. אבל למ"ד במעי אמן הן קדושין א"כ באמת הא קדשי אגב אמן וצריכין פדיה כמבואר שם (כה.) א"כ תחזור קושית התוס' לדוכתא דל"ל קרא למעט נדמה ת"ל דהוה מום. וליכא למימר דס"ד דכיון דקדשי אגב אמן הו"א דיקרבו. דז"א דהא כבר ילפינן זאת בבכורות (יד:) מקרא דלא קרבי אף בולדות קדשים יעו"ש. אבל לאחר העיון ראיתי דאפשר לתרץ דברי התוס' די"ל דכל קושית התוס' בב"ק ובתמורה הוא דוקא לריה"ג דיליף דהא דנדמה פטור מהבכורה מאך בכור שור שהוא שור ובכורו שור. אבל למאן דס"ל דילפינן מפטר פטר כסתם משנה דבכורות (ה:) לא קשה כלל קושית התוס' דל"ל למיכתב מעוטא גבי קדשים על נדמה ת"ל מתחת תחת ממעשר ומעשר בהעברה העברה מבכור. כיון דבכור גופו לא כתיב אלא ילפינן מפטר חמור. וע"כ דילפינן זאת מהיקשא משום דכתיבי גבי הדדי [אף דאמרינן שם דגלי רחמנא בקדושת דמים וה"ה בקדושת הגוף. לא דילפינן זאת בבנין אב אלא מהיקשא] וגבי קדשים הא דבר הלמד מהיקשא לא ילפינן בגז"ש. אע"ג דאיכא למימר דפטר חמור הוא רק חולין בעלמא וא"כ למאן דס"ל בזבחים (נ.) דבתר מלמד אזלינן מצי למילף אבל באמת נראה שם מדברי הגמ' דפטר חמור נמי מיקרי קדשים רק דזהו קדושת דמים ובכור הוא קדושת הגוף. ולפי"ז אין צריך לומר דקרא דכתיב גבי קדשים למעט נדמה קאי על נדמה מקצתו כתירוץ התוס' דב"ק. אלא דאיכא למימר דקרא קאי על נדמה כולו ונדמה כלו לא הוה מומא ולכך צריך קרא למעטי'. א"כ ניחא דברי התוס' דתמורה די"ל דמאן דס"ל דולדות קדשים במעי אמן הן קדושין ס"ל כהמתני' דילפינן למעט נדמה מפטר פטר. והנה הריט"א כתב שם בשם התוס' חיצוניות וז"ל או עז פרט לנדמה וא"ת תפ"ל דהוה מומא כדאמרינן לעיל וי"ל דאיצטריך למעט לענין תמורה דאע"ג דחיילא על בעלת מום קבוע לא חיילא אנדמה וא"ת תפ"ל דנילף קדשים מבכור מג"ש דתחת תחת דבכור ול"ל קרא וי"ל דאיצטריך היכא דאיכא מקצת סימנים דומה לאמו דאז מחויב

בבכורה עכ"ל. מדבריהם אלו נ"ל דס"ל דאפי' בנדמה גמור דאין לו מקצת סימנים חשוב מומא דאל"כ מהראוי היה דיקבעו קושיתם הראשונה שהקשו דל"ל קרא נילף קדשים מבכור ועפ"י תירוצא דאיצטריך ליש בו מקצת סימנים יקבעו קושית הא' דתפ"ל משום מום כו' עכ"ל הריט"א. ומדבריהם יש ללמוד דין חדש שלא נמצא מבואר בגמרא להדיא דתמורה אינה חיילא אף על נדמה מקצתו אע"ג דחיילא על מום קבוע וגם זה נכלל בכלל כלאים דחשב במשנה. ונ"ל דלפי"ז ע"כ צ"ל דנדמה במקצת פטור ממעשר כדאמרינן בבכורות (יב.) דדחי שם הגמרא הראי' שרוצה להביא מהברייתא לענין פטר חמור אי פודין בנדמה. ואמרינן שם דקאי על מעשר וכגון שיש בו מקצת סימנים. דלפי"ז ע"כ צ"ל דהא דלא חשיב שם (נז.) במשנה להדיא הוא כמו שכתבו התוס' שם ד"ה חוץ כו' שהוא בכלל כלאים דחשיב שם במשנה ואף נדמה במקצת הוא ג"כ בכלל כלאים ולא בכלל בע"מ א"כ ה"ה גבי תמורה דהוי בכלל כלאים. אבל אי אמרינן דנדמה במקצת חייב במעשר וע"כ צ"ל דהיא לא נכלל בכלל כלאים ודינו כבע"מ. א"כ ה"ה לענין תמורה נמי דינו כבע"מ וחיילא עליו תמורה. ולפי"ז יהי' מוכח דלא כמש"כ הבעל מרכבת המשנה דנדמה במקצת אי חייב במעשר נשאר בספק דאי אמרינן דאין פודין פטר חמור בנדמה והברייתא קאי על פטר חמור אז נדמה במקצת חייב במעשר. אבל מדברי תוס' הללו מוכח דאינו כן דנדמה במקצת ודאי פטור מן המעשר וה"ה לענין תמורה דאינה חיילא. אך באמת דברי התוס' הללו מה שהקשו ת"ל דנילף קדשים מבכור כו'. לפענ"ד תמוהים מאד דהאיך שייך לומר דנילף תחת תחת כיון דתחת לא כתיב גבי תמורה והקרא דשור או כשב וגו' לא קאי על תמורה אלא על תחילת הקדש בלבד. דאי הוה קאי גם על תמורה א"כ אמאי דחיק הגמרא בתמורה (יז.) ליתן טעם על דברי ר"א דס"ל דתמורה אינה חיילא על טריפה דילמא משום דיליף תחת תחת ממעשר. ועוד דא"כ לא תהא חיילא תמורה גם על מחוסר זמן וזה לא מצינו בגמרא. והגמרא דבכורות (מב.) דאמר שם סמי מכאן טומטום אמרינן אפיק טומטום ועייל יתום. אבל מחוסר זמן לא חשיב. אלא ע"כ צ"ל דהא דאמרינן דהקרא אשמעינן דאף תמורה אינה חיילא על נדמה הוא רק באם אינו ענין לתחילת הקדש תנהו ענין לסוף הקדש וא"כ האיך שייך להקשות דניליף קדשים מבכור,. ולפי"ז איכא למימר דהקרא אשמעינן בנדמה כלו דלא חיילא עליו תמורה. ולפ"ד נראה דמדברי הרמב"ם בה' איסורי מזבח פ"ג ה"ז דכתב שם וז"ל ויראה לי שאעפ"י שאין כל הפסולין האלו ראויין למזבח לקרבן אם עבר והקריבן אינו לוקה מן התורה לפי שלא נתפרשו אזהרתן עכ"ל. מוכח להדיא דס"ל דלא כדברי התוס' הנ"ל. ונדמה כלו וכן כלאים לא הוי מומא. דאל"כ אמאי לא לקי. וצ"ל דאף שהרמב"ם הזכיר מקודם גם

נדמה מקצתו מ"מ לא קאי על נדמה מקצתו דהא גלה שם להדיא דנדמה מקצתו פסול מטעם מום א"כ בודאי דלקי עליו. ומה שדחק בזה הריט"א דהרמב"ם ס"ל דעל מום זה לא לקי משום דהקרא ניתקו לעשה יעו"ש. נפלאתי ע"ז מאד. דא"כ כיון דהכתוב הוציאו מכלל מומין מנ"ל דשוחטין על מום זה במדינה. ונ"ל ברור דהרמב"ם ס"ל דנדמה כלו או כלאים לא הוי מומא. וכן בטומטום ודאי דלא הוה מומא. דהא ליכא מאן דס"ל בגמרא דטומטום הוה מומא. אמנם באנדרוגינוס הנה בבכור פסק הרמב"ם דאינו בכור כלל משום דפסק דאנדרוגינוס הוא בריה בפ"ע. אולם הפוסקים דפסקו דאנדרוגינוס ספיקא הוה פסקו להדיא כרבנן דמתני' דצריך מום אחר. וגבי ולדות קדשים לדברי הרמב"ם צ"ע האיך ס"ל אי בעינן מום אחר או לא. הכלל מה דקאמר הלח"מ דבכל הני אין צריך מום אחר הם מרפסטין איגרא:

סימן כא

עוד תמהתי בדברי הרמב"ם דהאיך כתב דולד קדשים שהיא טריפה פודין אותה. הלא קיי"ל דאין פודין קדשים להאכילן לכלבים. ואין לומר דכוונת הרמב"ם הוא דפודין אותה להסיקו תחת תבשילו וס"ל דדוקא להאכילו לכלבים הוא דאסור אבל להסיקו תחת תבשילו מותר. וכדעת התוס' בב"ק (נג:) ד"ה לענין כו'. וס"ל להתוס' שם דכן הוא דעת ר"א בפסחים. ז"א דהא הרמב"ם גופי' בהל' נזקי ממון פי"ב הי"ז פסק דאם נפל לתוך בור שור פסולי המוקדשין פטור משום דכתיב והמת יהיה לו. וכתב שם הרמב"ם להדיא דאסור בהנאה ודינו שיקבר. ונראה מדבריו להדיא דס"ל דאסור גם להסיקו תחת תבשילו לכך אין המת שלו. וכן כתב השעה"מ בהל' איסורי המזבח פ"א דהרמב"ם ס"ל דגם שארי הנאות אסור. אך הוא הביא ראיה ממקום אחר. ובלא"ה דברי התוס' דב"ק תמוהים מאד לפע"ד דאי איכא מ"ד דס"ל דפודין קדשים לשארי הנאות א"כ האיך פריך הגמרא בתמורה (יז.) על שמואל דאמר המקדיש טרפה צריכא מום קבוע לפדות עליו ש"מ פודין קדשים להאכילן לכלבים אלא אימא עושה קדושה למות. דילמא ס"ל לשמואל דשאר הנאות מותר ולכך אם רצה לפדות לענין שאר הנאות צריכה מום קבוע לפדות עליו. ועוד דהא בכור שנטרף קוברין אותו עם עורו. א"כ מוכח דגם שארי הנאות אסור. דאי דוקא לאכילת כלבים הוא דאסור משום בזיון קדשים ולכך קוברין אותו משום דאסור להאכילו לכלבים א"כ אמאי הנאת עורו אסור. והא ע"כ לא קאמר ר"ע שיאותו הכהנים בעורו הוא דוקא כשהפשיט קודם שנמצא טרפה אבל אם נמצא טרפה קודם שהפשיט או שמת לכו"ע אסור וטעון קבורה עם העור. אלא ודאי דגם שארי הנאות אסור. ובזה נ"ל לישב קושית התוס' בשבועות (יא:) ד"ה משום עורה כו' דהקשה שם הר"ר מרדכי מ"ש

מהא דאמר בזבחים בכור שנטרף קוברין אותו עם עורו לפי שאין פודין את הקדשים להאכילם לכלבים ולא אמר שיפדו משום עורו כו'. ולפע"ד נראה דהא בקדשי בדק הבית אמרינן בפסחים (כט:) דדוקא לאכילת כלבים הוא דאסור אבל להסיקו תחת תבשילו מותר יעו"ש בתוס' ד"ה רב אשי כו'. לכך מותר להנות מעורה. אבל הכא בקדשי מזבח דגם שאר הנאות אסור לכך הנאות עורה אסור ואפשר להעמיס דזהו גם כוונת התוס' בתירוצם שם יעו"ש:

והנה ראיתי לשעה"מ שם שתמה מאד ע"ד הראב"ד שהובא בדברי הרשב"א בחידושיו לב"ק שכתב דדוקא כשהיה בו מום האוסרו באכילה כשפדהו דלא קרינן בו ואכלת ולא לכלביך אבל במ"מ שמותר להדיוט לכו"ע אין פודין להאכילן לכלבים משום דבהכי הא קרינן ביה ואכלת ולא לכלביך עכ"ד. ותמה ע"ז דהאיך ס"ל להראב"ד דכל שמותר להדיוט לכו"ע אין פודין להאכילן לכלבים דהא במתני' פרק כל פסולי המוקדשין מבואר להדיא דב"ה ור"ע מתירין אפי' לעכו"ם וכבר התוספ' בזבחים (עא:) ד"ה נטרפה הק' מדר"ע אדר"ע. ותירצו דדוקא היכא דלא חזי לדידיה בשעת פדיה הוא דאמרינן דאין פודין. אבל מידי דחזי לדידי' כיון שנפדה שרי ליתן לכלב והיינו טעמא דדרשינן ולא לכלביך דבר שאינו עומד אלא לכלביך יעו"ש. הרי מבואר שסברתם הפוכה מסברת הראב"ד שכתבנו. אמנם לדעת הראב"ד קשה טובא מתני' דבכורות כו' עכ"ל. ונפלאתי עליו מאד האיך עלה בדעתו דהראב"ד סובר כן. דודאי מודה הראב"ד בזה דהיכא דמותר לאכול בעצמו אז בודאי מותר גם להאכילו לכלבים משום דגמרינן מצבי וחיל. אך היכא דאסור לאכול בעצמו ס"ל דהיכא דבשעת פדיה היה מותר לאכול לדידיה וחלה עליו קדושת פסולי המוקדשין ואח"כ נטרפה ס"ל להראב"ד דבזה כו"ע מודים דאסור להאכילו לכלבו וליכא פלוגתא בזה משום דזה ילפינן מפשטא דקרא דלא התיר הכתוב לאכול רק לדידיה דהא כתיב ואכלת. ומה דשרי הקרא מצבי ואיל אמרינן דלא התיר רק היכא דחזי לדידיה כסברת התוס'. אבל היכא דלא חזי לדידיה דלא מצי קרינן ביה ואכלת ודאי דאסור להאכילו לכלבו ובזה לא התיר הכתוב מצבי ואיל. לכך גבי בכור שנטרף כו"ע מודים דקוברין אותו עם עורו וליכא פלוגתא בזה. ובזה נסתלק גם מה שתמה השעה"מ על הראב"ד ז"ל דהאיך נשתמיט מיניה סוגיא דתמורה דהתם מוכח דמאן דס"ל דפודין להאכילו לכלבים לא דריש ואכלת ולא לכלביך. ולפי"ד נראה דודאי לא נשתמיט מיניה הסוגיא הלזו. אלא דס"ל דפליגי אי דרשינן האי ואכלת גם לענין פדיה היכא דלא חזי לדידיה בשעת פדיה דהך מ"ד דס"ל הדרשא מיותרא ס"ל דואכלת אתי לארויי דאפי' היכא דבשעת פדיה לא היה חזי אלא לכלבים אין פודין אותו משום

דאפי' בכה"ג נמי אסור להאכילו לכלבים. והך מ"ד דלא ס"ל הך דרשא ס"ל דהיכא דלא חזי בשעת פדיה אלא לכלבים מותר לפדותו ע"מ ליתן לכלבו. אבל היכא דחזי בשעת פדיה ואח"כ נטרפה או מתה אסור ליתן לכלבו כדמשמע מפשטי' דקרא. יבזה איירי הראב"ד דהא הראב"ד קאי על הא דשור פסולי המוקדשין שנפל לבור ומת דממעטינן מוהמת יהי' לו ומשמע מהגמרא דליכא פלוגתא בזה. ונראה דבדבר דלא מהני פדיה כגון בכור ומעשר אף היכא דלא חזי מקודם כגון שנטרפה ואח"כ נעשה מום דאסור ליתן לכלבו לכו"ע לדעת הראב"ד ז"ל. ולכך קאמר המשנה בכור שנטרף קוברין אותו עם עורו. ומי לא עסקינן אע"ג היכא דידעינן שנטרף מקודם כגון שנמצא טרפה מחמת יתרת. א"כ ידעינן שהיא טרפה מקודם מ"מ לכו"ע קוברין אותו עם עורו. ור"ע לא פליג עם רבנן בזבחים אלא היכא שנמצא טרפה לאחר הפשט אם העור אסור. וזה רחוק לומר דמאן דס"ל דפודין קדשים לאכילת כלבים פליג על ר"ע ורבנן. אבל אם נאמר דדוקא ע"י פדיה פליגי אבל בלא פדיה כו"ע מודים דאסור להאכילו לכלבו דלא התירו הכתוב אלא דוקא לאכילה והיכא שמותר לאכול בעצמו אז מותר ליתן גם לכלבו. אבל היכא דאסור לאכול בעצמו לא התירו הכתוב כלל א"ש:

סימן כב

לה"ג מו"ה משה ניסן מ"ל ז"ל הגאב"ד דק"ק שומייאץ. מה שהקשה כת"ר על הגמרא דנזיר (נז:) דלר"ה מותרת האשה להקיף הקטן ולרב אדא בר אהבה מותר אף לאיש. הלא יהיו אסורין משום אזהרת גדולים על הקטנים. דאסור גם בשאר איסורין. לפי דעתי לר"ה לא קשה משום דנראה דלא הוזהרו גדולים על הקטנים רק בדבר שהגדול בעצמו מוזהר עליו. הוא מוזהר גם על הקטן דלא ליספי ליה בידים. אבל בדבר שאינו מוזהר עליו בעצמו אינו מוזהר על הקטן דלא ליספי ליה בידים אף היכא דכשיגדל יהיה מוזהר עליו. ולכך גבי אשה כיון דהיא אינה מוזהרת בהקפה. היא אינה באזהרת גדולים על הקטנים. ומחמת זה נ"ל גם לענין טומאת כהנים דאין הישראל מוזהר מלטמא כהן קטן. וכן משמע מפשטות לשון הכתוב אמר ואמרת דילפינן מזה דהוזהרו גדולים עה"ק ושם גבי כהנים קאי. וכן כתב הט"ז בשו"ע סי' שע"ג דהא דאמרינן מוזהרין הגדולים על הקטנים פי' הכהנים הגדולים. וגם אליבא דר"א ב"א לא קשה דמה דמתיר גם לאיש להקיף הקטן כיון דהוא יליף זאת מהיקשא דמקיש מקיף לניקף א"כ גלי קרא להדיא דהכא ליכא אזהרת גדולים על הקטנים. וכן כתב השעה"מ ה' עכו"ם פי"ב ה"א להדיא: **אך** מה שקשה לפי דברינו דליכא אזהרת געה"ק רק במקום שהוא מוזהר עליו בעצמו הוא דברי הרוקח שהובא בש"ך סי' שע"א סק"א דאשת כהן מעוברת מותרת לכנוס

באוהל המת דס"ס הוא שמא נפל הוא ושמא נקבה היא. ת"ל הא היא אינה מוזהרת ע"ז. ואין לומר דמ"מ מדרבנן אסור אף במקום שאינה מוזהרת דא"כ לאפקועי מאיסור דרבנן היה די בספק אחד. ע"כ נ"ל לומר דהרוקח ס"ל דבזה הכלל פליגי ר"ה ור"א ב"א דהא שם בנזיר איתא דר"א ב"א קפיד אר"ה דאשתו גלחה את בניה הקטנים וקללה ע"ז. וזהו משום דס"ל לפי שיטתיה דר"ה דס"ל דאיש גדול חייב אם הקיף לקטן ולא ס"ל ההיקש דמקיש מקיף לניקף. א"כ גם אשה מוזהרת מלהקיף את הקטן מטעם אזהרת געה"ק ור"ה ס"ל כיון דהיא אינה מצווה על הקפה אינה באזהרת געה"ק. והרוקח פסק בזה כר"א ב"א. אך צ"ע דמהסוגיא דב"מ דאמרינן שם א"ב איש שאמר לאשה אקפי לי קטן משמע דאנן פסקינן כר"ה גם בזה:

גם מה שהקשה כת"ר לדעת הגה' מרדכי (פרק י"א) דכתובות דחשש נפל הוי מיעוט שאינו מצוי ואזלינן בתר רובא שאינן נפלים אף למ"ד אין הולכין בממון אחר הרוב. א"כ קשה בריש פרק המוכר פירות דמותבינן שם אמ"ד דהולכין בממון אחר הרוב ממתני' דשור שנגח את הפרה דנימא דרוב פרות ולד מעליא ילדן. והשתא הא גם לשמואל קשה דהא גם הוא מודה דהולכין אחר הרוב כזה שאינם נפלים. ואין סברא כלל לחלק בין אדם לבהמה. הן אמת מסוגיא דשבת (קלו) ומפירש"י שם מי פליגי יש להוכיח קצת דיותר מצוי נפלים

(הגה"ה **הנה השעה"מ הביא שם קושית הגאון מהר"י אשכנזי ז"ל שהקשה ע"ד התוס' דשבועות ד"ה ועל כו' דא"כ מילה בשבת האיך דחיא הא אפשר לקיים שניהם ע"י קטן דכשרה לכו"ע. ולא אישתמיט חד מן הפוסקים לומר דהא דמילה דחיא שבת הוא דוקא היכא דליכא קמן. ומתרץ השעה"מ דמעולם לא הוקשו להו להתוס' אלא גבי הקפה דס"ל לרב אדא דגדול המקיף את הקטן מותר ואע"ג דבכל התורה כולה קיי"ל דהוזהרו גדולים על הקטנים דלא ספינן להו איסורא בידים ואיכא למ"ד דלוקין עליו גבי הקפה ס"ל לר"א דגזה"כ הוא מדשני קרא למיכתב לא תקיפו לומר דכל היכא דניקף חייב מקיף נמי חייב וכל היכא דניקף לאו בר חיובא מקיף נמי שרי ומשו"ה ק"ל שפיר דהא אפשר למעבד הקפה ע"י קטן דשרי לגמרי אמנם בשאר איסורין שבתורה דקיי"ל דהוזהרו גדולים על הקטנים אין כאן מקום להקשות דאמאי דחי מילה שבת כיון דאפשר לקיים שניהם ע"י קטן שהרי כי עביד ליה למילה ע"י קטן הא קא עבר אאיסורא דהוזהרו גדולים על הקטנים וכיון דע"כ משום דחזיה דאתי עשה ודחי ל"ת אתיין עלה הואיל ואדחי אדחי ועבדינן לי' ע"י גדול כנ"ל נכון עכ"ל. ונפלאתי ע"ז מאד דמ"מ האיך דחי עשה דמילה לל"ת שיש בו כרת כיון דאפשר לקיים דלידחי העשה לל"ת שאין בו כרת. וכ"ש לפי"ד

הרמב"ם דס"ל דאזהרת געה"ק אינה. אלא אזהרה בעלמא ואין בה ל"ת גמורה כיון דאתי רק מרבויא. ועוד באמת נראה מדברי התוס' דפ' יוצא דוכן דדוקא בידים ממש הוא דיש בה אזהרת געה"ק אבל כשמטעה להקטן ואומר שזהו היתר אין בזה אזהרת געה"ק. וכן נראה מפשטות הגמרא דדוקא היכא דספי לי' בידים הוא דאסור. א"כ תירוצו לא יעלה כלל. ע"כ הג"ה:)** בבהמה מבאדם. אבל החוש והנסיון סותרים לזה ומהא דשבת באמת אין ראיה דאפשר לדחות עכ"ד כת"ר. לפ"ד נראה דהא דאמרינן חשש נפל הוה מיעוט שאינו מצוי היינו כיון שילדה אותו והוא חי אמרינן מסתמא כלו לו חדשיו ולחוש שמא ילדה אותו קודם שכלו לו חדשיו זהו מיעוט שאינו מצוי כיון שלא ראינו בו שום שינוי מכל הילדים. אבל קודם הלידה לחוש שמא תלד מת או שלא יחיה אח"כ משום שלא כלו חדשיו. ודאי הוה מיעוט המצוי. וכ"ש הכא כיון שראינו שהוא מת דודאי יש לנו לחוש למיעוט המצוי שמא הפילה. ועוד י"ל דהגמ' ידעה הסברא דאפשר מחמת בעיתותא הפילה. ובכ"ז לא סבר המקשה דהוה כמחצה על מחצה. אבל לכהפ"ח ודאי חשיב מחמת זה מיעוט מפילות מיעוט המצוי כנ"ל:

כ"ד ינ"ע יו"ט ליפמן הכהן.

וכעת ראיתי להפ"מ על או"ח באשל אברהם סי' שמ"ג סק"ב דהקשה שם ע"ד הרוקח הנ"ל דאמאי הוה ס"ס, הא הספק השני שמא הוא נפל הוא כנגד הרוב ובכה"ג כמאן דליתא דמי כמש"כ התוס' בכתובות בסוגיא דפ"פ. וכתב שם עוד ואם היינו אומרים טהרה בלועה מה"ת שרי ואיסור דרבנן יש א"ש דאין עושין ספק דרבנן בידים הא ס"ס בספק דרבנן תרתי לטיבותא שרי עכת"ד. א"כ לפי"ז א"צ לדחוק ולומר דטהרה בלועה הוה דרבנן. וגם אין צריך לומר דהרוקח ס"ל דר"א ב"א ור"ה פליגי בזה אם יש אזהרת געה"ק בדבר שאינו מוזהר עליו בעצמו. אלא נ"ל יותר לומר דהרוקח ס"ל שהיא אינה בכלל אזהרה על הקטנים מדאורייתא כמשב"ל. אך מ"מ מדרבנן אסור כמו דס"ל להרמב"ם ולהראב"ד ז"ל דמדרבנן אסור לאשה לגלח לקטן. ולכך בספק אחד לכתחילה אסורה להכניס עצמה אבל בס"ס שרי:

סימן כג

הנה הרמב"ם בהל' שבועות פ"א ה"ג כתב דהן שנשבע שלא יאכל ואכל או שאכלתי ולא אכל חייב משום שבועת שקר ותמהו גדולי האחרונים ע"ז דהוא פסק דלא כרב דימי ורבין. דלר"ד אוכל ולא אוכל שקר אכלתי ולא אכלתי שוא. ולרבין אכלתי ולא אכלתי שקר אוכל ולא אוכל משום לא יחל. עוד תמהו על הרמב"ם דהוא פסק שם ה"א דשבועת בטוי חייב גם על העבר כר"ע והא אמר ר' יוחנן שם (כו.) דפלוגתא דר"י ור"ע

תלוי בזה אם דרשינן ריבויא ומיעוטא או כללי ופרטי. ור"ע איתי ליה בכל מקום דדרשינן ריבויא ומיעוטא והא הרמב"ם פסק בכל מקום כמ"ד דדרשינן כללי ופרטי כמו גבי מרצע וקרקע אינה נגזלת ושאר דוכתי. א"כ אמאי פסק כאן כר"ע. ונראה דחדא קושיא מתורצת בחברתה. דהנה אמרינן שם בגמרא דלר"י הני פרטי למעוטי אפי' דברים שיש בהם הרעה והטבה לשעבר. ופריך הגמרא איפוך אנא וקאמר ר' יצחק דומיא להרע או להטיב מי שאיסורו משום בל יחל דברו יצאתה זו שאין איסורו משום בל יחל דברו אלא משום בל תשקרו. ופירושו דלכך מרבינן דברים שאין בהם הרעה והטבה מקרא לכל אשר יבטא טפי משעבר משום דדברים שאין בהם הרעה והטבה כולהו לאו חדא. דמאותו השם שחייב באוכל ולא אוכל מאותו השם חייב ג"כ באזרוק ולא אזרוק אבל לשעבר ולהבא לאו שם אחד נינהו לרב דימי חייב לשעבר משום שוא ולהבא משום שקר. ולרבין להבא משום לא יחל ולשעבר משום שקר. איך שיהיה לתרווייהו הם שני שמות. ולכך כיון דדרשינן כללי ופרטי ולא מרבינן אלא כעין הפרט אין אנו יכולין לרבות אלא דברים שאין בהם הרעה והטבה אבל לא שלעבר. והנה רב שם (כה.) ס"ל להדיא כר"ע דמחייב גם לשעבר. וגם ס"ל להדיא בב"ק (צו:) דקרקע אינה נגזלת. א"כ תקשי לדידיה כיון דהוא פסק כר"ע דמחייב לשעבר ע"כ דריש ריבויא ומיעוטא. והאיך פסק דקרקע אינה נגזלת. ונראה דע"כ צ"ל דרב ס"ל דלא כר' יוחנן ואף למ"ד דדרשינין כללי ופרטי נמי מחייב לשעבר משום דס"ל דלהבא ולשעבר חייב משום שם אחד משום שקר א"כ אף לשעבר הוה כעין הפרט ואין יכולין למעט אותו מן הפרט אלא דבר מצוה בלבד. ומה דפסק הרמב"ם כרב נגד ר' יוחנן משום דהסוגיא דשם (כה.) נראה מאביי ורבא דשקלי וטרי אליבא דרב דפסקי כוותי' דמחייב גם לשעבר. וגם הא דקרקע אינה נגזלת נראה מכמה סוגיות דפסקינן כוותי'. לכך פסק הרמב"ם הכא כנגד ר"י. וזה הכריחו לומר דאכלתי ולא אכלתי ואוכל ולא אוכל הוא משום שבועת שקר דלא כר"י:

סימן כד

שאלה אשה שמלה את בנה ומת מחמת מילה. וגם אחותה מלה את בנה ומת מחמת מילה. ואחותה השלישית מלה את בנה בלי שאלת חכם והנה הוא בריא אולם. אם אחותה הרביעית מותרת למול את בנה או לא:

תשובה מקודם נבאר אם הא דאחיות מתחזקות שוין הן לחזקה דאשה אחת ובתרי זימני הוה חזקה או לא אף דבשו"ע יו"ד סי' רס"ג ס"ג מבואר להדיא דאף באחיות בתרי זימני הוה חזקה. אבל לפענ"ד נראה דזה הוה ספיקא דדינא. דהא אמרינן ביבמות (סד:) השתא דאמרת אחיות מהחזקות לא ישא אדם אשה לא ממשפחת נכפין ולא ממשפחת מצורעין

והוא דאתחזק תלתא זימני. ומפשטות הגמרא נראה דבאחיות לא הוה חזקה עד תלתא זימני וכן כתב הרשב"א בחי' להדיא וז"ל דאמר רבא גבי אחיות והוא דאתחזק תלתא זימני אבל תרי אקראי בעלמא הוא התם באחיות דוקא דאחיות לא מחזיקות אלא בתלתא זימני דחידוש הוא אבל אנפשי' בתרי זימני הוה חזקה וכן פסק רבינו אלפוסי ז"ל כו' עכ"ל. אמנם ראיתי להגאון בעל עצי ארזים באה"ע סי' ב' סקט"ז דכתב וז"ל בספר בה"ט הקשה ע"ז מהא דפסק ביו"ד סי' רס"ג בשתי אחיות שמלו בניהן ומתו שהשלישית לא תמול את בנה אלמא דב' פעמים הוי חזקה ובש"ס דיבמות דף ס"ד משמע דדין אחד לענין מילה וצרעת ע"ש ולא עיין בלשון הרי"ף שכתב שם ומסתברא דמילה כנשואין דתרי זימני הוי חזקה דספק נפשות להקל. אמר רבא לא ישא אדם ממשפחת נכפין כו' והוא דאיתחזק בתלתא זימני אבל בתרי זימני אקראי בעלמא הוא עכ"ל הרי שמחלק בין דין זה למילה והנ"י כתב ע"ז ואע"ג דרבא כר' ס"ל דבתרי זימני ש"ה שאפי' רבי מודה שאין לחוש במשפחה פחות מג' פעמים. ונראה דלשון זה אטעיתי' להמחבר הנ"ל שהי' מפרש דברי הנ"י משום שהחשש הוא במשפחה והי' ס"ל דדין האחיות לענין מילה שוה לדין זה ולכך הקשה דברי השו"ע אהדדי. אבל באמת א"א לומר כן דע"כ דין אחיות לענין מילה שוה לדין הבנים מאשה אחת שכן מוכח להדיא מהא דאמרינן התם אפלוגתא דרבי ורשב"ג והתניא איפכא הי מינייהו אחריתי ת"ש דאר"י מעשה בארבע אחיות כו' רביעית באת לפני רשב"ג ואמר אל תמולי וזה היה בסוף ימיו כמו שפירש"י שם. ואם יש לחלק בענין זה לא הוה מוכיח מידי דהרי בזה כו"ע מודים דבעינן איתחזק בתלתא זימני. א"ו דלענין מילה דין האחיות ודין הבנים מאשה אחת שווים בה ותרווייהו חלוקים מדינו של רבא הנ"ל. ומה דקאמר השתא דאמרת אחיות מחזיקות לא ישא אדם אשה לא לגמרי בא להשוותן אלא כיון דאמרינן דשייך חזקה במשפחה גם בזה יש לחוש אבל לעולם הא בתלתא והא בתרי זימני דאיכא חשש דספק נפשות וזהו נמי כוונת הנ"י במ"ש שאין לחוש במשפחה היינו לישא אשה ממשפחה דבתרי זימני איכא למימר אקראי בעלמא כסברת הרי"ף כיון שאין בו חשש דס"נ וזה פשוט לפע"ד עכ"ל בעל עצי ארזים. ובמחכ"ת נעלם מהגאון הנ"ל חידושי הרשב"א דמבואר שם להדיא דחלוק דין אחיות מדין אשה אחת כמו שהבאנו לעיל. ומה שהקשה הגאון הנ"ל ע"ז דא"כ האיך מוכיח מדין אחיות על דין דאשה אחת. נראה דהרשב"א מפרש דודאי לפי ההו"א דהגמרא הוה סבר דשוין הם חזקת האחיות וחזקת אשה אחת. אבל לפי מאי דמתרץ הגמרא דילמא הא קמ"ל דאחיות מתחזקות א"כ חזקה דאחיות היא גרועה מחזקה דאשה אחת מדצריך להשמיענו דגם זה חשיב חזקה. א"כ בודאי איכא למימר דחזקה דאחיות לא

הוה חזקה עד תלתא זימני. וזה משמיענו רבא בהא דקאמר והוא דאתתזק בתלתא זימני. וגם נעלם מהגאון הנ"ל חידושי הרמב"ן ז"ל ליבמות סוף ה"ו דכתב שם וז"ל וכן הא דאמר רבא והוא דאתחזק בתלתא זימני משום דלקולא אזלינן דלא שייך בה אסורה א"נ דמשפחה כולה אינה מוחזקת אלא בשלשה פעמים וזהו שכתב רבינו ז"ל אבל בתרי אקראי בעלמא הוא ושלום עכ"ל. א"כ סברת הגאון הנ"ל דלכך גבי לא ישא אדם כו' בעי דוקא תלתא זימני משום דשם אין חשש סכנה בזה. כתב זאת הרמב"ן בתירוצא קמא. אבל בתירוצא בתרא מתרץ דאף אם נאמר דגם לישא אשה ממשפחת הנכפין ומשפחת המצורעין איכא חשש ס"נ. מ"מ חזקת המשפחה היא חזקה גרועה ובעי תלתא זימני. ודברי הנ"י הם נובעין מדברי הרמב"ן בתירוצא בתרא. וכן כתב הריטב"א ז"ל כתירוץ בתרא של הרמב"ן. א"כ מבואר להדיא דהפי' בנ"י הוא דלא כמו שפי' הגאון הנ"ל. וכן כתב המהרש"ל ביש"ש פ"ו סי' ל"ג וז"ל ואע"ג דמשפחת נכפין ומצורעין נמי ספק נפשות הוא אפי"ה פסק רבא דבעינן תלת זימני אף דס"ל לרבא גופי' כרבי בנשואין מ"מ הכא שאני דאפי' רבי מודה שאין לחוש למשפחה א"ל שהוחזק תלתא זימני וכן כתב בנמוק"י ומ"מ נראה דגבי אחיות אף בתרי אחיות הוה חזקה אפי' לענין נכפה ומצורע כו' עכ"ל. ובדבריו מבואר להדיא דמשפחת נכפין ומצורעין הוה חשש ס"נ. וכן מבואר בתשו' הרא"ש כלל מ"ב דנכפה הוה חולי המתדבק ואיכא חשש סכנה בזה. וכן מצורעין נראה דזה הוא חולי המתדבק והתשמיש קשה להם כדאמרינן בפ' המדיר (עז:) ואיכא חשש ס"נ לכך אמרינן שם דאף דאמרה הווינא בהדדי לא שבקינן לה. אמנם מה שכתב המהרש"ל שיש חילוק בין חזקה דאחיות דסגי בתרי זימני ובין חזקה דמשפחה דבעי תלתא זימני משום דהיא חזקה גרועה. לפע"ד מדברי הגמרא משמע דאין לחלק בזה. דא"כ האיך קאמר רבא שם השתא דאמרת אחיות מתחזקות לא ישא אדם כו' ומשמע דאי לאו דאמר אחיות מתחזקות לא הוה אמר מסברא דנפשי' על משפחה לחוש אף בתלתא זימני א"כ מאי היא ראי' השתא דאמרו אחיות מתחזקות כיון דהיא חזקה עדיפא מחזקה דמשפחה. אלא ע"כ דגם אחיות היא חזקה גרועה. ולכך לא הוי חזקה לכו"ע רק בתלתא זימני וכה"ג כתבו התוס' בנדה (סג:) בהא דאמר ר"ה ב"ח אמר שמואל לימים שנים לוסת אחת. למה שלא מנו חכמים שלשה. וכתבו התוס' ד"ה לימים דזהו כרבי דאמר בתרי זימני הוה חזקה. ושלא מנו חכמים ג' הואיל דאינו וסת גמור מודה רבי דבעי ג' זימני והכא קים לי' עכ"ד:

וכן נראה גם בשור המועד דפליגי רבי ורשב"ג אי בתרי זימני הוה חזקה או בתלתא זימני כמש"כ הראשונים דלא כהתוס' ביבמות (סה.) ד"ה ושור המועד כו'. ועיין בש"מ ב"ק

(כג:). מ"מ היכא דהועד ע"י תלתא מיני דג"כ הוה חזקה גרועה דהא בירושלמי ב"ק פ"ב ה"ו איבעא להו בזה דקאמר שם יצא ביום ראשון ונגח שוורין בשני ונגח כלבים בשלישי ונגח חזירין מהו שיעשה שור המועד. אך דבבלי (לז) מסיק ואת"ל נמי איתא לדר"פ נגח שור חמור וגמל נעשה מועד לכל. נראה דכו"ע מודים בזה דבעי דוקא תלתא מיני משום דהוה חזקה גרועה. ונ"ל עוד לבאר בזה דגם בבבלי הי' הו"א דתלתא מינים לא מצטרפו לעשותו שור המועד. וכן הוא סובר ר"פ ובזה נ"ל ליישב שם הסוגיא אשר לכאורה היא תמוה מאד. דהא הקשו שם לר"פ דקאמר אינו מועד תנן קושיות חמורות מאד. חדא מה דהקשה ר"א מר"י דאי אמרת אינו מועד תנן אגמורי הוא דקא מגמרי לי'. וגם מה דהקשה ר' ינאי מרישא כיון דקאמר אינו מועד פסקי מאי תו את שמועד לו משלם נ"ש כו' והאיך קאמר הגמרא אח"כ ואת"ל איתא לדר"פ. ועוד קשה דהא הפוסקים פסקו כר"פ דסתמא לא הוה מועד א"כ צריך לגרוס במשנה אינו מועד והגירסא במשנה לפנינו ואינו מועד,. ע"כ נראה לפרש הסוגיא משום דר"פ ס"ל דשלשה מינים לא מהנו לאיצטרופי למשוי' לו מועד. וגם ס"ל דמסתמא לא הוה מועד א"כ היה מוכרח לגרוס במשנה אינו מועד תנן. אבל אנן ס"ל כר"פ בזה דסתמא לא הוה מועד. אך בזה לא ס"ל כר"פ ושלשה מינים מהני לאצטרופי וא"כ לפי"ז אם נגח שלשה שורים ואח"כ נגח שני חמורים לא הוה מועד משום דחמורים לא נגח אלא שתי פעמים. אבל אם נגח שני שורים וחמור מהני לאצטרופי להיות מועד לשורים ולחמורים. וכן אם נגח שני בני אדם ובהמה מהני לאיצטרופי להיות מועד לבהמה. וכן מוכח מד' הש"מ ריש ב"ק ד"ה מועד לאדם כו' יעו"ש. וזהו כוונת המשנה שור שמועד למינו היינו שנגח שלשה שורים ואח"כ נגח שני חמורים את שמועד לו משלם נזק שלם ולשאינו מינו משלם חצי נזק דלא מהני לאיצטרופי כיון שכבר מועד לשורים אבל אם לא היה עדיין מועד לשורים מהני לאיצטרופי מינו לשאינו מינו ונעשה מועד ע"י שניהם יחד. וכן מועד לאדם ואינו מועד לבהמה נמי צריך לפרש כן דאם נגח שלשה ב"א ושתי בהמות לא הוה מועד לבהמה ולא מהני אדם לאיצטרופי. אבל אם נגח שני ב"א ובהמה אחת הוה מועד לבהמה משום דמהני אדם לגבי בהמה לאיצטרופי. וכן גבי מועד לשבתות ואינו מועד לימות החול נמי הדין כן דאם נגח שתי שבתות ויום א' הוה מועד לכל הימים ואיצטרופי מצטרפי אהדדי. אבל נגח שלש שבתות אע"ג שעח שתי פעמים ביום א' לא הוה מועד רק לשבתות בלבד. שכיון שכבר נעשה מועד לשבת לא מהני שבת לאיצטרופי לימות החול. והגמרא איבעא להו אי מהני שבת לאיצטרופי לימות החול אף שכבר נעשה מועד לשבת דוקא כשנגח ביום א' וביום ב' אח"כ דאז אפשר לומר דמהני שבת לאיצטרופי לימות החול אף

שכבר נעשה מועד לשבתות. אבל ביום א' בלבד אף שנגח שתי פעמים גם ביום א' זה לא איבעא בגמרא כלל דזה מפורש במשנה דלא מהני שבת לאיצטרופי. וכן גבי שורים לא איבעא בהגמרא אלא רק היכא דנגח אח"כ חמור וגמל אבל אם נגח שור שור ושור ושני חמורים זה לא איבעי' לגמרא כלל משום דזה מפורש במשנה דלא מהני לאיצטרופי כיון שכבר נעשה מועד לשורים. והגמרא דקאמר ואת"ל נמי איתא לדר"פ נגח שור חמור וגמל נעשה מועד לכל. כוונתו הוא דא"א לתרץ דברי ר"פ אם לא שנאמר נגח שור חמור וגמל נעשה מועד לכל ובשלשה מינים מצטרפי אהדדי. ואז נוכל לומר כדברי ר"פ דסתמא לא הוה מועד מ"מ נוכל לגרוס המשנה ואינו מועד ויתפרש המשנה כמש"פ. אח"כ מצאתי בש"מ בשם הרא"ה ז"ל דפי' דברי הגמרא ואת"ל כו' באופן הנ"ל דזהו תירוץ לדברי ר"פ. אך הוא ז"ל דחק לפרש דברי המשנה ואינו מועד בפי' דחוק מאד יעו"ש היטיב. ולפי דברינו יתישב יותר דברי המשנה. ות"ל כוונתי בזה לדעתו דשני שורים וחמור מהני לאיצטרופי וכן שני שבתות ויום אחד מהני לאיצטרופי והוה מועד לכל הימים. גם דר"פ סובר דתלתא מינים לא מצטרפי אהדדי:

ובזה שבארתי דבחזקה גרועה כו"ע מודים דפחות משלשה לא הוה חזקה יישבתי בדרוש לשבת תשובה דברי הברייתא דיומא (פה) תניא ר' יוסי בר"י אומר אדם עובר עבירה פעם ראשונה מוחלין לו שניה מוחלין לו שלישית מוחלין לו רביעית אין מוחלין לו שנאמר כה אמר ה' על שלשה פשעי ישראל ועל ארבעה לא אשיבנו כו'. ועיין בתוס' יוה"כ דכתב וז"ל ול"נ דהטעם הוא משום דבתלתא הויא חזקה כמו בשור מועד דג' פעמים שנגח אינו נקרא מועד ובעליו פטורים וכשנגח ד' הבעלים חייבים מיתה בידי שמים כדכתיב בפ' משפטים ואם שור נגח הוא מתמול שלשום כו' עכ"ל. ולכאורה יש לתמוה ע"ז דא"כ תקשה מהקרא לדברי רבי דס"ל דגם בשור המועד בתרי זימני הוה חזקה. ולפי"ד ניחא שפיר דהכא מיירי שעבר עבירות שונות והוה כתלתא מיני ובתלתא מיני כו"ע מודים דלא הוה חזקה בפחות מתלתא זימני:

ועתה נשובה לנדון שאלתנו דהנה לפי"ד הרמב"ן בתירוצא בתרא והרשב"א והנמוק"י דבאחיות כיון דהוה חזקה גרועה כו"ע מודים דבתלתא זימני הוא דהוה חזקה. א"כ בנ"ד כיון דלא הוה רק תרי זימני לכאורה אפשר להקל בזה משום דהא גם זה דפסקינן כרבי דלגבי נשואין ומילה בתרי זימני הוה חזקה הוא נמי מטעם ספיקא כמש"כ הרי"ף דמסתברי מילה כנשואין משום ספק נפשות להקל א"כ גבי אחיות הוה ספק ספיקא חדא דילמא הדין הוא דדוקא בתלתא זימני הוה חזקה. ואפי' את"ל דבתרי זימני הוה חזקה הא גבי אחיות איכא פלוגתא דרבוותא דס"ל דשם גם רבי מודה דפחות מתלתא זימני

לא הוה חזקה. ועוד הא איכא כאן עוד ספיקא להקל משום דהא כתב המהרי"ט ח"ב סי' ל"א דאם מל השלישי ונתקיים אפשר שנתבטלה חזקתא קמייתא ותמול מכאן ולהבא ולא דמי לווסתות ולשור המועד דבעינן שיחזר בו ג' פעמים בחזרה דהתם בקביעות ווסת תליא מילתא. א"כ בנ"ד כיון דמלה אחות השלישית והולד בריא אולם איכא כאן עוד ספק להתיר. מ"מ מי יבוא להקל בסכ"נ אפי' איכא כמה ספיקי להקל דהא מוכח מהמשנה דיומא (פג.) דאפי' איכא כמה ספיקי דאין בזה סכ"נ מ"מ דוחה שבת. א"כ הכא נמי אפי' איכא כמה ספיקי דאין כאן סכ"נ מ"מ דוחה את המילה. אך מה שנ"ל להקל דהא מבואר בשו"ע דלאחר שיגדל ויחזק כחו מותר למולו והנה באמת אינו מבואר בשו"ע כמה הוא השיעור שיגדל ויחזק כחו. והנה ראיתי להנוב"י מהדורא תנינא סי' קס"ה שמשמע מדבריו שם שלא התיר למולו רק אחר ג' שנים שאז ודאי מיקרי גדול ונתחזק כחו יעו"ש. אף שלא ידעתי מנין לו זה. מ"מ נ"ל בנ"ד דיש כמה צרופים להקל דא"צ זמן הרבה כ"כ ולאחר שיגדל קצת לפי ראות עיני הב"ד שהוא בריא וחזק כדרך כל הילדים בני גילו מותר למולו כנ"ל בזה:

קונטרס הפלפולים

קונטרס מהפלפולים שפלפלתי בימי חרפי עם הגאון הג' מו"ה ר' אלעזר משה הלוי ז"ל אב"ד דק"ק פינסק יע"א:

סימן א

זה מה שכתב לי הגאון הנ"ל:

הנני לקיים דברי הנאמרים אליו בכתב אחרי נפרדנו בברכת שלום בטשערקאוו. לישב משנת תמיד עם סוגית זבחים בדין פרישה דקטרת [שהקשה כת"ר דהא אמרינן בזבחים (פג.) ר"א אומר נאמר כאן לכפר בקודש ונאמר להלן כל אדם לא יהי' באהל מועד בבואו לכפר בקודש מה להלן בשלא כיפר אף כאן בשלא כיפר. א"כ אמרינן שם להדיא דמתחילת ביאת הכהן לכפר בפנים אף שעדיין לא כיפר מוזהרין לפרוש מא"מ הן בשעת זריקת הדם בפנים הן בשעת הקטרה כדאמרינן להדיא ביומא דהקטרה שוה לכפרת הדם. א"כ האיך אמרינן בתמיד פ"ו מי שזכה בקטורת הי' נוטל את הבזך מתוך הכף ונותנו לאוהבו או לקרובו נתפזר ממנו לתוכו נותנו לו בחפניו. הא מוזהר כל אדם שלא יהי' בבואו לכפר ע"כ] שלפ"ד נראה דמהיכל לחודי' הוא דפרשי מתחילת הביאה. אבל מבין האולם ולמזבח לא פרשו רק בעת העבודה. והי' הדבר אז כמסופק בעיני. ואח"כ העלו רעיוני תירוץ אחר הנ"ל להתיר הקושיא. אך עתה מצאתי מפורש כדברי ביומא

(מד) דלפירש"י והתוס' הסוגיא אינה מובנת וכמה גמגומים בלשון המובנים ומורגשים למעיין בצדק. ולדידי אתיא כולי סוגיא כפשטה. וכד' הרמב"ם ז"ל בה' תו"מ יעוי"ש אלא שנראה מדבריו שלא הקילו קודם מעשה בבין האול"מ אלא בהקטרה ולא במתן דמים. ואפשר שלפי שצריך ללמדו הזהר שלא תתחיל כו' לכן הקילו בה. וכיון שיש לחלק ובברייתא לא מצינו רק בקטורת בלבד לכן לא הקיל בשארי כפרות דהיכל. וד' יכונן היכל קדשו מהרה ויזכהו לשרת בקודש ונחנו ממרחק נחזה במה שהורשנו כעתירת כל עב"י המצפים לישועה:

כ"ד יג"ע אלעזר משה הלוי א"ה:

וזה מה שהשבתי להגאון הנ"ל:

הנה מה שתירץ מעכ"ת על תמיהתי במשנה בתמיד עדיין לא נתקררה דעתי בזה משום דלפענ"ד ע"כ דאוהבו או קרובו הי' נכנס עמו לפנים ושם הי' נותן הכהן המקטיר הבזך לאוהבו והוא הי' נותן המותר לתוך חפניו של המקטיר. דאי בין אולם למזבח הי' נותן לתוך חפניו היכן הי' מחזיק הכף. וזה אין סברא דהוי מחזיק בין אצילי ידיו וכך הי' נכנס לפנים השתא לפני מלך בו"ד אין עושים וכו' אבל בפנים אפשר דלפי שעה הי' מעמיד הכף על הארץ או בין אצילי ידיו. ואף שמלשון הרמב"ם נראה דגם מה שבכף הי' נותן לתוך חפניו מ"מ אין סברא דהי' נכנס לפנים במלוא חפניו. ועוד דהרמב"ם שסיים דהי' משתחיה ויוצא ע"כ דגם בעל המחתה הי' בפנים דלשון יציאה אין שייך רק כשיוצא מבפנים. וגם כל השתחואות דשם הי' רק בפנים וגם מלשון הרמב"ם דכתב על בעל המחתה דהי' נכנס עם בעל המקטיר קטורת משמע שהי' נכנס עמו בפנים. וימחול מעכ"ת להודיעני גם התירוץ אחר שיש לו על קושיא זו:

כ"ד יג"ע יו"ט ליפמן הכהן:

עוד מהגאון הנ"ל. קושיותיו מהבאים להיכל בעת ביאת הכהן להקטיר הקטורת והן אוהבו או קרובו. והזוכה במחתה. נ"ל כיון שלצורך ההקטרה הן נכנסין ועובדין עבודתן [דאוהבו וקרובו ודאי עביד הולכה ברגל עיין זבחים (טו)] הוו אינהו באים לכפר ממש ולא קבעה תורה בכל השנה מי שיבוא לכפר. וגם לא אסרה ביאת שנים. אבל שלא לצורך הך כפרה ודאי אסור תיכף בבואו בהיכל כדמוכחא כולי סוגיא דיומא שכתבתי אז ואין האיסור רק בהיכל ולא בין האולם ולמזבח עד שעת הקטרה ממש כמבואר בפירוש שם. ויען כי ברורים לי הדברים באין ספק חדלתי מלכתוב לכת"ר התירוץ השני שהוא סותר לזה:

כ"ד י"נ אלעזר משה הלוי א"ה:

סימן ב

כתב לי עוד הגאון הנ"ל וז"ל. ואודיע לכת"ר מאי דקשיא לי האידנא בהא דתניא בפסחים (קה) כבוד יום קודם לכבוד לילה. דלכאורה סותר לסוכה (כה:) עיין רש"י שם ד"ה שחל כו' דכתב אלמא מצוה קלה הבאה לידך אין צריך לדחותה מפני חמורה העתידה לבוא. ואולי להכי השמיטה הרי"ף והרמב"ם ז"ל. ודוחק לחלק בין זמן מועט למרובה. ומה שאמרינן במנחות (מט:) אלא לאו דלמחר כו' סמיך אדבן בג בג דחיילא מצות שמירה דלמחר והאידנא. והיינו דקרי מקודש להקרבה דהאידנא לגבי שימור דהאידנא ואהקרבה דלמחר ל"ח כלל כנ"ל:

והשבתי להגאון הנ"ל. מה דקשיא לי' למר על הא דפסחים דאמאי כבוד יום קודם לכבוד לילה דהא אמרינן בסוכה מצוה קלה הבאה לידך א"צ לדחותה מפני חמורה העתידה לבוא. נ"ל לחלק בין הידור באותה מצוה למצוה אחרת דבודאי באותה מצוה דאם יודע שאח"כ יעשנה בהידור יותר מחוייב להשהותה כדי שיעשנה בהידור יותר. לכך גבי עונג שבת אמרינן דכבוד יום קודם לכבוד לילה. אבל שידחה מ"ק שבאה לידו משום מצוה חמורה שעתידה לבוא אח"כ כיון דהיא מצוה אחרת אמרינן מצוה הבאה לידך אל תחמיצנה. וראי' לזה מה דאמרינן ביבמות (לט.) דאם תלה בגדול עד שיבוא ממדינת הים אין שומעין לו. דמשמע דוקא כשהוא במה"י. אבל אם הוא לפנינו אך שהגדול א"א ליבמה מיד והקטן אפשר ליבמה מיד לא אמרינן שהוי מצוה לא משהינן. כיון שהמצוה מן המובחר היא שהגדול ייבמה משהינן המצוה כדי לעשותה בהידור יותר כנ"ל. יע"ש יו"ט ליפמן הכהן:

וזה שהשיב לי הגאון הנ"ל. בענין חביבה מצוה בשעתה חביבין עלי מאד דברי כת"ר שחילק בין הידור באותה מצוה למצוה אחרת. וזו היא ע"כ דעת בעל תה"ד ז"ל לענין קדוש לבנה. והביא הרמ"א ז"ל. אולם באמת ראי' ידידי לא מכרעא כ"כ. דאפי' אי נימא דמדה"י דקתני דוקא הוא. היינו דבלא"ה ל"מ למכפיי' דלא כייפינן אזריזות כדתנן בערכין (כא). וראי' דהא בעי למפשט בח"ג וח"ק כי הדדי נינהו. וא"כ מ"ש מדה"י דנקט דע"כ הוי ס"ד דידעינן בגדול דלא בעי ליבומי [והיינו דפריך מקטן דלא ידוע מחשבתו והדר פריך א"נ אתי איהו ומיבם דמסתמא גדול דומיא דקטן דלא ידוע] דאי לא"ה תקשי גם לדידי'. אע"כ או דנ"ד מדה"י או משום כפי' נקט מדה"י דוקא. ולכאורה נ"ל להוכיח מסוגיא דר"ה (לב:) דזריזות עדיפא מהידור דברוב עם. אך צ"ע ממתני' דבכורים פ"ג מ"ב ובפי' הרמב"ם שם עפ"י הירושלמי. אך אפשר דהירושלמי לשיטתי' דסבר גם בר"ה שם ובריש תענית דגם בשחרית כטעמא תמן. אבל לגמרא דידן טעמא אחרינא ע"כ בבכורים

דלא תקשי מהלל. ואולי משום זהירות טהרתן. ונ"ל דהיינו דאמרינן בספ"ב דיו"ט אבל הלל כו' שכל מעשיו לש"ש שאמר ברוך ד' יום יום. דלפירש"י ז"ל צ"ע מאי שייך בטחון למגע מזריזות בדבר מצוה. ומאי מעליותא במדה זו. ומנא ידע דיזמין לו הקב"ה אם לא יזדרז מעצמו ויכין מתחילת השבת. ועוד דאיתא בפסיקתא והובא בפירש"י ז"ל על התורה ע"פ זכור א"י השבת שאם נזדמן לך חפץ יכה הזמינהו לשבת ודוחק לומר דאתיא כב"ש. דר' שמלאי ור' אבהו דאמוראי נינהו אמרי לה התם. והתם גופא אמר שמאי הזקן הי' לוקח עצים מאחד בשבת לשבת. אבל הלל הזקן היתה בו מדה אחרת יתירה שהי' אומר כל מעשיך יהי' לש"ש עכ"ל. ול"ל דל"פ כלל כמ"ש הב"ח בשם א"ז והובא במג"א סי' ר"נ. ובהא תניא בהדיא בש"א כו' ובה"א כו'. לכ"נ דהלל הזקן כיון שכל מעשיו לש"ש הי' נחשבת אכילתו בימי החול גם היא למצוה. וכדאיתא להדיא בויקרא רבה פ' ל"ד יעו"ש. לכן הי' אומר ברוך ד' יום יום. ר"ל שבכל יום יש לקיים מצות התלויות ולא לדחותם מפני החמורה דהיינו עונג שבת העתיד לבוא. אע"ג דעדיף דאית בי' תרתי ושמאי הי' נוהג לאכול בכל יום לכבוד שבת וכו'. ומ"מ ל"פ שמאי והלל. מדל"ח לה בג' מקומות. אלא שכל אחד הי' נוהג כמנהגו. ותלמידייהו פליגי איזה מנהג עדיף. והלכה כב"ה. עכ"פ מוכח דמצוה ביומו עדיפא:

אולם אפי' לדברי כת"ר שהן כד' התה"ד ז"ל מ"מ תמידין ומוספין ודאי דתרי מצות נינהו דאין שייכין זו לזו כלל. והן מצות חלוקות לכו"ע ועיקר הטעם במנחות שם משום מצות שימור כמ"ש א"ז. וא"ש בפשיטות מאי דקרי להו מקודש לגבי דלמחר כמ"ש. ובהך סוגיא דהעוסק וכו' ראיתי בהשמ"ח ד' ווין קושיא עצומה בשם הגאון מו"ה צבי חיות מזאלקווא לפי דעת התוס' והראב"ד ז"ל בט"י דטמא מת לאחר טבילה מביא פסחו ואותן אנשים אחרו מלטבול א"כ היכא מוכח דעוסק במצוה פטור מן המצוה שהרי בעת שנטמאו עדיין היו יכולין לטהר עד הפסח. ולא משכחנא פירוקא לע"ע. ולענ"ד דברי הרמב"ם ז"ל שם נכונים מאד דכיון דקיי"ל שכל שא"י ליכנס בשעת שחיטה ד"ר מקרי קשה באמת מ"ט שו"ז על ט"י בשרץ. וצ"ל כמ"ש רש"י ז"ל אליבא דעולא דאמר ד"ר לטהור ואין ד"ר לטמא ה"נ דרשינן לי' לענין טבול יום דכיון דבשעת שחיטה תלי צריך קרא על ט"י:

כ"ד יג"ע אלעזר משה הלוי א"ה:

סימן ג

עוד מהגאון הנ"ל:

קושית מעכ"ת ע"ד הריטב"א ז"ל בפ"ג דעירובין (כט:) דפי' שם הא דקאמר שכר מערב בו ופוסל את המקוה בג' לוגין מיירי בתמד שהחמיץ. הא זה סותר לדברי המשנה דמקואות פ"ז מ"ב דאיתא שם להדיא והתמד משהחמיץ דאם נפל לתוך מ' סאה חסר אחת לא העלוה אבל לא פסלוה היא קושיא חזקה. אך כפי שכבר העיד נחתום עיסה זו עלי' שאינה ראויה אלא ע"י הדחק אף אנו נדחוק בה עוד ונאמר דהא דתני סאה היינו תמד בצירוף שאר המשקין השנויין שם. גם במתני' שם לא תני בהדיא דאין פוסלין אלא דאין מעלין וממילא ש"מ דאין פוסלין. וכל כה"ג איכא למימר דמשום אחרינא נקט [ועיין בפ"ב דשבת ימים שאין בהם ק"מ כגון ר"ח כו' ערבית וכו' מחזירין וכו' וטובא כה"ג] ובתמד בפחות מסאה וכ"ז דוחק והתוס' בחולין סוברים להדיא דאין פוסל כלל. וכן הרמב"ם ז"ל מנה השכר בכלל כל הפסולין עם תמד שלא החמיץ ובשהחמיץ באותן שאין פוסלין. ועיקר הטעם נ"ל דמשום שמא הוא. דתמד שהחמיץ יין מקרי כמו כל יין [ומ"ש הפוסקים חמרא מזגא היינו לסימן בעלמא וכמו"כ יין חי כשרוצים לסמנו ביחוד להבדילו ממזוג שאין יין חי. וכל כה"ג לאו שם לוי הוא וכדתנן בפרה פי"א איזוב זה כשר וכפי' הר"מ והרא"ש ז"ל [דפי' הר"ש ז"ל תמוה דאטו צריך לאשמועינן דצריך כשר דוקא] וקמ"ל שאפילו רגילים לקרותו שלא בפניו באיזה סימן כל שכשראהו אינו חושב איו איזוב סתם מיקרי ומה"ט אנכי רגיל לפסוק בקמח חטים וקמח שיפון במדינתנו דמב"מ הוי במאי דאזלינן בתר שמא דתרווייהו באנפייהו קמח סתמא מיקריין] אבל שכר כיון שנתחדש לו שם חדש ע"י תערובת המים דבלא מים דבש תמרים מיקרי יצא מכלל משקין אעפ"י שאין שם מים עליו והוה כמו מי הצבע דגם אינהו בשמא חדתא מיקריין. דאין לומר משום שם מים דהא בכל דוכתא אמרינן בכה"ג מי הצבע איקרו מים סתמא לא איקרו. אלא דמ"מ ר"ז קמ"ל דלא ניטעי בהאי דמשום שם מים נינהו כדאשכחן באפר לענין כסוי דקיי"ל כב"ה דכשר משום דאיקרי עפר שריפה. ובאמת צ"ל דשאני התם משום יתורא דקרא דעפר. ואע"ג דבסוטה (טז) דריש לי' לגז"ש [עיין תוס' שם] נ"ל דר"ש לטעמי' דסבר בתמורה (יג) דקדשי ב"ה מיקרי קרבן משום דכתיב קרבן ד' אלמא דבלשון תורה לא קפדינן אשם לוי וא"כ ל"ל דמותר קרא לאשמועינן דמיקרי עפר דהוה כמו קרא כי היכי דלא ניטעי. אבל לרבנן אמרינן דבאמת לא מיקרי עפר וקרא יתירא לאכשורי'. ובהכי ניחא דאיצטריך בתמורה (יב) למימר לרבנן דר"ש במה מצינו בכ"מ כו' ולא אמר דגם אינהו אית להו גז"ש דר"ש. ומשו"ה דרשי ונתן עליו לערבן. אלא משום דלדידהו מיתר קרא לכיסוי הדם וליכא גז"ש כלל. ומצאתי בילקוט פ' חקת גי' אחרת באותה סוגיא. אך לגירסתנו נ"ל כמ"ש:

יע"א אלעזר משה הלוי א"ה:

סימן ד

עוד מהגאון הנ"ל:

ואשר חקר כת"ר אם אסור להושיט אמ"ה לנכרי קטן. נ"ל לאיסור דכיון דכתיב לא תאכלום וילפינן לכל האיסורים שאסור להאכילם להאסור בהם הן ישראל או ב"נ קטן וגדול בכלל. דאי לא תימא הכי אמאי מחשבינן בספ"ט דחולין לאמ"ה איסור שאי אתה יכול להאכילו לאחרים:

או"נ אלעזר משה הלוי א"ה:

וזה שכתבתי להגאון הנ"ל. דבר תשובתו על ספקותי נכון בעיני מאד. כי היא ראי' שאין עליה תשובה. אך מחמת זה נתקשה לי ע"ד הרשב"א דס"ל דאיסור דרבנן מותר להאכיל לקטן א"כ או"ב המדולדל אמאי קרי לי' בהעוה"ר אשאיל"ל. ולפי דבריו ע"כ צריך לדחוק דלפי הו"א הוה סברי כלישנא דבהמה המקשה דאו"ב המדולדל אסור מדאורייתא ובזה יתישב ג"כ שיטת הר"ן דסברי דאו"ב המדולדל מותר ליתן לב"נ. ולכאורה מהך סוגיא הא מוכח דלא כדבריו וע"כ צ"ל דהר"ן ס"ל דהך הו"א סברי כהך לישנא דאו"ב מדולדל מדאורייתא אסור לר"י לכך אסור גם לב"נ. אבל לפי מאי דמסיק שם דר"י ס"ל דאין בהם אלא מצות פרוש בלבד הוא רק מדרבנן לכך מותר לב"נ משום דלגבי ב"נ לא גזרו חכמים כנ"ל. יע"א יו"ט ליפמן הכהן:

וזה שהשיב לי הגאון הנ"ל. אשר הוקשה לכת"ר לפ"ד הרשב"א ז"ל שמתיר להאכיל איסורי דבריהם לקטנים. ולהר"ן ז"ל שמתיר להושיט אבר המדולדל לנכרים היכי ס"ד דגמ' ספ"ט דחולין דטעמא דר"ש במציעתא משום אא"י להאכילו הוא. ולדוחק נחשב בעיני כת"ר לומר דלס"ד דגמ' הוי מה"ת. גם בעיני הוא דוחק וקרוב לנמנע. דמלבד דאנן לר"י איירינן התם ואיהו אמר בפ"ד דאין בהם אלא מצות פרוש. ופי' הרשב"א והר"ן שם שמד"ס הוא. זולת זה אין מקום לדעתי כלל לזה. דאי הוה מה"ת ממש משום או"ב מ"ה דשחיטה עושה נפול ל"ש למתני לא הוכשרו לשון רבים. דהא האבר מטמא טומאה חמורה ואי הוי בכלל בשר בשדה טרפה ולא אמ"ה ממש וכמ"ש הרמב"ם ז"ל דאבר ובשר שניהם בלאו דבשר בשדה ואין לוקין עליהן א"כ אין מקום כלל לאוסרן לב"נ דבהו לא כתיב לאו דבשר בשדה ובכלל בשר מהחי לא הוו כיון דליכא באבר משום אמ"ה לא לאיסור ולא לטומאה [ולא כהפמ"ג שכ' לאסור הושטה משום דעת הרמב"ם ז"ל] אלא ודאי סבר השתא דמשם לתא דאמ"ה מדרבנן אתאן עליו. ומ"מ ל"ק על הרשב"א ז"ל יעו"ש בדברי' פ' חרש דמודו דלמ"ד קא"נ ב"ד מצוין להפרישו דאסור. ור"י הא ספוקי

מספקא לי' בהא התם ואמר ה"ט אי מצוין כדאמר בדמאי הקלו יעו"ש. ואי אין מצוין תהוי פלוגתיי' באוחז בקטן כו'. אלא דבגמ' פריך ל"ל לחדוש טעמא לר"ש דתיסגי בההוא טעמא דאוחז בקטן [דלא שמענא לר"ש דמטהר רק באה"נ דליתנהו בכלל אשר יאכל אבל האי דשרי בהנאה והוא אוכל אדם אפשר דמודו לרבנן] ומוקים לדר"י אסיפא. וד' הר"ן ז"ל שמתיר לב"נ ודאי אינו אלא למ"ד מזמנין נכרי על ב"מ אבל לר"ל ורב אחא ב"י דאסרי וסברי דלנכרי במיתה תלי ודאי אסור דהא מיתה עושה נפול. ואין תימה אם לס"ד דגמ' סבר ר"י אליבא דר"ש כוותיי'. ואין להאריך עוד למול נבון כמוהו:

ידידו כנפשו אלעזר משה הלוי א"ה:

א"ה מה דחשיב הגאון הנ"ל לדבר הנמנע דהו"א הוי סבר דאו"ב המדולדל אסור מדאורייתא דאז לא שייך למתני לא הוכשרו לשון רבים כו'. לפ"ד ז"א דהא הגמ' קאמר שם (עג:) הוכשרו חד לבשר הפורש מן הבהמה וחד לבשר הפורש מן האבר:

סימן ה

עוד כתב לי הגאון הנ"ל בשולי מכתב הקודם וז"ל נשכח מזכרוני במה נסתפקנו מכבר בענין בכור טרפה. דהא ככל דוכתי ילפינן לי' העברה העברה ממעשר. ויודיעני נא כת"ר אשר בלבבו בזה:

וזה שהשבתי להגאון הנ"ל. במה שנסתפקנו כבר בענין בכור טרפה מבטן דלא ליקדש דילפינן העברה העברה ממעשר. הנה במנחות (ו.) אמרינן להדיא מה ליוצא דופן שכן אינו קדוש בבכורה. ופירש"י תאמר בטרפה דקדושה בבכורה אם נולד עם טריפתו. אף שיש לדחוק ולפרש שם הגמ' דלא כרש"י ז"ל היינו דיוצא דופן לא משכחת דליקדש בבכור. וטרפה משכחת לה דקדשה בבכורה אם אח"כ נטרפה אמנם נראה עיקר כד' רש"י ז"ל. וכן מוכח בחולין (ע:) דלמ"ד למפרע הוא קדוש דאם מחתך ומניח יקבר אף דעושה אותו טרפה קודם יציאת רובו. והטעם בזה נ"ל דלא גרע טרפה מנפל דילפינן בבכורות (ג) משגר דקדוש בבכורה. ולענין כלאים אמרינן בהדיא בב"ק (עח.) דאינו קדוש בבכורה [וצ"ע על הפוסקים שלא הביאו זה] ולענין יתום נסתפקתי אם ג"כ ילפינן ממעשר דלא קדוש בבכור. כי לע"ע לא מצאתי זאת מבואר. ואולי נכלל בכלל יוצא דופן וכן הוא בתמורה לענין דלא קדושין ולא מקדישין ע"כ צ"ל כן דכייל יתום בכלל יוצא דופן משום דדמי לי' במקצת. ע"כ יודיעני נא דעתו הרחבה בזה. כ"ד ינ"ע יו"ט ליפמן הכהן:

וזאת תשובת הגאון הנ"ל בענין יתום בבכורה לדעתי פשיטא דלא קדוש. וגרע מיוצא דופן ואפי' ר"ש מודי בי' דלאו לידה הוא. ויעוין במכילתא פ' בא על פסוק והעברת.

דמילתא דפשיטא להו התם דאין ביתום קדושת בכורה אבל טרפה פשיטא דקדוש. וכדמוכח להדיא כולה סוגיא בשליא תקבר וטעמא כמ"ש כת"ר משום דכתיב שגר לרבויי נפל. ומ"מ קשה לכאורה אליבא דר' חייא דבטלה ברוב לענין טומאה. אמאי לא בטלה לענין בכורה. דהא אליבא דר"ש דשליא הוצרך ר' יוחנן בנדה (כז) לרבויא דקרא לענין טומאת לידה. וה"ה לבכורה דמ"ש. ור"ש בשיטת ראב"י הוא כדאמר ר"י גופי'. וצ"ל דילפינן בהמה מאדם דהויא לידה ובהכי ניחא הא דאר"י ר"ש וראב"י אמרו דבר אחד. אע"ג דהכא ר' חייא הוא דתני לה דאינה מטמאה ולפמ"ש ה"פ ר"ש דאמר התם דטהור אע"ג דס"ל דטמאה לידה [כדסבר התם ר"י לדידי' וכדמוכח ר"פ יוצא דופן] וראב"י דאמר דנפטרה מבכורה אע"ג דקושטא הוא דבטלה לענין טומאת נבלה אמרו דבר אחד. והכל מדרשא דקרא דכי תזריע. ואנן אע"ג דקיי"ל כרבנן דר"ש אית לן שפיר דראב"י דגם לרבנן גלי קרא דכי תזריע לענין נמוח. וכמ"ש התוס' ר"פ יוצא דופן. וילפינן לענין בהמה. ומתרצי קושית התוס' בכורות (כג:) ד"ה אלא יעו"ש. וכלאים פשיטא דגרע מנדמה. ולא הוצרכו הפוסקים לכתוב דין פטורו מבכורה. עיין בכורות (יב:). כ"ד י"נ אלעזר משה הלוי א"ה.

עוד השבתי להגאון הנ"ל. ע"ד אשר נסתפקנו כבר בענין יתום אם קדוש בבכורה אי ילפינן העברה העברה ממעשר. ראיתי אח"כ שבדברי הגמ' חולין (קלו:) מבואר להדיא דיתום קדוש בבכורה. דקאמר שם הגמ' לענין ראשית הגז אדרבה מבכור הו"ל למילף שכן יתום שלקחו כו'. וכן פי' שם רש"י ז"ל להדיא דיתום קדוש בבכורה וירעה עד שיסתאב ויאכל במומו לכהן. מ"מ לכאורה קשה דבאמת אמאי לא ילפינן גבי בכור העברה העברה ממעשר. ואולי כיון דגלי קרא משגר דאפי' נופל קדוש בבכורה כ"ש טרפה א"כ לא מצי למילף ממעשר. לכך יתום קדוש בבכורה ויוצא דופן דלא קדוש בבכורה משום דגלי קרא להדיא:

כ"ד ידידו יו"ט ליפמן הכהן:

וזו תשובת הגאון הנ"ל עוד בזה. במאי דמוכח מגמ' דחול (קלו) שלא כדברינו מאז בענין פטור יתום מבכורה. הא ודאי דהתם ע"כ בזה פירש כו' למ"ד אפשר לצמצם בי"ש לדידן ל"ש. אך לדעתי שגם זה הוא דוקא אליבא דר"ש דאליבי' איירינן התם ואיהו ס"ל שריבתה התורה יוצא דופן לכל לידות דלא בעינן דרך לידה ובבכור אימעוט יו"ד מפטר רחם וילפינן לידה דקדשים מיני' בגז"ש. אבל יתום דאימעוט בקדשים מתחת אמו אינו ענין ללידה כלל ולא ממעטינן. אבל לרבנן דס"ל דבעינן דרך לידה דכ"מ אמרינן דמטעם לידה מיעטי' קרא. וראי' דהא ילפינן מיני' גם לענין פרכוס דבסוף שחיטה. ור"ש דס"ל

כותלים מלאים דם מהני ול"ח לאמצע שחיטה לטעמי' אזיל דלא משום לידה אימעט כנ"ל. ול"צ לתי' התוס' שם. וכ"ז לפ"ד המפ' שם בפ' רה"ג. ולז' הי' נ"ל לומר דיתום דקאמר דחייב בבכורה היינו אם האם יתומה חייבת בבכורה משא"כ במעשר דאם אין י' לבד היתום כולן פטורין. וה"ה דה"מ למינקט שאר פסולין אלא דכייל כולהו בחדא דבבכור לא קפדינן על החולין המחייבתו משא"כ במעשר [ולדידי מספקא לי באמת בכלאים ונדמה שילדו דמפשטא דלישנא דמתני' ודגמ' בבכורות (טז יז) משמע דפטורי ואכמ"ל. ולא פש לן רק יו"ד דכייל לי' ביתום] אבל ולד גופי' יתום אפשר דפטור גם לר"ש דילפינן מקדשים. עכ"פ לדינא אין ספק בדברים אשר הסכמנו. כ"ד י"נ אלעזר משה הלוי א"ה.

א"ה כעת עיינתי בזה וראיתי דבזה צדקו דברי הגאון הנ"ל דבמכילתא מבואר להדיא דיתום אינו קדוש בבכורה. דז"ל המכילתא שם שמעון בן עזאי אומר והעברת מה ת"ל לפי שהוא אומר כל אשר יעבור תחת השבט שומע אני אף היתום במשמע והדין נותן מה אם בעל מום שאינו כשר לגבי מזבח נכנס להתעשר לדיר יתום שהוא כשר לגבי מזבח לא יהא נכנס לדיר להתעשר כו'. לא זכיתי מן הדין נאמר כאן עברה ונאמר להלן עברה מה כאן [פי' בבכור] אין קדושה חלה עליו אלא בחיי אמו אף העברה האמורה להלן [פי' במעשר] דין הוא שלא תהא קדושה חלה אלא בחיי אמו ע"כ. ולכאורה תמוה מאד סוגית הגמרא דחולין דקאמר בפשיטות דיתום קדוש בבכורה. ומה שדחק הגאון הנ"ל לישב אינו נ"ל כלל. אבל באמת בלא"ה דברי המכילתא לכאורה תמוהין מאד דהאיך קאמר יתום כשר לגבי מזבח דהא ממעטינן להדיא יתום מתחת אמו בת"כ פ' אמור פ"ח. והובא ברייתא זו בגמ' חולין (לח:) בכורות (נז.) ומה שמתרץ הבעל זית רענן דהאי תנא פליג וס"ל דמתחת אמו לא ממעטינן יתום. לפע"ד א"א לומר כן. דא"כ האיך קאמר דיתום אינו קדוש בבכורה דמנ"ל זאת גבי בכור. ומש"כ הבעל ז"ר משום דגבי בכור כתיב שבעת ימים יהי' עם אמו ממעטינן שפיר יתום דבריו נפלאים מאד. דא"כ צריך להיות גבי בכור אפי' מתה אמו בתוך שבעת ימים לא יהי' קדוש הבכור. דהא קאמר שם בת"כ ריה"ג להדיא דאי לאו שנאמר תחת אמו הו"א מהאי קרא דשבעת ימים יהי' עם אמו עד שיהא עם אמו כל שבעה ת"ל תחת אמו אי תחת אמו יכול אפי' יצא ממנה כשהיא מתה ת"ל עם אמו הא כיצד אפי' נתקיימה לו אמו שעה אחת. א"כ האיך אפשר לומר דהאי תנא דמכילתא ס"ל דמתחת אמו דכתיב גבי קדשים לא ממעטינן יתום ורק משבעת ימים יהי' עם אמו דכתיב גבי בכור ממעטינן יתום דלפי"ז צריך להיות אמו קיימת גבי בכור כל שבעה. ודבר זה לא שמענו מעולם. ואף אם נאמר דמאחר שנולד בקדושה א"א שיצא

לחולין אח"כ אם מתה אמו אבל מ"מ לכה"פ יהא פסול הבכור להקרבה כיון דקפיד קרא שיהא שבעת ימים עם אמו:

וכשעיינתי בענין זה דיתום הנני במבוכה רבה דהא קאמר רבא בחולין שם דיתום לא מיקרי אלא דוקא היכא דזו פרשה למיתה וזה פרש לחיים. אבל היכא דילדתו אמו והדר מתה כיון ששהה רגע אחד בחיי אמו לא מקרי יתום משום דלעולם תחי' ותיזל. ולפי"ז האיך קאמר ר' יהושע בבכורות (נז.) אפי' נשחטה אמו והשלח קים אין זה יתום דהאיך משכחת לה דלא יהא השלח קיים רגע אחד לאחר הלידה א"כ לר"י לא משכחת יתום כלל. ויותר תמוה לי לישנא דהגמרא שם דקאמר יתום כגון שהשלח קיים אלמא דאיכא יתום שאין השלח קיים. והאיך אפשר לאשכוחי שלא יהא השלח קיים מיד אחר הלידה שלא תהא שהות אפי' רגע אחד. ובפרט לפי מש"כ הת"ח בחולין דזו פרשה למיתה וזה פרש לחיים הוא תיכף משיצא רובו דכיון שיצא רובו הוה כילוד. וכן יש להוכיח מדברי הרמב"ם פ"ג מה' א"מ ה"ד דכתב שם תחת אמו פרט ליתום שנולד אחר שנשחטה אמו. דלכאורה תמוה דהא זה נגד דברי רבא דקאמר דאי במתה והדר ילדתו מכי יולד נפקא משום דזה הוה כמו יוצא דופן כיון שנולד לאחר שמתה אמו. אבל לפי"ד הת"ח ניחא שפיר דכוונת הרמב"ם הוא היינו שנשחטה אמו לאחר שיצא רובו קודם שילדתו. א"כ ודאי לא משכחת לה כלל שלא יהא השלח קיים. ועוד תמוה דהא משמע שם מדברי הגמרא דטעמא דר"י משום דעור של המתה מהני להחם את הולד לאחר הלידה לכך לא מקרי יתום כשהשלח קיים וכן קאמר שם רבי דבזה נתגלה טעמא של משנתנו כיון שהעור קיים הוי כמו שאמו קיימת ע"ש ברש"י. הא לדברי רבא לא מתקרי יתום אלא כשזו פרשה למיתה וזה פרש לחיים אבל א"צ כלל שתהא אמו קיימת זמן מה לאחר הלידה להחם הולד. א"כ מאי נ"מ במה דהשלח הני להחם הולד לאחר לידה:

ויותר תמוה לי מה דקאמר ר"ה שם (נג.) דבטלהו מעשר בהמה משום יתום. וכיון דיתום לא מקרי אלא כשזו פרשה למיתה וזה פרש לחיים לפי"ד רבא. א"כ האיך אפשר שגזרו ועקרו מ"ע דמעשר בהמה משום דבר דלא שכיח ובפרט לדברי התוס' בחולין (לח:) ד"ה אלא כו' דכ' דלדידן דקיי"ל דא"א לצמצם בי"ש יתום לא משכחת לי' כלל והקרא קאי אם יבוא אליהו ויאמר שבצמצום נעשה ודאי קשה טובא דהאיך אפשר למיגזר ולעקור מ"ע משום דבר דא"א לאשכוחי כלל רק אם יבוא אליהו ויאמר שבצמצום נעשה. ובאמת הי' נ"ל לומר דר"ה לא ס"ל הא דרבא דדוקא בזו פירש למיתה וזה פירש לחיים מיקרי יתום. אלא כדמשמע מפשטות לישנא דת"כ דבעי שישהה שעה אחת תחת אמו. אמנם בדברי התוס' דבכורות שם ד"ה כר"ה כו' דכ' לכך נ"ל לפרש דנקט הכא דוקא יתום

דטעו בי' טפי מבאחריני משים דלא בקיאי דיתום נמי לא משכחת לי' אלא בזה פירש למיתה וזה פירש לחיים עכ"ד. מבואר להדיא דגם ר"ה ס"ל כרבא א"כ קשה טובא כיון דא"א לצמצם בי"ש לא משכחת לי' יתום כלל. ועל דברי רש"י דפי' יתום ג"כ כד' התוס' בזפל"מ וזפל"ח לא קשה כ"כ משום דנראה דרש"י לא ס"ל כד' התוס' דחולין ואף למ"ד דא"א לצמצם בי"ש נמי משכחת לי' יתום משום דבעי שיהא ניכר לב"א שחיה לכה"פ רגע אחד תחת אמו. אבל היכא דזפל"מ וזפל"ח ואינו ניכר לב"א שחיה רגע אחד תחת אמו אף שידוע לשמים שחיה זמן מה תחת אמו זה אינו מועיל כלל ועדיין מיקרי יתום וכן נראה דעת הרמב"ם מדהביא יתום לדינא בה' איסורי מזבח. מ"מ עדיין קשה דהא זה ודאי הוא מילתא דלא שכיחא שזפל"מ וזפל"ח והאיך אפשר שמחמת זה תעקר מ"ע. ואף שרש"י ס"ל דלאו דוקא יתום אלא גזרו משום כל דברים שנכנסים לדיר להתעשר מ"מ צ"ע האיך נקט ר"ה דגזרו משום דבר דלא שכיח:

ומחמת כל הקושיות הללו רחש לבי לומר כלל חדש בדין יתום דמעשר בהמה. דהתם אינו נכנס לדיר להתעשר אפי' אם מתה אמו אחר שנולד. ומעשר בהמה שאני דבעי שתחי' אמו בשעה שנכנס לדיר להתעשר. משום דילפינן העברה העברה מבכור כדאיתא במכילתא כמו דגבי בכור אין קדושה חלה עליו אלא בחיי אמו אבל זפל"מ וזפל"ח אינו קדוש כמו כן גבי מעשר בעי דבשעה שקדושה חלה עליו היינו בשעת הפרשת המעשר שתחי' אמו. אבל אם מתה אמו אינו נכנס לדיר להתעשר. ולכך אתי שפיר דברי המכילתא דקאמר דיתום כשר לגבי מזבח משום דהתם מיירי שנולד ואח"כ מתה אמו. ולפי"ז ניחא מה דפליג ר"י ואמר כיון שהשלח קיים הוה כמו שאמו קיימת ואין זה יתום. ומה דאיתא שם בבכורות במשנה ואיזה יתום כל שמתה אמו או שנשחטה ואח"כ ילדה. זהו ט"ס. וכן הוא בהמשניות ליתא כלל תיבת ואח"כ ילדה. וכן נראה מדברי רש"י דלא הי' לפניו הגירסא ואח"כ ילדה. ולפי"ד יתיישב שפיר הא דר"ה דבטלוהו מעשר בהמה משום יתום. וכן הא דלקמן (נח:) דקאמר ר"ה דלכך מעמד אמותיהם מבחוץ והם מבפנים גזרה משום לקוח או יתום משום דיתום כזה שכיח הרבה שלא תהי' לו אם בעת שנכנס לדיר להתעשר. וגם א"צ לדחוקי מה שדחק שם רש"י ואע"ג דאיכא דמחייב כגון שנולד ואח"כ מתה אמו וההוא לא נפיק אלא ע"י ירקא מ"מ בהא דמעמד אמותיהם של אלו מבחוץ להוי לי' הכירא ויהי' נזכר דיתום ולקוח לאו בני עשורי נינהו ע"כ. אבל לפי דברינו א"ש טפי מה דאמרו חכמים להעמיד אמותיהם מבחוץ כדי שנדע שאם אין לו אם אינו נכנס לדיר להתעשר. ולפי"ז א"ש מה דקאמר הגמרא בחולין דיתום קדוש בבכורה. אין כוונת הגמרא בזפל"מ וזפל"ח כמו שפירש"י דבכה"ג ודאי דאינו

קדוש בבכורה כמבואר במכילתא להדיא. אלא מיירי בנולד ואח"כ מתה או נשחטה אמו דבבכור כה"ג קדוש וגם קרב לגבי מזבח. ובמעשר אינו נכנס לדיר להתעשר:

אך מה דקשה לפי"ד דברי הגמרא שם (ח.) דקאמר על המתניתין דחשיב כל הפסולין שאינן נכנסין לדיר להתעשר מה"מ ומביא שם הברייתא דממעט כל הפסולין גבי קדשים ור"י בנו של ר"י ב"ב קאמר שם דילפינן מעשר מדנאמר כאן תחת השבט ונאמר להלן תחת אמי מה להלן פרט לכל השמות הללו אף כאן פרט לכל השמות הללו. א"כ נראה להדיא מדברי הגמרא שם דגם יתום דממעט גבי מעשר הוא יתום דאמעוט גבי קדשים. ולא כדברי המכילתא דממעט גבי מעשר יתום דהוא כשר לגבי קדשים מ"מ אינו נכנס לדיר להתעשר. ואין לדחוק ולומר דהגמ' מביא הך ברייתא לענין שאר פסולין דילפינן מקדשם. אבל פסול יתום ילפינן מבכור כדברי המכילתא. זהו דבר שא"א לומר כלל דא"כ הו"ל להגמרא להביא דברי המכילתא על המשנה. ומדלא הביאה נראה דלא ס"ל להגמ' כדברי המכילתא. אח"כ עיינתי בת"כ וראיתי דשם איתא דברי ר"י בנו של ר"י ב"ב בזה הלשון מה תחת האמור כאן פרס לכלאים וליו"ד ולמ"ז וליתום אף תחת האמור להלן פרט לכלאים וליו"ד ולמ"ז וליתום. הרי מבואר להדיא דר"י בנו של ר"י ב"ב סובר דיתום דגבי מעשר ילפינן מקדשים. ופליג על שמעון ב"ע דהמכילתא דס"ל דיתום דגבי מעשר ילפינן מבכור. אבל באמת קשה לומר דמתני' שלנו סובר כדברי ר"י בנו של ר"י ב"ב דיתום דגבי מעשר ילפינן מקדשים. א"כ גבי מעשר נמי אינו נכנס לדיר להתעשר אלא בזפל"מ וזפל"ח ולפי"ז תהדרי קושיתינו לדוכתין דאמאי קאמר ר"י דאם נשחטה אמו והשלח קיים אין זה יתום דהאיך משכחת לה שלא יהא השלח קיים:

ולאחר העיון נראה לישב ומקודם נבאר דברי רבא דחולין שם דהביא ראי' דפרכוס שאמרו בסוף שחיטה מיתום דפסול בזפל"מ וזפל"ח אא"ב דבעינן חיותא בסוף לידה היינו דאיצטריך קרא למעוטי. אלא א"א לא בעינן חיותא בסוף לידה ל"ל מכי יולד נפקא. ודברי הגמ' לכאורה תמוה. ועיין בתב"ש סי' י"ז דביאר דברי הגמרא דרבא הוכיח מתוך הברייתא דכל היכא דבעי חיותא כגון בשחיטה לא מהני היכא דגמר שחיטה ומיתה באין כאחד רק בעי שתקדום הגמר שחיטה למיתה באופן כשגמרה שחיטה עדיין ההי' חיה ותמות אח"כ כו' וקאמר אא"ב בעי חיותא בסוף לידה פי' שכל סוף לידה תהי' בחיות ולא יהי' סוף לידה ומיתה באין כאחד רק המיתה אח"כ שפיר דכל שהמיתה וגמר לידה באים כאחד יצאה מכלל יוצא דופן ולא אימעוט מכי יולד כו' ובעי קרא תחת אמו פרט ליתום. אלא א"א לא בעי חיות בסוף לידה פי' דקרא דתחת אמו אתא למילף דבעי שתהא מיתה וגמר לידה באין כא' ואי מתה קודם הו"ל יתום קשה ל"ל דאי מתה קודם

הו"ל יו"ד עכ"ד יעו"ש מה שהאריך בזה. ודבריו מוכרחין. אך עדיין קשה מנ"ל ללמוד שחיטה מיתום דשמא יתום שאני כיון דגלי קרא דבעי שיהא שעה אחת תחת אמו ושעה אחת לאו דוקא אלא אפי' רגע אחד לכך בעי שיהא באמו חיותא לאחר הלידה. אבל גבי שחיטה מנ"ל דצריך שתהא בה חיותא לאחר השחיטה. ונראה דע"כ צ"ל דרבא סובר דפסול יתום דגלי רחמנא גבי קדשים לא דזהו פסול בפ"ע אם לא היתה שעה אחת תחת אמו. אלא דסובר דגלי רחמנא דאם לא חיתה אמו לאחר הלידה אף רגע אחד הוה כמו יו"ד וזה הוה כמו שגמר המיתה קודם הלידה דפסול מטעם יו"ד. ע"כ אפי' אם גמר כאחד נמי פסול מטעם יו"ד דאין זה לידה אם לא חיתה אף רגע אחד אח"כ. לכך למד מזה דה"ה לענין שחיטה דאם אין בה חיות לאחר השחיטה הוה כמו שמתה קודם גמר שחיטה דאין זה שחיטה אם אין בה חיות אף רגע אחד לאחר שחיטה. אמנם רב חסדא דס"ל דפרכוס שאמרו באמצע השחיטה וכן ר"נ ב"י דס"ל דפרכוס שאמרו בתחילת השחיטה הם ע"כ ס"ל דאם המיתה והשחיטה באין כאחד הוה שחיטה מעליא. א"כ כ"כ גבי לידה אם המיתה והלידה באין כאחד הוה לידה מעליא. ולא מיקרי יו"ד. וע"כ לדבריהם פסול יתום דפסל רחמנא הוא פסול אחר דקפיד רחמנא שתחי' אמו שעה אחת ממש אחר הלידה כדמשמע פשטות הת"כ כמשכ"ל. והם לא חששו לקושית רבא לעולם תחי' ותיזל. אלא ס"ל דבעי שעה אחת ממש שתחי' אמו לאחר הלידה כדי שיתחמם הולד. כנ"ל לבאר פלוגתתם:

והנה לדברי רבא דס"ל דפסול יתום בקדשים אינו אלא בזפל"מ וזפל"ח לפי דבריו ע"כ צריך לאוקמי מתני' דבכורות כדברי שמעון ב"ע דמכילתא דסובר דפסול דיתום גבי מעשר לא דמי לפסול יתום דגבי קדשים דהתם אינו פסול אלא בזפל"מ וזפל"ח ופסול מטעם יו"ד כמש"ב. אבל גבי מעשר הוא פסול בפ"ע ופסול אפי' אם מתה אמו אחר הלידה משום דבעי בעת העברת השבט שתחי' אמו דילפינן מבכור ודלא כהת"כ דס"ל דילפינן מעשר מקדשים דלפי"ז גבי מעשר נמי אינו פסול אלא בזה פל"מ וזפל"ח. וע"כ מתני' דבכורות לא ס"ל הכי. דא"כ תקשי דברי ר"י דאמר דאם נשחטה אמו והשלח קיים אין זה יתום כמשכ"ל. אמנם לפי"ד ר"ח ור"נ בר"י דס"ל דבעי שעה אחת ממש גבי קדשים כדי שיעור חמים הולד א"כ לדידהו ודאי איכא למימר דהמתני' ס"ל כדברי הת"כ דפסול יתום גבי מעשר ילפינן מקדשים וגם גבי קדשים פליג ר"י דאם השלח קיים דמהני להחם הולד כמו שאמו קיימת ואינו פסול משום יתום. וסוגיא דבכורות אזלא אליבייהו דר"ח ור"נ בר"י לכך הביא הגמרא על המתני' דברי הת"כ. וראי' לזה דהסוגיא שם אזלא אליבייהו דהא קאמר (שם) וביו"ד ס"ל כר"ש יתום כגון שהשלח קיים אלמא

דס"ל דיתום פסול אחרינא הוא ולא מטעם יו"ד. והא לדברי רבא כיון דהוא ס"ל דפסול יתום הוה מטעם דהוה כמו יו"ד א"כ לדברי ר"ש דס"ל דיו"ד הוה ולד מעליא כ"ש יתום דודאי הוה ולד מעליא. אלא ע"כ דכל הסוגיא שם אזלא אליבייהו:

ודברי המכילתא הנ"ל אליבא דרבא א"ש בפשיטות טפי דהא דקאמר שם סתמא יתום שכשר לגבי מזבח אע"ג שזפל"מ וזפל"ח פסול לגבי מזבח משום דזה פסול מטעם יו"ד. אבל הוא מיירי ביתום שמתה אמו אח"כ. אבל לדברי ר"ח ור"נ בר"י דס"ל דכל פסול יתום הוא פסול בפ"ע קשה דברי המכילתא מה דקאמר סתם יתום שכשר לגבי מזבח אע"ג דהכא מיירי שמתה אמו אחר שעה אחת לאחר הלידה מ"מ ק"ק מה דקאמר סתם יתום שכשר לגבי מזבח. ועוד קשה דברי המכילתא מה דמסיים דילפינן מעשר מבכור מה בכור אינו קדוש אלא בחיי אמו מנ"ל זאת. דבשלמא לדברי רבא א"ש משום דס"ל כיון דזפל"מ וזפל"ח הוה כמו יו"ד א"כ פשיטא דבכור אינו קדוש כה"ג. אבל לר"ח ור"נ בר"י מנ"ל דבכור אינו קדוש בזפל"מ וזפל"ח. וליכא למימר משום דילפינן מקדשים וגם בבכור גופא כתיב שבעת ימים יהי' עם אמו ובא זה וגלה ע"ז כמו דאמרינן בת"כ ובמכילתא פ' משפטים. מ"מ מנ"ל דאינו קדוש דילמא הוא קדוש ופסול להקרבה וירעה עד שיסתאב. ונראה דע"כ צריך לדחוק דפסיקא לי' להתנא מטעם אחר כיון דלא חיתה אמו אחר הלידה אפי' רגע אחד א"כ לא הוה פטר רחם. ומה דקאמר הגמ' בחולין דיתום קדוש בבכורה כבר פירשתי למעלה דלא מיירי בזפל"מ וזפל"ח. אלא מיירי בנולד ואח"כ מתה או נשחטה אמו דבכור כה"ג הוא קדוש ובמעשר הוא פטור לדברי ה ולדברי רבא. ולר"ח ור"נ בר"י ולפי סוגית הגמ' דבכורות דקאי כוותי' מיירי דמתה תיכף אחר לידתו ולא שהה שעה אחת דבכור כה"ג הוא קדוש אלא דירעה עד שיסתאב ובמעשר הוא פטור ואינו נכנס לדיר להתעשר ומדברי הרמב"ם נראה דפוסק כרבא לכך גבי קדשים בה' איסורי המזבח פ"ג ה"ד קאמר שם פרט ליתום שנולד אחר שנשחטה אמו. ר"ל היינו דבשעת יציאת רובו נשחטה ואח"כ נולד כמשב"ל. וס"ל דזה פסול מטעם דהוה כיו"ד. ובזה נתישב מה שהשיג שם הראב"ד עליו בה' י"א דחשיב כל האיסורין לגבי מזבח הם י"ד. דאמאי לא חשיב נמי יתום. ולפי"ד א"ש דזה נכלל בכלל יו"ד. אמנם בה' בכורות פ"ו הי"ד גבי מעשר קאמר שם וכן היתום שמתה או נשחטה עם לידתו. וע"כ פירושו הוא היינו לאחר לידתו. והמעיין יראה דהרמב"ם ז"ל ס"ל כמש"ב דיתום דגבי מעשר לא דמי ליתום דמיירי גבי קדשים. ובזה אפשר לישב נמי מה דגבי מעשר חשיב גם מתה אמו. ובה' א"מ גבי קדשים לא קאמר רק נשחטה אמו. משום דהתם מיירי בעת לידתו

ובעת לידתו מיתה לא משכחת לה משום דעובר מיית ברישא. אבל גבי מעשר דמיירי לאחר לידתו לכך נקיט נמי מתה כנ"ל לפע"ד:

סימן (כ)ו

עוד מה שפלפלתי עם הגאון הנ"ל בדין עופות עיר הנדחת:

הנה הגאון הנ"ל כתב לי וז"ל נסתפקתי בענין עופות של עיר הנדחת אם דינם כבהמה ובסייף בדין ב"ד. או כשאר רכושם שבשרפה בלבד. והנה הרמב"ם ז"ל כתב והורגין כל נפש חיה אשר בה. וכתב הכ"מ דמוכל בהמתה נפקא לן. אך לפלא דנקט קרא דלא כתיב. ולישנא דקרא הוא החרם אותה וכל אשר בה. דכייל כל מילי. והדר מפרש ואת בהמתה לפי חרב. והעיר וכל שללה בשרפה. ובספ"ד דב"ק במשנה דאחד שור כו' לא חשיב עיר הנדחת. ואע"ג דכתיב בהמתה אפשר שלא נתנה לדרוש ג"ש זו משבת. ועיין בתוי"ט שם. ובחולין (קמ.) אאוקימתא דרנב"י בצפורי עה"נ אי לשלוח לא אמרה כו' ול"א בפשיטות בר קטלא הוא. אלמא דאין בו אלא איסור הנאה ושרפה משום איסורה בלבד וגם כדמסיק אלא לשחיטה אי נימא דעוף דינו כבהמה תפשוט בעיא דרב חסדא בס"פ חלק אי מהני בי' שחיטה. והרמב"ם ז"ל השמיט באמת בעיא דרב חסדא. אולי מטעם זה הוא דלא שביק פשיטותא דרנב"י משום ספיקא דר"ח. ורש"י ז"ל כתב שאחר שחיטתה ישרפוה. ולא מצינו כזאת בבהמת עיר הנדחת. ומסתברא דדינה בקבורה ככל הרוגי ב"ד ואנשי העיר. עכ"ד הגאון הנ"ל:

וזה אשר השבתי לו. במה שהעיר כת"ר בדין עופות של עיר הנדחת אם דינם כבהמה ובחרב או כשלל ובשרפה. ובדברי הרמב"ם מבואר דדינם בחרב. ותמה מעכ"ת על הכ"מ דנקט קרא דלא כתיב. הנה כבר העיר בזה הפ"ח על הרמב"ם וז"ל ומ"ש והורגין כל נפש חיה אשר בה בירושלמי מבעיא הי' שם ביבירין של חי' ושל דגים כלומר אי הורגין אותה או לא ולא איפשיט והו"ל ספיקא דאורייתא ולחומרא. ומשו"ה פסקה הרב לחומרא. אלא שיש לתמוה מאי קמבעיא לי' ביבירין של חיה הא קיי"ל דחיה בכלל בהמה כו'. תו מבעיא לן בירושלמי עוף שהוא טס למעלה מעשרה מהו ולא אפשיט. ונ"ל דכל שרץ אחריו ואינו מגיעו אינו בכלל האיסור כדאמרי' בפ' כל הבשר לא אמרה תורה שלח לתקלה. ומ"ש הכ"מ דמקרא מלא הוא ואת כל בהמתה ט"ס הוא וצריך למחוק מלת כל. ומה שסיים ואפשר דמכל נפקא ר"ל מהחרם אותה ואת כל אשר בה. אלא שאינו מחוור דהא איצטריך לרבות נכסי צדיקים שבתוכה ותו דא"כ לשתוק מבהמתה. ואפשר דהירושלמי מספקא לי' אי ילפינן מבהמתך דשבת כו' עכ"ל. ולפע"ד דברי הפ"ח תמוהים מאד כי נראה ברור דאין כוונת הירושלמי לספק אם הורגין אותה כדין בהמה

או לא. אנח, מספקא לו ביברין של חיה ודגים המוכנים להסתפקות לעת הצורך ועדיין מחוסרין צידה אם הם בכלל שלל העיר לאסור או לא. אי נמי דמיירי דהביברין הם חוץ לעיר ומספקא לי' אם בטלים הם לגבי העיר וגם הם נכללין בכלל האיסור או לא. וכה"ג שקלינן וטרינן בפ' המוכר את הבית (סח:) לענין מכירת העיר אם בכלל העיר הם או לא. וכן האבעיא שני' דמבעיא לי' בעופות הטסין למעלה מעשרה נמי מספקא לי' כיון דהם למעלה מעשרה אם הוו בכלל שלל העיר או לא. ומש"כ הפ"ח דכל שרץ אחריו ואינו מגיעו לא הוה בכלל האיסור משום דלא אמרה תורה שלח לתקלה. דבריו נפלאים ממני דפשיטא כיון שרץ אחריו ואינו מגיעו בכה"ג אפי' אם הי' אומר תזכי לי שדהו לא הי' זוכה לו דודאי לא הוה בכלל שלל העיר. אלא נראה ברור דהירושלמי מיירי בכה"ג דרץ אחריו ומגיעו דאם היה רוצה לזכות בהו הי' זוכה מ"מ כיון דעדיין לא זכה בהו והם למעלה מעשרה מבעיא לי' אם הם בכלל שלל העיר או לא. וגם מה שתמה על הכ"מ נלפע"ד דתרווייהו שמעינן מהאי קרא. דאי האי כל אתא לרבות כל בע"ח לדין חרב א"כ ל"ל למכתב בהמה כלל כקושית הפ"ח. אלא ע"כ האי כל אתא לרבות נכסי צדיקים שבתוכה שהם בכלל החרם. ומדכתיב ואת בהמתה בוא"ו ולא כתיב החרם אותה וכל אשר בה כללא. והדר את בהמתה לפי חרב ואת כל גו'. מזה מוכח דכל אשר בה קאי ג"כ על בהמתך ואתא לרבות כל בע"ח בדין חרב:

ומה שהביא כת"ר ראי' מדפסלינן להו לצפורי מצורע לשלוח מטעמא דלא אמרה תורה שלח לתקלה. ול"א בפשיטות דבר קטלא היא. לכאורה אף אם נימא דבשרפה היא עדיין תקשי הא בעי לאיתויי בי דינא ולשורפה ברחוב העיר. ויותר קשה לי מה דמתרץ אלא לשחיטה דהאיך אפשר להכשיר לטהרת מצורע הא אמרינן במס' סוטה וכן בסתמא דנגעים דבעינן שיעורא בדם כדי שיראה על פני המים. ובכל דוכתי דבעינן שרפה אמרינן כתותי מכתת שיעורא. וזה דוחק לומר דהך סוגיא אתיא כרבנן דמס' סוטה דלא בעינן שיעורא. ע"כ נ"ל דהכא איירי דהצפורי מצורע הן נכסי רשעים שחוצה לעיר ובשעת הקבוץ לא קבצן להביאן לתוך העיר ולשורפן. ומ"מ נשארים באיסורם כמש"נ מרש"י בסנהדרין (קיב.) כמש"כ הפ"ח שם. ואפי' לדעת הרמב"ם דס"ל דנכסי רשעים שחוצה לה אם לא קבצם בשעת שרפה נשארין ליורשים. נוכל לישב דהכא מיירי דבשעת גמר דין הי' בתוך העיר ואח"כ פרחו לעלמא ובזה נראה דגם הרמב"ם מודה דאם בשעת ג"ד הי' בכלל החרם נשארין באיסורן לעולם אף שהם נכסי צדיקים

(הגה"ה **וכן נ"ל דבנכסי צדיקים שחוצה לה אם הי' בשעת ג"ד חוץ לעיר אע"ג דבשעת הקבוץ שלל הפיר הכניסן לתוכה מותרין וא"צ לשורפן דכיון דבשעה ג"ד לא הי' בתוך

העיר לא חל עליהם איסור החרם. ודלא כהפ"ח דלא ס"ל כן ומשו"ה דחה דברי הרמב"ם דכ' וז"ל ומ"מ שיטת רש"י ז"ל מחוורת יותר דהא ע"כ הא דקתני נ"צ שבתוכה אבדין שבחוצה לה פלטין ושל רשעים בין שבתוכה בין שבחוצה לה הרי אלו אובדין ע"כ מדסיפא מוקמינן לה בנקבצין לתוכה ע"כ רישא גבי נ"צ דקתני שבחוצה לה פלטין היינו אפי' שנקבצו ובאו לתוכה לאחר ג"ד אעפי"כ פלטין ולא מסתבר כלל דהא קרא כתיב החרם אותה ואת כל אשר בה. ומבה ממעטינן נ"צ שבחוצה לה ומכל)** אך לפי"ז צ"ל דאף דחל עליהם איסור החרם כיון דהי' בשעת ג"ד בתוך העיר מ"מ אם לא הביאם לתוך העיר לשורפן בשעת ששרפו כל שלל העיר בתוך הרחוב אינן טעונין שרפה אח"כ. אמנם לפי"ד תמוהין דברי רש"י דחולין שהביא גם כת"ר דכ' ויכול לשורפה אחר שחיטה. דמה צריך לשורפה כיון דבשעת הקבוץ לא הי' בתוך העיר. ונראה דרש"י ז"ל לא פי' כמש"פ: **עוד** כתב כת"ר וגם כדמסיק אלא לשחיטה אי נימא דעוף דינו כבהמה תפשוט בעיא דר"ח. ואולי משו"ה השמיט הרמב"ם הך בעיא. הנה לפי פירש"י ז"ל בסנהדרין דפי' שם דהא דמספקא לי' לר"ח אי מהני שחיטה להוציא מדין נבלה משום דמספקא לי' אי הוי לפי חרב אפי' דרך שחיטה או לא. א"כ א"א לומר דעוף טעון לפי חרב דלפי"ז תיקשי ממ"נ אי מהני שחיטה להוציא מדין נבלה משום דדרך שחיטה לא הוי לפי חרב א"כ האיך מצי לשוחטה הא צריך לקיים בי' לפי חרב. ואי דרך שחיטה הוי לפי חרב א"כ אינו מוציא מדין נבלה והאיך מצי לשוחטה לטהר טומאת מצורע. [ובאמת לולא דברי רש"י ז"ל הי' אפשר לפרש דברי ר"ח דאף דדרך שחיטה הוי נמי לפי חרב מ"מ מספקא לי' אם מטהרה מדין נבלה. וכן נראה דזהו דעת הרמב"ם ז"ל אי אמרינן דהרמב"ם פשיט ספיקא דר"ח מהך סוגיא דחולין כדברי כת"ר] אע"כ דרש"י ס"ל דעוף אינו טעון לפי חרב אלא דסגי בשרפה. וכמו שהוכיח כת"ר מדברי רש"י מדכתב דלאחר שחיטה ישרפוה. דזהו דוחק לומר דרש"י ס"ל דכל הרוגי עה"נ אף דדינם בסייף מ"מ אינם נקברים אלא מניחם ברחוב העיר ונשרפים בכלל שלל העיר. מ"מ מדברי הפ"ח נראה דסובר כן. דכתב דלכך פסק הרמב"ם דהורגין כל נפש חיה משום דספיקא דאורייתא לחומרא. לכאורה דבריו תמוהין דמאי שייך בזה ספיקא לחומרא דהא אנן מספקא לן אי צריך להורגן או לשורפן מאן נימא לן דהריגה חמירא. אלא ע"כ דס"ל דלאחר הריגתן שורפן בכלל שלל העיר נמי. ועדיין דברי הפ"ח צ"ע:

כ"ד יג"ע יו"ט ליפמן הכהן.

וזאת תשובת הגאון הנ"ל. אשר כ' בשם הפ"ח דכל איצטריך לרבויי נ"צ שבתוכה. אם באמת הכי משמע לפי גירסתנו בגמ'. אך אינו מובן כלל. דכיון דאי לאו אשר בה הוינא

מרבה ג"כ נ"צ שחוצה לה א"כ השתא דכתיב אשר בה לא אימעטי מיניה רק שחו"ל אבל שבתוכה לא אימעטו ול"ל רבויי עלייהו. עכ"נ עיקר כגירסא שבספרי וילקוט שם דמהחרם אותה ממעטי נ"צ שהצדיקים אינם בכלל החרם ומ"מ שבתוכה איתרבו מאשר בה. א"כ מיתר כל לגמרי ונוכל לומר כדברי הכ"מ. ואשר הקשה עוד דלישתק קרא מבהמתה לגמרי. הא ודאי איצטריך לדונם בסייף דלמ"ל סתם אשר בה לפי חרב דא"כ לא מכלל בי' אלא בע"ח ולא מתרבי שאר נ"צ שאינן בע"ח לאיסור ושרפה. ומ"מ לא ידענא איך יבואו עופות לסייף מכל דכתיב גבי שאר נכסים שאינן בסייף. ואולי באם אינו ענין קאמר. ובילקוט איתא בהמתה ולא בהמה של עיר אחרת. ונ"ל דאתא למעוטי כשהן בתוכה דלא אימעטו בכלל שאר נכסים משללה [כמ"ש בגמ' שם] כיון שדינם חלוק בסייף כמחוייבין לעצמן ולא דמי לשאר נכסים. אך לא ידעתי מקורו כי מה שנרשם שם ספרי הוא טעות דר"ש מארי' דספרי דרש לה בגמ' דידן למעוטי בכור למעשר וכ"ה בהפרי שם למעט הקדש. ובעית הירושלמי דביברין לענ"ד ודאי כמש"כ מעכת"ר בפנים השניים דמשום דביברין חלוקין לעצמן מיבעיא לי' אי הוה בכלל העיר. ובענין מ"ש אז דלהרמב"ם ז"ל דבני קטלא נינהו תיקשי מאי צריך למימר בחולין שם משום שלח לתקלה. ודאי תפס יפה כת"ר ע"ז דגם בלא"ה תיקשי דהא בעי שרפה ברחוב העיר וגם יפה תירץ די"ל כגון שלא הי' בשעת קבוץ. אך באמת י"ל גם להרמב"ם ז"ל משום דעשה דמצורע משום גדול השלום אפשר שידחה לעשה דעה"נ כמו דצריך קרא לשלוח הקן. ול"ד לנוגח דבערת הרע מקרבך חמיר טפי ואין שלום לרשעים. ולפי"ז למאי דאסיק שם לרבינא אלא לשחיטה אפשר אפי' לאחר ג"ד אלא שא"צ לזה. ובהכי מישבא ג"כ קושית כת"ר אליבא דרש"י ז"ל. אך לדעתי לא כוון רש"י ז"ל רק כעין דברי כת"ר. ואין להאריך בזה:

כ"ד י"נ אלעזר משה הלוי א"ה:

א"ה מש"כ הגאון הנ"ל די"ל דברי הרמב"ם דמה דקאמר הגמרא לא אמרה תורה שלח לתקלה ולא קאמר בפשיטות דבר קטלא הוא. משום דעשה דמצורע מפני גדול השלום אפשר שידחה לעשה דעה"נ. לפ"ד א"א לומר כן דהא כיון דגלי קרא דעשה דמצורע לא דחי לעשה דשלוח הקן. א"כ ה"ה דלא דחי עשה דמצורע לכל עשין שבתורה דאין סברא לומר דדוקא עשה דשלוח הקן הוא דלא דחי לעשה דמצורע דמה חומרא יש בעשה דשלוח הקן מבכל עשין שבתורה. אלא נראה לישב דברי הרמב"ם באופן אחר דאף בהמה דודאי דינה בחרב לכו"ע מ"מ אם לא היתה בשעת שהרגו כל נפש חיה שבעיר כגון שברחה מן העיר מיד לאחר ג"ד אינו מחוייב להביאה לב"ד ולהורגה בדין סייף אלא

נשארה באיסורה לעולם. שאין החיוב להרוג כל נפש חיה שבה אלא אותן שהן בעיר. וזה דמי לשאר שלל העיר שאם לא נקבצו לתוך העיר לשורפן בשעה ששרפו כל שלל העיר אינו מחוייב לשורפן אח"כ כמשכ"ל. ה"ה לענין הריגה בחרב ובזה האופן מיירי הגמרא דחולין. כנ"ל בזה:

סימן (כ)ז

עוד מה שפלפלתי עם הגאון הנ"ל בדין תיכף לסמיכה שחיטה:

הנה הגאון הנ"ל כתב לי וז"ל בברכות (נ"ב:) בתוס' ד"ה תיכף כו' לכאורה תמוהין דבריהם דהא תיכף לסמיכה שחיטה היא ג"כ משנה מפורשת במנחות (צג.) ודחק בזה בצל"ח שם. אך עתה מצאתי בירושלמי פ"ב דיו"ט דאיכא מ"ד דלא בכל הטעונין סמיכה בעינן תכיפה. ונכונים דברי התוס' בלי גמגום:

וזה שהשבתי להגאון הנ"ל. מש"כ כת"ר לישב ד' התוס' מהירושלמי פ"ב דיו"ט עיינתי בד' הירושלמי. ולפע"ד דברי הירוש' תמוהין מאד ומכל הסוגיות מוכח להיפך. דאדרבה באשם מצורע לא בעינן תיכף לסמיכה שחיטה כמבואר להדיא בברייתא בזבחים (לג.) אבל בשלמי נדבה ודאי תיכף לסמיכה שחיטה. ע"כ נ"ל להגיה דברי הירושלמי וכצ"ל אמר ר"ז כל קמא מודיי באשם מצורע שסמך עליו מאתמול יצא שלמי נדבה שסמך עליהן מאתמול לא יצא מה פליגין בשלמי חגיגה ב"ש עביד לון כאשם מצורע ב"ה עבדין לון כשלמי נדבה. פי' דב"ש ס"ל כיון דלא אפשר לסמוך ביו"ט הוה כאשם מצורע דלא בעינן תיכף לסמיכה שחיטה. וב"ה ס"ל כיון דאפשר ביו"ט א"כ הוה כשלמי נדבה א"ר יסי הן דאת אמר אשם מצורע שסמך עליו מאתמול יצא בזמנו עיבור זמנו נעשה כשלמי נדבה. נראה דצריך לפרש היינו שעבר זמנו והקריבו הבעלים אשם אחר ואשם הנשאר קרב עולה. דאז אם סמך מאתמול לא יצא אף שלכאורה צריך להיות האשם רועה כיון שכפרו בעלים באחרת. אבל לפעד"נ דדוקא היכא שהי' אבודה בשעת הפרשה ונמצאת אחר שכפרו בעלים דהא גמירא כל שבחטאת מתה באשם רועה. והא ס"ל לרבנן בתמורה (כג.) דאין חטאת מתה אלא שנמצאת לאחר שכפרו בעלים אבל אם נמצאת קודם שכפרו בעלים רועה. א"כ איכא למימר דבכה"ג באשם הוא גופי' קרב עולה:

כ"ד יג"ע יו"ט ליפמן הכהן.

וזה שהשיב לי הגאון הנ"ל. בענין תכיפת הסמיכה לפלא רב על הוד כת"ר איך מלאו לבבו הטהור לשלוח יד להגיה הגהות רבות בדברי הירושלמי בפ"ב דיו"ט ופ"ק דחגיגה לדברים שאין למו שחר אב"א סברא ואב"א ק"ו. דהא משנה שלמה שנינו אשם שכפרו בעליו ירעה וכו'. ולא הזכירו כלל שום ריעותא לבד זה. ומימרא דרב ששת בכריתות (כד)

בהפריש ב' אשמות לאחריות כו' [בספק וכ"ש בודאי כמ"ש הרמב"ם ז"ל שם] ממש כמו בחטאת מימרא דר' אושעיא בתמורה (כד) והכי מסתבר בפשיטות כיון דעיקר טעמא דאינו קרב עולה משום גזרה אטו לפני כפרה א"כ מה לי אבוד מה לי שאינו אבוד אדרבה יותר יש לגזור **(מרבינן נ"צ שבתוכה. אלמא דכל נכסי צדיקים הנמצאים בתוכה בשעת חירום אסורין עכ"ל. אבל לפ"ד א"ש דברי הרמב"ם וזהו החילוק בין נ"צ לנ"ר דהיכא דבשעת ג"ד לא הי' בתוך העיר ובשעת הקבוץ הביאם דנ"ר שורפין ונ"צ פלטין:)** באינו אבוד. וק"ו הוא מפסח דכל שבחטאת מתה חזי טפי להקרבה בספ"ט דפסחים. וכל שבחטאת רועה קרוב יותר לינתק לרעי' שם. וגם לו הי' כדבריו לדינא הלא רחוק עד מאד לכוין זה בלשון הירושלמי למימר דאשם שלא בזמנו דקאמר היינו שנתכפרו בעליו. ולמה זה לנו לעקש הישרה. הלא ד' הירושלמי פשוטים וברורים דסבר דענין תכיפת הסמיכה אינה רק שיהי' ראוי לשחיטה בשעת הסמיכה כמו במקום שסומכין שוחטין ה"נ בזמן הראוי לשחיטה להכי באשם מצורע בזמנו דגברא לא חזי מאתמול לא יצא לד"ה דכל יומא לאו זמנו הוא ובשלמי חגיגה פליגי דמצותן ביו"ט ומ"מ חזו מאתמול לנדבה [או גם לחגיגה לדעת הראב"ד ז"ל בהשגות פ"ג דחגיגה ה"י] ואשם מצורע שלא בזמנו חזי בכל יומא ולפי"ז אין לנו כלל תכיפת סמיכה לשחיטה דבאשם מצורע לא בעי תכיפה ממש דהא לא אפשר:

וכ"ז כתבתי לישב ד' התוס'. אבל לדעתי נראה דהירו' מודה דלכתחילה צריך תכיפה ממש בהני דאפשר כפשטא דמתני' אלא דבדיעבד א"צ לחזור ולסמוך [ואסור משום דהוי כעבודה בקדשים] ומשום הידור בעלמא דחינן יו"ט. ואפשר לישב גם ד' התוס' עפ"ז דר"ל דמתנית' לא מוכח דצריך לחזור ולסמוך די"ל כהירושלמי. אבל אנן ס"ל דאינה כלום וצריך לחזור ולסמוך. וכן סגל"ת צריך לחזור ולקרות ק"ש כמ"ש במג"א סס"י ס"ו עפ"י הירושלמי וכן במים אחרונים וכן במים ראשונים. אך באמת כ"ז דוחק:

ולענ"**ד** לישב בפשיטות קושית התוס' דל"ח רק תכיפת ב' מצות. אבל הנטילה שהיא על הסעודה ל"ח כמו דל"ח כל הברכות למצותיהן או להנאתיהן וכן בין הש"י לתש"ר [ולפי"ז י יהי' ראי' מכאן לדעת הרז"ה והר"ן ז"ל בר"ה והתוס' דמנחות שאין איסור אלא משום גרם ברכה שא"צ] שהכל כמו בין ברכה למצוה וה"נ נטילה ואכילה:

ומגו דעסיקנא בענינא דתכיפה אמינא מאי דנ"ל לישב קושית המג"א סי' קס"ו על התוס' דסוטה יעו"ש. דהתוס' לשיטתייהו בזבחים (לב) דסמיכה מצותה בפנים. וא"כ למ"ד במקצת שמה ביאה ל"א למיעבד כדינה. להכי לא קפדינן בתכיפה [וכ"נ דעת הרמב"ם בחיבורו] ופליגא סוגיא דזבחים אסוגיא דפ"ב מדות דמתרצא למתני' שתיכף וכו' א"נ

ל"פ וה"ק במקום שסומכין שוחטין ונכנסין ישראל בין האולם ולמזבח ואין סומכין בעזרה משום דבעי תכיפה. וחיישינן דילמא ישהה והשתא מייתי שפיר דלמ"ד ל"ש ביאה עכ"פ מוכח דכ"ב אמה הוו הפסק:

כ"ד ידידו אלעזר משה הלוי א"ה:

וזה שהשבתי להגאון הנ"ל עוד בזה. הנה מה שהשיג כת"ר עלי על מה שנ"ל לפרש בדברי הירושלמי עבר זמנו היינו שעבר זמנו משום שהקריבו הבעלים אשם אחר ע"כ האשם הראשון קרב עולה. יפה השיג והדין עם כת"ר דבודאי כה"ג רועה אע"ג דבחטאת כה"ג אינה מתה. משום כיון דהקריב אשם נדחה אשם הראשון מלהקריבו הוא עצמו עולה. כמו גבי פסח אם נמצאת קודם שחיטת הפסח. אף שאפשר לומר דהירושלמי ס"ל כרב דבע"ח אינם נדחין מ"מ היכא דדחי בידים כתבו התוס' בפסחים (צו:) ד"ה קודם דגם רב מודה בזה:

אמנם לפי"ד הרמב"ם ה' ק"פ פ"ד ה"ו דפסק דפסח אף שנמצא קודם שחיטת הפסח מ"מ קרוב הוא עצמו שלמים. אלמא דלא ס"ל הכי. היה אפשר לומר כדברי. מ"מ מפשטות המתני' דתמורה נראה כדברי כת"ר דאף בשאינו אבוד אם כפרו בעלים באחר אשם הראשון רועה. וע"כ משום גזירה דלאחר אטו לפני כפרה

(הג"ה א"ה** ובזה אפשר לפרש דברי הגמ' פסחים (ע"ג.) דקאמר שם אמר ר"ה א"ר אשם שניתק לרעייה ושחטו סתם כשר לעולה אלמא קסבר לא בעי עקירה א"ה כי לא ניתק נמי גזירה לאחר כפרה אטו לפני כפרה ומנא תימרא דתנן אשם שמתו בעליו או שנתכפרו בעליו כו' בדמיו אין אבל גופו לא דגזרו לאחר כפרה אטו לפני כפרה, עיין מה שדחקו בפי' הגמרא התוס' ד"ה אשם כו'. והנה גירסת הרמב"ם ז"ל וכן הוא גי' הרשב"ם ז"ל במנחות (ד.) ד"ה אשם כו' א"ה לכתחילה נמי. עיין בלח"מ ה' פסולי המוקדשין פ"ד הט"ו דהקשה שם בסוף דבריו על דברי הרמב"ם וז"ל ועוד קשה דמדנתן טעם גזרה אחר כפרה אטו לפני כפרה משמע דאית לי' דלא בעי עקירה דהא בגמ' לא אמרו טעם זה אלא למאי דאמרינן דלא בעי עקירה דקשה לן אפי' לכתחילה נמי וכמו שפי' לפי גירסתו ז"ל וצ"ע עכ"ל. ולפע"ד נראה דהרמב"ם פי' דברי הגמ' א"כ לכתחילה נמי דלא כהרשב"ם אלא כיון דלאחר שניתק לרעייה אם שחטו לשם עולה כשר, א"כ אמאי לא מקריב אותו לאחר שניתק לרעייה לכתחילה לשם עולה. אך לפי"ז תמוה המנא תימרא דקאמר הגמ'. כיון דעיקר קושית הגמ' הוא רק לפי דברי רב דס"ל כיון שניתק לרעייה אם שחטו בדיעבד כשר א"כ אמאי לא ישחוט אותו לכתחילה אבל בלא דברי רב איכא למימר כיון דהלכה כל שבחטאת מתה באשם רועה הוא רועה דוקא אבל הקריב אותו בעצמו לשם

עולה פסול. אבל לפי"ד א"ש דהביא ראי' מדקאמר סתם אלא שנתכפרו בעליו ירעה עד שיסתאב משמע אף שלא נאבד. א"כ א"א לומר מטעם הלכה דכל שבחטאת מתה באשם רועה דהא בכה"ג בחטאת אינה מתה. אלא ע"כ הא דרועה הוא משום גזירה:)** אע"ג דצ"ע דאמאי לא גזרינן גבי פסח נמי כה"ג. והיה אפשר לפרש דברי הירושלמי באופן אחר דאיירי שעבר זמנו של האשם היינו שעבר שנתו. ובעבר שנתו קיי"ל דבחטאת אינה מתה אלא רועה כדאיתא בתמורה (כב.) וכיון דבחטאת אינה מתה איכא למימר דבאשם קרב הוא עצמו עולה. והכא לא שייך גזירה דלאחר כפרה אטו לפני כפרה כיון דאיכא שינוי בגופו של אשם. מ"מ לדינא צ"ע. אך מה שלא נ"ל גם פירוש זה דהא אף אם נימא דהוא עצמו קרב עולה מ"מ הא הוא קרב עולה לקיץ המזבח ולא עולת עצמו. דהא אנן קיי"ל דלא כר' יהושע. א"כ לא בעי סמיכה. וזה דוחק לומר דהירושלמי אזלא אליבא דר"י ע"כ צריך לפרש עבר זמנו היינו שהקריב חטאת כבר. והא הרמב"ם ז"ל ס"ל דאשם מצורע אינו מעכב א"כ מיד שהקריב החטאת מותר לכנוס לפנים א"כ אפשר לקיים תיכף לסמיכה שחיטה לכך אם סמך מאתמול לא יצא. אבל באמת קשה לי מה דפסק הרמב"ם ז"ל דאשם מצורע אינו מעכב הא כתב הרמב"ם דאם הקדים החטאת לאשם פסולה. אך אפשר לדחוק דכוונת הרמב"ם הוא דלכתחילה אסור לזרוק דם החטאת אם שחט החטאת תחילה. אבל אם זרק הורצה. ומה שלא נ"ל פי' כת"ר בדברי הירושלמי משום דלפי"ד תמוה מאד לומר שיהא חמור סמיכת אשם מצורע יותר משלמי נדבה דהא ע"כ אי סמיכת אשם מצורע הוא לאו דאורייתא. או תיכף לסמיכה שחיטה הוא לאו דאורייתא:

כ"ד ינ"ע יו"ט ליפמן הכהן:

וזה שהשיב לי עוד הגאון הנ"ל בזה. אשר התפלא כת"ר ע"ד הרמב"ם ז"ל שכתב דאשם מצורע א"מ. והוא עצמו כתב שאם הקדים החטאת לאשם פסולה. הנה לא נזכר בדבריו שום פסול כלל. רק שתעבר צורתה כו' והינו בלא נזרק הדם כמ"ש שס והא ממרס כו'. וגם מעכ"ת כ' במכתבו כן. אלא שחשבה לדוחק. ולא ידעתי למה. דהא מצינו במקומות אין מספר לא יזרוק ואם זרק הורצה. וגדולה מכולן אמרו שאם מצא אחרת שמינה הימנה מביא ושוחט אפי' בשבת. וע"כ שהראשונה תעבר צורתה כו'. וכ"ש כאן שצריך קדימה מן התורה מקרא דזאת תהי':

דל"ש מחו"ז כיון דאינו מעכב ומיושב קושית הלח"מ. ועיין בתו"כ] דודאי כל זמן שלא נזרק הדם מביא אחרת:

בענין אשם שעברה שנתו עדיין מעכ"ת כמסתפק דאולי מפני שינוי שבגופו לא שייך למגזר והוא עצמו קרב עולה. הנה אם כדבריו אלה יהי' דין זה גם בעברה שנתו ואבד ש"י וכ"ש הוא כמו שהוכחתי במכתבי הקודם דכל שבחטאת מתה חזי טפי להקרבה. וא"כ נבטל הכלל גדול שמסרו לנו חז"ל דכל שבחטאת מתה באשם רועה [ולפ"ד מעכ"ת הראשונים דלא רועה אלא היכא דבחטאת מתה הבאתי מה שהבאתי]. ואע"ג דהתוס' כ' בכ"מ דל"ד רועה היינו מהלכה. אבל לדינה ע"כ דרועה. ואין להאריך בזה אחר שכת"ר מודה לדינא דמסתבר דרועה. אך עודנו מתעצם לקיים ההג"ה להוציא ישן מפני החדש בדחוקים רבים על לא דבר. ואשר יקשה לו לפי הגירסא הישנה בירושלמי דאיך אפשר דבאשם מצורע לא יצא מאתמול. דהא ל"ב כלל תיכף לסמיכה בדידי'. הנה על שלש אשיבנו. חדא דמ"מ זמן הראוי לשחיטה בעינן ומה ענין זה לזה. ועוד דהא באמת קיי"ל דבעינן גם בדידי' תיכף לסמיכה. ולא מרחק צפון כרבנן בריב"י. ועוד דמלבד כל זה כיון דאמרה תורה והביא ביום השמיני קבעה כל מצותיו ביום ח' דוקא והסמיכה בכלל. ולפי"ד כת"ר דל"ב בדידי' תל"ש כלל אטו משום שהקריב החטאת תחילה יתחדש עיכוב בדבר אתמהה מלבד הדוחק בלשון שלא בזמנו. וההגהה בנוסחאות ישנות במקום שהחדשות דחוקות והישנות מרוחות. והאמת עד לעצמו:

כ"ד יני"ע אלעזר משה הלוי א"ה:

וזה שהשבתי עוד להגאון הנ"ל:

מה שכתב מעכ"ת במכתבו העבר כיון דאנן קיי"ל דלא מרחק צפון א"כ גם באשם מצורע בעינן תיכף לסמיכה שחיטה. לא יכולתי להלום כוונתו דאם דעת כת"ר דאף שסמך בחוץ נמי הוי תל"ש זה אי אפשר. דהא מוכח בזבחים שם דהוה ס"ד דברייתא ס"ל דלא מרחק צפון ואפ"ה לא מיקרי תל"ש. ואי כוונתו משום דאפשר לעייל ידו ולסמוך משום דהרמב"ם פסק כמ"ד ביאה במקצת ל"ש ביאה הא אנן קיי"ל דסמיכה בכל כחו בעינן א"כ לא אפשר. כדאיתא שם באותו סוגיא לא"ד. וגם דברי הרמב"ם לכאורה תמוהים דפסק דגבי אשם מצורע מעייל ידו וסומך הא סמיכה בכל כחו בעינן. ונ"ל דהרמב"ם סובר דתל"ש דאורייתא וא"כ בע"כ סמיכת אשם מצורע לאו דאורייתא כדאיתא בסוגיא שם. ואמרינן אקפו ידייכו כדי דלא להוי עבודה בקדשים. וא"כ כיון דלא הוי סמיכה בכל כחו מצי לעייל ידו ולסמוך ובזה יש לישב קושית הלח"מ שם על פסק הרמב"ם דאין סמיכה בטמאים הא אפשר לעייל ידו ולסמוך דסמיכה בכל כחו בעינן וא"כ א"א. אבל לפי הירושלמי לגירסא השניה שמקיים כת"ר ע"כ סובר בסמיכת אשם מצורע דאורייתא דא"כ האיך אפשר דמחמרינן בה יותר מבשאר סמיכות א"כ ע"כ ל"ב תל"ש. וגם צ"ע לפי

גירסא הישנה לפי מה שפירש כת"ר דלכך קאמר ב"ה דסמיכה מאתמול לא הוי סמיכה בשלמי חגיגה משום דא"א להביאה מאתמול דהא במס' ביצה בבלי לא הוי טעמא הכי לשני הברייתות והאיך אפשר לומר דהירושלמי יסבור טעם אחר כנגד הברייתות הללו:

כ"ד ידידו דו"ש בא"ר יו"ט ליפמן הכהן:

וזה שהשיב לי עוד הגאון הנ"ל. במ"ש דכיון דלא מרחק צפון הוי גם בא"מ תל"ש כוונתי עפ"י שיטת הרמב"ם ז"ל וכלישנא קמא דאביי ורבא סברי הכי דמשני הקושיא דפשפש הכל דכתב כו' ואע"ג דודאי קיי"ל סמיכה בכל כחו מ"מ סברי דאפשר שלא יכנוס ראשו ורובו אלא בשאר קרבנות דאפשר בטהרה גזרו שלא יסמכו טמאים. אבל בא"מ דלא אפשר מעייל ידו וסומך:

כ"ד י"נ אלעזר משה הלוי א"ה:

א"ה כעת ראיתי בגליון הש"ס על הירושלמי שנדפס בשנת תר"ך שהגיה דברי הירושלמי כמש"כ. ופי' עבר זמנו כמש"פ אח"כ היינו שהקריב החטאת יעו"ש:

סימן (כ)ח

לה"ג הגאב"ד דק"ק בוטען מוה' מרדכי נ"י:

מה שהקשה כת"ר דלפי דברי דקודם חצות לא איכפת לן אף אם משכו הבעלים ידם מהפסח ונשאר בלי בעלים כיון שחוזרין ונמנין עליו קודם חצות הם או אחרים מותר להקריבו לשם פסח משום דחצות קבעתו לשם פסח. דא"כ אמאי אמרינן בפסחים (צ"ח.) אם מת קודם חצות ואין בו ממונה עמו יביאנו לשם שלמים. ימנה עתה בנו על הפסח ויביאנו לשם פסח. ותירצתי לו ע"ז עפי"ד התוס' רי"ד שם דכתב דהבן אינו יורש את הפסח מאביו. ע"כ אינו יכול למנות עתה על פסח זה. והקשה כת"ר ע"ז מה בכך שאינו יורשו הלא לא גרע מאחר שיכול להמנות עליו. לפי"ד ז"א דהא אחר בודאי אינו יכול למנות בלי דעת הבעלים. א"כ גם הבן מאחר שאינו יורש את הפסח מאביו האיך יכול למנות מעצמו על הפסח של אביו. וזהו כוונת התוס' רי"ד דאם היה הבן יורש את הפסח מאביו א"כ היה הבן במקום אביו והיה יכול למנות אחרים על פסח זה. אבל עתה כיון שאינו יורש את הפסח מאביו א"כ כמו שאינו יכול למנות אחרים עליו כ"כ הוא בעצמו ג"כ אינו יכול להמנות עליו. אבל מש"כ כת"ר דכוונת התוס' רי"ד כיון דהבן יורשו א"כ לא נשאר הפסח בלי בעלים שבחיי אביו היה אביו נמנה עליו וברגע שמת אביו הלא תחת אבותיך יהי' בניך והבן הוא במקום אביו א"כ לא נשאר הפסח רגע בלי בעלים. ע"ז כתבו התוס' רי"ד שהבן אינו יורש הפסח מאביו ונשאר שם פסח בלי בעלים. לפי"ד א"א לפרש כן דזהו כוונת התוס' רי"ד דא"כ תקשה עליו קושיא גדולה דהא זה

ודאי רחוק לומר שאביו מת פתאם ולא היה גוסס כלל מקודם וכיון שהי' אביו גוסס ורוב גוססין למיתה הוה כמו שאין לו בעלים. דלכך לא קבעתו חצות כשהיה אביו גוסס כמו דמתרץ שם רבינא והא הבן אינו יורש את אביו רק לאחר מיתה א"כ בשעה שהיה אביו גוסס היה הפסח בלי בעלים. א"כ אף אם נימא דהבן יורש את הפסח של אביו נמי אסור להקריבו לשם פסח כיון דהיה הפסח בלי בעלים בשעה שהיה אביו גוסס. אע"כ צ"ל דהתוס' רי"ד ס"ל דקודם חצות לא איכפת לן אם הפסח נשאר בלי בעלים ואם היה הבן יורש את הפסח של אביו היה יכול למנות עתה על פסח זה כיון שעדיין הוא קודם חצות. א"כ גם מתוס' רי"ד מוכח כדברינו ואין להקשות לפי"ד דאינו יכול למנות על פסח בלי בעלים, א"כ האיך אמרינן במשנה שקלים לר"י שהמוצא מקריבו לשם פסח. הא אין כאן בעלים שימנו אותו אבל באמת ז"א דהא שם ע"כ צ"ל בלא"ה דאמדו חכמים דעת הבעלים שנאבד מהם הפסח שכן הוא דעתם שכל מי שימצא אותו ימנה על פסח זה ויקריב אותו לשם פסח ואח"כ יחזיר להם המעות. א"כ זה הוה כמו שנמנה מדעת הבעלים ועיין בגליון הש"ס על ירושלמי ודבריו שם אינם ברורין כלל לפע"ד. ועוד מוכרחין אנו לומר דאף שמשכו הבעלים ידם מפסח זה ונמנו על פסח אחר מ"מ עדיין הם בעלים על פסח זה ויכולין למנות אחרים עליו קודם חצות ובזה יתורץ קושית המקנה דהקשה מאחר שנאבד הפסח אמאי לא חיישינן דילמא כבר משכו הבעלים ידם ממנו ונמנו על פסח אחר א"כ נשאר הפסח בלי בעלים. וע"כ צ"ל דמשום דעדיין קודם חצות ואף אם כבר משכו הבעלים ידם ממנו יכולין למנות אחרים עליו. ואף אם מצא מאחר שכבר משכו ידם ממנו נמי מהני דעת הבעלים שרוצים שכל מי שימצא יקריבו לשם פסחו כיון שגוף הפסח הוא שלהם:

עוד נ"ל לישב קושית המקנה הלזו מטעם אחר. דלכך לא חיישינן שמא כבר משכו הבעלים ידם ממנו מאחר שנאבד ונמנו על פסח אחר א"כ נשאר בלי בעלים משום דאף שנאבד ונמנו על פסח אחר מ"מ אמרינן דודאי אין דעת הבעלים למשוך ידם לגמרי מהפסח הראשון. אלא דעתם הוא שאולי ימצא הראשון אז יבחרו איזה להקריב לשם פסח והשני לשם שלמים לא מיבעיא למ"ד יומא (סד.) דמצוה בראשון דודאי אין דעתם למשוך לגמרי מהפסח הראשון אלא אפי' למ"ד שאיזה שירצה יקריב מ"מ כיון דאם היה אחד מהם מובחר מצוה בו ע"כ אין דעתם למשוך לגמרי ידם מפסח הראשון. וראי' לזה דהא אמרינן בפסחים (צו:) דפסח שנמצא קודם שחיטת הפסח ירעה. והטעם הוא כיון דנמצא קודם שחיטת פסח השני שהופרש תחתיו והוא לא הקריב את הפסח הראשון לשם פסח הוה כדחיא בידים כמבואר שם. ואי אמרינן כיון דנאבד הפסח והבעלים

נמנו על פסח אחר הוה כמשכו ידם ממנו ונשאר הפסח בלי בעלים א"כ לא חזי' אח"כ לשם פסח אפי' אם ירצו להקריבו כיון שהי' בלי בעלים א"כ אמאי אינו מקריבו לשם שלמים הא לא דחיא בידים כיון דלא חזי לשם פסח וכן יש להקשות ביומא שם דאמאי מותר להקריב הראשון. אך שם נוכל לישב לפי"ד דשם מיירי דנמצא קודם חצות. אמנם בפסחים שם לא נוכל לישב כן דשם מיירי להדיא דנמצא לאחר חצות:

גם כתב כת"ר וז"ל גם מה שהשיגו עלי בתירוצי שתירצתי דברי הרע"ב שהוא מטעם ס"ס. וע"ז השיגו עלי מסוגיא דקדושין דפריך שם ודילמא תודה היא הלא התם נמי ס"ס הוא. לא אבין למו הלא כמו שיש הס"ס בעולה כן יש ג"כ הס"ס בתודה דילמא חולין הוא ודילמא תודה היא וא"כ הוא שקול עולה כמו תודה. ויש לספק בתודה כמו עולה ושפיר פריך הש"ס. וכעין זה כתבו התוס' ב"ק (יא.) ד"ה מטהרת לה כו' כיון דהס"ס סתרי אהדדי לא הוי ס"ס כו' עכ"ד. נפלאתי על מע"כ בזה. חדא דהא דעת המהרש"ל הוא דס"ס דסתרי אהדדי לא מיקרי אלא היכא דשני הספיקות סתרי אהדדי. והכא אינו סותר אלא ספק אחד. וכן מסכימים כמה גדולי האחרונים לדעת המהרש"ל. עיין בפ"מ סי' קי"א סק"א במחודשים. ועוד דהא כתב הנוב"י במה"ק יו"ד סי' ס"ב וז"ל ועוד שגוף סברת התוס' שכ' כיון דנצטרך אח"כ לומר להיפך להכי לא שרינן כלל חידוש הוא ומהרש"ל באמת תמה עליהם. ולענ"ד אין בזה אלא חומרא דרבנן כו' עכ"ל. [ועיין מש"כ בס' מלבושי יו"ט בדיני ברירה סי' י"ד]. וכיון דאין זה אלא חומרא דרבנן בעלמא ודאי דמסתברי דבקדשים כה"ג לא גזרו רבנן להחמיר בזה. ויותר נראה לאחר העיון דבנ"ד לא שייך כלל לומר ס"ם דסתרי אהדדי דהא דלא עבדינן ס"ס דסתרי אהדדי משום דממ"נ באחד עושה איסור והיינו היכא דמצי למיעבד תרווייהו לקולא מטעם ס"ס. כגון שמקודם יתירה ביום ח' דילמא אין כאן ולד ואפי' ולד הוא דילמא זכר הוא. ואח"כ יתירה אם תראה מקודם ביום ל"ד ואח"כ ביום מ"א דילמא אין כאן ולד ואפי' יש כאן ולד דילמא נקבה היא. א"כ ממ"נ באחד מהן עשה איסור ע"כ לא אזלינן לקולא בהאי ס"ס כלל. אבל הכא אם יקריבו לשם עולה מטעם ס"ס תו לא יקריבו לשם תודה מטעם ס"ס. ואם יקריבו לשם תודה מטעם ס"ס תו לא יקריבו לשם עולה מטעם ס"ס. א"כ לא שייך כלל בזה הך כללא דלא עבדינן ס"ס דסתרי אהדדי. וזה לא קשה דאמאי אמרו חכמים שיקריבו לשם עולה מטעם ס"ס ולא אמרו שיקריבו לשם תודה מטעם ס"ס. או לשם איזה מהן שירצה יקריב. משום דעולה שכיחי יותר מן התודה וכן כתב הפנ"י. ועיין בירושלמי דשקלים פ"ז ה"ג דגם שם משמע כן. ולכך לא קשה להירושלמי קושית הגמרא דידן. והגמרא דידן ס"ל כיון דתודה נמי הוה מיעוטא דשכיחא א"כ צריך לחוש

נמי לתודה או משום דסתמא דמתני' אזלי אליבא דר"מ דחייש למיעוטא ולכך פריך הגמרא דילמא תודה היא:
כ"ד ידידו יו"ט ליפמן הכהן:

סימן (כ)ט

עיין בט"ז סי' שצ"ז שהביא תשו' מהר"ם מינץ דאם אמר לאחד שמת לו מת. ולא ידע אם הוא תוך ל' או לא. ופסק לו המורה דאין צריך להתאבל מטעם ספיקא דרבנן לקולא ואח"כ נתודע לו אחר ל' מיום המיתה שהשמועה היתה תוך ל' ונסתפק בזה אם הוא חייב להתאבל או לא יעו"ש. והט"ז השיג עליו וכתב וז"ל ולע"ד נראה דאין כאן אבילות כיון שעל כל פנים השתא עברו ל' יום מיום המיתה דלא גרע ממי ששגג או הזיד ולא נהג כלל אבילות עד לאחר ל' יום דודאי אח"כ אין עליו אבילות כמ"ש כאן בסעיף א' דמי ששגג או הזיד משלים כל ל' משמע אחר ל' אין שום שייכות תשלומין כנלע"ד עכ"ל ונפלאתי על פה קדוש דלפע"ד נראה דהספק של מהרמ"מ הוא נכון דהא מ"מ עתה כשנתודע לו שהשמועה היתה תוך ל' א"כ צריך למנות לענין דין אבילות מה שנוהג כל ל' מיום השמועה. א"כ אפשר לומר כיון שעדיין תוך ל' מיום השמועה והשמועה שלו היתה שמועה קרובה א"כ מחויב הוא להתאבל עתה אף שהוא לאחר ל' מיום המיתה כיון שעדיין הוא תוך ל' מיום השמועה ולא נהג עדיין אבילות כלל. וכן יש להסתפק גם כשאמר לו שזה ודאי לאחר ל' ואח"כ נתברר לו שזה היה טעות ושמועתו היתה שמועה קרובה ועתה הוא לאחר ל' מיום המיתה אם צריך להתאבל או לא כיון דהא עדיין הוא תוך ל' מיום השמועה. וזה נראה מדבריהם דמה שנהג מקצת אבילות מחמת שמועה רחוקה זה לא מיקרי נהגו במקצת וזלזל במקצת. ועיין בריטב"א על מ"ק (כ.) וצ"ע. ואם נאמר כסברתו השניה של מהרמ"מ דכה"ג א"צ להתאבל דזה לא מקרי יום שמועה כיון דאז אינו מחוייב להתאבל ועתה הא עברו ל' יום מיום המיתה ולכך מה ששמע אז לא מיקרי יום שמועה צ"ע אם שמע קודם הרגל ונאמר לו אז שכבר עברו ל' ואח"כ לאחר הרגל נתודע שעדיין הוא תוך ל' אם ביטל ממנו הרגל תורת אבילות או לא. כיון דאמרינן דזה לא מיקרי יום שמועה א"כ א"א שהרגל יבטל ממנו תורת אבילות. ועיין בחת"ס סי' שמ"ב דכתב דמה שלא נהג אבילות כלל קודם הרגל כיון שזה הוה מחמת אונם מ"מ הרגל מפסיקו. אך בנ"ז יש להסתפק דאולי כיון שאמר לו שזו היא שמועה רחוקה הוה כאלו לא שמע כלל עד עתה. וכיון שעתה הוא תוך ל' אין הרגל מפסיקו. אח"כ מצאתי בפנ"י ח"ב יו"ד סי' כ"ג דפסק דאף אם אמרו לו ביום ל' שהיא שמועה רחוקה ואח"כ נתודע לו שהיא שמועה קרובה מחוייב אז להתאבל כ"ז שהיא תוך ל' מיום השמועה.

וזה עולה כדברינו כיון שעדיין תוך ל' היא השמועה ועדיין לא נהג אבילות מחוייב להתאבל. וזה דלא כהרמ"מ דמספקא לי' בזה. וכ"ש דלא כהט"ז דמיפשט פשיטא לי' להיפך. ולפי דברי הפנ"י גבי רגל הדין דרגל מבטלו אע"ג דסבר אז שהיא שמועה רחוקה ובאמת היתה שמועה קרובה. כנ"ל בזה:

חלק אבן העזר

שו"ת חלק אבן עזר

סימן א

כבוד יג"ע הרב הגאון סוע"ה וכו' מו"ה אלי' ברוך נ"י אב"ד דק"ק קארעליץ וכעת אב"ד דק"ק טשעחנאוויץ:

ע"ד האברך מקורעניץ שניתן לו היתר מהגאון ר' נפתלי צבי שי' מוואלאזין לישא אשה אחרת על אשתו שנשתטית עפ"י היתר מאה רבנים אף בלא השלשת כתובה. מטעם כיון שידוע שאין לו מה להשליש. וכמו שהאריך בזה. ואנכי הסכמתי ג"כ לזה מטעם שלפד"נ שעפי"ד הוא פטור מדמי כתובה כיון שהיא הטעתו ולא נודע לו מקודם החתונה שהיא היתה מטורפת לפרקים. והוא טוען שלא בא עליה רק בעילת מצוה בלבד ואח"כ שנודע לו ממומה פרש מאתה ולא בא עלי' עוד. וע"כ אין להחמיר עליו מה שנהגו האחרונים שלא להתיר לו עד שישליש הכתובה מקודם. ומה שהעיר הגאון הנ"ל כיון דהגב"ע הי' שלא בפניה אולי תברר שידע ונתפייס. לפי"ד אין לחוש לזה כלל כיון דאיכא חזקה דאין אדם מתפייס במומין ובפרט במום גדול כזה כמו שהארכתי בס' מלבושי יו"ט סי' ד' דמום זה דמי למום דאילונית. וכתב כת"ר שאין דעתו נוחה מדברי הגאון דוואלאזין דא"כ נפל תקנתא דהשלשת כתובה בבירא דכל אחד יאמר דאין לו. ועל טעם שלי העיר כת"ר ג"כ מדברי הר"ן דכתובות פ' אלמנה ניזונית דכתב גבי אילונית דאם דר עמה לאחר שהכיר בה יש לה מזונות. וה"ה כתובה כמש"כ הבעל הפלאה. וכת"ר הבין מדברי הר"ן דאף היכא שדר עמה ולא בא עליה אמרינן דהוי הוכחה שלא איכפת לו עתה במום זה. ומה שדר עמה הוי זה כמו נשואין מחדש וא"כ יש לומר דבאמת כתובה הראשונה נתבטלה ורק יש לה כתובה מנה מחמת נשואין שדר עמה. דאל"כ האיך עביד איסורא להתיחד עמה. ע"כ דעת כת"ר דגם בנ"ד לא נתיר לו עד שישליש כתובת בעולה עכת"ד כת"ר. נפלאתי ע"ז מאד דאם נאמר דנתבטלו קדושין הראשונים א"כ ע"כ צ"ל דקנה אותה מחדש בחופה לבד. והא אנן קיי"ל דחופה אינה קונה דלא כר"ה. וכן נראה דעת הר"ן בעצמו במס' קדושין. רק דמסיים שס דמחמת שהר"ח מספקא לי' ע"כ א"א להקל בזה.

א"כ לחייבו מטעם זה מזונות וכתובה זה דבר שא"א לומר כלל. וגם אין לומר דסברת הר"ן הוא דכיון דנתיחד עמה ומאחר דאסור להתיחד עם הפנויה מסתמא לא עביד אינש איסורא וע"כ דגמר בדעתו דלהוי קדושין הראשונים קיימין. זה ג"כ דבר שא"א לומר כלל. כי לא מצינו סברא זו רק גבי ביאה משום דאין אדם עושה בב"ז. ע"כ אמרינן דגמר בדעתו לקדשה בביאה זו. או גבי כניסה לחופה דעושה מעשה גדול כזה שכונסה לחופה אמרינן דאחולי אחיל לתנאי'. אבל שתהא ראי' מהיחוד בלבד דלא איכפת לו במומה זה לא שמענו מעולם. ע"כ ברור דהפי' בדברי הר"ן הוא שדר עמה היינו שדר עמה כדרך הבעל עם אשתו ובא עליה לאחר שנודע לו שהיא אילונית:

אך זה יש להסתפק בפירושו אם הטעם הוא דכיון שבא עליה אח"כ אמרינן דבודאי נתכוין לקדשה בביאה זו לאחר שנודע לו שהיא אילונית וכיון שדר עמה כדרך איש ואשתו מחזיקינן שבא עליה כמה פעמים. א"כ אף שמחמת ביאה הראשונה לאחר שנודע לו שהיא אילונית קדושין עושה וארוסה אין לה מזונות וכתובה מ"מ מחמת הביאה השניה נשואין עושה לכך יש לה מזונות וכתובה. ולפי"ז אין לה רק כתובת בעולה בלבד היכא דהבעילת מצוה היתה קודם שנודע לו שהיא אילונית. או איכא למימר דסברת הר"ן הוא דכיון שדר עמה אח"כ כדרך בעל עם אשתו א"כ חזינן דהוא לא קפיד אף על מום גדול כזה וחל קדושין הראשונים למפרע. וצ"ל כמש"כ התוס' בכתובות (עג.) ד"ה לא תימא כו' דבשעת קדושין היה דעתו לכך דאם יכנסנה לבסוף יהא מחול התנאי. וכן צ"ל נמי גבי מומין אף במום דאילונית דודאי כל אדם מקפיד ע"ז ואינה צריכה גט אם אינו מתרצה מ"מ אם הוא אינו מקפיד ע"ז אח"כ חלין הקדושין למפרע משום דבשעת קדושין הוא מתרצה דכל מום שיהא עליה אם יתרצה אח"כ יהי' הקדושין קיימין. ולפי"ז יש לה כתובה מאתים כמו שהכיר בה מתחילה. וכן משמע קצת מדבריו מדכתב דאם הכיר בה אח"כ ויושבת תחתיו הוה כמו שנשאה מתחילה לשם אילונית. וכיון דמדמי זאת לנשאה מתחילה לשם אילונית משמע דס"ל דיש לה כתובה מאתים. אך אין זה ראי' גמורה דאולי כונת הר"ן הוא רק לענין מזונות דאיירי שם. מ"מ מדברי הב"ש בסי' קט"ז סק"ז דהביא דברי הר"ן בסתמא וכתב דאם הכיר בה ודר עמה אח"כ הוה כמו שנשאה מתחילה לשם אילונית. ודאי משמע מדבריו דס"ל דיש לה כתובה מאתים ונראה דהר"ן מיירי שדר עמה אח"כ ל' יום א"כ בודאי חזקה דעד ל' יום לא מוקים אינש אנפשי' ובא עליה. וא"כ חזינן דלא קפיד. אבל קודם ל' יום ודאי נאמן לומר שלא בא עליה ועדיין לא גמר בדעתו אם למחול על מום זה או לא. וכן כתב הב"ש סי' קי"ז ס"כ דעד ל' יום י"ל דעדיין לא גמר בדעתו אם למחול על מום זה או לא לכן כ"ז

שלא בעל י"ל דלא מחל. וכן כתב הגאון בעל ח"ד בס' בית יעקב בסי' קי"ז ס"י על דברי הרמב"ם דכתב בא עליה ושהה עמה כמה ימים אינו יכול לטעון טענת מומין דמבאר שם דבביאה שניה ודאי בעינן ל' יום דנראה דחזקה דלא מוקי אינש אנפשי' כל שהוא ביחוד עם אשתו הכשרה לו מלבועלה יותר משלשים יום. א"כ בנ"ד שדר עמה לאחר שנודע לו ממומה רק זמן מצער ודאי נאמן לומר שלא בא עליה אח"כ דעדיין לא גמר בדעתו אם ימחול על מום זה או לא. וגם הא בודאי היה ירא לבוא עליה בפעם שניה דאולי לא תחזור לחלמותה. ועוד הא כתב כת"ר בעצמו דהוא נאמן לומר שלא בא עליה מגו דאי בעי הוה אמר שלא נודע לו מקודם שהיא שוטה לפרקים עד שעה שפרש ממנה. ובאמת לפי מה שדרשתי מאתו נראה מדבריו שאז לא הי' יודע עדיין היטיב הדבר בבירור גמור שהיא שוטה לפרקים זה כמה פעמים. כי נפתה להאמין גם לבני ביתה שמקרה הוא לה ובקרוב תחזור לחלמותה. וכן קרה לה קודם הנשואין. א"כ הא יש לו מגו לומר שהאמין רק לב"ב שאין לה מום זה עד עתה שנתודע לו מומה בבירור גמור. א"כ נאמן לומר שלא בא עליה. ובפרט לפי מה שנראה הדבר שנחלה קודם שנטהרה מד"ב ואחר שהגיע זמן טהרתה לא יכלה להטהר מחמת שטותה. וליחוש שמא נטהרה ע"י נשים פקחות זהו רחוק לומר. ובאמת אין צריך לזה כי די לנו בטעמים הראשונים:

כ"ד יג"ע דו"ש בא"ר יו"ט ליפמן הכהן.

ע"ז קבלתי מכתב מהה"ג הנ"ל וז"ל יען רואה אנכי כי האברך הנ"ל לא הגיד לו תוכן ענינו כי כן הגיד לי אחר שדרשתי ממנו על כל הדברים שעבר בינו לבינה כי מומה שהיא שוטה לפרקים נודע לו תיכף אחר החתונה ואח"ז דר עמה בחדר מיוחד כדרך איש ואשתו ערך שמונה שבועות אך לא קרב אליה. וכאשר שאלתיו מדוע לא פרש לגמרי ממנה נתן אמתלא כי חפצו הי' להוציא חפציו במשך זה שהי' לו בביתה. וכיון שכן לא נוכל להתיר לו בלי השלשת כתובה כי עיקר היתרו של הד"ג יען שלא דר עמה רק זמן קטן והי' מצפה שתחזור לחלמותה. אך כפי אשר נודע לי כי דר יותר מל' יום הדבר פשוט דיש לה כתובה והאמתלא שנותן בודאי אינו אמתלא המועיל לדינא. ומ"ש עוד הד"ג סניף להתיר דמסתמא לא נטהרה מד"ב בזה כונתי לדעתו דמר וטרם בוא תשובתו שאלתיו אם טבלה מד"ב ואמר לי כי אינו יודע. ולפי הנראה עשה א"ע לא"י בזה כי איך לא ידע רק כי זה דבר אשר יוכל להתברר עשה א"ע ולמד לשוט לומר איני יודע ולפי המובן מסתמא טבלה כי מסתמא משפחתה אשר רצו לקרב ענין הזיוג עשו כל טצדקי בזה ואז שהיתה רק שוטה לפרקים הי' בידה לטהר א"ע. ולכן לא מצאתי שום היתר בלי השלשת כתובה עכ"ל. מ"מ אנכי לא חזרתי מהיתר שלי בלי השלשת

כתובה. ואף שאנכי אינני מסכים בכל מקום שאין לו מה להשליש הכתובה להתירו בלא השלשת כתובה כדברי הגאון דוואלאזין. כל זה הוא רק היכא שהיא לא פשעה בדבר היינו שנשתטית אחר החתונה דמזלא דידי' גרם ואין בידה לפרנס א"ע ע"כ עשו הגאונים תקנתא לדידה דכ"ז שלא ישליש הכתובה וייחד לה בית ומזונות לא יתירו לו לישא אשה אחרת. אבל בנ"ד שהיא פשעה בדבר להטעתו במום מקודם שהיתה שוטה לפרקים בזה לפ"ד הדבר ברור דאף אם נאמר דחייב בכתובתה מ"מ כיון שאין לו לע"ע מה לתת לה כתובה לא עשו הגאונים תקנתא לעכבו מלשא אשה אחרת בלי השלשת כתובה. וכשתחלם ותתבע כתובתה ותאמר שבא עליה לאחר שנודע לו ממומה אז יקוב הדין ביניהם. אבל לע"ע אין לנו לעכב ההיתר שלו כיון שהוא לא פשע כלל בדבר. ואדרבה מצוה רבה להרוס ערמת מחשבותיהם. עיין בספרי מלבושי יו"ט סי' ד' מה שהבאתי תשו' הרא"ש סי' ל"ה דחזינן דהרא"ש סמך מפני שעשה שלא כהוגן על קצת גדולי הפוסקים בחשש איסור א"א. וכ"ש דיש לנו לסמוך בזה שעשתה שלא כהוגן להטעות אברך יקר במום גדול כזה שלא להחמיר עליו יותר מדי מה שהחמירו הגאונים שלא להתיר לו בלא השלשת כתובה כיון שאין לו מה להשליש. כ"ז כתבתי לפי"ד הה"ג הנ"ל דס"ל דחייב בכתובה עפי"ד:

אבל באמת לפ"ד נראה דמה"ד הוא פטור מכתובה אף לפי הודאתו כעת שהיה דר עמה בחדר אחד שמונה שבועות דהא הוא אמר לפני כמה פעמים שהוא נפתה גם להאמין לבני ביתה שאמרו שרק מקרה קרה לה וכן קרה לה קודם הנשואין ובקרוב תחזור לחלמותה. ומה דנפק קלא בעירה דהיא מוחזקת לשוטה לפרקים. הוא רק אויבים הוציאו לקלא א"כ כ"ז שלא העידו עדים בתורת גב"ע כדת מיקרי עדיין לא נודע לו ממומה. אף שבודאי הי' לבו נוקפו ע"ז מ"מ האיך נוכל לומר דאם בא עליה אח"כ דזה מיקרי שידע ממומה ונתרצה אף במומה ולכך חייב בכתובתה. כיון דאיכא למימר דלכך בא עליה משום דהאמין לבני ביתה דרק אויבים הוא דאפקי לקלא. א"כ אף אם לא נאמין לו מה שאומר שלא בא אליה אח"כ שנודע לו מאנשי עירה מ"מ אין אנו יכולין לחייבו כתובה כיון שעדיין לא נודע לו בבירור ממומה כ"ז שלא העידו עדים ע"ז והוא שמע רק מפי השמועה לבד. א"כ אין ראי' מזה שבא עליה שהוא נתרצה אף במום גדול כזה:

ויותר מזה נ"ל דאם הכיר שנולדו בה קצת סימני אילונית ומ"מ כנסה ואח"כ נמצאת שהיא אילונית גמורה אינו חייב בכתובתה. אף שלכאורה אפשר לומר כיון דהוא ידע שהיא ספק אילונית א"כ סבר וקבל אף אם תמצא אח"כ אילונית ודאית. אבל לאחר העיון נראה לפ"ד דז"א. דהא ודאי יכול לטעון דמשום דמצאה חן בעיני נתרציתי לכונסה

רק משום דהייתי חושב דאולי איננה אילונית. דהא אכתי לא הכרתי בה רק ספק אילונית. אבל אי הייתי יודע שהיא אילונית ודאית בודאי לא הייתי נתרצה לזה ולא כנסתיה. ומ"מ לדינא צ"ע בזה. אבל בנ"ד עדיפא טובא דיכול לומר דכ"ז שלא נתברר בב"ד כדת גם ספיקא נמי לא הוה משום דכמה פעמים איתרמוי מתרמי דאויבים מפקי להו לקלא והוא שקר גמור. וא"כ אפי' בא עליה אין אנו יכולין לחייבו בכתובה. כנ"ל לפי"ד. ע"כ לא חזרתי מההיתר אף לאחר שנתודע לי מהרה"ג הנ"ל ששהה עמה יותר משלשים יום:

כ"ד יו"ט ליפמן הכהן.

סימן ב

הנה בספרי מלבושי יו"ט ס"ז בשיטה ג' בשיטת הר"א בארתי שם שיטת הרמב"ם דעיקר הלאו דלא יקח הוא על הביאה שלא יבוא עליה דרך אישות ולא איכפת לנו על הקדושין כלל אף שאם היה בשוגג או שהיתה בהיתר כמו אשת כהן שנאנסה תחתיו [למ"ד דלקי עליה משום זונה] דלקי משום לא יקח יעו"ש. אך לכאורה תמוהין לן דבריו מדברי הגמ' דתמורה (ה:) דפריך שם לרבא דאמר אי עביד לא מהני והרי אלמנה לכ"ג דרחמנא אמר אלמנה וגרושה לא יקח ותנן כל מקום שיש קדושין ויש עבירה הולד הולך אחר הפגום. א"כ מוכח משם דגם לדברי רבא דס"ל בעל לוקה לא בעל אינו לוקה מ"מ עיקר הזהרה דלא יקח הוא על הקדושין אלא דלא לקי עד שבעל משום דלא אהני מעשיו כמש"כ הראשונים. ועלה בדעתי לומר דהרמב"ם דחה סוגיא זו מחמת סוגיא דסוטה (מד.) דאיתא שם לא לקח ולא לקחה פרט לאלמנה לכ"ג כו' לימא כו' האמר הירא ורך הלבב זה המתירא מעבירות שבידו אפי"ת כו' כדרבה לעולם אינו חייב עד שיבעול ע"כ. ואם נאמר דגם לרבא קאי עיקר אזהרה דלא יקח על הקדושין וחיוב המלקות הוא על הקדושין והתראה צריך להיות בשעת הקדושין שלא יקדש אותה א"כ האיך אפשר לומר דלא עבר כלל שום עבירה בשעת הקדושין כיון דעבר על מימרא דרחמנא דהזהירו שלא יקדש והוא קידש. ולא אשכחן בשום מקום כה"ג דמעיקרא אין עליו שום עבירה ואח"כ ילקה על למפרע. ולפי"ד נראה דאם נאמר דעיקר אזהרה דלא יקח קאי על הקדושין אלא דלא לקי עד שבעל משום דאז אהני מעשיו. הלאו דלא יקח הוא דמי קצת ללאו שניתק לעשה דג"כ לא לקי על הלאו למ"ד ביטל ולא ביטלו כ"ז שאינו מבטל העשה בידים מ"מ עבירת הלאו בידו מיד שעבר הלאו אף שאכתי בידו לקיים העשה ולתקן הלאו. א"כ ה"נ אף שכ"ז שלא בעל אותה יש בידו לתקן הלאו דלא יקח היינו לגרש אותה מ"מ כ"ז שלא גרשה יש בידו עבירת הלאו דלא יקח. וכן ראיתי שהרמב"ן מדמה זה ללאו הניתק לעשה.

דז"ל בב"מ (י:) הביאו הש"מ שם. ורבותי' בעלי התוס' כתבו דהתם ה"ק בעל לוקה שתים אחד משום לא יקח ואחד משום לא יחלל לא בעל אינו לוקה אפי' א' מה, טעם לא יקח משום לא יחלל והכא בשבעל ולהלקותו אף משום לא יקח ואינו מחוור משום דהו"ל התראת ספק שמא לא יבעל והוה כל"ת שיש בה קום עשה למאן דתני ביטלו ולא ביטלו וצע"ט ע"כ. ובל"ת הניתק לעשה כ"ז דלא זאת קיים העשה ודאי עבירת הלאו בידו ויותר מזה אפי' בדעתו לקיים העשה הוה עבירת הלאו בידו כמו גבי גניבה וגזילה דמבואר להדיא בגמרא דאפי' דעתו להשיב הוה גזלן דאמרינן לא תגנבו אפילו ע"מ למנקט. וכן ראיתי בס' ש"א סי' פ"א שהאריך להשיב על דברי התוס' בפסחים דכתבו גבי חמץ כל שמשהה ע"מ לבערו לית לן בה וגם ודאי דלא גרע זאת מחצי

(הגה"ה **ונראה דהרמב"ן לא הקשה אלא לד' רש"י והתוס' דמכות (טו:) דגרסי שם בדברי ר' יוחנן ביטלו ולא ביטלו וס"ל דהוה התראת ספק משום דבעינן התראה בשעת העברת הלאו. אבל לפי מה שהביא הריטב"א שם בשם הרמב"ן והרבה ראשונים דר' יוחנן הני קיימו ולא קיימו. ור"ל הוא דתני ביטלו ולא ביטלו. וז"ל הריטב"א שם ולמאן דתני קיימו ולא קיימו הוה התראה בשעת)** שיעור דאסור מדאורייתא משום דחזי לאיצטרופי. וכ"ש הכא שאם יבעול אותה יתחייב על הלאו דלא יקחו מעיקרא ויותר נראה מדברי הרמב"ם בס' המצות שהבאתי למעלה דאפי' בעילה בלא קדושין כגון גבי גרושה דאינו עובר משום לא יחלל לפי שיטתו כיון דמחולל ועומדת מעיקרא. מ"מ איסור כהונה יש בה מדאורייתא אפילו בגוון דאין בה איסור משום לא תהי' קדשה. [עיין בפי' הגר"א בא"ע סי' כ"ו ס"ח] ובאמה כן מוכח מן הגמרא דאם לא היה אפי' שום איסור בבעילה לבד אמאי משוה לה חללה בלא קדושין. אע"כ דבעילה בלא קידושין הוה כמו ח"ש דאסור מדאורייתא. וא"כ אם נאמר דלא יקחו קאי עיקר האזהרה על הקידושין א"א לפרש דברי הגמרא דסוטה דקאמר דאין שם עבירה בקדושין. ומחמת זה דחה הרמב"ם דברי הגמרא דתמורה:

אח"ז ראיתי שהגאון בעל נ"ב במה"ת סי' קי"ב השיב לשואלו על מה שפי' במה"ק שהתוס' ב"מ הנ"ל סובר לפי תירוץ קמא שאין שום עברה בקדושין והקשה לו דא"כ מה פריך הגמרא בתמורה הנ"ל לרבא דאמר אי עביד לא מהני דלא לחול הקדושין ותי' לו וז"ל וגם הא לא קשי' דהרי איתקש הוויות להדדי כו' ובאלמנה לכ"ג אם מקדשה בביאה הא ודאי דלוקה ולרבא דאמר אי עביד לא מהני א"כ לא משכחת בה קדושי ביאה. וממילא גם קדושי כסף ושטר לא חיילי ושפיר הקשה בתמורה עכ"ל ואין להקשות לפ"ז דא"כ מאי הביאו התוס' ב"מ הנ"ל ראיה דהיכא דבעל אח"כ לוקה אף

על הקדושין. מגמרא דתמורה [וכונתם להביא מתמורה דלא נימא כשיטת המפרשים שהביא הריטב"א בקדושין שם שפירשו דהא דאמר רבא בעל לוקה ר"ל לוקה אחת אעפ"י שקדשה דמשום קדושין לא מחייב לעולם דלא יקח גרוא דלא יחלל הוא. מ"ט לא יקח משום דלא יחלל וע"ז מביא התוס' מתמורה דמשמע משם דאי בעל אח"כ לוקה אף על הקדושין דאי כשיטת המפרשים הנ"ל אין שום נ"מ לרבא בין בעל ע"י קדושין ובין בעל שלא ע"י קדושין דהא אמרינן בהדיא בקדושין דמודה רבא באלמנה לכה"ג דאם בעל בלא קדושין לוקה] הלא לפי"ז קושית הגמרא הוא היכא דקידשה בביאה. וא"כ אפי' לשיטת המפרשים הללו לוקה משום לא יחלל. ולכך פריך הגמרא לא לחול הקדושין. ז"א דהא כבר הביאו האחרונים משם מהריט"ץ דהא דשוחט בשבת שחיטתו כשירה. ולא אמרינן אי עביד לא מהני דאפי' אי לא מהני לא פלטינן לי' מאיסורא ואיסורא כדקאי קאי ולא פקע מיניה ומשו"ה מהני ומעשיו קיימים וה"נ לפי שיטת המפרשים דאינו לוקה אלא אחת. ואפי' אי אמרינן דלא מהני ולא חלי הקדושין ג"כ אינו לוקה אלא אחת ולא יתקן בזה הלאו דלא יחלל. ואמאי אמרינן דלא מהני. אבל לפי שיטת שארי הראשונים דאם חלו הקדושין לוקה ב' משום לא יקח. ומשום לא יחלל. ואם לא חלו הקדושין אינו לוקה אלא אחת. א"כ שפיר פריך הגמרא לימא דלא מהני ויתוקן בזה הלאו דלא יקח. ודברי הגאון בעל שער המלך בה' גירושין פ"ג הי"ט שתמה מסוגיא זו דתמורה על המהריט"ץ והניח בצ"ע תמוהים לפע"ד:

אמנם אין דעתי נוחה מתי' הנו"ב. דא"כ מחזיר גרושתו משנשאת דאמרינן שם בקידושין דאם בעל ולא קידש אינו לוקה. נימא אם קידשה בביאה לא יחולו הקדושין ויתוקן בזה הלאו. וממילא גם קדושי כסף ושטר לא יחולו כמ"ש הנוב"י ואין לומר דלהכי אמרינן דחלו הקדושין מדכתיב היא תועבה ואין בניה תועבים ואם א"א לחול הקדושין גבי מחזיר גרושתו יהי' הולד ממזר. ז"א דהא התוס' בתמורה שם כתבו דע"כ לאו ממזרת ותפיסות קדושין תלויין זה בזה. שהרי קאמר ר' יהושע בפ' החולץ דאין ממזר אלא מחייבי מיתות ב"ד. אבל מחייבי כריתות לא הוה ממזר. אע"ג דלכו"ע לא תפסי בה קדושין ועוד לפי שי' הרמב"ם דגם בשאר חייבי לאוין לא לקי אלא ע"י קדושין. א"כ תקשה אם קדשה ממזר או נתין בביאה לא יחולו הקדושין ויתוקן בזה הלאו. וממילא גם קדושי כסף ושטר לא יחולו. אך זה אפשר לישב לפי מש"כ הרשב"א בחידושיו לקידושין (סז:) וז"ל אימא אידי ואידי לבן הא לכתחילה הא בדיעבד. ולא יקח לאו לא יהא בה לקוחין. אלא ללאו הוא דאתא כלאו דאלמנה וגרושה חללה זונה את אלה לא יקח. וא"ת והא קיי"ל כרבא דאמר פ"ק דתמורה כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא

מהני ופרכינן לי' טובא ומשני להו והתם נמי פרכינן והרי אלמנה לכ"ג דאמר רחמנא לא תעביד ותפסי בה קדושין ומשני שאני התם דגלי קרא לא יקח ולא יחלל דאלמא אי לאו קרא ה"א דלא תפסי בה קדושי. ותירצו בתוס' דכיון דגלי קרא בלא יקח דכ"ג ה"א דנילף מיני' ללא יקח דאשת אב דאע"ג דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני עכ"ל. א"כ ס"ל דכיון דגלי קרא באלמנה לכ"ג דתפסי בה קדושין הוה ילפינן גם אשת אב. אי לאו דגלי קרא בא"א. אע"ג דזה חייבי כריתות. וזה חייבי לאוין. כ"ש שאר חייבי לאוין דילפינן מאלמנה לכ"ג אף שהם שוים בכל:

ואף שישבתי דברי הנוב"י מ"מ אין תירוצו עולה לפי האמת. דהא כתב הש"ך בח"מ סי' ר"ח דע"כ לא אמרינן דלא מהני אלא בגזילה ודכוותי' דא"א לעשות המעשה אלא בהעברת הלאו. משא"כ הכא גבי שבת דהא אפשר לעשות בהיתר דהיינו שימכרנו בחול משו"ה אמרינן דמהני עכ"ל. וא"כ ה"נ מאי פריך הגמרא בתמורה דלא יחולו הקידושין גבי כ"ג באלמנה היכא דקדשה בביאה. וממילא לא יחולו בה קדושי כסף ושטר כיון דאיתקש הוויות להדדי. אדרבא נימא איפכא דקדושי כסף ושטר יחולו וממילא יחול גם קדושי ביאה. כיון דאפשר לקדשה באופן שלא יעבור על הלאו. ונפלאתי ע"ד הנוב"י שהוא בעצמו השיב לשואלו במה"ת סי' נ' עפ"י דברי הש"ך הללו דלכך אפי' קדשה בביאה בשאר חייבי לאוין תפסי קדושין כיון דאפשר לקדשה בהיתר ומיישב שם דלכך הקשה הגמרא רק באלמנה לכ"ג משום דשם הזהירה התורה שלא יקח אבל לפי"ד הרמב"ם דכל האזהרה היא על הביאה שע"י קדושין כמו שאר חייבי לאוין לפי שיטתו דג"כ אינו לוקה רק ע"י קדושין [ורק בזה חמירא אלמנה לכ"ג משאר חייבי לאוין דלוקה אפי' על ביאה לחוד] אכתי קשה מאי נ"מ בשאר חייבי לאוין לפי"ד הרמב"ם מאלמנה לכ"ג. וכיון דבשאר חייבי לאוין לא פריך הגמרא משום דאין שום עבירה בקדושין ויכול לקדשה בכסף ושטר בלא שום איסור. ממילא חלי ג"כ קדושי ביאה. אלא ע"כ צ"ל דהגמרא דתמורה פליגא על הסוגיא דסוטה. והרמב"ם דחה סוגיא דתמורה מחמת סוגיא דסוטה כמו שביארתי:

**(העברת הלאו והוה התראת ספק דיכול לומר אקיים העשה אבל למאן דתני ביטלו ולא ביטלו הוה התראת ודאי דמתרינן בו בשעת ביטול העשה שאם יבטל יתחייב מלקות על הלאו למפרע דהשתא מטי זמן חיובא ודקא קשה לרש"י ז"ל דבעי התראה בשעה שעובר הלאו ואקשי' להה"א דלא אוכל זו אם אוכל זו דלא מהני התראה דבשעת אכילת התנאי לא דמי כלל דהתם אין בחלק התנאי שום חלק איסור של הלאו אבל ביטל העשה שניתק בו ל"ת ונתלה בו מלקותו של ל"ת מגופו של ל"ת הוא חשוב לענין התראה כי

עקרו של לאו זה הכתוב תלאו בעשה זה למלקות. וזה ברור. ור"מ ז"ל הוסיף עוד בזה דכיון שניתק הכתוב את הלאו בעשה הרי הן כחדא מילתא וכאלו הלאו התחלת העברה והעשה גמר העברה וכשהתרינו בשעת נטילת האם ובא ושחט כאלו התרינו בשעת שחיטה ממש דכולה חדה עברה עבדה רחמנא וכשם שמתרין על כל עובר בלאו בשעת התחלת עקירת הלאו ואע"ג דאינו נגמר עד שעת הגמר העברה. וגם זה נכון ומפולפל. אבל התירוץ הראשון מרווח יותר ובו הסכים רבינו הרמב"ן ז"ל ורבותינו נו"נ עכ"ל וא"כ לפי"ז ה"נ לשיטת הרמב"ן אפשר להתרותו בשעת בעילה. כיון דהתורה תלה המלקות של הקדושין בהבעילה דאח"כ. א"כ הבעילה חשוב חלק האסור מן הלאו. ולשיטת הר"מ מתרין אותו בשעת קדושין. ומ"מ לא הוה התראת ספק. כיון דתלה התורה הקדושין בהבעילה הוו הקדושין והביאה כחדא עברה. והקדושין הוה התחלת עבירה והביאה הוה גמר עברה ונפלאתי על הריטב"א בקדושין שם דכתב דהא הוה התראת ספק והוא סותר דברי עצמו במכות שם וצ"ע:)**

אך גם בזה לא נחה דעתי. דא"כ תקשה לפי סוגיא דתמורה דס"ל דגם לרבא קאי אזהרה דלא יקח על הקדושין. א"כ אמאי לוקה גבי זונה כותית לרבא לפי דברי הרמב"ם דאינו לוקה על לא יחלל זרעו לרבא והכי קיי"ל. וע"כ משום לא יקח הוא דלוקה. וא"כ אין זה שייך בזונה כותית. ע"כ נ"ל דקושית הגמרא הוא כך. לרבא דאמר אי עביד לא מהני כ"מ דאמר רחמנא לא תעביד. א"כ אמאי לא אמרינן גבי אלמנה לכ"ג דכתב רחמנא לא יקח. שלא יתפסו בה קדושין. כמו לא יקח דאשת אב דפירשו שלא יהי' בה לקוחין. ה"נ גבי אלמנה לכ"ג אמאי לא אמרינן דלא יקח פירושו שלא יהי' בה לקוחין. בשלמא לאביי כיון דסובר בעלמא כ"מ דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני. שפיר אמרינן דלא יקח ר"ל אזהרת הלאו [שלא יקדשה לפי שיטתו] ודוקא באשת אב דגלי רחמנא להדיא דפירושו של לא יקח הוא שלא יתפסו בה קדושין. כמו דאמרינן שם בקדושין. אבל היכא דלא גלי רחמנא. ודאי דפירושו הוא על אזהרת הלאו. אבל לרבא יותר מסתבר לפרש הקרא דרחמנא אמר דלא מהני בה לקוחין. ועיקר האזהרה הוא על הביאה כמו גבי אשת אב. וקצת משמע מדברי הרשב"א הנ"ל שהוא מפרש כן. וכן משמע קצת מדברי הראשונים שדחו דברי המפרשים דלרבא אינו לוקה כלל על הקדושין. מהגמרא ב"מ הנ"ל. ואמאי לא דחו מהגמרא דתמורה. ולכאורה הראי' מתמורה יותר חזקה מהראי' דב"מ כי סוגיא דב"מ יש לדחות. דנ"מ זו כהן דא"ל לישראל צא וקדש לי אשה גרושה כו' נקט לה אליבא דאביי דס"ל דלוקה על הקדושין לחוד. ונ"מ השני' דשם אזלא אליבא דכו"ע. אלא ע"כ דלהכי לא הביאו ראי' מהסוגיא דתמורה כיון דאפשר לפרש כמו שפירשתי. אבל

לפי דברי התוס' דב"מ דמפרשים דברי הגמרא דתמורה כפשטי'. ודאי מוכח מהגמרא דעיקר האזהרה דלא יקח קאי על הקדושין וא"כ ודאי דאין סברא לומר דאין שום עבירה בקדושין. וע"כ נ"ל דאף לפי תירוץ הראשון שם דס"ל דחלו הקדושין לכו"ע. מ"מ סוברים דיש עבירה בקדושין לחוד. ודלא כהנוב"י במה"ק סי' ע"ה שכתב דלתירוץ הראשון ס"ל להתוס' דאין שום עבירה בקדושין כלל. אף דמגמרא דסוטה משמע להדיא דאין עבירה בקדושין לרבא. מ"מ דחו חדא מקמי תרתי. סוגיא דתמורה וב"מ. דמוכח משם דיש עבירה בקדושין אף לרבא. דהתוס' ב"ק ס"ל דהיכא דהשליח הוא שוגג לכו"ע אמרינן דיש שליח לדבר עבירה. אפי' למ"ד אי בעי עביד כו' ואי ס"ד דאין שום עבירה בקידושין אמאי אמרינן למ"ד אי בעי עביד כו' דאין שליח ואינו חייב רק על הקידושין למפרע אי בא עליה אח"כ. הא בשעה שקדשה ע"י שליח לא שלח לי' לעבור על שום עבירה. ודמי להיכא דהשליח הי' שוגג. והריטב"א דסובר דאין עבירה בקדושין וע"כ מפרש הגמרא דתמורה כמו שפירשתי לדעת הרמב"ם [ואף שלפי שיטתו דלוקה על הקידושין למפרע צ"ע כמו שהארכתי למעלה] מביא באמת ראי' מזה דאפי' היכא דהשליח היה שוגג ג"כ אמרינן דיש שליח לדבר עבירה. ועוד הא כתבו התוס' שם ב"מ דהשליח המקדש לכהן גרושה עובר משום ולפני עור כו' ואי אין שום עבירה בקידושין כ"ז שלא בעל. האיך יעלה על הדעת שהכהן בעצמו אינו עובר כלום כ"ז שלא בעל. והשליח יעבור על לפני עור. הא ודאי מסתמא לא יבעול הכהן אותה ולא יעבור על הלאוין. ובודאי אין שייך על השליח הלאו של לפני עור כ"ז שהעבירה עדיין לא נגמרה. והריטב"א דס"ל דאין שום עבירה בקידושין כתב באמת דלכך אין על השליח עבירה של לפני עור:

סימן ג

הנה על מש"כ בספרי מלבושי יו"ט ס"ז כלל ב' סקי"א דאפי' לדעת המחמירין באומרת טמאה אני לך היכא שיש ר"ל מ"מ באשת כהן יש להקל כמש"ב שם. וכן הבאתי דהגאון בעל עצי ארזים מצדד להקל בזה. הקשה לי גדול אחד ע"ז דזהו כנגד סתימת השו"ע ס"ז דמבואר שם דאשת כהן שנשבית וע"א אומר שהיא טהורה והיא אומרת נטמאתי שאסורה לבעלה והוא מדברי הש"ג בשם ריא"ז. והח"מ תמה ע"ז האיך נאמנת לומר נטמאתי דילמא עינה נתנה באחר. כיון דמה"ד מותרת לבעלה מחמת העד. ותירץ שם הב"ש דהטעם הוא כיון שנשבית לא גרע מר"ל. ולכך נאמנת. א"כ מצינו דבאשת כהן מהני ר"ל עכת"ד:

ולכאורה עלה בדעתי דיש לתרץ זאת עפ"י מש"כ בזה הגאון בעל פ"י בחי' לקדושין שי"ל הא דאמרינן בעלמא בשבויה הקילו ומשמע דליכא אלא חששא דרבנן. היינו דוקא

כשהיא אומרת ברי שלא נבעלה דאע"ג דקיי"ל דרוב כותים פרוצים בעריות אפ"ה כיון דאיכא ברי דידה בהדי חזקת היתר עדיף מרובא כו' משא"כ הכא בשמעתין שאמו של ינאי אינה לפנינו ולא ידעינן שאומרה ברי איכא למימר דהוה ספק איסור דאורייתא דרובא פרוצים בעריות ורובא וחזקה רובא עדיף. ואף את"ל דהוה רובא דתלי' במעשה אפי"ה הו"ל מיהת פלגא ופלגא דאסור מדאורייתא עכ"ד. א"כ איכא למימר דהא דע"א נאמן בשבויה הוא דוקא היכא דליכא אלא חששא דרבנן כיון שאומרת שלא נבעלה. אבל הכא כיון דהיא אומרת שנבעלה א"כ איכא עלי' חששא דאורייתא אין ע"א נאמן מה"ת. וכן ראיתי להגאון בעל שעה"ת כלל ה' פרט י"ז שרצה לתרץ דברי הרמ"א עפ"י סברת הפ"י הנ"ל. אמנם הגאון הנ"ל סתר אח"כ תירץ זה וכתב וז"ל דאף לפי"ד הפ"י אכתי במחלוקת הראשונים ז"ל שנוי' דכיון דהוה פלגא ופלגא מיקרי לא אתחזק לא לאיסור ולא להיתר ובדבר שבערוה כה"ג פליגי הראשונים אם ע"א נאמן להתירה ואכתי קשה על הרמ"א שכתב זאת להלכה פסוקה עכ"ל. ולפע"ד אין מקום לסתירת הגאון בעל שעה"ת. דהא אי אמרינן דהיכא דלא אתחזק לא לאיסור ולא להיתר ע"א נאמן ה"ה אשה נמי נאמנת. ועיין בב"ש ס"ד סק"ז דכתב וא"ל דאשה שאני ואינה נאמנת אפי' בדבר שאין לו חזקה אלא במילתא דעבידא לגלויי ומסיים שם דמנ"ל זה. ועיין בבית מאיר דהביא ראי' מדברי הרשב"א דבדבר דלא אתחזק לא לאיסור ולא להיתר אפי' אשה נאמנת. וכן משמע בשו"ע יו"ד ס' קי"ז שכתב וכל הפסולי עדות כשרין לענין איסורין רק דוקא היכא דאיכא טירחא אז אינן נאמנות דנשים עצלניות. וכ"כ הגאון בעל ש"ש בפשיטות. וא"כ נ"ל לפ"ד שהדבר ברור שלפי דברי הפ"י היכא דאשה שנשבית אינה אומרת כלום כגון שהיא אלמת ואשה אחרת אומרת שהיא נטמאה ועד כשר אומר שלא נטמאה כיון דאיכא עליה ספיקא דאורייתא נאמנת האשה להכחיש העד אף שהאשה היא עד פסול נאמנת להכחיש העד אף שהעד כשר כמש"כ התוס' בסוטה (לא:) ד"ה הא כו' בשם הירושלמי דכל מקום שהכשיר עדות האשה האיש מכחיש האשה והאשה מכחשת האיש יעו"ש. וכן הסכים הרמב"ן בכתובות (כב:) וביבמות (קיז:) וכן דעת הרשב"א והריטב"א. וא"כ אשה זו דאומרת בעצמה שנטמאה אפי' לשיטת אחרים שהביא הר"ן שהיא אינה נאמנת לאסור עצמה לבעלה להפקיע שעבודא או לשיטת הר"א דאינה מוזהרת א"כ לא מצי שוי אנפשה חד"א מ"מ לא גרעי אשה זו מאשה אחרת דנאמנת להכחיש את העד אף דהוא עד כשר. ואף לדעת הרמב"ם דסובר שאפי' במקום שהכשירו עדות אשה מ"מ לענין הכחשה אין האשה יכולה להכחיש את האיש כמבואר בשו"ע סי' י"ז סי' ל"ח פלוגתת הרמב"ם עם הרמב"ן והרשב"א דהרמב"ם סובר דאף אם האשה שאמרה מת באה תחילה

והותרה האשה על פיה מ"מ אם בא אח"כ עד כשר ואמר לא מת לא תנשא ואם נשאת תצא. והרמב"ן והרשב"א ס"ל דלא תצא מהיתרה הראשון, ויעו"ש בהגר"א. ופלוגתתם הלוי בזה דהרמב"ן והרשב"א ס"ל כהירושלמי שהבאתי למעלה. אמנם הרמב"ם סמך אסיפא דירושלמי דנראה שם דר"נ פליג על רב גידל בשם רב ולר"נ אין האשה יכולה להכחיש את האיש. וכן מבואר להדיא בהרב המאירי סוטה שם. מ"מ נ"ל דאף לפי"ז יש לישב דברי הרמ"א הנ"ל דדוקא היכא דבאו בב"א אין האשה יכולה להכחיש את האיש. אבל היכא דבאה האשה תחלה ונתקבלה עדותה מ"מ פלגא ופלגא הוה וזה הוה כשנים פסולים נגד עד אחד כשר ולכך מחמרינן גבי מיתה דאם ניסת תצא. והא אף גבי שאר איסורין הא כתב המהרי"ק הובא בש"ך יו"ד סי' קכ"ז דגם שם עד הראשון חשוב כשנים. וע"כ הכי גבי שבויה כיון דמיירי שם דהיא אמרה תחלה נטמאתי וא"כ חשיבי כשנים פסולים נגד עד כשר ולדעת הפ"י הנ"ל דיש עליה חשש מדאורייתא היכא דאמרה נטמאתי ודאי דהיא אסורה אף לדעת הרמב"ם ואין העד כשר מועיל להתירה לבעלה. כך עלה בדעתי לישב דברי:

אמנם התבוננתי דגוף הדין של הפ"י צע"ג דא"כ האיך סתם הגמרא דעבד ושפחה נאמנים להעיד על השבויה הא בשבויה שהיא יתירה מג' שנים ויום אחד שאינה יודעת אפי' אם הערה בה השבוי אמאי נאמנים להתירה כיון דהוא ספיקא דאורייתא וע"כ צ"ל כיון דרובא דתלוי במעשה הוא ויש לה חזקת הגוף שבתולה נולדה וגם חזקת היתר לכהונה לכך אינה אסורה מדאורייתא אפי' אינה טוענת כלל ובלא"ה תירוצו של הפ"י על מה שהקשה דהאיך ס"ד דאביי דעד אחד נאמן לומר שנשבית ולאוסרה ולפסול את ינאי מן הכהונה אחר שכבר הוחזק כיון דבשבויה ודאית ליכא אלא חששא דרבנן בעלמא ע"כ רוצה לומר כיון שאמו של ינאי אינה לפנינו לכך איכא חששא דאורייתא הוא תמוה מאד דהא כיון דאמו של ינאי המלך נישאת לכהונה הוי כטוענת ברי שטהורה אני כמבואר בב"ש ס"ז סקי"א בשם הרד"ך דמה שנשאת הוה כאומרת טהורה אני. וראיתי אח"כ שהפ"י בעצמו כתב סברא זו על דברי התוס' שם. א"כ ממילא נסתר תירוץ הפ"י הנ"ל:

אלא נראה לישב קושית הפ"י הנ"ל. ומה שהקשה שם עוד קושיא חמורה דהאיך אמרינן בגמרא שם בתרי ותרי מאי חזית דסמכת אהני סמך אהני הא הו"ל ס"ס ספק נשבית ספק לא נשבית. ואת"ל נשבית שמא לא נטמאת יעו"ש. בדרך אחד. משום דאמו של ינאי. היתה שבויה מחמת נפשות כמש"ב בספרי מלבושי יו"ט ס"ז שיטה ב"י סק"ז כי היא היתה מבית חשמונאי שהיו מורדים במלכות ונתחייבו הריגה ודעת התוס' והרא"ש שם דכל שבויה מחמת נפשית חיישינן שמא מחמת פחד הריגה נתרצית כדי להציל

את עצמה. ולהכי אסורה גם לבעלה ישראל וע"כ בכה"ג איכא חזקה שודאי השתדלה בזה להבעל כדי להציל את נפשה כיון דאסרינן אף לבעלה ישראל דמספיקא לא הוה מפקעינן מבעלה ואף לדעת הרמב"ן ושאר הראשונים דס"ל דלא אסרינן אלא לכהונה כבר בארתי שם דדוקא בא"א כיון דהדין בה שתהרג ואל תעבור ואף היכא דמאנסין אותה אינה מחוייבת למסור עצמה למיתה מפני שהיא קרקע עולם מ"מ להתרצות להבעל מדעתה ודאי דאסורה ע"כ לא חיישינן לשמא נתרצית כדי להנצל משא"כ בפנויה דסובר הרמב"ן דהדין הוא שתעבור ולא תהרג כמו שהובא ביו"ד סי' קנ"ז בהג"ה ולכך אמרינן דהיא נתרצית כדי להנצל מן המיתה. ואמו של ינאי המלך דהיתה פנויה ושבויה מחמת נפשות ע"כ אמרינן דודאי נבעלה כדי להנצל עצמה מן המיתה ולכך אי נשבית ודאי אסורה ושבויה כה"ג אסורה דאורייתא לכך ס"ל לאביי דע"א נאמן לפסול את ינאי מן הכהונה וגם בתרי ותרי ליכא ס"ס כנ"ל:

ואף לפי"ד דלא כהפ"י מ"מ אין הכרח מדברי השה"ג והרמ"א דר"ל מהני לדבריה לאוסרה על בעלה אף למשנה אחרונה גם באשת כהן דלא כדברינו משום דנ"ל דר"ל קילא הרבה משבויה דהא ר"ל לבד בלא אמירתה אין על האשה שום חשש לאוסרה על בעלה ולא יצאה כלל מחזקת היתר לבעלה ככל אשה דעלמא. לכך לא מהני אמירתה כלל לאוסרה על בעלה אף שיש ר"ל לדבריה. אבל שבויה כיון דבלא אמירתה נמי צריכה עדות להתירה ובלא עדות אסורה על בעלה ויצאה מחזקת היתר לבעלה ע"כ מהני אמירתה אף למשנה אחרונה ולא מהני עדות ע"א בלבד להתירה נגד אמירתה:

ומטעם זה ס"ל להרשב"א דאף באשת ישראל שקדשה אביה כשהיא יותר מג' שנים ויום אחד דבזה אם אומר פ"פ מצאתי מותרת מטעם ס"ס ספק תחתיו ספק אינו תחתיו ואת"ל תחתיו ספק באונס ספק ברצון] מ"מ אם היא מודית שזינתה תחתיו וברצון אסורה. ולא אמרינן עיניה נתנה באחר ואין בדבריה כלום ובלא דבריה איכא ס"ס ומותרת כמבואר להדיא בדברי הרשב"א הובא בש"מ בסוגיא דפ"פ יעו"ש. והא הרשב"א לא ס"ל דר"ל מהני לדבריה כמש"ב בספרי שם בכלל ב' יעו"ש. מ"מ היכא דמצא פ"פ אסורה ולא מתירינן מטעם ס"ס. והטעם כיון דמצא פ"פ ויצאה מחזקת נשים דעלמא. ואנו צריכין לדין עליה ולהתירה מטעם ס"ס וא"כ יש כנגד זה מה שהודית בעצמה וצריכין לומר ע"ז שמא עיניה נתנה באחר וא"כ בזה שהודית מגרע כח הס"ס ולא נשאר לנו אלא ספק אחד שמא עיניה נתנה באחר או לא. ולא דמי לשארי נשים דמתירן אתהן מצד טעם זה לחוד משום דלא אתילד בהן ריעתא כלל ואפי' נמצאו עליהן דברים מכוערין כהני עובדא דשילהי נדרים מ"מ לא יצאת אשה זו מחזקת היתר כי בלא אמירתה אין שום

חששא עליה כ"א לבעל נפש שרוצה להחמיר על עצמו כמש"כ הר"ן משא"כ הכא דמהני הריעותא שנמצאת בה שיצאת מחזקת היתר. והתרתה הוא רק משום ס"ס ע"כ אין אנו יכולין להתירה היכא שהיא אומרת שאינו כן. וכן משמע מדברי הראשונים שמוקמי הסוגיא או בשהיא שותקת או מכחשת. ולא הוזכרו בדבריהם אם הודית שזנתה [תחתיו וברצון באשת ישראל] ומחמת שאין אנו חוששין לדבריה ע"כ באשת ישראל שקבל אביה קדושין כו' איכא ס"ס ולכך מותרת ובאשת כהן כו' דאינו אלא ספק אחד אסורה אלא ודאי דהכא מהני דבריה וכדאמרן:

ובזה נסתרו דברי הגאון בעל צ"צ סי' פ"ב באלמנה שניסת לכהן ובזמן מועט משניסת ילדה. והיא הודית שזנתה עם בעל אחותה. וכתב שם דאי לאו משום חומר איסור כהונה היה מתירה משום דאמירתה אינה כלום דשמא עיניה נתנה באחר. והביאו ג"כ הב"ש בסי' קט"ו. ולפ"ד דבריו תמוהין דכיון דאנו צריכין להתירה משום דאמרינן דלכשר נבעלה היכא שרוב כשרים אצלה והאיך אפשר להתירה היכא שאומרת דהדבר אינו כן. ודמי זה להא דפ"פ מצאתי שיכולין להתירה מטעם ס"ס אפי' היכא שהיא אומרת שזינתה תחתיו. ואעפ"כ כתב הרשב"א בהדיא שבכה"ג אסורה. והיינו משום שבזה שהודית מגרע כת הס"ס וכמש"ב ה"נ נהי דאם לא הודית הוה אזלינן בתר רובא והוי אמרינן דלכשר נבעלה אבל השתא דאומרת שלפסול נבעלה מגרע את הרוב ומהני דבריה שלא ניזל בתר רובא:

סימן ד

כבוד הרב הגאון מו"ה בנימין זאב וואלף נ"י אב"ד דק"ק יעקאטערינאסלאוו:

תשובתו השניה הגיעתני ג"כ מכבר. ובל יתפלא כת"ר על אשר אחרתי עד הנה להשיבו. באשר בימים אלו רבו טרדותי למעלה ראש וזמן רב לא הייתי בביתי. וגם עתה לא הונח לי עדנה להשיב תשובה ארוכה ולפלפל עם כת"ר בדבריו היקרים. רק אשיבהו בקצרה הלכה למעשה מה שנ"ל בנ"ד דיש לסמוך ע"ד הב"ח ורוב חכמי אשכנז שהסכימו להתיר בנ"ז ממש. והט"ז והב"ש הביאו להלכה. א"כ מי יכול להחמיר נגד דעתם. ובפרט במילי דרבנן אשר לא החמירו רק לכתחילה אבל בדיעבד לא תצא. והנה הנוב"י תמה ע"ז דהאיך לא חששו דאולי נצל ע"י מחילה של דגים. ואף שתירוץ הגאון מהור"י ז"ל מלונטשיץ כיון דהחוף הוא קרוש לכך אין חוששין למש"ד הוא נכון. אבל מ"מ הא תירץ זה לא יעלה רק בעובדא דהב"ח בסי' ע"ט. אבל בעובדא דהב"ח בסי' ק"ד דשם היה בתחלת קרוש הנהר כדמוכח שם א"כ ודאי הסברא נותנת שבמקום שהוא מכוסה למעלה ואינו מגולה לאויר לא שלט שם עדיין הקרח. א"כ בשם ודאי איכא למיחש

למש"ד. ומ"מ לא חשש הב"ח גם התם למש"ד ע"כ נ"ל לומר דבר חדש כיון דבמקומותינו אינה מצויה כלל מש"ד ולא שמענו מעולם שתהא נמצאה אצל חוף הנהר מש"ד שיכול האדם לכנוס לתוכה. ע"כ אין לנו לחוש לזה כלל. דהא אמרינן להדיא בגמרא דבמקום שאינה מצויה אין לחוש לזה דאמרינן שם (קכא.) א"ה מים שיש להם סוף נמי ליחש למש"ד ומשני במים שיש להם סוף מש"ד לא שכיחא א"כ במקומנו דגם במים שאין להם סוף אינה מצויה כלל מש"ד אין לנו לחוש למש"ד. ובזה י"ל ג"כ קושית הריטב"א שהקשה ע"ד רב שילא דהתיר באגמי דסמקי דהאיך לא חשש למש"ד יעו"ש מה שדחק בזה. אבל לפי"ד ניחא משום דלאו בכל המקומות מצויה מש"ד בשפת הנהר ורב שילא דהיה בבבל דשם הארץ מצולה איכא למימר דשם אינה מצויה מש"ד אפילו במים שאין להם סוף. וכן נ"ל לדקדק מדברי התוס' (שם:) ד"ה אין מזכירין כו' דכ' במים שאין להם סוף יש לתלות בדף וגל טורד. ולא הזכירו מש"ד. משום דלאו בכל המקומות יש לחוש למש"ד. וכן י"ל בזה תשובת מהר"ם מרוטנבורג סי' תתקע"א דלא חש למש"ד ולא הזכירה כלל. ויש להביא ראיה לדברינו מדברי הירושלמי דשם ליתא על עובדא דרבי במש"ד כמה גדולים דברי חכמים שאמרו מים שאין להם סוף אשתו אסורה כמו דאיתא בגמרא דידן. ונראה דטעמם היא משום כיון דחכמים אסרו במים שאין להם סוף בכל המקומות אף היכא שאינה מצויה מש"ד כלל לכך לא שייך לומר ע"ז כמה גדולים דברי חכמים שאמרו משאל"ס אשתו אסורה כיון דע"כ עיקר איסורם לאו מהאי טעמא משום דחששו למש"ד כיון דאסרו בכל המקומות שאינה מצויה כלל מש"ד. וע"כ דעיקר איסורם הוא משום דחששו להצלות אחרות. ולפי הגמרא דידן ע"כ צ"ל כיון דבמקום שמצויה מש"ד צריך למיחש להצלה מש"ד. ואיכא נפקותא לדינא היכא דלא שייך שאר הצלות איכא למיחש להצלה ע"י מש"ד ע"כ שייך גם ע"ז לומר כמה גדולים דברי חכמים שאמרו מים שאין להם סוף אשתו אסורה. כנ"ל בזה:

אך מה שעומד לכאורה נגד דברי הב"ח הנ"ל הוא תשובת מהרמ"מ הנ"ל דמפשטות דבריו דמסיים שם אבל מה נעשה אין לנו אלא דברי רבותינו משאל"ס אשתו אסורה. משמע דס"ל דהחכמים גזרו ואסרו בכל מים שאין להם סוף אף במקום דליכא הצלה כלל כיון דלפעמים איכא הצלה ע"י גל או ע"י דף לא רצו חכמים להקל בזה ואמרו דבכל מים שאין להם סוף אשתו אסורה. וכן ראיתי שהגאון מהר"י ז"ל בתשובת מנחת עני סי' ס"ו הקשה על הב"ח מתשובת המהרמ"מ הנ"ל. אבל באמת הב"ח בעצמו הרגיש בזה בתשובה אחרת סי' ע' דאפשר לפרש כן בדברי הגמרא דחכמים אסרו בכל מים שאין להם סוף. והביא ראיה ברורה דא"א לומר כן. דא"כ האיך התיר רב שילא באגמי דסמקי.

ואני אפרש דבריו באריכות יותר. דהא זה ודאי דאגמי דסמקי הוא נכלל בכלל מים שאין להם סוף כיון דאינו יכול לראות מארבע רוחותיו. דליכא למימר דרב שילא היה סבר דמשאל"ס מיקרי דוקא נהרות המושכין ושם איכא למיחש שהמים דרך זחילתם במורד במרוצה הוליכוהו למרחוק ושם עלה. אבל היכא דקוו וקיימי כיון דהמים בעצמם לא יוליכוהו למרחוק מיקרי מים שיש להם סוף. דא"כ לפי טעותו של רב שילא כל הימים נמי צריך לקרות מים שיש להם סוף וזה ודאי א"א לומר דרב שילא יטעה בזה כיון דבמשנה מפורש להדיא דימים מיקרי משאל"ס אע"ג דקוו וקיימי. אע"כ צ"ל דגם רב שילא ידע דאע"ג דקוו וקיימי כיון דאינו יכול לראות מד' רוחותיו מיקרי משאל"ס. רק דסבר דדוקא ימים כיון דשם הגלים מצוין הרבה איכא למיחש שמא נצל ע"י גל. אבל באגמי דסמקי כיון דשם אין הגלים מצוין והצלה ע"י גל ג"כ אינה מצויה כ"כ לכך לא חיישינן שמא נצל ע"י גל. וכיון דליכא הצלה באגמי דסמקי אע"ג דזה הוי משאל"ס כיון שאינו יכול לראות מארבע רוחותיו מ"מ מותרת. א"כ מוכח דהחכמים לא אסרו בכל מים שאל"ס אע"ג דאין לו הצלה כלל. והא גם רב שילא דהדר בו ואסר הוא מטעם אחר כיון דלפעמים איכא גלים גם באגמי דסמקי איכא למיחש שמא גלים אשפלו. וזה היה סברת רב ושמואל דאסרו. אבל במקום דליכא הצלה כלל ודאי דגם מים שאין להם סוף דינם כמים שיש להם סוף ולא אמרינן לא פלוג רבנן. והדבר ברור דגם כוונת המהרמ"מ להחמיר הוא לא מטעם דלא פלוג אלא בהך עובדא גופה איכא חששא שמא עלה אלא שהוא בדרך רחוקה כיון דאיכא סלעין וטרשין. וע"ז שפיר דן המהרמ"מ דאין לחלק במשאל"ס דכל הצלת במשאל"ס היא בדרך רחוקה ומ"מ אסרו חכמים. אבל במקום דהצלה היא ממש בדרך נס כעובדא דהב"ח אין לנו לחוש למעשה נסים. וכן יש להביא ראיה לדברי הב"ח מהירושלמי דפ' האשה בתרא ה"ד דאיתא שם אמר רבי אבהו אם הים גליני והביט לארבע רוחותיו וראה שאין שם ברייה משיאין את אשתו. וע"ש בהג"ה דפ' הים גליני שהיה שקט ונח ואין הרוח מנשבת כלל קורין לו בערבי גליני ובלע"ז קלמא ע"כ. והפ' הזה נכון מאד בדברי הירושלמי. א"כ מבואר להדיא דאף במים שאין להם סוף במקום שאין לחוש לגל ולדף משיאין את אשתו. אך לכאורה יש להקשות ע"ז מדברי הגמרא שם (קטו:) דאיתא שם ת"ש מעשה בשני תלמידי חכמים שהיו באין עם אבא יוסי בן סימאי בספינה וטבעה והשיא רבי נשותיהן ע"פ נשים והא מים כמלחמה דמי ונשים אפי' מאה כעד אחד דמיא וקתני השיא ותסברא מים שאל"ס נינהו ומים שאל"ס אשתו אסורה ע"כ. ומאי קשה ליה להגמ' דילמא העידו הנשים דהיה אז הים שקט ונח מהרוח וגם לדף ליכא למיחש כיון דהספינה טבעה ולא נשברה. אח"כ מצאתי

שהגאון בעל משכנות יעקב בס' קהלת יעקב העיר בזה. ותירץ דס"ל להגמרא דסתם טביעת הספינה היא מסערת הרוח ומגלי הים. יעו"ש שהביא עוד ראיות מהירושלמי שאם הים שקט דליכא למיחש לגל ולדף מתירין את אשתו. ויש לצרף עוד לדברי הב"ח בנ"ד מה שנאבד זכרו זה זמן רב ולא נשמע ממנו כלום. וכבר כתב הר"א מוורדין להתירה בכה"ג אפי' לכתחילה משום דאומדנא דמוכח הוא שאם היה חי בא לביתו. ואף שכבר השיגו הראב"י ודעמי' כמבואר במרדכי ודבריהם נראין בש"ס דהא לא קיי"ל כרב אשי דאזיל בתר אומדנא דצורבא מרבנן קלא אית ליה. אבל הא כבר כתבו האחרונים שעתה נשתנה הזמן מכפי שהיה בימיהם שעתה קבוע בי דואר במתא בכל המדינות הידועות ואפי' מארצות הרחוקות מגיעים מכתבים בזמן קצר ואם היה עולה מן המים היה מודיע לביתו ע"י אגרת. א"כ אפשר לומר דזה עדיפא מצורבא מרבנן דשאני צורבא מרבנן דאפשר דלא נתפשט הקול בכל מקום. אבל השתא בזמנינו א"א שלא יתפשט הקול בכל מקום או ע"י בי דואר או ע"י מ"ע. אף שחלילה לנו לסמוך על טעם זה בלבד להקל במשאל"ס לכתחילה. אבל מ"מ צירוף לדברי הב"ח ודאי יש לצרף זה. א"כ לאחר י"ב חודש משנטבע ונאבד זכרו וזה השיעור כבר כתב הגאון בעל עזרה נשים יעו"ש. גם אנכי מסכים להתירה באם יסכים לדברינו עוד רב אחד מפורסם אז יכול כת"ר להושיב ב"ד של שלשה ולהתירה:

כ"ד י"נ דו"ש בא"ר יו"ט ליפמן הכהן.

סימן ה

שאלה בתולה אחת בת איש נכבד נתפתה מבחור אחד נבל ורע מעללים להתקדש לו. והכינו פונדק לזה והזמין הבחור שלשה אנשים מהשוק שיהיו עדים לראות הקדושין וקדשה בפניהם. ונגבה עדות בפני ב"ד והעידו בתו"ע שקדש אותה כדין וכדת. ושניהם הודו על הקדושין. אך אח"כ אמרה הבתולה שאינה מתרצה לזה בשום אופן שבעולם. ואביה טוען שכמעט נוגע לו דבר הנבלה הזאת לפ"נ. כי המקדש הוא בליעל ריק ופוחז ורע מעללים. והנה הביא האב עדים שהעידו בתורת עדות שעד אחד מעדי הקידושין שהזמינם לזה הוא מגולח זקן מחלל שבת בפרהסיא וכמה פעמים ראו אותו מעשן פאפיראסן בשבת. ושלחו אחריו כמה פעמים שיבוא לב"ד ולא רצה לבוא. וקבלו ב"ד עדות שלא בפניו וגם עד אחר מעדי הקידושין אומר שיודע ע"ז העד שהוא מחלל שבת בפרהסיא והעד השני אינו ידוע לנו אם הכיר את הפסול אם לא כי מת הוא. אחר כ"ז רצה אביה לתת לו כסף רב למען יתן לה ג"פ. אך הוא לא אבה שמוע לו ואמר שלא יגרשנה לעולם. ועתה נסע מהעיר ולא נדע עקבותיו איה. עכ"ד השאלה השלוחה אלי לחות דעתי

בזה. אחר שכבר צדד בזה רב אחד מג' זמנינו להקל ולבטל הקידושין. והנה שלחתי לשם שידרשו מהבתולה הנ"ל אם יודעת היא אם היה לה בעת הקדושין הסמנין המבוארין בברייתא נדה (מז.) דזה הוא סימני בגרות או לא. והשיבה שהיא יודעת בבירור שבעת הקדושין לא היה לה הסמנים העליונים:

תשובה בתחלה נבאר ע"ד פסול העד אם מהני העדות שנגבה שלא בפניו. הנה דעת הריב"ש בסי' רס"ו דבהזמה שלא בפניהם לא הוה הזמה לחייב את העדים עונש הגוף ועונש ממון אבל לפסול העדים ולבטל עדותם לגמרי ודאי דמהימני אף שלא בפניהם. ודקדק כן מדברי רש"י דכתובות. אמנם הרלב"ח בסי' קנ"א חלק עליו ואמר שפירושו זה מחודש או זר. ובתוך דבריו כתב שההפך מבואר בלשון רבינו ז"ל וז"ל ועוד מבואר זה בלשונו שכתב לפיכך אם מתו העדים שהזימם אין כאן עדות שהרי הכחישו זא"ז. נראה דב' העדיות שוות ושתיהן מוכחשות ואין כאן שום עדות לא הא' ולא הב' כדבריו עצמו למעלה שכתב אבל ב' הכתות המכחישות זא"ז אין כאן עדות וכו' הרי מבואר מדברי הרמב"ם ז"ל שאין דעתו כדעת ריב"ש ע"כ. והמהרי"ט בסי' ל"ז מישב דברי הריב"ש שלא יסתירו דברי הרמב"ם ז"ל ולפיכך אם מתו העדים האלו קודם שיזימו אותן בפניהם אין כאן עדות לענין תשלומין קאמר דלא מחייבו יורשים ליתן שהרי הכחישו זא"ז וחידוש הוא שחדשה תורה דוקא בפניהם עכ"ל. והגאון ר' חיים יונה תאומים תמה ע"ז דהא חיוב עדים זוממים הוא קנסא א"כ הדבר ברור שאין היורשין חייבין לשלם בעד אביהם כיון שהמוריש עדיין לא נתחייב. ועוד תמה מאי אין כאן עדות שהרי הכחישו זא"ז אין היורשין חייבין לשלם הול"ל. והנה הקושיא הראשונה לא ידעתי מנ"ל להגאון הנ"ל לחלק על המהרי"ט כאלו זה דבר ברור. מבואר להדיא דאין היורשין חייבין לשלם קנס בעד אביהם אם מת קודם העמדה בדין לא נוכל לומר דאינו כן דאף שחיוב הקנס הוא רק בעת העמדה בדין אבל מ"מ כיון דהחיוב הוא על המעשה דקודם לכן א"כ אף היורשים מחויבין לשלם בעד אביהם דהחיוב הוא מתחיל משעת המעשה אך גמר החיוב הוא בעת העמדה בדין. וראיה לזה דהא שור תם שהזיק אף לר"י אם מכרו קודם העמדה בדין אינו מכור רק לרדיא אבל אח"כ חוזר וגובה ואם נאמר דגבי קנס קודם העמדה בדין לא היה עליו לחייב כלל א"כ אמאי אינו מכור לגמרי. וע"כ צ"ל דאף גבי קנס החיוב מתחיל מעת המעשה. וכן יש להביא ראיה מדברי הירושלמי דהובא בת' כתובות (כט.) ד"ה ועל אשת אחיו דכתב שם ומיהו בירושלמי מוקי לה כשבא עליה עד שלא מת ומת. אך זה יש לדחות ואכמ"ל. אמנם קושיא השניה שהקשה דאמאי כתב הרמב"ם דאין כאן עדות היא קושיא גדולה לפי"ד המהרי"ט. ונראה לישב דברי הרמב"ם בדרך אחר

דהא כבר כתב הרמב"ן לישב דברי רש"י דפי' פסולי עדות הם משחקי בקוביא. וא"כ קשה דאמאי לא מהימני בתראי לפסול אותם ואמאי אמרינן דאינם נאמנים והוו תרי ותרי ותירץ דרש"י סובר כיון דכבר מתו העדים לא שייך לפוסלם ועל מנה שבשטר הם מעידים. ודווקא מחיים מצי למפסלינהו שהרי הם אינם נאמנים לומר אין אנו גזלנים שהם נוגעין בעדותם להכי קתני בברייתא ומתו. וכן כתב הרמ"א בסי' מ"ו סעי' ל"ז לחלק בין מת לעודם חיים אם פוסלים העדים בתרייתי לעדי השטר בגזלנותא [אך הש"ך שם הביא שכמה ראשונים אינם סוברים כן ואף שמתו נאמנים לפוסלו] א"כ אין רחוק לומר שגם הרמב"ם סובר כשיטה זו כיון שכבר מתו לא שייך לפוסלם. א"כ גבי הזמה נמי כיון שכבר מתו העדים לא מצי למיפסלינהו. אך אם הזמה שלא בפניהם הוי הזמה א"כ אף שמתו מ"מ כיון דמהני הזמתם אף שלא בפניהם ומאמינים להו בודאי עדות הראשונים בטלים לגמרי. אבל כיון שהזמה שלא בפניהם לא הוי הזמה אף שאם היו הם בחיים מ"מ נאמנים עדים השניים לפסול את עדות הראשונים ולבטל עדותם לגמרי כשיטת הריב"ש. אבל היכא שמתו ולא שייך למיפסלינהו ע"כ אין כאן עדות כלל והוה כמכחישים זא"ז. כן הוא כונת הרמב"ם ז"ל. ולפי"ז יהיה מדוקדק יותר דברי הרמב"ם מה דמסיים לפיכך אם מתו העדים כדי לדקדק מזה אבל אם העדים הראשונים חיים אף אם הוזמו שלא בפניהם הוי הכחשה לגמרי כד' רש"י. ובאמת דברי רש"י מורים יותר כדברי הריב"ש. וכן הריטב"א כתב כדברי רש"י. ועיין מהרנא"ח על כתובות דפירש בדברי רש"י כדברי הריב"ש בפשיטות. ועיין בתשובת המהר"ם אלשקר סי' ס"א אף שכתב להרלב"ח שדבריו נכונים כנגד דברי הריב"ש. מ"מ כתב בסוף שבדברי רש"י אין בידו להכריע. וכבר הכריע המהרי"ט וכתב שדברי רש"י אינם סובלים פי' הרלב"ח ועיין ש"ך ס"ס ל"ח דאף שחלק על דברי הריב"ש גבי הזמה מ"מ הסכים בזה לדברי הריב"ש שיכול לפוסלם בגזלנותא לעדות שלא בפניהם אבל לא לשבועה כי מה להם בכך שפוסלין להעיד יעו"ש:

אמנם אח"כ ראיתי שגדולי האחרונים המהריב"ל בספר ד' סי' ב' והדברי ריבות סי' ש"ל והמראנ"ח סי' ס"ח כתבו דקשה להקל גבי עדי קידושין אם פסלו אותם שלא בפניהם משום דזהו פלוגתא דרבוותא אם יכול לפסול עדות שלא בפניהם כי הב"י הביא בא"ע סי' מ"ב דחכמי טלדולא חלקו על ר' מנחם הארוך שקבל עדות שפסלו עדי קדושין שלא בפניהם ורצו לנדות אותו. אף שבנידן דידן שלחו אחריו כמה פעמים ולא בא מ"מ לכאורה קשה להקל דהא דעת הרא"ש הוא דקבלת עדות בפניו הוא מדאורייתא לכל דבר כמו שהוכיח הגאון רעק"א בסימן צ"ט מתשובת הרא"ש דס"ל דהא דמהני קבלת

עדות שלא בפניו בממונא היכא דאיכא אונס ושלחו אחריו ולא בא הוא מטעם תקנת חז"ל לאפוקי ממונא. א"כ כ"ז בממון. אבל מאי מהני גבי פסול עדי קידושין מה ששלחו אחריו ולא בא. אבל אח"כ התבוננתי וראיתי דזה בודאי גם חכמי טלדולא מודים היכא דא"א לקבל העדות הפוסלין עדי קדושין בפניהם בשום אופן ודאי דמקבלין אף שלא בפניהם דהא התוס' הרא"ש הרמב"ן הרשב"א הרא"ה הריטב"א והר"ן בכתובות (יט:) כולם כתבו דיכול לפסול בגזלנותא אף שמתו ואינם לפנינו. וזה ודאי דחכמי טולידולא שהיו מאוחרים בזמן לכל הני הראשונים כידוע שהם היו בזמן הריב"ש לא יחלקו על כל הני הראשונים. אע"כ משום דהתם הוה עובדא דהיו יכולין לקבל בפניהם ע"כ חלקו חכמי טולידולא על ר"מ הארוך. אבל היכא דא"א לקבל העדות בפניהם כו"ע מודים דמקבלין אף שלא בפניהם. ונראה דדעת חכמי טולידולא הוא דטעם דכל הני ראשונים דס"ל דהיכא דמתו ואינם לפנינו מ"מ יכולין לפוסלן בגזלנותא. משום דס"ל דקבלת עדות בפניהם הוא רק מדרבנן בלבד כמש"כ הרשב"א בחי' לב"ק. וכן כתב הב"י בסי' כ"ח בפשיטות. ולכך במקום שא"א לקבל בפניהם בשום אופן בכה"ג לא העמידו חכמים דבריהם כלל. אמנם הרא"ש דס"ל דקבלת העדות בפניהם הוא דאורייתא ומ"מ ס"ל דיכול לפוסלן בגזלנותא אף דמתו. ע"כ סובר כדעת הריב"ש דבפסול עדות אין צריך כלל לקבל העדות בפניהם. ודברי הרא"ש הם ראיה גדולה לדברי הריב"ש. דלא כדעת חכמי טלדולא והרלב"ח שחולקין עליו. הכלל מה שנ"ל לפע"ד דגבי פסול העדים היכא דא"א לקבל עדות בפניהם בשום אופן סברי כל הראשונים הנ"ל דיכולין לפוסלן אף שלא בפניהם. ולא מצאתי מפורש מי שמחמיר בזה רק מה שהביא הרלב"ח דברי הנמוק"י דכתב וז"ל והא דבפסולי עדות אין נאמנין היינו כגון שאמרו משחקי בקוביא הם וטעמא משום דמתו עדי השטר וכיון דאינם בעולם אינם נאמנים לפוסלן שלא בפניהם כיון דפסול גופייהו הוא. וכדאמרינן גבי הזמה אין מזימין את העדים אלא בפניהם אבל אם הם בעולם נאמנים אע"פ שכתב ידם יוצא ממקום אחר דכיון דאפסול גופייהו של עדים מעידין לאו תרי ותרי נינהו דאינהו לא מהימנא לאכשורי נפשייהו. וזהו אם נפרש פסולים משחקי בקוביא שהוא פסול הגוף וכדאמרן. אבל אם הם העידו שהם פסולין מחמת קורבא תרי ותרי נינהו ואין נאמנים וכדפרישנא עכ"ל. אבל כבר תמה עליהם המהרי"ט בסי' הנ"ל וכתב וז"ל ודבריהם אלו נגד הרמב"ן והתוס' והרשב"א שכתבו שנאמנים לפוסלן שלא בפניהם והנ"י בכ"מ שותה בצמא את דבריהם מ"מ דברי עצמו אינו יכול להולמן האיך אפשר לומר דמיירי בפסולי עדות ומתו ואינן נאמנין לפוסלם א"כ מאי פריך בגמרא ומגבינן בהו תרי ותרי נינהו הא ודאי כיון דאינם נאמנים לפוסלם

שלא בפניהם מגבינן בהו שפיר כיון שהם חתומים על השטר דכמו שנחקר עדותן בב"ד דמי עכ"ל. ובאמת הוא קושיא חמורה מאד על הנ"י ונראה לפענ"ד דע"כ צ"ל דהנ"י סובר כדברי התו"י בכתובות דכתבו שם דהא דבתראי מהימני לפסול הראשונים בגזלנותא נמי חדוש הוא דמאי חזי דסמכי אהני סמוך אהני. ונראה דהם גרסו בב"ק (ע"ג.) א"ב דאסהידו תרי בחד א"נ דפסלינהו בגזלנותא. וכן גי' ר"ת עיין בש"מ. וצריך לפרש לפי"ד כמו לפי דברי ר"ת דאסהידו תרי בחד היינו שלא היה אלא עד אחד בלבד והזימו אותו. א"נ שהיו שנים אלא שאחד כבר נפסל בגזלנותא ולא נשאר אלא אחד ואח"כ הזימו שנים את השני. אבל אם שנים באו לפסול שנים בגזלנותא כיון שהם מסייעים אחד לחברו ואומרים שהשנים המעידין עלינו שאנחנו גזלנים הם מעידין עלינו שקר היה חדוש כמו הזמה דמאי חזי דסמכי אהני סמוך אהני. וגם סובר הנ"י כדברי הרלב"ח בזה דקאמר דאף אם נאמר דלפסול העדות נאמנים שלא בפניהם מ"מ גבי הזמה כיון דחדוש לכך הוא דוקא כשמעידין בפניהם אז נאמין לעדות האחרונים. אבל כשמעידין שלא בפניהם מאי חזי דסמכי אהני סמוך אהני לכך סבר הנ"י כיון דהוא סובר כהתוס"י דאף דפסלי בגזלנותא הא דנאמנים האחרונים לפסול אותם הוי חדוש לכך הוא דוקא שמעידין בפניהם. אבל שלא בפניהם מאי חזי דסמכי אהני סמוך אהני לכך הוי תרי כנגד תרי וא"כ אף לדברי הנ"י דוקא תרי כנגד תרי. אבל כשמעידין תרי על חד דלא הוי חדוש גם הנ"י מודה שיכולין לפוסלו אף שלא בפניו. א"כ יוצא לנו בנ"ד שהעידו תרי על חד שהוא פסול גם הנ"י מודה דיכולין לפוסלו אף שלא בפניו כנ"ל:

כעת עיינתי עוד בדברי הנמוק"י ולפי"ד נראה דכוונתו הוא כדברי הרמב"ן שמישב דברי רש"י דכיון דמתו ואינם בעולם לא שייך לפוסלם כיון דפסול גופייהו נינהו והם הא אינם בעולם. ואין כוונתו משום דאינם יכולין לפוסלן שלא בפניהם דהא הנמוק"י כתב אח"כ אבל אם הם בעולם נאמנים. אלמא דס"ל דיכולין לפוסלן אף שלא בפניהם. והא דכתב כדאמרינן גבי הזמה אין מזימין אלא בפניהם כוונתו הוא משום דהוא פי' דברי הגמ' דלא כדברי הריב"ש וס"ל מדקאמר אין מזימין אלא בפניהם ורק הכחשה הוא דהוי אלמא דעדותם אינה בטלה כמו שמדקדק הרלב"ח ז"ל. וא"כ קשה להנמוק"י דזה פשיטא ליה דיכולין לפוסלן אף שלא בפניהם א"כ אמאי אין עדותם בטלה לגמרי. ומזה מוכרח הנמוק"י לפרש דהכא קאי היכא שמתו כמו דאיירי הברייתא ולכך אין עדותם בטלה משום דלא שייך למפסילינהו כיון שאינם בעולם אבל אם הם בעולם ודאי דנאמנים לפוסלם ועדות הראשונה בטלה לגמרי. וכן פרשתי למעלה דברי הרמב"ם ז"ל. א"כ גם הנמוק"י סובר כדברי כל הראשונים שיכולין לפוסלם שלא בפניהם:

אמנם מה שרצה הרלב"ח לדחוק ולומר דשאני התם גבי קיום השטר כיון שבאו לפוסלן בשעת קיומו הוה כאלו פוסלן בפניהם לכך סברי הראשונים דיכול לפוסלן אף שלא בפניהם. אינו מובן כלל סברתו. והמעיין ברלב"ח יראה דגם אצלו היה הסברא הזאת רפויה בידו. ע"כ נראה עיקר כמש"כ דהיכא דא"א לפוסלו בפניו כו"ע מודים דיכולין לפוסלו אף שלא בפניו:

היוצא לנו מדברינו אלה דהעדות שנתקבלה שלא בפני העד לפסול אותו כיון ששלחו הב"ד אחריו כמה פעמים ולא בא הוי עדות מעליא לכולהו רבוותא. ויותר כתב הנוב"י מ"ק סי' ע"ב בשם תשובת הרשב"א דאף בד"נ היכא דא"א לקבל בפניו מקבלין אף שלא בפניו. אף שבאמת דברי הרשב"א תמוהים הם דסותרים לדברי הרשב"א בחידושיו לב"ק. וכבר העיר בזה הגאון רעק"א בתשו' סי' צ"ט יעו"ש. מ"מ גבי פסול עדים שלא בפניהם ודאי דיש לסמוך ע"ז:

אך עדיין לבי מהסס בזה כי לא נתברר בהשאלה אם היה המקדש בב"ד בשעה שקבלו ב"ד העדות לפסול את העד דהא לכאורה נראה דזה ודאי מעכב דהא הוא הבע"ד כיון שבאו לפסול העד שלו שהעיד על הקידושין א"כ בעי והועד בבעליו. אבל אח"כ מצאתי בתשובת מהרנא"ח סי' ס"ח דכתב וז"ל:

עוד יש כאן צד קולא אחרת מצד הטעם השגור בפי כל חכם לב והמקובל אצלנו מפי סופרים ומפי ספרים ומהרב ר' יצחק הדרבי ז"ל כתבו משם מהר"ר דוד ן' זמרא ושאר גדולי הדור דבעניני איסור אישות לא שייך לומר קבלת העדות שלא בפני ב"ד שהב"ד עצמם הם בעלי דין וכו' ובין להחמיר בין להקל איתמרא דזיל בתר טעמא כו' עכ"ל. וצירף עוד לזה סברת הסוברים דקבלת העדות שלא בפניו בדיעבד מהני יעו"ש. ולפי עד"נ עוד קולא בזה דהא אנן פסקינן בחו"מ סי' כ"ח לא אמרו אין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד אלא בתובע שמביא עדים על תביעתו אבל המביא עדים לפטור את עצמו מקבלים. והא הכא האשה זו שהביאה עדים לפסול עדי המקדש היא באה רק לפטור את עצמה מתביעת המקדש שהיא מקודשת לו ע"כ יכולין לקבל אף שלא בפניו. ואף לדעת המהרי"ט חלק חו"מ סי' ל"ב דס"ל דלא בכל מקום מקבלין עדות שלא בפני התובע לפטור את עצמו אלא היכא שאנו באין להוציא מן הלוה שלא בפני המלוה ע"כ יכול להביא עדים שלא בפניו כדי לפטור את עצמו מ"מ נראה דאף לפי דבריו בכה"ג מקבלין עדות אף שלא בפני המקדש דהא כיון דאנן באין לאוסרה אכו"ע מחמת תביעת המקדש שהביא עדים בפנינו שקדשה. א"כ יכולה היא להביא עדים לפנינו לפסול עדיו כדי לפטור עצמה מתביעתה אף שלא בפניו כמו שהלוה יכול להביא עדים אף שלא בפני

המלוה לפטור עצמו מתביעת המלוה. כיון שאנו באין להוציא ממנו. א"כ ה"נ אין לך הוצאה גדולה מזו מה שאנו רוצין לאוסרה אכו"ע מחמת תביעת המקדש. כנ"ל ברור:

ועתה נבוא לעיקר הדין אם נתבטלה כל העדות מחמת שנמצא אחד מהם פסול. הנה לפי הדעה הראשונה בחו"מ סי' ל"ו דס"ל דכיון שנצטרפו רק בראיה בעלמא היכא שנתכוונו להעיד ונמצא אחד מהם פסול בטלה כל העדות. א"כ בנ"ד ודאי שנתבטלה כל העדות. דכיון דהזמינם להיות בעת הקידושין ועשו הדבר בחשאי בודאי עיקר כונת כולם היה להעיד אח"כ בב"ד על מעשה הקידושין שנעשה בפניהם ומחשבתם נכרת מתוך מעשיהם מה שבאו כולם וגם הפסול עמהם להעיד אח"כ בב"ד. והנה הב"י תפס שם עיקר כדיעה זו. והדיעה השניה דבעי ראיה והגדה ביחד הביא רק בשם וי"א. וידוע הכלל בכל האחרונים דכל מקום שכתב הב"י הדיעה השניה בשם וי"א תפס לו עיקר כהדיעה הראשונה. וגם הש"ך בסק"ח כתב דנ"ל עיקר כדיעה זו. והגאונים בעל ישועת יעקב ואבני מלואים דכתבו באה"ע סי' מ"ב סק"ה דאנן קיי"ל דאינה בטלה העדות אלא דוקא שיעידו ג"כ בפני הב"ד. לא ידעתי איה איפוא מצאו דאנן קיי"ל כן. אך מידי ספיקא בפלוגתא דרבוותא ודאי לא נפקא. דהא כמה גדולי הראשונים התוס' הרמב"ן הרשב"א הרא"ש הר"ן כולם סברי כדיעה השניה דבעי ראיה והגדה ביחד לבטל עדות הפסול את עדות הכשרים. ואף שבנ"ד היה ג"כ הגדה יחד בב"ד מ"מ כתב הב"ש סי' מ"ב סק"ח חומרא גדולה גבי קדושין וז"ל שוב ראיתי לשיטת הרא"ש א"צ לזה אלא אע"ג שנתכונו לשם עדות והעידו כבר ס"ל דנתבטלה העדות היינו לענין דהב"ד א"י לפסוק עפ"י עדותן מ"מ המקדש קדש לפני כשרים עכ"ל. ונראה דגם דעת הב"ה כן. א"כ בנ"ד כיון ששניהם מודים על הקידושין קשה להקל לפי דעתם. אע"ג שדעת הריטב"א בשם מורו [הוא הרא"ה] הביאו בגיטין (יח:) קידושין (מג.) הוא להיפך דדוקא בד"מ בעינן שיעידו לפני ב"ד ג"כ משום דכל העדות הוא רק אמירתם לפני ב"ד. אבל כאן דבעינן שגוף המעשה יהיה נעשה בעדים ואם לא נעשה בעדים אף שהמעשה אמת לא מהני הקידושין כלל א"כ כשנצטרפו בשעת ראית העדות כל העדות בטל יעו"ש. אבל מ"מ הא כתב הריטב"א דקשה להקל נגד שאר הפוסקים שבאמת התוספת הרשב"א והרא"ש ס"ל דגם בקידושין בעינן גם הגדה בב"ד. אבל מחמת ראיה בלבד לא נתבטלה עדות הכשרים גם בקידושין וכן כתב הרשב"א בהדיא בתשו' סי' א' קפ"ט ע"ד הקדושין שנעשה במעמד הקרובים והם לא כונו כולם להעיד וביאר שם הרשב"א כל השיטות דיש סוברים דבראיה לבד אם כונו להעיד בטלה העדות או שזימנום להעיד. וי"א דבעי דוקא נמי הגדה בב"ד. אבל אם לא כוונו להעיד לכו"ע אין ראית הקרובים פוסלת הכשרים. ומסיים שם כמדומה לי שכן

הורה הרמב"ן הלכה למעשה. וזה דלא כדעת הריטב"א בשם מורו דכתב שם דלפי"ד אף אם אתו למחזי בלבד נמי בטלה כל העדות כמבואר שם בחי' הריטב"א לקידושין יעו"ש. א"כ לכאורה קשה להקל נגד דעת הב"ה והב"ש:

אבל לאחר העיון ראיתי שמדברי הראשונים מוכח דלא כדעת הב"ה והב"ש כי לפי"ד ע"כ צ"ל דהטעם דס"ל להראשונים דבעינן גם הגדה בב"ד ביחד עם הפסול משום דכיון שנצטרפו יחד עם הפסול בעת הגדה בב"ד הגדתן בטלה והוה כמו שלא הגידו כלל בב"ד. וע"כ גבי קידושין דאין צריך הגדה אם שניהם מודים לא נתבטלה עדות הכשרים אף כשהגידו גם יחד בב"ד. אבל באמת ז"א דא"כ לפי"ד במה נתבטלה הגדת עדות הכשרים במה שהגידו יחד עם הפסול כיון שלא הגידו יחד תכ"ד והא התוס' כתבו דאפי' אחר כ"ד נמי מבטל עדות הכשרים. ולפי"ד א"א לומר דלכך בטלה עדות הכשרים משום דנצטרפו בשעת ראיה ג"כ דהא לפי"ד הראיה שלהם אף שכוונו להעיד אינה בטלה רק הגדה שלהם בטלה כיון שהגידו יחד א"כ צריך להיות שהגדה תהא דוקא תכ"ד. וראי' לזה דהיכא דהביטול הוא מטעם הגדתם יחד בלבד בעי דוקא תכ"ד דהא הרמ"ה שהביא הטור ס"ל דאם נתכונו כולם להעיד אז אף בלא הגדה נמי בטלה כל העדות. אבל אם נתכוונו לראות אם הגידו יחד תכ"ד אז בטלה העדות שלהם. אלמא היכא דבטול עדות העד הכשר הוא מטעם שהגיד יחד עם הפסול ולא מטעם ראי' שראו יחד אז בעינן דוקא שיעידו תכ"ד. אלא ע"כ צ"ל דגם הני ראשונים מודים דבטול העדות הוא כיון שנצטרפו יחד בשעת ראי' ונתכונו כולם להעיד. אך דס"ל דמחשבה לבד לא מהני למשוי' עד ולא נקרא רק עד הרואה בלבד א"כ עד הפסול כיון דלא מיקרי עדיין עד אינו יכול לבטל עדות הכשרים רק כשהעיד אח"כ בב"ד יחד עם הכשרים אף לאחר כ"ד אז מיקרי עד הפסול עד המעיד ע"כ נתבטלה כל העדות שלהם משעת הראי' שנתכוונו להעיד. וכן הביא תהומים בשם המהר"ם אלשקר כדברי וז"ל התומים והיה נראה לכאורה דודאי אין צריך קרא לומר דצריכין לבוא לב"ד להעיד כמו שאמר בתשו' מהר"ם אלשקר סי' ט"ו בשם חידושי ר"ן ורשב"א וז"ל דהוא הסברה דמה מעלה ומוריד המחשבה או כיון לבו להעיד או למחזי וכי המחשבה לבד מבטלת עדות אם לא בעושה מעשה דבא לב"ד ומעיד אז מחשבתו נכרת מתוך מעשיו דהרי בא לב"ד והעיד ע"ש עכ"ל. ומצאתי שכן מבואר להדיא בחי' הרמב"ן ז"ל לב"ב (קי"ג:) דכתב שם וז"ל ולפי דבריו נמי צריך הוא לפרש הא דאמרינן התם לאסהודי אתיתון בשהעידו כבר שאם לא העידו למה פוסלין אחרים והלא אינם נעשין עדים עד שיעידו דהא (תלמוד) הן עצמם נעשין דיינין בעדות אחרים ובודאי שזו דעת נוטה שאין מחשבה פוסלתן לכשרים אלא בשכבר העידו והפסולין

עמהם עכ"ל. וכן משמע גם מתשו' הרשב"א הנ"ל דכתב שם וז"ל וי"א דאפילו הזמינום לעדות וכ"ש בשלא הזמינום אלא בשנתכונו הם להעיד אינם פסולין אלא א"כ נצטרפו עם הכשרים והעידו בב"ד כו' ותדע שכל שלא העיד נעשה דיין אע"ג דקיי"ל אין עד נעשה דיין כו' עכ"ל אלמא דגם הוא ז"ל ס"ל דעיקר הטעם הוא דבעינן גם הגדה בב"ד יחד משום דכ"ז שלא הגידו בב"ד יחד לא מיקרי עד המעיד רק עד הרואה בלבד ובמחשבה לבד אינו יכול לבטל עדות הכשרים כמ"ש המהר"ם אלשקר בשמו. א"כ אפי' בקדושין נמי אף דלא בעינן הגדה בב"ד מ"מ כיון שבאו לב"ד והעידו א"כ מחשבתם נכרת מתוך מעשיהם שכונו להעיד בשעת הקדושין ומיקרי עד המעיד א"כ בטלה עדות הכשרים משעת הראיה ואין לומר דכיון דגבי קדושין לא בעינן הגדה בב"ד א"כ אף לאחר שהעיד הפסול עמהם אין מועיל כלום לבטל עדות הכשרים דנימא דמיקרי עד המעיד דכיון דאין צורך כלל להעדתם גבי קדושין ובמה מיקרי עד המעיד. אבל באמת ז"א דהא גבי קדושין נמי צריכין להגדת עדים כדי למשוה לה א"א גמורה. דבלא הגדת העדים בפני ב"ד אינה אסורה לעלמא רק מטעם דשוי' אנפשא חד"א ואם בא עליה אחר אינו חייב עליה וכיון דמהני הגדת העדות בפני ב"ד גם גבי קדושין א"כ ממילא נקרא כולם עד המעיד ונתבטלה עדות הכשרים מחמת העדאת עד הפסול שהעיד עמהם משום דגם הוא מיקרי עד המעיד אבל הבטול שלהם הוא משעת ראיה שכוונו להעיד עם הפסול. ויותר מזה יש להוכיח כדברינו אלה מדברי הר"ן הובא בש"מ שם דכתב וז"ל אבל כל שהוזמן להעיד מיד נעשה עד ושוב אינו נעשה דיין לעולם ע"פ עדות אחרים וכן דעת הרמב"ן ז"ל וכן ראוי להורות הלכה למעשה אע"פ שהרשב"א ז"ל לא כתב כן ונמצאו כללי השמועה שמחשבה בלבד אינו עושה אותו עד לא לפסול את הכשרים ולא לפסול את עצמו לדין. הוזמן להעיד נעשה עד לפסול את חברו אם הוא פסול ולפסול את עצמו לדין אפי' בעדות אחרים עכ"ל. והא הרמב"ן והר"ן ס"ל כשיטה זו דליבטול עדות הפסול את עדות הכשרים בעינן ראיה והגדה ביחד בב"ד. ואי אמרינן כשיטת הב"ה והב"ש דלפי שיטתם עיקר ביטול העדות הפסול את עדות הכשרים הוא רק בשעת הגדה בב"ד א"כ מאי מהני לבטל הפסול את הכשרים במה שהזמינם יחד להעיד כיון שעדיין לא הגידו בב"ד. אבל לפי"ד בעיקר הטעם דס"ל דבעינן הגדה בב"ד משום דכ"ז שלא העידו בב"ד במחשבה לבד שכונו להעיד לא מיקרי עדיין עד ולא מהני עדות הפסול לבטל את עדות הכשרים א"ש דמשו"ה ס"ל להרמב"ן והר"ן דכיון שהזמנום להעיד זה מיקרי מעשה ומאז מיקרי עד ולכך מהני לבטל הפסול את הכשרים כיון שהזמינם יחד וגם מיקרי עד לענין דאינו יכול להיות דיין אח"כ בזה. ועד כאן לא פליגי הני ראשונים על

הרמב"ן והר"ן דבהזמנה לבד אינו מבטל עדות הפסול את עדות הכשרים רק כשהגידו ממש בב"ד יחד משום דס"ל דבהזמנה לבד לא מיקרי עדיין עד ולכך ס"ל דיכול להיות דיין בדבר. אבל גם הם ס"ל דלכך בעינן הגדה בב"ד דוקא משום דאז מיקרי עד המעיד אבל הבטול הוא משעת הראי' שכונו להעיד א"כ אף גבי קדושין נמי לא הוי קדושין וכמשב"ל דלא כהב"ה והב"ש כנ"ל לפע"ד ועיין בתשו' לחם רב שאלה כ"ו מה שהאריך שם להחמיר בענין הקדושין ושם הי' שניהם מודים על הקדושין מ"מ לא החמיר מטעם הב"ה והב"ש. ונראה דלא ס"ל כמוהם וכן הוכיח הגאון בעל עצי ארזים מתשו' מהר"ם פאדאווה דלא ס"ל כהב"ה והב"ש:

המתבאר לנו מכל דברינו שבנ"ד יש להקל ולבטל הקדושין. חדא דהא כמה גדולי הראשונים ס"ל דבראי' וכוונו להעיד לבד עם הפסול מהני לבטל הקדושין וכן הסכים הב"י והש"ך כדבריהם. ואף לדעת הראשונים דס"ל דבעינן ראיה והגדה ונחמיר כדעת הב"ה והב"ש. מ"מ הא שיטת הרמב"ן וכן הסכים הר"ן דכן ראוי להורות הלכה למעשה דבהזמנה להעיד אף שלא הגיד בב"ד נמי בטלה עדות הכשרים וכן פסק הב"י בסי' ז' דאין עד נעשה דיין דכיון שהזמינו להעיד אינו יכול להיות דיין בדבר והביא הדעה השניה דיכול להיות דיין רק בשם וי"א. והכא בנ"ד בודאי הזמינם לכולם לכתחילה כדי להעיד אח"כ בב"ד א"כ אף לדעת הב"ה והב"ש נמי בטלה העדות משעת ראיה. ועוד יש לצרף בזה שכמה גדולי האחרונים לא ס"ל כהב"ה והב"ש וגם גבי קידושין כשהגידו יחד בב"ד עם הפסול בטלה הקדושין אף ששניהם מודין על הקדושין כי הבטול משעת הראי' שכוונו להעיד וכן הוכחתי למעלה שנראה עיקר כדבריהם. וגם הא יש לצרף דעת הריטב"א בשם מורו דגבי קדושין כשיש פסול ביניהם בטלין הקדושין משעת ראי' לחוד ולא בעינן כלל הגדה בב"ד:

מ"מ מחמת חומר איסור ערוה יראתי להקל מטעמים הנ"ל לחוד וצרפתי בזה עוד טעם אחר דהא אף לפי"ד הב"ה והב"ש אינה אסורה לעלמא רק מטעם הודאתה בלבד דשוי' אנפשה חד"א שהודה שקבלה קדושין בפני עדים א"כ אם היתה מכחשת אח"כ ונותנת אמתלא לדבריה. נאמנת כיון שאין כאן עדים להכחיש דבריה שהעדים אינם נאמנים לב"ד ואינם יכולין לפסוק על פיהם מחמת שנצטרפו עם הפסול. א"כ כ"ש בנ"ד שאינה מכחשת כעת דבריה הראשונים לגמרי רק שטוענת עתה שיודעת בעצמה שלא הי' לה אז בעת הקדושין סימנים עליונים שזהו סימני בגרות ולא היה לה כח לקבל קדושין בלא דעת אביה נאמנת על עצמה לעקור דבריה הראשונים ואין לך אמתלא גדולה מזו כיון שלא חקרו ב"ד ממנה לכך לא טענה אז כן. ואין לומר דאין להאמין לה כיון שהיא

טוענת נגד חזקה דרבא שכיון שהגיעה לכלל שנים מקודם זמן הרבה א"כ מסתמא הביאה סימנים וששה חדשים אח"כ הגיעה לבוגרת דהא אין בין נערה לבוגרת אלא ששה חדשים בלבד אבל באמת ז"א דהא אפי' בחזקה גמורה כתב הפנ"י בכתובות (כב:) וז"ל אמנם לאחר העיון יגעתי ומצאתי דעת קדושים שהרשב"א סובר דלעולם לא אמרה תורה דאזלינן בתר חזקה אלא למי שמסופק בדבר ועשה תורה ספק זה כודאי עד שהב"ד עונשין וסוקלין על חזקה כיון שהעובר מוזהר עליו בודאי. משא"כ אם העובר אומר ברי נגד החזקה וכן מצאתי בחידושי מהרש"א ביבמות פ' האשה עכ"ל. וכן כתב הגאון מהר"ח ז"ל בחוט המשלש ס"י וז"ל וגדולה מזו נראה דעת רש"י דאפי' בשנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת אע"ג דאית לן לאוקמה מדאורייתא אחזקת א"א מ"מ אם היא בעצמה יודעת בברי שמת מהימנא נמי לגבי דנפשה אף נגד חזקה קמייתא כו'. ולדעת רש"י אני מוסיף דאף לכתחילה שריא ואף שלא לאחד מעדיה מטעם דכתיבנא דכיון דלגבה דנפשה מהימנא נגד החזקה נעשית כחתיכא דהתירא דשריא לכו"ע עכ"ל. וכ"ש בחזקה דרבא דס"ל להרבה פוסקים דאין זו חזקה גמורה אלא רק ספק הרגיל בלבד עיין בש"ש ש"ה פט"ז ופי"ז דכתב שם דדעת הרמב"ן והרשב"א והר"ר דוראן ס"ל דאפי' אשתכח גדול אין מחזיקין לגדול למפרע. ועיין שם דמסיים שם וז"ל:

ועוד יסכימו לדעתם לפמ"ש גם הני רבוותא ר"ח ורש"י ותוס' בנזיר והמה רובא דמינכר נגד דעת הרא"ש בתשובה דס"ל דמחזיקין לגדול למפרע ומן התימה במה שפסק בש"ע ח"מ סי' ל"ה כדעת הרא"ש עכ"ל. וכיון דאין זה חזקה גמורה נראה לפ"ד דהיא נאמנת ע"ע ולטעון שאין עליה חד"א כי היא יודעת בעצמה שלא הי' לה אז סמני בגרות. ואין לחוש שמא אף שלא הי' לה סימני בגרות מ"מ יש לחוש שמא הביאה סימנים בעת נמלאו לה שתים עשרה שנה ויום אחד ולאחר ששה חדשים היא בוגרת אף שלא הביאה סמני בגרות. כמבואר ברמב"ם ה"א פ"ב ה"ב. אף שמדברי הרמב"ם אין ראי' משום שהוא ז"ל לא הזכיר כלל סימני בגרות. אבל רוב הראשונים חולקים עליו. מ"מ נראה דבזה גם שאר הראשונים מודים לדבריו דלאחר ששה חדשים הוי בוגרת אף שלא הביאה סימני בוגרת משום דהא קאמר אין בין נערות לבגרות אלא ששה חדשים בלבד. דז"א כיון דלא הביאה סימני בגרות א"כ זה ראי' שלא הביאה סימנים התחתונים ששה חדשים מקודם דאם היה מביאה סימני נערות מקודם ששה חדשים א"כ בודאי היה מביאה סימני בוגרת לאחר ששה חדשים דבסימני בגרות לא שייך חשש נשירה. והנה מצאתי להגאון מהר"ח ז"ל דכתב בס' ט' וז"ל ואם נאמר דהא דאמר שמואל דאין בין נערות לבוגרת אלא ששה חדשים בלבד היינו דבודאי מביאה סימני בוגרת ביומא דמישלם שית

ואינה מאחרת בשום אופן א"כ אף למבדקה בכניסת הגדלות לא צריכין לענין לאפוקי מחששא דנשירה דהא בסימני בוגרת לא שייך נשירה כלל וכיון שלא הביאה סימני בוגרת ביומא דמישלם שית אחר שהגיעה לכלל שנותיה איגלאי מילתא למפרע שלא הביאה סימני נערות בהגיעה לכלל שנותיה ותו לא חיישינן לנשירה אח"כ וכדכתיבי' לעיל דבכה"ג אזדא לה חזקה דרבא עכ"ל. אך הגאון הנ"ל מסיים שם וז"ל אמנם אף דפשטא דתלמודא משמע הכי והכי משמע דברי כמה ראשונים ז"ל וכן תפס בפשיטות אמ"ז הרב מוהר"ם מלובלין ז"ל בתשוב' (סי' קל"ט) אבל הח"מ כתב (בסי' ל"ז סק"ו) דאפשר דלאחר ששה אף אם לא הביאה סימני בגרות סמכינן אדשמואל דאמר אין בין נערות לבגרות כו' ובודאי בוגרת היא וכו' עכ"ד אלמא דיכולה להתאחר מלהביא סימני בוגרת אף לבתר דמשלים שית. וכן הוא בב"ש שם עכ"ל. ולאחר העיון היטב נלפע"ד בזה דדברי הח"מ והב"ש דלאחר שית אפי' אם לא הביאה סימני בגרות סמכינן אדשמואל ודוקא כשבדקו מקודם שית והי' לה סימני נערות. וא"כ אף שעברו שית ואין לה סימני בגרות מ"מ חשבינן אותה לבוגרת ודאי. אבל אם לא בדקו מקודם שית אם הי' לה סימני נערות כיון שראינו עתה שאין לה סימני בגרות הרי זה ראי' שלא הביאה מקודם שית סימני נערות ואיתרע חזקה דרבא. כיון שלפי טבע הרגיל צריכה להביא סימני בגרות לאחר שית לסימני נערות. ולמה לנו לתלות שנשתנה טבעה שלא הביאה סימני בגרות לאחר שית יותר יש לנו לתלות שנשתנה טבעה שלא הביאה סימני נערות כשנמלאו לה י"ב שנים וי"א ולכך לא הביאה סימני בגרות לאחר שית לפי מה שסוברים כמה ראשונים דחזקה דרבא לא אלימא כ"כ והוה רק ספק הרגיל. אמנם מש"כ הח"מ בשם התשב"ץ וז"ל מדברי הרשב"ץ בתשובה שהביא הב"י משמע כשראו לה סימני נערות ג' או ד' חדשים אחר י"ב שנים אמרינן מסתמא היו בה השערות משעה שנעשית גדולה בת י"ב שנה וכשימלאו לה ו' חדשים אחר י"ב שנה הרי היא בוגרת ודאית ואין לאביה רשות בה אעפ"י שלא עבר רק ב' חדשים אחר ראיית השערות אמרינן מסתמא היו בה השערות תחלת ו' חדשים מיד אחר י"ב עכ"ל וכן כתב הב"ש בשמו ומסיים שם והב"י סי' מ"ג כתב דהרשב"א חולק ע"ז. נפלאתי האיך השמיט הב"ש שהב"י כתב שם בשם מורו הר"י ברב שגם הר"ר דוראן חולק ע"ז וזה ידוע שבכל מקום מכנים את התשב"ץ בשם ר' דוראן והאיך סותר התשב"ץ דברי עצמו. וכעת שזכינו לס' התשב"ץ ראינו שטעות נפל בב"י בסי' ל"ז בדברי התשב"ץ דתשובה זו איתא בח"א דף ל"ו סי' ע"א ושם כתוב וז"ל ויש עדות נשים שראו לה קודם הקדושין ביותר מששה חדשים סימני נערות המפורשים בגמ' כו' עכ"ל. ובב"י כתוב ויש עדות נשים שראו לה קודם הקדושין ביותר מב' חדשים סימני

נערות כו'. וזהו לפי"ד ט"ס דמוכח בלא"ה כי מה זמן הוא זה ב' חדשים ואמאי לא סגי גם ביום אחד מקודם שראו לה סימני נערות כיון דאנן תלינן מחמת חזקה דרבא דבודאי הביאה סימנים מקודם כשהיתה י"ב שנים. אבל לפי מה שאיתא בתשב"ץ לפנינו נ"ש משום דלא ס"ל חזקה דרבא לודאי אף כשנמצאו לה סימני נערות כעת כדברי הרשב"א ולא כהרא"ש. ומזה למד המהר"י ברב שר"ר דוראן חולק על הרא"ש. וכן איתא בתשב"ץ ח"ש ס"י ק"ד וז"ל וצריכין ב"ד לחקור אם בת זו בשעת הקדושין היתה בוגרת כמו שנזכר בשאלה וזה כשיבואו שני עדים כשרים ויעידו בב"ד שהיה לה יותר משתים עשרה שנה וששה חדשים ויום אחד בשעת הקידושין וידעו ג"כ מפי נשים ששה חדשים קודם הקדושין היו לבת זו סמני נערות עכ"ל. וגם מתשו' זו מוכח דט"ס יש בב"י. שוב מצאתי במח"א ה' אשות ס"א שהביא דברי הב"י בשם התשב"ץ ושם היא הגי' ביותר ששה חדשים כו':

עוד נ"ל דבנ"ד אף אם נאמר דהא מ"מ יש לחוש דאולי הביאה שתי שערות ששה חדשים מקודם וא"כ נעשית בוגרת אף כשלא הביאה סימני בוגרת מ"מ הא מידי ספיקא ודאי לא נפקא כיון דאין סימני בגרות לפנינו א"כ יש לספוקי אם השנוי הוא אצלה מה שלא הביאה עדיין סימני בגרות משום שאחרה להביא סימני נערות או משום דהשנוי שלה הוא משום שאחרה להביא סימני בוגרת לאחר ששה חדשים מסימני נערות. וא"כ היא ספק נערה ספק בוגרת. וא"כ מה שקדשה אז עצמה שלא לדעת אביה לא הוי קדושין מדאורייתא דמוקמינן לה אחזקת פנויה. אמנם מדרבנן לכאורה נראה כיון דאיתרע חזקת פנויה לפנינו במה שקדשה עצמה צריכה גט כמש"ב בקו' החזקות. אכן מ"מ אפשר לומר בנ"ד דאפי' מדרבנן נמי אינה צריכה גט כיון דמסייע לה גם חזקת נערות. וכן כתב הב"ש שם סק"ה דאם הביאה סימני בגרות בתוך ששה חדשים והיא קדשה עצמה בלא אביה נראה דלכו"ע לא חיישינן כיון דאית לה חזקת נערה וחזקת פנויה ואף לדעת הח"מ דס"ל דצריכה גט מספק מ"מ איכא למימר דבנ"ד א"צ גט כלל. דדוקא התם כיון דאיתרע חזקת נערות לפנינו במה שהביאה סימני בגרות תוך ששה חדשים וראינו שנשתנה משארי נערות דהא אין דרכה של נערה להתבגר תוך ששה חדשים ע"כ חיישינן גם למפרע. ולכך סובר הטור שם דאם קדשה אביה בדרך וקדשה עצמה בעיר ואח"כ נמצאו בה סימני בגרות תוך ששה חדשים הוה ספק וצריכה גט מב'. ועיין בשעה"מ ה"א פ"ב הי"ד מש"כ בזה. ובקונ' חזקות הארכתי הרבה בזה. א"כ בנ"ד דלא איתרע חזקת נערות כלל מסתברא לומר דא"צ גט אפי' מדרבנן:

אך עדיין היה לבי נוקפי קצת בזה משום שעל מכתבי ששלחתי לשם לחקור אצלה אם יודעת היא אם הי' לה אז בשעת הקדושין הסמנים העליונים או לא קבלתי תשובה שאומרת שיודעת בבירור שלא הי' לה אז סימנים העליונים. ונראה שתשובתה רק על סימן הדדין א"כ היה לבי נוקפי דהא בברייתא מבואר שם סימן אחד שאינו בדדין ואולי הי' לה אז הסימן הזה. והא אנן פסקינן כדברי כולם להחמיר. ואשוב ושלחתי שיחקור אצלה הרב הגאון דשם. וקבלתי מכתבו שהוא חקר אצלה והשיבה שיודעת בבירור שאפי' בעת הקידושין לא היה לה סימנים התחתונים א"כ נפק מלבי גם החשש הזה. דכיון שלא הי' לה סימנים התחתונים כ"ש שלא היו לה כל הסימנים העליונים כלל. דהא פסקינן שם דא"א להביא סימן העליון בלא סימן התחתון. א"כ לפ"ד אין עליה שום חשש קדושין כיון שלא היו לה אז סימנים העליונים והתחתונים אין עליה ספק שמא היתה בוגרת בעת הקדושין וכן יש ללמוד מתשו' הרי' מיגאש בסי' קע"ג דהשיב שם ח"ל ראוי תחלה לחקור על הנזכרת אם היא עתה בוגרת אם לאו ואם אינה בוגרת וגם לא הביאה שתי שערות שהם סימני נערות כבר נסתלק מעלינו הטורח והעיון עכ"ל ומבואר מדבריו שאין לה סימני בגרות וגם סימני נערות אין עליה שום ספק דאולי הביאה שתי שערות ונשרו ולאחר ששה חדשים היא בוגרת אף שלא הביאה סימני בגרות דכן הוא דעתו כמבואר שם בתשובתו משום דחששא כזה לא חיישינן כיון שאין הסימני נערות לפנינו רק חששא דשמא נשרו וכיון שלא הביאה גם סימני בגרות א"כ זה ראי' שלא הי' לה סימני נערות כלל. משום דתרי חששי חדא שמא הי' לה סימני נערות ונשרו ועוד שנשתנה טבעה גם בזה מה שרוב הנערות לאחר ששה חדשים שמביאין סימני נערות מביאין אז סימני בגרות והיא נשתנה טבעה. לחששי רחוקי כזו לא חיישינן. ותלינן יותר שהיא מן המאחרין להביא סימנין. ונראה דגם התוס' והרא"ש מודים בזה אע"ג דהם ס"ל דחזקא דרבא היא חזקה גמורה ואם נמצאו לה כעת סימנים מחזיקינן לה לגדולה מי"ב שנים וי"א. מ"מ בנ"ד כיון שלפי דבריה לא הי' לה אז סימנים כלל לא תחתונים ולא העליונים א"כ אתרע בה חזקה דרבא לגמרי ולא חיישינן שמא נשרו. אך לפי"ד דס"ל דחזקה דרבא היא חזקה גמורה עדיין צ"ע אם היא נאמנת עתה לומר כן ולהתיר עצמה לעלמא. אבל לפי רוב הפוסקים ודאי היא נאמנת להתיר עצמה לעלמא כיון שאינה אסורה אף לפי"ד הב"ה והב"ש רק משום כיון דהודה על הקדושין שוי' אנפשה חד"א וכיון שטוענת עתה שאין עליה שום איסור מטעם שלא הי' לה אז כח לקבל הקידושין בלא דעת אביה, מותרת לעלמא אף לפי"ד כנ"ל בזה. ועיין מש"כ הגאון בעל משכנות יעקב באה"ע סי' ל"ט וז"ל ודאתן עלה לענין ס"ס ודאי לדעת זו שהיא נראה עיקרית דאין

זה חזקה ברורה מדאורייתא ודאי יש לצרף אותה לס"ס שמא לא הביאה סימנין כיון דליכא חזקה ברורה דאורייתא ודמי ממש לרוב רצין שכ' התוס' בכתובות דהוה רובא דרבנן ולהכי מצטרף לס"ס ס' באונס כו' והוא דעת המחמירין בס"ס ואף אם באנו לחוש למה שנ' מדברי תוס' בנדה ומדברי רש"י ז"ל במס' אבות דהוה רובא דאורייתא המביאין סימנין. הנה כבר הארכנו בעז"ה בקונטרס, הס"ס לברר שהעיקר כד' הסוברין בכל גוני מצטרפי לס"ס אף שספק אחד נגד רוב גמור מה"ת אפ"ה מצטרף בהדי ס' א' השקול לשו' ס"ס ושהוא רוב דעת הפוסקים כו' עכ"ל. וכן נוטה דעת רבו הגאון מהר"ח ז"ל דספק שמא לא הביא סימנים יכול להצטרף לספק השקול. עיין בחוט המשולש סי' י'. א"כ לפי דבריהם אפי' לא נאמין לדבריה מ"מ מידי ספיקא לא נפקא דילמא לא הגיעה אז לכלל בוגרת וא"כ איכא ס"ס גמור להתירה לעלמא. חדא דילמא קיי"ל כהני ראשונים דעדות הכשרים בטלה אף בלא הגדה בפני ב"ד ולפי"ד ודאי אין חשש כלל בקדושין הללו. ואף אם ת"ל כהני ראשונים דס"ל דבעינן דוקא גם הגדה בב"ד ביחד ונחמיר כדעת הב"ה והב"ש דבקדושין לא מהני הגדה בב"ד ביחד לבטל הקדושין שמא בעת הקדושין לא הגיעה לכלל בוגרת ולא הי' לה כח לקבל קדושין בלא דעת אביה. א"כ איכא ס"ס מעליא לבטל הקדושין וגם כיון שמסייע לה גם חזקת פנויה ודאי יש לסמוך להקל מטעם ס"ס זה אף בערוה החמורה ומטעם חששא דאולי נפק עליה קלא דקדושין כבר דברו האחרונים בזה שבכה"ג מבטלינן קלא. ובחשש' דרבנן ודאי יש לסמוך ולהקל בזה ע"כ אנכי מסכים להתירה להנשא לכל גבר דתיצביין. אך מחמת איסור ערוה החמור הסכמתי רק בתנאי שיסכים עמנו עוד אחד מהרבנים הג' המפורסמים:
כ"ד יו"ט ליפמן הכהן.

סימן ו

כבוד הרב הג' מו"ה צבי הכהן נ"י מו"צ בק"ק חערסאן:

ע"ד שאלתו במומר אחד שגרש את אשתו ושמו מעריסה הי' יהודה ליב אבל מעולם קורין אותו רק לטיוו [לפ"ד צריך לכתוב ליעוו כי היו"ד הוא לרבות הל' והע' רק לסגל] וגם לאחר שהמיר דתו לא שינה שמו וקורין אותו בסם הראשון לעיוו. ונכתב בגט יהודה המכונה ליב וכל שום ורוצה כת"ר לפסול הגט. אף שבכל מומר כותבין השם דיהדות וע"ש הנכרי כותבין וכ"ש. ש"ה כיון דבשעה שהמיר נתן לו שם חדש ע"כ סובר הר"ת שלא להזכיר שם הגיות שהמיר בו. אבל זה שלא נתן לו שם חדש והעולם קורין אותו רק לעיוו כמו מקודם ה"ז דומה ממש למ"ש הח"ס אה"ע ח"ב סי' ל"ח לענין אשה ששמה מעריסה לביאה ומחמת שדרכם לשנות שם העריסה לשם גוים ע"כ נקראת בפ"כ וגם

חותמת עצמה לעני וכתב שיש לכתוב לביאה המכונה לעני אבל שם לביאה לחוד פסול. וכתב ג"כ שאין דמיון לדר"ת דדוקא שם שנתנכר והמיר דתו בו אבל זו אעפ"י שעותה במה ששנתה שמה מ"מ לא הוציאה השם הזה מדת משה וישראל וא"כ אפי' אם לא הי' מתנכר ובא לגרש צריכים לכתוב שם לעיוו ואם כתבו יהודה המכונה ליב הי' פסול כי זה הוא שם שנשתקע ועלי' לתורה ג"כ לא עלה יותר מכמה שנים עכ"ד:

הנה בס' הישר לר"ת בסי' תקצ"ט מבואר להדיא דס"ל דאפי' יש לו שם נכרי בעודו ישראל אין מזכירין אותו השם כלל בגט. יעו"ש שהביא ראי' על מומר שאין כותבין שם נכרי. וכתב שם וז"ל דלא גרע ממעשים בכל יום כשגירש ר' אליעזר קרובו את מרת רחל דודתו והי' שמו ושלין ושמה כילא שין וכתבו אליעזר ורחל שם יהדות. והניחו הכנוים שרוב נכרי קורין כן עכ"ל. אלמא שאינו מחלק הר"ת בין מומר ובין ישראל שיש לו שם נכרי. אמנם סברתו נראה שם דלכך אין כותבין שם נכרי אף גבי מומר משום דרובא דישראל קרי לו בשם היהדות. יעו"ש מה שהאריך בזה ליתן טעם לדבריו דרובא ישראל שם יהדות קרי לי' דאעפ"י שחטא וכו' ושגור בפי כל לקרותו בשם יהדות כו'. וכן כתב הרא"ש להדיא בדברי הר"ת וז"ל ומהאי טעמא נמי מומר א"צ לכתוב אלא שם יהדות בגט שהוא עיקר וכל ישראל קורין אותו בשם הזה כו'. ונפלאתי על המהרי"ק דבשורש ק"ו מביא שם דברי הס' הישר לר"ת הנ"ל ומבאר דהטעם הוא משום דאזלינן בתר רוב קריאת ישראל משום דמכח ישראל הוא מגרש. ובשורש פ"ו כתב וז"ל וגם נלע"ד להביא ראי' קצת ממה שפסקו ר"ת וקצת מפוסקים אחרים דמומר המגרש אינו מזכיר רק שם דיהדות ולא חלקו בין נשתקע שם דיהדות ובין לא נשתקע ואעפ"י שלפעמים משתרשים כך שאין בני אדם זוכרין שם יהדות שהי' להם ואפי"ה כתבו לגרש בשם דיהדות ולא להזכיר שם החדש ולפי מה שפירשתי א"ש דודאי כו"ע ידעו שבהיותו יהודי לא הי' נקרא בשם זה ובשביל זה אינו נקרא שינוי השם כשכותבים שם דיהדות שהרי כבר ידענו מקודם שהיה לו שם אחר עכ"ל. ולפי"ז עיקר הטעם של הר"ת הוא משום כיון שאנחנו יודעין שמקודם היה לו שם יהדות לכך כשר לגרש בו. ואין להזכיר שם נכרי בתורת משה וישראל. וזה סותר לדברי הס' הישר שהמהרי"ק מביא בעצמו שהטעם הוא משום שעדיין הישראלים קורין אותו בשם היהדות. אבל אם נשתקע שם היהדות שלו גם בקרב היהודים. ע"כ מוכרח לגרש בשם נכרי:

ולאחר העיון נראה לישב דברי המהרי"ק דהוא פי' דברי הס' הישר דלכך האריך שם הר"ת ליתן טעם לדבריו משום דעדיין הישראלים קורין אותו בשם היהדות הוא בא לחלק ע"ד הרריו"ט שרצה לפסול הגט של מומר משום שלא כתבו שם הנכרי שלו. ע"ז כתב

הר"ת דאדרבה דאם הי' כותבין שם הנכרי הי' פסול. כיון דעדיין היהודים קורין אותו בשם היהדות. ומה שקורין אותי הנכרים בשם נכרי זה לא נקרא שמו כלל בישראל. אבל מש"כ הר"ת אח"כ דאפי' לא הי' אלא כינוי כשר דהא אמרינן כתב חניכתו וחניכתה כשר כו' וגדולה מזו שנינו בתוספתא דגיטין גר ששינה את שמו לשם נכרי כשר כ"ש מומר ששינה לשם ישראל. הוא בא לומר דאפי' אם נשתקע שם היהדות שלו. ובזה ודאי מודה הר"ת דאם גירש בשם נכרי כיון דזהו שמו עתה גם בפי היהודים א"כ עיקר שמו הוא שם נכרי הגט כשר. מ"מ אם מגרש בשם היהדות נמי הגט כשר משום דלא גרע שם היהדות מהכנוי. וע"ז מביא ראי' מהתוספתא וכפי מה שפי' המהרי"ק אמאי נקט האי לישנא גר ששינה שמו כו' כיון דלאו בשינוי ממש איירי אלא באקראי בעלמא כתב שם הגיות בגט א"כ לא נשתנה שמו בשביל כך והיה לו לומר גר שגרש בשם דגיות כו' אלא נראה דמשום הכי נקט ששינה שמו כו' כדי לאשמעינן דאע"ג שנשתקע שם דגיות ואין בני האדם יודעין מה שם הי' לו בגיות ואינם מכירין אותו רק בשם דיהדות ועתה כתב שם דגיות דנראה כמשנה שמו אפי"ה כשר וש"מ דאע"ג שאין בני אדם מכירין בשם זה דגיות מ"מ כיון שהכל יודעין שכשהיה נכרי לא היה נקרא בשם זה דיהדות לא חשוב שינוי השם עכ"ד. וכ"ש גבי מומר היכא דנשתקע שם היהדות שלו והוא שינה שמו לשם ישראל וכתבו בגט דכשר מהאי טעמא. וכיון דכשר הגט בשם היהדות שלו א"כ לכתחילה נמי טוב יותר לכתוב שם היהדות שלו כדי שלא להזכיר שם נכרי בתורת משה וישראל. כנ"ל לישב דברי המהרי"ק. ועיין ברד"ך בית ד' ח"ג שכוון ג"כ לכל דברי המהרי"ק בדעת הר"ת. והפי' בתוספתא שהביא הר"ת ראי' לדבריו. אך הוא כתב שמדברי הרא"ש אינו נראה כן שהרא"ש כתב דהטעם של הר"ת הוא הואיל ועיקר שמו בישראל הוא בשם היהדות שלו. ומסיק שם דמד' התוס' נראה כדבריו כיון שלא פי' טעמא של הר"ת כדברי הרא"ש. מ"מ מסיים שם שהוא ירא לחלוק למעשה ע"ד הרא"ש ז"ל. והנה המהרש"ל ביש"ש פ"ד סי' י"ד ס"ל ג"כ כדברי המהרי"ק דכתב שם וז"ל ואין חילוק בין נשתקע שם יהדות ממנו ללא נשתקע לעולם אין כותבין אלא שם יהדות ולא של נכרי. וכן כתב מהרר"א. אף שמהרר"י כתב שצ"ע שהרי לפי התוס' והרא"ש שכתבו טעמא של ר"ת דשם של יהדות לא גרע משם חניכתו דכשר והתם משמע שאם אין מכירין בחניכתו כלל דפסול. ואומר אני שאינו דומה לנידון דגבי חניכתו בודאי כשאין מכירין אותו יאמרו איש אחר שיש לו זה השם בפרט מאחר שלא נכתב שם המובהק שהכל יודעין בו. אבל הכא מה יעלה על דעתם מאחר שנעלם ממנו שם יהדות והכל יודעין שאין כותבין בגט אלא שם יהדות א"כ כך הוא שמו. שהרי אין אנו יודעין משם

אחר ושם של נכרי שהכל יודעין בו הוא כלול בוכל שום וחניכא כו' עכ"ל. וכן כתב הט"ז סברא זו לישב דברי המהרי"ק מהשגת הב"י. ונפלאתי שלא הזכיר דברי המהרש"ל וגם הב"ש לא הביא כלל דברי המהרש"ל. והנה הב"י קבע להלכה כדברי המהרי"ק דגר שכתב שם גיות אף שנשתקע ממנו כשר. א"כ כ"ש גבי מומר דאם כתב שם דיהדות אף שנשתקע ממנו דכשר. וע"כ צ"ל דחזר הב"י מהשגתו על המהרי"ק דאל"כ אמאי כשר אף בדיעבד. אלא דזה לא דמי לחניכתו שאין הכל יודעין בו. ולא להוחלף שמו. כמו שהסבירו המהרש"ל והט"ז. וזה ודאי א"א לומר דהב"י פסק דוקא גבי גר דאם נשתקע שמו דגיות כשר אבל לא גבי מומר אם נשתקע שם דיהדות. דהא זה נגד דעת הר"ת וכל גדולי הראשונים שהביאו ראי' גבי מומר מהתוספתא דתנא גבי גר וכתבו דכ"ש גבי מומר דכשר:

הכלל מה שיוצא לנו מכל דברינו אלה כיון דגדולי האחרונים קבעו להלכה כדברי המהרי"ק א"כ ה"ה גבי שאלתו של המהרי"ק באחד אשר בשעת מילתו נקרא אליהו ושוב נקרא בלי לכל אדם שאף שלכתחילה היה לו לכתוב אליהו דמתקרי בלי או המכונה בלי. אבל בדיעבד אף אם כתבו אליהו נמי כשר. אך בתנאי דבמקום שנכתב הגט ונמסר לידה הי' יודעין ששם בלי אין נותנין לו כלל בשעת המילה כי זהו אינו שם עצם וכו"ע דקורין לו בלי ידעי דיש לו שם אחר משעת המילה הוה כאלו לא נשתקע בעולם שם העיקר שלו ואע"ג דכו"ע קרי לו בשם הלועז בלבד. וכיון דאם ירצה לקרוא בתורה ע"כ יקרא לו בשם העצם שלו שנקרא בשעת המילה ע"כ לא הוה שם העיקר שלו שנקרא בשעת המילה שם דנשתקע א"כ בנ"ד נמי אף אם היה מגרש בעודו יהודי ולא הי' כותבין וכ"ש והי' נכתב רק יהודה המכונה ליב ושם הכינוי שלו ליעוו לא היה נכתב נמי הגט כשר כי כינוי ליב לא הוה שם דנשתקע אע"ג דכולם קרי לי' בשם ליעוו. כמו שהסביר לנו המהרי"ק. כיון שידוע שבמדינתנו כולה אם רוצים לכנות את השם יהודה מכנים אותו בשם ליב בעת יקרא שמו בישראל בהכניסו בברית ולא בשם ליעוו. והוה כמו נכתב שם העיקר והשמיט שם הטפל דכשר. כמו שמבואר ברמ"א סי' קכ"ט ס"א. ולכך הכשיר המהרי"ק בנ"ד אע"ג דהשמיט שם בלי וכתוב רק שם אליהו בלבד. ונפלאתי על הס"ח דכתב בפשיטות דאם השמיט הכנוי שלה לעני דהגט פסול. דהא לפי"ד המהרי"ק וכפי פסק השו"ע כשר בדיעבד. א"כ עתה לאחר שהמיר נראה דלכתחילה טוב לכתוב יהודה המכונה ליב וכ"ש. דאם נכתוב והמכונה ליעוו או דמתקרי ליעוו א"כ הא א"א לכתוב עוד וכ"ש כיון דכותבין בפירוש כל כנוייו כמו שאין כותבין בשאר גיטין וכ"ש מטעם זה. א"כ יאמרו שאין זה גט של המומר ליעוו דבגטו הי' נכתב וכ"ש כמו בכל

גיטי מומר. וע"כ יותר טוב להשמיט שם הכנוי שלו ליעוו ולסמוך על וכ"ש דאית לו כדעת רוב הפוסקים דשם הטפול אין כותבין בפירוש וכוללין אותו בוכ"ש. ומטעם זה יש להכשיר הגט גם במה שרוצה כת"ר לפסול בשינוי שמה שנכתב בגט רק מרים והכל מכנים אותה בשם מאריא וכן היא חותמת עצמה א"כ הי' צריך לכתוב מרים המכונה מאריא. אבל לפ"ד ז"א כיון דידוע ששמה מעריסה בודאי הי' מרים ולא מאריא א"כ היה שם מרים שם העיקר שלה וכשר הגט כיון דנכתב שם העיקר שלה אף דהשמיט שם הטפול. ובפרט בשם מאריא נראה דלכתחילה א"צ לכתוב רק בשם מרים בלבד כמבואר בשו"ע שם סי"ד בהגה' דהיכא דשם הנכרי עם השם ישראל ענינם כמעט אחד אין כותבין אלא רק שם ישראל בלבד:

ומדי דברי בזה אכתוב לכת"ר מה שתמהתי בזה ע"ד הרמ"א שם דכתב וז"ל אם נקרא בפי ישראל בשם א' ובפי כותים בשם אחר כותבין שם ישראל דמתקרי על שם כותים (המ"מ בשם הרמב"ן פ"ג) עכ"ל. ונפלאתי שלא הובא בשו"ע דעת הר"ת בס' הישר דס"ל דשם כותים א"א כלל להזכיר בגט כמשכ"ל. ולפעד"נ דגם הרמב"ן מודה בזה להר"ת דאם רק הנכרים קורין לו בשם אחר א"צ להזכיר שם זה בגט. דז"ל הרמב"ן בחי' והני ישראל שבחו"ל ששמותיהן כשמות ישראל ויש להם שמות אחרים כשמות הנכרים אעפ"י שאינם אלא שם לווי מפני הנכרים שאינם יודעין לקרוא בשם ישראל כיון שהוחזק בשם ורובא דעלמא קרי ליה הכי צריך לכתוב אותו השם ושם ישראל שלהן שהוא חותם נמי שם גמור כו' עכ"ד א"כ נראה דהרמב"ן מיירי דגם הישראלים נמי קרי לו בשם הנכרי. וכוונתו דרובא דעלמא קרי לו הכי היינו רוב ישראל. דאי מיירי דרק הנכרים בלבד קורין לו בשם גיות כמו שהבין בו הה"מ א"כ אמאי כתב שם הרמב"ן ושם ישראל שהוא חותם בו נמי שם גמור הוא. ת"ל כיון דהישראלים קורין אותו בשם הישראלי ודאי דזה הוה שם גמור. ואיך היה ס"ד דזה אינו שם גמור ורק משום דחותם בו הוה שם גמור. אע"כ מיירי דגם רוב ישראל קרי לו בשם הנכרי. וכל הנכרים קורין לו בודאי בשם הנכרי לבד א"כ הוה מיעוטא דישראל דקורין לו בשם ישראל רק מיעוטא דמיעוטא הוה ס"ד דלא חשיבי לכך כתב כיון שחותם בו הוא שם גמור. ואפשר דכוונתו דצריך להזכירו מקודם כיון שהוא חותם בו. לכך הוה שם ישראל שם העיקר ושם הנכרי הוה שם הטפל לו. אך לישנא דנמי שם גמור לא משמע הכי. ומשמע דאיזה שרוצה להזכיר מקודם יכול להזכיר. ועוד ראיה לדברינו דהרמב"ן מיירי דגם הישראלים נמי קורין לו בשם הנכרי ממה דמסיים הרשב"א בחידושיו אחרי דברי הרמב"ן הנ' וצריך לכתוב פ' דמתקרי פ' ולפי מש"כ א"צ ודי לו באחד מהן. משום דדעת הרשב"א הוא דהיכא שיש לו שני שמות

במקום אחד א"צ לכתוב כל השמות שלו ולא חיישינן ללעז כיון דידוע במקום זה שיש לו זה השם אף שאחרים קורין אותו בשם אחר. א"כ ה"נ כיון דהישראלים נמי קורין אותו בשם הנכרי ע"כ כשר אם גירש בשם הנכרי בלבד. אבל אם נפרש דברי הרמב"ן דרק הנכרים קורין אותו בשם הגוים אבל הישראלים קורין אותו בשם ישראל לבד ומ"מ הצריך לכתבו ג"כ בגט. א"כ קשה לפי"ז מה דמסיים בזה הרשב"א דלפי"ד אם גירש באחד מהן כשר. דהאיך אפשר לומר דאם גירש רק בשם שהנכרים קורין אותו נמי כשר כיון דהישראלים קורין אותו רק בשם ישראל בלבד. א"כ בודאי דזהו שם העיקר שלו. והר"ת פוסל בזה להדיא אף במומר אם גירש בשם נכרי בלבד. יעו"ש בס' הישר לר"ת סי' הנ"ל. אך ראיה זו אפשר לדחות דאיכא למימר דהרשב"א ס"ל דאף אם כתב שם הטפל בלבד נמי כשר. כמו שנראה מדברי הרשב"א שם בחי'. לכך הכשיר אף אם כתב השם מה שקורין אותו הנכרים בלבד. אבל הר"ת ס"ל דאם כתב שם הטפל בלבד פסול. לכך פוסל אם כתב השם מה שקורין אותו הנכרים בלבד. אך לפי"ז צ"ל דהרשב"א ס"ל דאף לכתחלה מותר לכתוב רק השם הטפל לבד. דהא הכא התיר הרשב"א לכתחילה לכתוב רק שם אחד בלבד. וראיתי להגאון בעל מכ"א בשער הרביעי סי' ד' כתב כן דהרשב"א ס"ל דלכתחילה מותר לכתוב שם הטפל בלבד ומדייק מדברי הרשב"א מה דכתב וטפי עדיף לכתוב שם הטפל לבדו ממה שנכתוב שניהם ונכתוב שם הטפל בעיקר ושם העיקר בטפל. ולפע"ד הדבר תמוה מאוד לומר דמותר לכתוב לכתחילה שם הטפל לבדו. ומהא דחניכתו כשר לכתחילה לכתוב אין ראי' דהתם משום דהכל קורין אותו בשם זה. אבל היכא דבשם זה קורין אותו רק המיעוט בלבד ורובא קורין אותו בשם אחר צע"ג האיך אפשר לומר דמותר לכתחילה לכתוב איזה שם שירצה. ומה דכתב הרשב"א טפי עדיף לכתוב שם הטפל לבדו. נראה דקאי אדיעבד. דאם כתב שם הטפל בעיקר ושם העיקר בטפל פסול אף בדיעבד. ומצאתי להג"פ דכתב ג"כ בסי' קכ"ט וז"ל ומתוך מ"ש הרשב"א דהמוחזק בב' שמות במקום אחד מגרש לכתחילה בא' מהם ואינו חושש משמע דאפי' בשם טפל לחודי' מגרש לכתחילה וזו קולא יתירה ואפשר לפרש דבריו דאיירי בשכל השני שמות הם שווין וכן ציידד לפרש פ"מ ח"א סי' מ'. ומהריב"ל ח"א פ"י דמ"ש הרשב"א בא' מהן ע"ש הרוב קאמר וישב דברי הרשב"א ז"ל ע"פ כוונה זו. ועוד פי' דאיירי בידעי רובא דאיכא פורתא דקרו לה רה ומש"ה קאמר דאפי' בשם הטפל הוי גט משום דהרוב לא יוציאו לעז עכ"ל. ועיינתי במהריב"ל בסי' כ"ט וראיתי דהוא דחק לישב דברי הרשב"א דמשמע מדבריו דאפי' בשם הטפל נמי הגט כשר בדיעבד. אבל לכתחילה משמע מדבריו דזה אין סברא כלל דאפי' ידעי רובא דהפורתא קרי לה

שרה נמי אין סברא לומר דלכתחילה מותר לכתוב שם זה שקורין לה פורתא בלבד. א"כ מוכרח לומר דהרשב"א פי' דברי הרמב"ן כמש"פ. ודלא כמו שפי' הה"מ. וראיתי להר"ן פ' השולח דהביא לשון זה שהביא הה"מ בשם הרשב"א. וזהו ודאי ט"ס דהרשב"א ודאי לא ס"ל הכי כמבואר להדיא בחידושי הרשב"א. וע"כ צ"ל בר"ן וכתב הרמב"ן כו'. ונראה דגם הר"ן פי' דברי הרמב"ן דלא כמש"כ וצע"ג בזה. כ"ד ידידו יו"ט ליפמן הכהן.

סימן ז

כבוד י"נ הרב המאוה"ג כו' מו"ה הענדל נ"י

הגאב"ד דק"ק לאפיץ:

יקרת שו"ת לנכון הגיעני. והנני להשיבו כיד ד' הטובה עלי. ע"ד העובדא דאתא לידו שאחד בא למחנהו ואמר שהוא אלמן ונשא שם אשה אחרת. ואח"כ באה אשתו הראשונה חיה וקימה למחנהו. ונתודע הדבר לקרובי אשתו השניה ותפסו אותו ואת כל חפציו וישמרו אותו עד שיתן גט לאשתו השניה. וגם תבעו מאתו שיחזיר כל ההוצאות והמעות מזומן שלקח מחותנו. וכת"ר עשה פשר ביניהם שיחזיר לאשתו הראשונה את הסוס והעגלה ועוד בגד אחד. והשלישו זאת ת"י כת"ר ויתר החפצים יהא שייך לאשתו השניה. והנה אחר שגרש את אשתו השניה עמדו קרוביה וחטפו מיד כת"ר את הסוס והעגלה והבגד. ונסתפק בזה כת"ר דאולי יש לחוש מחמת זה לפסול את הגט אף שאמר בשעת נתינת הגט שהוא נותן לה את הגט בלא תנאי מ"מ הא יש אחרונים שמחמירין אף בכה"ג היכא שיש גלוי דעת ואומדנא דמוכח שבלא"ה לא הי' נתרצה לתת לה הגט. וגם נסתפק כת"ר דאולי צריך לשלם להאשה הראשונה בעד הסוס והחפצים שתפסו מידו שהוא פושע בזה מה שתפסו מידו. ומטעם זה רוצה כת"ר לצדד להקל בחששא שעל הגט. ובהשקפה הראשונה עלה בדעתי דאדרבה קרובי האשה השניה תפסו כדין מיד כת"ר כיון דאנן ידעינן שהיתה אנוסה בזה מה שמחלה לו הנדוניא וכל ההוצאות שגרם. ומחילה דינה כמתנה ואין צריך מסירת מודעא ע"ז היכא דידעינן באונסי'. ואין לך אונס גדול מזה מה שלא רצה לגרש עד שיושלש הסוס והחפצים ת"י כת"ר לצורך אשתו הראשונה מה שבאמת לא גירש אותה ואינו מגיע לה כלום וכיון שמה"ד הי' צריך להחזיר הסוס והחפצים לאשתו השניה א"כ אין כת"ר צריך לשלם בעד זה א"כ על הגט לכאורה יש חששא גדולה בנ"ז. וכן נלפע"ד בכל אותן שכופין אותו להוציא אמנם לא היה בידה לכופו עד שהוכרחה להשליש לו מעות ביד שליש מקודם עד אחר הגט והיא מסרה מודעא ע"ז או שאנו ידעינן באונסה א"כ הא לא בעי מודעא ע"ז. דאף שמה"ד שייך המעות המשולשין להאשה מ"מ נראה דאסור להשליש להחזיר המעות לידה משום

שע"י כן יתבטל הגט. ואף שאמר בפירוש שהוא נותן לה גט בלי שום תנאי נמי לא מהני משום דזה לא אסיק אדעתי' שהשליש לא יחזיר לו מה שהושלש בידו והיכא דלא אסיק אדעתי' להתנות נראה דסגי בגלוי דעת בלבד. ולכך סובר הר"ן גבי מקדש אשה וסבר שהיא כהנת והרי היא לויה ה"ז מקודשת מפני שלא הטעתו הא הטעתו אינה מקודשת פי' שאם אמרה שהיא כהנת וקדשה ע"ד כן והרי היא לויה אינה מקודשת אף שלא התנה בתנאי מפורש וסגי בגלוי דעת בלבד שהוא רוצה לקדשה מפני שהיא כהנת. וכ' שם הר"ן לחד לישנא דאף לר"מ לא בעי כפלי' למילתא. והקשה המהרי"ט ע"ז וז"ל איכא למידק ללישנא קמא מה בין זו להא דאמרינן בפ' השולח דאמר לה משום נדר אני מוציאך משום שם רע אני מוציאך דלא יחזיר ואוקמה רבא דכפלי' לתנאי' אבל סיפא דמשום אילונית יחזיר דלא כפלי' לתנאי' ואפי' לעז ליכא. וי"ל דבשלמא כשאמרה אני כהנת המוני הימנה ולא נסתפק כלל ולא נחית בדעתי' לומר שהיא משקרת דמילתא דעבידי לגלוי הילכך לא היה מקום לתנאי אבל גבי ש"ר מי לא אפשר שאינו כן וכן בנדר מי לא אפשר שימצא פתח לנדריה כו' עכ"ל. אלמא דהיכא דלא הו"ל להסתפק סגי בגלוי דעת בלבד שהוא עושה ע"ד כן. א"כ בנ"ד נמי כיון שכבר הושלש המעות ביד השליש א"כ לא הו"ל לאסוקי אדעתי' שהשליש לא יקיים כפי מה שהבטיח לו שיתן לו המעות המשולשין ת"י לאחר שיתן לה הגט ולכך לא התנה. ונראה דזה דמי להיכא שלא רצה ליתן הגט עד שתתן המעות מקודם לידו והטעתו ונתנה לו מטבעות מזויפות דודאי לא מהני אף שנתן הגט מפורש בלא שום תנאי. משום דלא אסיק אדעתי' להתנות דאם תהיינה המטבעות מזויפות לא יהא גט. ובודאי דהוה גט מוטעה בכה"ג. א"כ נראה דה"ה כיון שכבר הושלש ביד שליש הנאמן לו א"כ הא סבר הבעל דהוה כמונח בכיסו וע"כ לא אסיק אדעתי' להתנות וע"כ אם אח"כ לא יקיים השליש הוה גט מוטעה. כך עלה בדעתי לכאורה בפשיטות:

אמנם ראיתי אח"כ להמהרש"ל בתשו' סי' כ"ה דאינו סובר כן. ופסק בעובדא דאתא לפניו באחד שהיה מחוייב לגרשה מה"ד והוא לא נתרצה לגרשה עד שתשליש בעדו מעות והיא מסרה מודעא ע"ז. וצוה המהרש"ל להשליש להחזיר לה לאחר הגט המעות המשולשין ת"י וכתב המהרש"ל אף שיש כאן גילוי דעת ואומדנא דמוכח שאינו רוצה ליתן הגט אלא דוקא כשתתן לו מעות. ובכ"מ גלוי דעת ואומדנא דמוכח מהני כתנאי כפול. ז"א דהתוס' והרא"ש לא כתבו כן אלא לענין ממון וכן איתא באשיר"י פ' יש נוחלין להדיא דכ' ישנו חלוקים בממון וכתב אותן חילוקים דלעיל משמע דבגיטין וקדושין אינו מועיל שום גלוי דעת ואומדנא והיינו משום דבעינן תנאי ממש עכ"ד. ואחריו החזיקו

בסברא זו תלמידיו הגאונים הסמ"ע בתשו' הגאונים בתראי סי' נ"ב והגאון בעל משאת בנימין בסי' ע"ו דגבי קדושין וגיטין אינו מועיל שום גילוי דעת ואומדנא דמוכח משום דאנן קיי"ל כאביי דגלוי דעתא בגיטין לאו מילתא ולכך אינו מועיל שום גילוי דעת אלא רק גבי ממונא בלבד. ולא ידעתי איך יפרנסו הגאונים הללו המשנה דקדושין כסבור הייתי שהיא כהנת ה"ז מקודשת מפני שלא הטעתו. א"כ מוכח להדיא משם שהיכא דהיא הטעתו לא הוה קדושין אע"ג דלא הוה תנאי ממש. ועיין מה שביארתי בזה בספרי מלבושי יו"ט סי' ב' באורך דמדברי הר"ן מוכח להדיא דמיירי שם בגלוי דעת בלבד. ויותר מבואר דלא כדבריהם בדברי הר"ן בחידושיו גיטין (מה.) הבאתי ג"כ בספרי שם וז"ל וכ"ת וכי כפלי' בכה"ג לר"מ מאי הוה והא איהו מתנאי ב"ג וב"ר גמר וכיון שכן נבעי תנאי גמור כי התם כי היכא דבעינן כפילא י"ל דכי בעינן תנאי גמור ה"מ בדבר שאפשר לקיימו או לבטלו כתנאי בגוב"ר אבל מגרש ע"ד מה שעבר בגלוי דעת בלחוד מפסול אלא דכיון דלית לי' לר"מ מכלל לאו אתה שומע הן בעי כפילא. והנה דברי הר"ן הללו נובעין הם מדברי הרמב"ן בחידושיו שם אלא שבחידושיו חסר קצת הלשון. ועיין בריטב"א שם שמביא בשם הרא"ה רבו שהוא עומד בשיטת הרמב"ן שהם מפרשים דברי הגמרא שם דלא כהתוס' דמפרשי אע"ג דאמר דמשום ש"ר אני מוציאך לא הוה אלא לעז בעלמא כיון דלא התנה תנאי ממש. אבל הרמב"ן והנמשכין אחריו סוברים כיון דאמר משום ש"ר אני מוציאך הוה גלוי דעת לבטל הגט ממש. אם נמצא אח"כ שהדברים בדאים. אך כיון דאמרו לו שלא יחזיר לעולם ע"כ עילה מצא בה כדאיתא בירושל' וזהו שיטת רש"י ג"כ. א"כ הרי חזינן להדיא דהני גדולי הראשונים ס"ל להדיא דגלוי דעת מעליא מהני אף בגיטא לבטל. והדבר ברור שמפני שלא ראו המהרש"ל והסמ"ע המ"ב את דברי הרמב"ן הר"ן והריטב"א מחמת שעדיין לא יצא לאור בימיהם ע"כ נמשכו אחרי דברי התוס' הרשב"א והרא"ש דלכאורה נראה מדבריהם דלכך במוציא ש"ר אע"ג דאמר מפני ש"ר אני מוציאך לא הוה אלא לעז בעלמא משום דגבי גיטין לא מהני שום גלוי דעת. וכן התשו' מהרי"מ אלשיך בסי' ע"ח האריך הרבה בדברי התוס' הרשב"א והרא"ש דהם ס"ל בודאי דגלוי דעת לא מהני אף שיש אומדנא דמוכח ע"ז לבטל הגט אם לא בתנאי מפורש. ולפי האמת נראה דגם התוס' והרשב"א והרא"ש מודים דאומדנא דמוכח וגלוי דעת מהני גבי גיטין וקדושין כמו שמוכח מהמשנה דקדושין. ועוד אדבר בזה לקמן בס"ד. אלא הא דגבי מש"ר לא הוה אלא לעז בלבד לפי דעתם משום דגבי מש"ר ליכא אומדנא דמוכח על הגלוי דעת ואף דאמר שהוא מוציאה משום ש"ר יכול להיות מפני שהוא שונא אותה מגרשה ורק לצאת ידי הבריות הוא אומר שהוא מוציאה משום ש"ר

לכך לא הוה גלוי דעת גמור. וכן כתב הגאון בעל מחנה אפרים בה' גירושין פ"ט והשיג שם על תשו' מהר"ם אלשיך ומדייק כן מדברי הרשב"א בחידושיו דכתב שם וכ"ת גלוי דעת יש יעו"ש. וכן כתב הרמב"ן בעצמו בחידושיו דלפי לישנא בתרא דס"ל דטעמא דלא יחזור הוא משום פריצותא אפשר לומר דס"ל דלא חייש לקלקול אף דאמר דמחמת ש"ר אני מוציאך מ"מ ליכא משום קלקול מפני שהרבה בני אדם מגרשין נשותיהם משום ש"ר אעפ"י שיודעים שהדברים בדאין שהרבה נשים רעות ע"כ. וזהו סברת התוס' דס"ל דאף ללישנא קמא ליכא אלא לעז בעלמא משום דלא הוה אומדנא דמוכח על הגלוי דעת דרק משום ש"ר הוא מוציאה. אבל היכא דאיכא אומדנא דמוכח על הגלוי דעת רק דמחמת זה הוא מוציאה נראה דגם התוס' מודים דגלוי דעת מהני נמי גבי גיטא:

גם מש"כ המהרש"ל ראי' דלא מהני גלוי דעת ואומדנא גבי גיטא בלא תנאי כפול מאילונית דבעי לדברי חכמים תנאי כפול והא התם דאין לך גלוי מילתא ואומדנא גדולה מזו וסימני אילונית מוכיחין עליו ואפי"ה בעינן תנאי כפול אלמא דאין שום תנאי מבטל המעשה של גט אם לא בתנאי כפול עכ"ד. הנה לפי"ד הרמב"ן וסייעתו הא באמת כן הוא דגבי אילונית לא בעי תנאי גמור וסגי בגלוי דעת בלבד שאמר משום אילונית אני מוציאך לבטל הגט. והא דבעי כפלי' למילתא משום דלר"מ בכל גלוי דעת צריך כפלי' למילתא כיון דלית לי' מכלל לאו אתה שומע הן. וכן בהך דזבין ארעא אדעתא למיסק לארעא דישראל בעי כפלי' למילתא לר"מ ואנן לא קיי"ל כר"מ. וזהו שיטת האחרים שמביא הר"ן בפ' מי שאחזו דכתב שם וז"ל וליכא למימר דטפי עדיף לר"מ אומדנא בגלוי הדעת מתנאי שלא נכפל דהא לעיל בפ' השולח (מו) גבי מוציא אשתו משום אילונית וגלוי דעתא ואפי"ה אמרינן התם דלר"מ בעי דליכפלי' לתנאי' כו' עכ"ל. וזהו דברי הרמב"ן וסייעתו דפסקו דלא כר"מ. ואפי' לפי"ד התוס' הרשב"א והרא"ש דס"ל כיון דלא הוה תנאי גמור גבי אילונית לכך לא הוה אלא לעז בעלמא נמי אין ראי' דס"ל דאומדנא דמוכח וגלוי דעת לא מהני גבי גיטא והא דכ' המהרש"ל דאין לך גלוי מילתא ואומדנא גדולה מזו. לפעד"נ דז"א לא מיבעיא לפי"ד הרי"ף דלכך אין לה כתובה משום דאמרינן השתא הוא דבריאת ועיין במלחמות מה שמבאר דבריו משום דבשעת הגירושין היתה לה חולי של עקרית ולכך נראו בה סימני אילונית ואח"כ אזלו כדאמרינן זימנין דאזלו מחמת כחישותא והשתא הוא דבריאת וכתובה לית לה. א"כ לפי"ז ודאי איכא למימר דהכא לא הוה אומדנא דמוכח על הגלוי דעת שאמר שהוא מוציאה משום אילונית דכוונתו הוא מפני שמחזיקה לאילונית גמורה לכך הוא מגרשה. דהא איכא למימר דכונתו הוא דכיון שנראו בה סימני אילונית ועכשיו לכה"פ יש לה חולי של עקרית לכך הוא מגרשה

ואינו רוצה להחזיקה לכך לא הוה אלא לעז בעלמא. ואפי' לפי"ד התוס' שם בד"ה אומר לה כו' דלא ס"ל כדברי הרי"ף מ"מ זה ודאי דנראו בה קצת סימני אילונית. וכן כתב שם הרשב"א להדיא. וכן כתב המהרש"ל בעצמו וז"ל וסימני אילונית מוכיחים עלי'. א"כ לא הוה אומדנא דמוכח על הגלוי דעת דמה שאמר משום אילונית אני מוציאך הוא מפני שמחזיקה לאילונית ודאית לכך הוא מגרשה. דהא איכא למימר דכוונתו הוא דמפני שנולדו בה קצת סימני אילונית ע"כ אינו רוצה להכניס עצמו בספק שמא היא אילונית גמורה ע"כ הוא מגרשה. ולכך ס"ל להתוס' דלא הוה אלא לעז בעלמא:

ויותר נפלאתי על הגאון בעל משאת בנימין שכתב בסי' ע"ו וז"ל ואכתי איכא למידק בנ"ד לפי"ד המעררין שאומרים שמעולם לא היה ש"מ אך שע"י סם שהשקהו וע"י הרופאים שהעמידו עליו לומר שהוא מסוכן התרצה ליתן גט. א"כ גרע נ"ד משאר גט על תנאי ולא נתקיים [היינו היכא דלא כפלי' לתנאי'] דאפי"ה הגט גט לפי שבשעת נתינת הגט יש בידה לקיים התנאי ולא הוברר בשעת נתינת הגט שלא תתקיים התנאי אח"כ אלא גט מעליא הוא מעיקרא ואין בו ריעותא כלל אף שבסוף לא נתקיים התנאי אבל הכא כל עצמו של הגט מעיקרו הוא שאלמלא היה יודע המגרש שאינו ש"מ לא היה עולה על דעתו ליתן גט מעולם והם המה שהטעוהו טעות זה ואיכא כאן ריעותא בעיקר הגט בתחילתו ואף אי ליכא כאן תנאי כלל מ"מ הוה טעות בגט. הא נמי ליתא דהא תנן בפ' השולח המוציא את אשתו משום אילונית ר"י אומר לא יחזיר וחכמים אומרים יחזיר כו'. והשתא אליבא דחכמים אע"ג דלא כפלי' לתנאי' מאי הוה סוף סוף כשיתגלה הדבר שאינה אילונית נתברר הדבר שבשעת גט טעות היה שהרי הוא אמר בפירוש שמשום אילונית הוא מוציאה וטעות הוא בידו ונמצא הגט בטעות. אלא ודאי דאע"ג דבשעת גירושין איכא טעות כל כמה דלא כפלי' לתנאי' בשעת גירושין אמרינן דגירושין גמורין הן דבכל ענין מגרשה בין תהיה אילונית בין לא תהיה אילונית אף כאן בנ"ד כיון דסתם קא יהיב גיטא דעתו על גירושין גמורין בין שהוא. ש"מ בין שהוא ברי כו' עכ"ל. ועפר אנכי תחת כפות רגליו ולפע"ד לא צדקו כלל בדבריו בזה דלא נוכל ללמוד מכאן רק היכא שהי' אחד חולה ואמדו הרופאים דעירו שהוא חולה מסוכן ואמרו לו שהוא מוכרח ליתן גט לאשתו כדי שלא תפול ליבום. ואח"כ נמצא שהרופאים דעירו טעו בזה כי בא רופא אחד גדול מהם ואמר שאין בו סכנה כלל בכגון זה נוכל ללמוד מאילונית דלא הוה גט מוטעה אע"ג דאי הוה ידע מזה שהרופאים טעו שאינו חולה מסוכן לא היה נותן הגט מ"מ כיון שהרופאים אמרו האמת כפי מה שנראה להם לפי ראות עיניהם בזה ליכא חששא על הגט. משום דאמרינן דהוא גמר ויהיב הגט מפני החשש שלא תפול ח"ו אשתו

ליבום כיון שלא הטעוהו כלל אף שלפי האמת הי' טעות בזה מ"מ לא הוה גט מוטעה. אבל היכא שהרופאים בעצמם ידעו שהוא אינו מסוכן רק שהם הטעו אותו בכונה כדי שיתן גט לאשתו ואנן סהדי דאי הוה ידע מזה לא היה נתרצה כלל בשום אופן לתת גט לאשתו בזה נלפע"ד דהוה גט מוטעה ממש ולא נוכל ללמוד כלל מאילונית דהא גבי אילונית הדבר אמת שנולדו בה קצת סימני אילונית והיה בה ריעותא כנגד כל הנשים לכך אף שאמר דמפני שהיא אילונית הוא מוציאה מ"מ כ"ז דלא כפלי' לתנאי' ליכא חששא על הגט ולא הוה גט מוטעה דמי הטעהו ובודאי אמרינן דהוא גמר ויהיב הגט שלא רצה להכניס א"ע בספק אילונית. אף שלפי האמת לא היתה אילונית. ואף גבי אילונית גופא נראה לפע"ד דאם הוא לא ידע מה הם סימני אילונית ובאו רופאים והטעו אותו ואמרו לו שיש לאשתו סימני אילונית וע"כ צריך לגרשה ועמד וגרשה ואמר שמפני שהיא אילונית הוא מוציאה. בודאי דהוה גט מוטעה אע"ג דלא כפלי' לתנאי' ולא אמר דרך תנאי נמי לא הוה גט כלל. ויותר נלפע"ד דאף דאמר להדיא דמגרשה בלי שום תנאי נמי לא מהני בזה. משום דזה לא אסיק אדעתי' שהרופאים הטעו אותו כדי שיגרשה. ואף שבטל כל התנאים מ"מ זה דלא אסיק אדעתי' כלל לא בטל:

אמנם ראיתי להגאון בעל נוב"י חלק אה"ע סי' י"א בעובדא דאתא לידו שאשה אחת הודה בפני ב"ד שזנתה וב"ד חקרו מהבעל אם הוא מאמין אותה ואמר שהוא מאמינה. ואסרוה ב"ד על בעלה ועמד וגרשה. ואח"כ נתברר הדבר שזה הוא שקר כי למדוה לומר כן כדי שיגרשה בעלה. ופסק הנוב"י שאשה הזאת אסורה לחזור לבעלה מטעם שהמוציא את אשתו משום ש"ר אסורה לחזור יעו"ש דכתב דאפי' לדעת הסוברים דדוקא בכפלי' למילתא אסורה לחזור מ"מ הכא שהרב הורה לגרשה וע"פ הוראת הרב שהאשה נאסרה עליו גרשה עדיף מכפלי' למילתא דהרי יש דברים שלא מיבעיא שא"צ תנאי כפול אלא אפי' א"צ להזכיר התנאי כלל וכמ"ש התוס' בקדושין (מט:) ד"ה דברים שבלב כו' דדברים שאנן סהדי לא בעי תנאי כפול כו' ואף שמ"מ אין לבטל עכשיו הגט מחמת זה כיון שאמר בשעה שגרשה בפירוש שמגרש בלי תנאי כו' מ"מ לא גרע מכפלי' למילתא כו' עכ"ל. והנה בדברי הגאון הנ"ל מבואר להדיא דהוא ג"כ סובר דאף גבי גט מהני אומדנא דמוכח וגלוי דעת נפלאתי מה שלא הזכיר כלל מה דס"ל לגדולי האחרונים דאין שום דבר מבטל הגט רק תנאי מפורש. ועכ"פ הו"ל להביא דבריהם ולבאר דלא ס"ל כוותייהו אמנם מה דסובר הגאון הנ"ל דכיון דאמר בלי שום תנאי לא איכפת לן אף שהטעו אותו וסבר שהיא אסורה לו לכך גרשה מ"מ לא בטל הגט. לפע"ד אינו כן דמנ"ל לומר דמה שאמר בלי שום תנאי ובטל כל התנאים בטל נמי דבר שלא אסיק אדעתי'

כלל. וראיתי שהגאון בעל אבני מלואים הסכים ג"כ לדברי הנוב"י דמהני מה שאמר בלי שום תנאי. וע"כ סובר דאפי' לעז ליכא וגלוי דעת נמי ליכא כיון שאמר בפירוש בלי שום תנאי וכתב וז"ל ואע"ג דבגט שכ"מ כשעמד והיא אינה רוצה לחזור אליו דעת מוהר"ם לובלין דהוי גט בטעות אע"ג דבטל כל התנאים. כבר חלקו עליו כל חכמי הדור וכמ"ש ב"ש סי' קמ"ה ע"ש עכ"ל. לפע"ד ע"כ לא חלקו חכמי הדור על המהר"ם לובלין אלא בעובדא דידהו דשם ודאי הא זה אסיק אדעתי' שאולי לא תתרצה לחזור להנשא אליו ולכך עשו עמדו קשרים מקודם שהיא מחוייבת לחזור להנשא אליו כשיעמוד מחליו וכיון שנתן הגט בלי שום תנאי ע"כ סמך רק על הקשרים בלבד. אבל אם הטעו אותו כמו בעובדא דהנוב"י דאנן סהדי דזה לא אסיק אדעתי' כלל שהיא מטעה אותו להודות בב"ד שזנתה כדי שיגרשה. ולכך אמר בב"ד שמאמינה א"כ אף שאמר בפירוש בלי שום תנאי נמי לא מהני. וראי' לזה דהא מצינו דאפי' קבל עליו בפירוש כל אונסין דמתיליד מ"מ אם אירע אונס דלא שכיח אמרינן בגיטין (עג.) דזה אינו בכלל משום דע"ז לא אסיק אדעתי' ע"כ לא נכלל זה בלשונו דקבל כל אונסין. א"כ ה"נ אע"ג דאמר בלי שום תנאי ובטל כל התנאים לא קבל עליו אלא דבר דאסיק אדעתי' אבל דבר דלא אסיק אדעתי' כלל לא קבל עליו ולא בטל וכיון שהוא גרשה רק מחמת שהרב אסרה עליו ואמר שהוא מחוייב לגרשה א"כ אין לך גט מוטעה גדול מזה. וכן בגט דווינא אם היה הדבר אמת כפי מה שאמרו המעררין שהרופאים הטעו אותו ואמרו שהוא מסוכן ודאי דלא מהני אף שאמר שהוא נותן הגט בלי שום תנאי. אך באמת העיקר הוא כמו שכתב הבעל משאת בנימין אח"כ כיון שהסמ"ע העיד שהוא והגאון ר' הענדל ז"ל היו שם ולא הרגישו שום ערמה בדבר ודאי הדבר שקר. וכן נראה מתשו' המהר"ם לובלין שע"ז לא ערר כלל:

והנה ראיתי להגאון בעל הסמ"ע בתשו' הנ"ל דהביא ראי' דלא אזלינן בתר אומדנא בגיטין מהא דקיי"ל כרבא בפ"ק דכתובות דאין טענות אונס בגיטין כ"א באונס דלא שכיחא אבל שכיחא ולא שכיחא כגון חלה שלא היה יכול לבוא כתבו תוס' שם והפוסקים וטא"ע ריש סי' קמ"ד דהוה גט כו'. ונוראות נפלאתי על גאון שכמותו שלפע"ד אדרבה הא משם ראי' דאזלינן בתר אומדנא בגיטין דהא אמרינן שם להדיא דד"ת לא הוה גט אפי' באונס דשכיחא ולא שכיחא ורק משום צנועות ופרוצות התקינו רבנן דלהוי גיטא ואפקוהו רבנן לקדושין מינייהו א"כ מוכח להדיא משם דאזלינן בתר אומדנא בגיטין. והאומדנא הוא כשהתנה אם לא אבוא יהא גט היה כוונתו רק כשלא יבוא מרצונו ולא כשיארע לו אונס אפי' אונס דלא שכיח כ"כ נמי לא אסיק אדעתי' וע"ז לא היה כוונתו וצע"ג. עוד כתב שם הגאון הנ"ל וז"ל גם נראה דהחלוק שהחליק מהרש"ל בין ממון לגט

מוכח מדברי תוס' פ' מי שאחזו (עב:) הנ"ל שכתבו בפשיטות דלכך הגט אינו דומה למתנה דמתנה אינו חלה כלל כ"א אחר מיתה אבל גט מחיים דאדעתי' שיחול מיד עכ"ל דקשה לכאורה מ"ש היא מהא. הא כמו שאין גט לאחר מיתה כך אין מתנה לאחר מיתה אלא שבמתנה אמרינן לאחר שמת ה"ל המתנה למפרע משעת אמירה שאמר שיתנו לו וכמ"ש הטור בח"מ סי' ר"נ א"כ גם בגט אמר כן שדעתו היה שלא יחול מיד אלא כשימות יחול למפרע משעת נתינה כו' אבל לפי מ"ש בשם מהרש"ל א"ש בלא"ה והוא דמתנה שהוא ממון הולכין בו בתר אומדנא ואומדנא שאינו נותן כל אשר לו לאחרים כנ"ל כ"א אדעתי' שימות משא"כ בגט דאין הולכין בו בתר אומדנא כלל כמ"ש מהרש"ל וכמ"ש כו' עכ"ל. גם בזה נפלאתי עליו מאד דאדרבה משם מוכח דאין לחלק בין גט לממון לפי"ד המפרשים דר"ה דאמר גיטו כמתנתו איירי בש"מ שנתן גט סתם ואפי"ה ס"ל דגיטו כמתנתו ואם עמד חוזר ודאי דצ"ל לפ"ד דאזלינן בתר אומדנא אף בגיטין. ואף שאנן לא קיי"ל כר"ה הוא מטעם חששא שיאמרו שיש גט לאחר מיתה ע"כ עקרו חכמים הקדושין כדאמרינן התם. והא המפרשים הללו הם רוב גדולי הראשונים רש"י והר"ח והרי"ף והרמב"ם והרא"ש הם כולם מפרשים כן א"כ ס"ל בודאי דאזלינן בתר אומדנא אף בגיטין. ואפי' לפי"ד הר"ת דמפרש דהא דר"ה איירי כשנותן גט על תנאי אם מתי מ"מ מדהוצרך לדחוק ולחלק משום דמתנה אינה חל לאחר מיתה אבל גט ע"כ צריך לחול מחיים א"כ מוכח להדיא דלא ס"ל כשיטת המהרש"ל. וזה א"א לומר דכוונת התוס' הוא כסברת המהרש"ל. דאין לשונם סובל זאת. ומה שהקשה הסמ"ע ע"ד התוס' מדברי הטור דגם מתנת ש"מ חל מחיים למפרע תמוה ג"כ דהא על דברי הטור תמה הב"י וכתב דהא קיי"ל דמתנת ש"מ אינה קונה אלא לאחר מיתה. אך לפי מה שדחק שם הב"ח לישב דברי הטור דהקנין חל מחיים שיקנה בה לאחר מיתה יש מקום לקושיתו. אבל באמת הא הוא בעצמו בפרישה מתרץ דברי הטור דבאמת אינו קונה רק לאחר מיתה יעו"ש. א"כ לפי"ז א"ש דברי התוס' בפשיטות. ואפי' לפי"ד הב"ח נמי לא קשה דגברא אגברא קרמית דהא ודאי איכא למימר דהר"ת ס"ל דמתנת ש"מ אינה קונה מחיים כלל אלא לאחר מיתה ממש כפשטות לישנא דגמרא מתנת ש"מ כירושה שוו רבנן. וכן מבואר להדיא בדברי התוס' גיטין (ט.) ד"ה ואינו חוזר כו'. ומה שיש להקשות משם על שיטת הר"ת הללו עיין בהאחרונים שעמדו ע"ז. ואין כאן מקום להאריך בזה. וכן הביא הקצה"ח דכמה ראשונים ס"ל הכי. אח"ז התבוננתי בדבריו וראיתי שיש לישב דבריו בזה [אך לשונו מגומגם שם] דעיקר קושיתו הוא מדברי הטור חו"מ סי' קכ"ה דכתב שם דאם נתן הש"מ מתנה להשליח שיתן מיד להמקבל יכול לחזור בו כשיעמוד. והביא שם

בשם הרמ"ה דכ"ז שלא עמד אינו יכול לחזור בו בחלי'. וכן פסקינן בשו"ע שם. א"כ ע"כ צריך לומר דקנה מיד אלא דהוה כתנאי שאם יעמוד תתבטל המתנה. וכן הוא הדין אם נותן הש"מ מידו ליד המקבל ממש. א"כ בגט שנותן הש"מ כיון דנותן מידו לידה ממש אמאי לא אזלינן בתר אומדנא כמו במתנה דכונתו היה שיתבטל הגט כשיעמוד מ"מ אם לא עמד הוא חל מחיים. אבל באמת גם זה לא קשה על דברי התוס' דודאי הר"ת לא ס"ל דברי הרמ"ה אלא ס"ל דגבי מתנת ש"מ אפי' נותן ליד המקבל ממש מ"מ אינו קונה אלא לאחר מיתה כמו בכל מתנות ש"מ [ונראה דאף אם זהו מתנה במקצת מ"מ כיון דהוא מצוה מחמת מיתה אינה קונה אלא לאחר מיתה ודינו לכל דבר כמו מתנת ש"מ] יכול לחזור בו בחליו. וכן הביא הט"ז בסי' ר"נ ס"ד תשובת מהר"ם מרוטענבורג דכ' להדיא כן דס"ל דאפי' מסר לידו ממש לא קנה אלא לאחר מיתה:

עוד כתב שם הגאון הנ"ל וז"ל והי' נראה לכאורה לתרץ דשאני מתנה דאנן סהדי דאין אדם נותן כל אשר לו ויחזיר על הפתחים לכך אמדינן דעתו שלא צוה ליתן אלא כשימות משא"כ בגט שנותן סתם ואינו מוכח כ"כ שאדעתא שימות נותן הגט ומשו"ה אף שאומר כן קודם כתיבת הגט שאדעתא דהכי נותן מ"מ כיון שליכא אומדן דעת ולא חזר ואמר כן בשעת נתינתו והוה כדברים שבלב כדינו של הר"ן ז"ל במוכר אדעתא למיסק לא"י כאשר כתבתי כו' עכ"ל. ולפע"ד גם זה תמוה דלפי"ד הגאון הנ"ל נראה דמצוה מחמת מיתה לא מיקרי אלא דוקא אם יאמר בעת הנתינה ממש שהוא נותן מחמת מיתה. אבל אם גילה דעתו קודם הנתינה שהוא נותן מחמת מיתה לא. ולפע"ד אינו נראה כן דהא מוכח מדברי הגמרא ב"ב (קנא:) גבי אחתיה דרב דימי בר יוסף דפסק ר"נ דהוה מצוה מחמת מיתה אע"ג דלא הזכיר מיתה רק בעת ששלחה אחר אחיה אמרה ווי דקא מיתה הך איתתא עיי"ש. ולא הזכיר כלל מיתה בעת הנתינה. א"כ מוכח להדיא דמצוה מחמת מיתה אף שלא הזכיר בעת הנתינה ממש נמי מיקרי מצוה מחמת מיתה. א"כ כשהזכיר מיתה קודם כתיבת הגט אף שלא הזכיר בעת הנתינה שהוא נותן מחמת מיתה נמי הוה אומדנא גדולה דמחמת מיתה הוא נותן הגט. ועוד הא תירוץ הגאון הנ"ל מה שרוצה לתרץ לא יעלה אכתי במסוכן דקיי"ל דגבי מתנה אף אם לא הזכיר כלל מיתה נמי הוה כמצוה מחמת מיתה ואם עמד חוזר. א"כ כשהוא מסוכן ונותן הגט נמי הוה אומדנא דמחמת מיתה הוא מגרשה ואמאי אם עמד אינו חוזר:

המורם מכל דברינו אלה שלפע"ד נראה עיקר דגלוי דעתא מעלייתא ואנן סהדי דאדעתא דהכי יהב גיטא מהני לבטל גיטא לכו"ע כמו תנאי מפורש. והא דפליגי אביי ורבא בגלוי דעתא בגיטא היינו בגלוי דעת סתום שאמר דברים סתומים וקסבר רבא כיון שגלה דעתי'

אף שאמר דברים סתומים מ"מ לא הוי דברים שבלב וקיי"ל כאביי דכיון דאמר דברים סתומים לאו מילתא היא. וכן פי' הרשב"א להדיא בקדושין (נ.). אבל גלוי דעת מפורש כו"ע מודים דמהני. ומה שדקדקו גדולי האחרונים הנ"ל מדברי הרא"ש פ' יש נוחלין דכ' שם ושלשה חלוקים ישנו בענין ממון יש דברים שהדעת מכרעת כל כך דאזלינן בתר אומדנא דמוכח ואפי' גלוי דעת לא בעי כגון שטר מברחת כו'. ויש דברים דבעיא גלוי דעת כי הדא דזבין נכסי' אדעתא למיסק לארעא דישראל כו'. וכן כתב הה"מ בפ"ו מה"א דכתב וז"ל ודע שלדעת רבינו והגאונים הראשונים יותר הוא מועיל בדיני ממון גלוי דעת או אומדנא דמוכח מתנאי שלא נעשה כתיקונו כו' עכ"ל. דמשמע נמי דדוקא גבי ממון מהני גלוי דעת או אומדנא דמוכח. נראה דלאו דוקא הוא משום דגבי גט מצינו דלפעמים לא אזלינן בי' בתר אומדנא. דהיינו גט ש"מ שנותן מחמת מיתה. דהא אנן קיי"ל כרבה ורבא דאם עמד אינו חוזר. לכך כתבו הרא"ש והה"מ הכלל הזה רק גבי ממון משום דגבי ממון אזלינן בכ"מ בתר אומדנא דמוכח. אבל ודאי גבי גיטין וקדושין נמי מהני גלוי דעת מעלייתא היכא דאנן סהדי דאדעתא דהכי גרשה או קדשה:

אח"כ התבוננתי דאף לפי מש"ב דגבי גיטין וקדושין מהני גלוי דעת מעלייתא לבטל הגט או הקדושין זהו דוקא היכא דזה הוה תנאי לשעבר דשם סגי בגלוי דעת לחוד היינו אם גלה דעתו שאינו רוצה לקדשה אלא דוקא אם היא כהנת והיא אמרה לו שהיא כהנת. וכן בגיטין אם גלה דעתו שאינו רוצה לגרשה אלא דוקא אם היא אסורה עליו וכה"ג דשם כיון דהוא לשעבר סגי בגלוי דעת לחוד אף גבי גיטין וקדושין. אבל בתנאי דלהבא לא סגי בגלוי דעת לחוד גבי גיטין וקדושין אע"ג דגבי ממון מהני. דהיינו אם אחד גרש את אשתו אדעתא למיסק לארעא דישראל והיא אינה רוצה לעלות עמו אף שגלה דעתו בשעת גירושין שלכך הוא מגרשה מפני שרוצה לעלות לא"י מ"מ אם אח"כ לא עלה מחמת איזה סיבה לא בטל הגט. ולמדתי זאת מדברי הר"ן בחידושיו לגיטין [והוא נובע מדברי הרמב"ן] שהבאתי למעלה שכ' לחלק דכי בעינן תנאי גמור ה"מ בדבר שאפשר לקיימו או לבטלו כתנאי בגוב"ר אבל מגרש ע"ד מה שעבר בגלוי דעתא לחוד מיפסל ע"כ. וע"כ כונתו הוא זה שבארנו לחלק בין לשעבר דסגי בגלוי דעת לחוד אף גבי גיטין וקדושין. אבל בדבר שהוא להבא כמו אדעתא למיסק לא"י גבי גיטין וקדושין לא הו"ל למסמך על גלוי דעת בלבד והו"ל להתנות בהדיא. אבל גבי ממון הא מהני גלוי דעת מעלייתא אף בדבר דלהבא ואפשר לקיימו או לבטלו כמו מוכר אדעתא למיסק לא"י וע"כ כוונת הר"ן הוא לחלק זאת גבי גיטין וקדושין. מ"מ אם איכא גלוי דעת ואומדנא דמוכח הרבה כמו גבי ש"מ מהני אף בתנאי דלהבא אף גבי גיטין וקדושין. דהא הרמב"ן

והר"ן הם עומדים בשיטת רש"י והר"ח דמפרשים דמה"ד ש"מ אף אם נתן גט סתם אם עמד חוזר ורק מטעם תקנת חכמים אינו יכול לחזור. אלא ע"כ כוונת הרמב"ן והר"ן הוא היינו היכא דעל הגלוי דעת ליכא אומדנא דמוכח כ"כ כמו משום ש"ר אני מוציאה מ"מ סגי בגלוי דעת לחוד משום דזה הוה תנאי דלעבר אבל בלהבא כה"ג לא סמכינן על גלוי דעת בלבד גבי גיטין וקדושין משום דהו"ל להתנות בהדיא. כנ"ל לבאר דבריהם:

אמנם ראיתי להגאון בעל אבני מלואים סי' ל"ח ס"ה שהביא ראי' מדברי הר"ן הללו לפשוט מה דנסתפק המל"מ אם בעי בתנאי שלעבר משפטי התנאים וכתב דמצא דין זה מפורש בדברי הר"ן הלזה דמחלק בין תנאי דלעבר לתנאי דלהבא. ובמחכ"ת דבריו אלה הם כשגגה היוצא מלפני השליט דהא הר"ן לא כתב דלא בעי בזה משפטי התנאים אלא דלא בעי בזה רק גלוי דעת בלבד דלכך הוא מגרשה מפני דקפיד על מה שיש עליה ש"ר. אבל אם הש"ר אינו אמת אינו מתרצה בגט והגט בטל אף בלא תנאי כלל. וכן בכ"מ בכה"ג דהיינו אם מקדשה ע"מ שאין עליה נדרים או מומין לא בעי תנאי כלל אלא גלוי דעת בלבד דקפיד ע"ז. אבל אם מתנה בתנאי דלעבר בדבר דלא שייך קפידא כגון אם ירדו גשמים היום הרי את מקודשת לי בזה לא דבר הר"ן כלל כיון דבעי תנאי א"כ נוכל לומר דבעי ג"כ כל משפטי התנאים בזה אף לפי"ד הר"ן. אבל המל"מ נסתפק דאף בדבר דלא שייך בו קפידא כלל כיון דהוא מתנה בתנאי דלעבר לא בעי משפטי התנאים. א"כ דברי הר"ן לא שייך כלל לפשוט הספק של המל"מ. וזה ברור בס"ד:

המתבאר מכל דברינו אלה לדינא דאם הטעתו בתנאי שלעבר ויש אומדנא דמוכח דמחמת זה נתן הגט מפני שטעה דהיינו אם נתנה לו סך כך וכך כדי שיתן לה הגט והטעתו במטבעות מזויפות או שנתנה לו חפצים שאינם שלה ואח"כ באו הבעלים ולקחו ממנו החפצים ודאי דהוה גט מוטעה ממש ואף שנתן הגט בלי שום תנאי נמי לא מהני בזה משום דזה לא הו"ל לאסוקי אדעתא שמטעין אותו. וכן כל כיוצא בזה אם הטעתו בתנאי דלשעבר ואנן ידעינן דמחמת טעותו נתן הגט הוה גט מוטעה וכמשב"ל. אולם אם הטעתו בתנאי דלהבא כגון שהבטיחה לו ליתן לו מעות סך כך וכך ונתנה לו שט"ח ע"ז ואף שאנן ידעינן ברור דמחמת שהוא היה בטוח בזה שבודאי תסלק לו כפי מה שהבטיחה לו וע"כ נתן הגט מ"מ נראה אם אח"כ לא סלקה לא בטל הגט כיון דזה הוא תנאי דלהבא א"כ הו"ל לאסוקי אדעתא ולהתנות בהדיא וכיון דהוא סומך על השט"ח ולא התנה אין לנו לחוש אף אם לא תקיים אח"כ. וכ"ש אם נתן בפירוש את הגט בלי תנאי. וזה הוה ממש עובדא דווינא שהורו חכמי הדור דלא כדעת המהר"ם לובלין. אמנם אם השלישה המעות ביד שליש הבטוח לו. והוא היה מאותן שכופין אותו

להוציא והיא מסרה מודעא ע"ז צ"ע אם זה הוה כמו תנאי דלשעבר משום דהוא סבר כיון דמסרה ליד השליש א"כ הוה כמונח בידו לכך לא הו"ל לאסוקי אדעתי' להתנות וכיון שיש אומדנא דמוכח דמחמת זה נתן הגט א"כ אם אח"כ לא ימסור לו השליש את המעות הוה גט בטל. או דילמא כיון דהוא יודע בעצמו שהוא מחוייב ליתן לה גט בלי שום מעות א"כ הו"ל לאסוקי אדעתא דילמא לא יקיים השליש אח"כ כפי מה שהבטיח לו א"כ הו"ל להתנות בהדיא וכיון דלא התנה לא בטל הגט מחמת האומדנא שלו. ונראה דזהו סברת המהרש"ל שהבאתי למעלה שהקיל בזה להשליש שיחזיר לה המעות דזה ברור דגם המהרש"ל מודה אף שהקיל באומדנא דמוכח וגלוי דעת גבי גט מ"מ אם כבר נתנה לידו המעות והטעתו במטבעות מזויפות גם המהרש"ל מודה דהוה גט מוטעה ממש. וע"כ נראה דדעת המהרש"ל הוא כיון דהיא אנוסה על נתינת המעות א"כ הו"ל לאסוקי אדעתא דאולי לא יקיים השליש כפי מה שהבטיח לו. וכן כתב המהר"ם אלשיך בתשו' הנ"ל סברא זו כיון דהוא ידע שהיא אנוסה על מחילת כתובתה א"כ הו"ל לאסוקי אדעתא בזה ולא הוה כמונח בכיסתיה יעו"ש. ומשם ג"כ מוכח להדיא דהיכא דהטעתו בדבר דלא הו"ל לאסוקי אדעתא כלל דהיינו שכבר נתנה לידו ואח"כ נמצא שזה הוא מזויף אף שלא גלה דעתי' בשעת כתיבת הגט דאדעתא דהכי הוא עושה כן נמי בטל הגט משום דסמך על מה שמונח כבר בידו ע"כ לא גלה דעתו בשעת כתיבת הגט דמחמת זה הוא עושה כן. וכן מוכח להמעיין היטב בלשון המהרש"ל דכתב וז"ל א"כ משמע דוקא בגט העשוי בתנאי כהלכתו הוא דפסול במוטעה לפי שהתנאי מבטל המעשה ומהני כתנאי בגוב"ר כמו שפירש"י אבל מה שמטעין אותו בלא תנאי והוא סובר שיתנו לו כך אף אם אינה נתנה לו הוי הגט גט כשר עכ"ל. יראה מדבריו להדיא דהיכא דהטעתו במה שכבר נתנה לו גם הוא מודה דהוי גט מוטעה ממש. דהא כתב דרק היכא שהטעתו שסובר שיתנו לו כך אז בלי תנאי כפול אינו בטל הגט. וע"כ צ"ל דס"ל להמהרש"ל דהיכא שמונח ביד השליש אף שהיא הניחה לצורכו עד אחר הגט מ"מ כיון שעדיין אינו בידו זה לא הוה כמונח בכיסתיה והו"ל לאסוקי אדעתי' דילמא לא יקיים השליש אח"כ ולא הו"ל לסמוך על הגלוי דעת בלבד מה שלא רצה ליתן הגט עד שישלישו בעדו המעות והו"ל להתנות בהדיא כדין וכיון שלא התנה כדין אינו בטל הגט:

ואם כנים אנו בסברא זו דאף שכבר הניחה ביד השליש מ"מ כיון דהיא אנוסה ע"ז הו"ל לאסוקי אדעתא דילמא לא יקיים השליש אח"כ כפי מה שהבטיח לו א"כ זה מקרי תנאי דלהבא. א"כ יוצא לנו קולא לנ"ד אפי' לפי משב"ל דאף גבי גיטין וקדושין מהני גלוי דעת ואומדנא דמוכח מ"מ כבר בארנו דנראה מדברי הראשונים דזה דוקא בתנאי שלעבר דאז

סגי בגלוי דעת בלבד שמחמת זה נותן הגט ואם נמצא שאינו כן בטל הגט. אבל בתנאי דלהבא אף לפי"ד גבי גיטין וקדושין לא סמכינן על גלוי דעת בלבד לבטל הגט משום דהו"ל להתנות בהדיא ודוקא אומדנא דמוכח הרבה כמו בש"מ שהכל יודעין דעתו שמה שנותן הגט הוא רק כדי לפוטרה מיבום וחליצה אבל בנ"ד דלא הוה אומדנא דמוכח הרבה שבלא זה לא היה נותן לה גט א"כ כיון דהוה תנאי דלהבא ולא התנה בהדיא יש להקל שאינו בטל הגט אף שלא קיים השליש כפי מה שהבטיח לו. ואף אם נאמר דבנ"ד נמי הוה אומדנא דמוכח הרבה כמו גבי ש"מ מ"מ זה ברור דאף לפי"ד רש"י והר"ח דאם הש"מ נותן גט בלא תנאי ודאי דהדבר ברור דאם עמד אינו חוזר, אף מה"ד. וא"כ בנ"ד כיון דנתן הגט בלא תנאי לכו"ע הוה גט מעליא. וגם אף אם נאמר דלא כדברינו דאף בתנאי דלהבא מהני גילוי דעת היכא שיש אומדנא דמוכח ע"ז [כי לא קבעתי עדיין מסמרים בזה] וא"כ היכא שגרש את אשתו אדעתא למיסק לא"י וכן גלה דעתו בשעת גירושין ואח"כ לא יכול לעלות מחמת איזה סיבה בטל הגט. מ"מ זה ברור דאם נתן הגט בפירוש בלא תנאי ודאי דלית דין ולית דין שיאמר דבטל הגט. א"כ ה"ה בנ"ד כיון שנתן הגט בפירוש בלא תנאי לא איכפת לן הגלוי דעת דמקודם. אבל באמת לבי נוקפי לסמוך על סברא זו דאף שמונח ביד השליש מ"מ הו"ל לאסוקי אדעתא ולהתנות אף שנראה כן מדברי המהרש"ל מ"מ ראיתי לאחד מהאחרונים שהביא דברי הב"ח דכתב על דברי המהרש"ל הנ"ל דלא כתב זאת אלא להלכה ולא למעשה. וכונתו משום דנראה להמהרש"ל ז"ל שם בעובדא דידי' דהיא אינה צריכה גט כלל מה"ד ע"כ הקיל בה הרבה:

אבל העיקר מה שנ"ל בנ"ד להקל דאינה צריכה גט אחר הוא מטעם שכתב כת"ר בסוף דבריו שלפי מה שביארתי בס' מלבושי יו"ט סי' א' ב' ג' גם בנ"ד אינה צריכה גט מה"ד אלא מדרבנן בלבד כדי שלא יאמרו א"א יוצאה בלא גט. דהא הם דרשו וחקרו מקודם ואמרו קרוביו שהוא אלמן וגם הוא בעצמו אמר שהוא אלמן. ואח"כ נתודע שיש לו אשה אחרת א"כ הטעה אותה בדבר איסור שהוא אינו יכול לדור עמה מחמת חדר"ג וגם ב"ד בודאי לא יניחו אותו לדור עמה בשום אופן א"כ אין לך אומדנא גדולה מזו שאם היתה יודעת מקודם לא הי' נתרצית להנשא לו א"כ הוי קדושי טעות דלא גרע זאת מהמקדש ע"מ שאני כהן ואח"כ נמצא שאינו כהן דאינה מקודשת. וכבר ביארתי שם בספרי הנ"ל דאף דלא היה תנאי ממש אלא רק גלוי דעת בלבד שהיא נתקדשה לו מפני שהוא כהן והוא הטעה אותה ואמר שהוא כהן אינה מקודשת. וכ"ש בנ"ד שהוא הטעה אותה בדבר שגם היא אסורה לדור עמו מחמת חדר"ג וגם א"א לו למיקם ספקייהו דשתי נשים ואנן סהדי דאי הוי ידעה מזה לא הוי נתקדשה לו א"כ א"צ גט מה"ד אלא מדרבנן בלבד.

וכיון דא"צ גט רק מפני מראית עין בלבד שלא יאמרו א"א יוצאה בלא גט אין לנו לחוש למה שנמצא בו פסול מצד אחר כיון דעצם הגט היה גט כשר כדת. וכמו כן מצינו גבי בן פקועה דכיון דא"צ שחיטה אלא מדרבן בלבד שארי טריפות אינן אוסרין בו וכתבו הראשונים דכיון דמה"ד שחוט ועומד הוא אלא מפני מראית עין בלבד הצריכו שחיטה אין לנו לחוש לשאר טריפות למראית עין שאין הרואה אותו יודע שנטרפה והבא ללמוד מלמדין אותו:

עוד נ"ל לאחר העיון קולא אחרת בנ"ד דאם נאמר דבכל אותן שכופין להוציא והיא לא יכלה לכופו ע"כ השלישה בעדו מעות ביד השליש ומסרה מודעא ע"ז מקודם אף שמה"ד שייך המעות לה מ"מ אסור להשליש להחזיר לה המעות מפני שמחמת זה יהא פסול על הגט דזה הוה כמו שהיא כבר מסרה המעות לידו והטעתו במטבעות מזויפות דהוה ודאי גט מוטעה לכו"ע. כ"כ כשמסרה בעדו המעות ליד השליש והיא הטעתו שמסרה מודעא ע"ז. ודלא כדעת המהרש"ל. א"כ אם לא מסרה מודעא ע"ז נראה דמה"ד שייך המעות להבעל ואף שאנן ידעינן באונסה ובמתנה הא קיי"ל דלא בעי מסירת מודעא ע"ז מ"מ הכא כיון שאם יחזיר השליש לה המעות יהא פסול על הגט אמרינן דמחמת זה גמרה ומקנה לו א"כ אף שאם היא טוענת אח"כ שלא איכפת לה בפסול הגט ותובעת המעות מהשליש אין שומעין לה משום דאמרינן שכבר גמרה והקנה לו כדי שלא יהא פסול בהגט. וכן משמע מתשו' המהרש"ל הנ"ל שלכך צוה להשליש להחזיר לה המעות מפני שהיא מסרה מודעא ע"ז נראה דבלא מסירת מודעה אמרינן דודאי היא גמרה והקנה לו כדי שלא יהא פסול על הגט. אף שלפי"ד המהרש"ל אין פסול בהגט אם יחזיר לה השליש המעות אח"כ מ"מ כיון דהיא לא ידעה מזה אמרינן דודאי גמרה והקנה לו כדי שלא יהא פסול בהגט וכ"ש לפי"ד דאסור להשליש להחזיר לה המעות ודאי נראה דמה"ד שייך המעות להבעל כ"ז שלא מסרה מודעא ע"ז. א"כ לפי"ד בנ"ד מה שהשלישו ביד כת"ר את הסוס והחפצים לצורך אשתו הראשונה מה"ד הם שייכין לאשתו הראשונה אף שאנן ידעינן באונסה דהיתה מוכרחת ע"ז מ"מ אמרינן דודאי גמרה ומקנה כדי שלא יהא פסול בהגט א"כ מה שחטפו קרוביה אח"כ מיד כת"ר הוה שלא כדין א"כ לא שייך זה להגט כלל והוה כמו שנגנב או נאבד מיד כת"ר לאחר הגט דודאי מחמת זה לא בטל הגט וכן פסק המבי"ט סי' רל"א שאם חטפו המעות מיד השליח לאחר שנתן לה הגט לא נפסל הגט בזה כיון שכבר נתקיים התנאי שמסרה ליד השליח את המעות קודם קבלת הגט. וע"ד המעות יקום בדינא ודינא ולהגט אין זה שייך כלל יעו"ש. מכל הני טעמי נ"ל להקל בנ"ד דא"צ גט אחר:

כ"ד ידידו דו"ש בא"ר יו"ט ליפמן הכהן:

סימן ח

כבוד י"ג הרב הגאון כו' מו"ה יצחק נ"י אב"ד דק"ק כמאלאוויטש. [**וכעת הוא אב"ד דק"ק חאסלאוויטש**]:

יקרת מכתבו בצירוף תשובתו הגיעני. והנני להשיב לכת"ר קמא קמא דמטי לידי ובמה דסיים להעיר על ספרי מלבושי יו"ט אפתח:

הנה כתב כת"ר וז"ל בסי' ח' סוף אות ו' כ' רומעכ"ת וז"ל נ"ל לפע"ד דיותר ראוי לדחוק בדברי הטור דהא דכתב ניסת היינו ניסת ע"י חופה בלא ביאה דאינה נאסרת על בעלה הראשון ומותרת לחזור לו לכך א"צ גט מהשני עכ"ל. ונפלאתי ע"ז דהא כ' הריטב"א והנמו"י ביבמות (פ"ט) דכיון שנכנסה לחופה אעפ"י שלא נבעלה תצא מזה ומזה וכל הדרכים האלו בה דכל שביאה פסלה חופה נמי פסלה הובאו ביתה יוסף אהע"ז ס"ס י"ז כו' עכ"ל כת"ר. ואנכי תמה מאד על מעכת"ר דהא תלונתו לא עלי אלא ע"ד הטור בעצמו דלמה לא הצריך גט משני. והא יותר יש להקשות לפי"ד האחרונים דפי' דברי הטור דמיירי שניסת וגם נבעלה לשני והא דא"צ גט מהשני היינו אם מת בעלה הראשון והיא רוצה להנשא לאחר. דלמה א"צ גט משני כיון דמקלקלה בי"ג דברים א"כ תצא מזה ומזה וכל הדרכים האלו בה. ואדרבה לפי מה שפירשתי דהטור מיירי שניסת בחופה ולא נבעלה אפשר לומר דהטור אינו סובר כדעת הריטב"א דגם ניסת בחופה ולא נבעלה דינה כנבעלה. ומה שמבואר בד"מ דהרא"ש סובר כן הוא ט"ס דמוכח כי בדברי הרא"ש לא נמצא זאת. וגם מה שמובא בב"י בשם הריב"ש דהרא"ש סובר כן הוא ג"כ ט"ס וצ"ל הריטב"א יעו"ש בריב"ש. ועיין בס' עצי ארזים סי' ט"ו דלדעתי' דעת הרי"ף הוא דנכנסה לחופה ולא נבעלה דינה כנתקדשה בלבד. אף שלפי"ד אין דבריו מחווירין שם מ"מ דעת הטור ודאי דאיכא למימר דס"ל הכי לכך א"צ גט מהשני. אמנם לפי"ד האחרונים דפירשו דהטור מיירי שניסת לשני וגם נבעלה ודאי דקשה לכאורה קושית כת"ר דלמה א"צ גט משני כיון דמקלקלה בי"ג דברים כדין אשה שהלך בעלה. ואין לישב דעת האחרונים דס"ל דגם באשה שהלך בעלה וניסת לאחר דאם מת בעלה הראשון א"צ גט מהשני ודוקא בחיי בעלה הראשון הוא דצריכה גט מהשני. וכן כתב היש"ש בפ"י ס"ו לפי"ד הנמוק"י דכ' דהטעם דצריכה גט מהשני הוא כדי לברר איסורו של ראשון כלומר שעושין קיום לקדושי שני כדי לאוסרה על הראשון ולעשות ולד ממזר קודם גירושי שני וכדתנן הולד ממזר מזה ומזה ולפי"ז היה נראה שאם, מת הראשון שלא תצטרך גט מן האחרון ולא נהירא כלל ותלמודא שלנו לא ס"ל כל עיקר דא"כ מאי צריכא למימר התם

לא עבדא איסורא כו' עכ"ד. אבל באמת א"א לומר כן דהא הישׁ"ש לא כתב אלא לפי טעם הראשון של הנמו"י דהא דצריכה גט מן השני הוא כדי לברר איסורו של ראשון. אבל הרא"ש והטור ודאי דלא ס"ל כן כמו שאבאר לקמן דס"ל כטעם השני של הנמו"י דהא דצריכה גט מן השני הוא מטעם קנס כדי לעגנה. א"כ לפי"ז ודאי דאפי' אם מת בעלה הראשון נמי צריכה גט משני. ועוד דאפי' לפי טעם הראשון של הנמו"י וכן הוא דעת הרמב"ן והרשב"א דהא דצריכה גט משני הוא כדי לברר איסורו של ראשון מ"מ מבואר להדיא בחידושי הרמב"ן יבמות (צא) שהביא תוספתא מפורשת דאם אמרו קיים היה ומת צריכה גט מן השני. וזה נעלם מהישׁ"ש במחכ"ת. ע"כ צ"ל כיון דגזרו דצריכה גט מהשני בחיי בעלה הראשון לא חלקו חכמים בזה ואפי' לאחר מיתת הראשון נמי צריכה גט משני א"כ לפי"ד האחרונים דפי' דהטור מיירי שניסת וגם נבעלה להשני קשה דאמאי א"צ גט משני אפי' לאחר מיתת בעלה הראשון:

אבל באמת נראה ברור דהטור ס"ל לחלק בין ניסת בשוגג לניסת במזיד. וכן הוא דעת רוב הפוסקים. דלא כמש"כ כת"ר דמסתימת דברי הפוסקים משמע דאין לחלק בין ניסת בשוגג לניסת במזיד. ולפי"ד אינו כן וכמו שאבאר בס"ד. וראי' גדולה לדבריהם מדברי הגמרא דיבמות (קט:) קטנה שלא מאנה והגדילה ונבעלה וניסת א"צ גט משני לדברי רב ולא אמרינן תצא מזומ"ז וכל הדרכים האלו בה. ומש"כ כת"ר לדחות בכוונת הגמ' דא"צ גט מן השני מה"ד אבל מדרבנן ודאי דבעי גט משני. דברים הללו אין להם שחר. ויעויין ברי"ף שם דכ' דהיכא דלא בא עליה כשהגדילה דהוי קדושי ראשון רק קדושי מדרבנן אם ניסת לשני תצא מזומ"ז ודינה כאשה שהלך בעלה. אבל היכא דבעלה משהגדילה א"צ גט משני. וכן כתבו כמה ראשונים. א"כ מבואר להדיא דהיכא דבעלה משהגדילה א"צ גט משני אפילו מדרבנן ואין דינה כאשה שהלך בעלה. ויותר מזה מבואר להדיא בישׁ"ש שם פי"ג סי"ט דכ' וז"ל דין הקטנה שלא מאנה והגדילה ונבעלה או שיש עידי יחוד וניסת א"צ גט מן השני ומותרת לחזור לראשון עכ"ל. ואיירי דניסת לשני ולא נבעלה דמותרת לחזור לראשון. אע"ג דהוא פסק להדיא גבי אשה שהלך בעלה דאפי' ניסת ולא נבעלה נמי תצא מזומ"ז. אלא ע"כ דיש חילוק בין ניסת בשוגג לניסת במזיד לענין אם בעי גט משני אך טעמא בעי דלמה החמירו חכמים בניסת בשוגג דתצא מזומ"ז ולא במזיד:

והנה לפי"ד הראשונים הרמב"ן והרשב"א והריטב"א דפי' דברי הגמרא שם (פט:) דקאמר רישא דעבדה איסורא קנסוה רבנן. פי' כיון דקנסוה רבנן לחזור לראשון משום דעבדה איסורא וניסת לשני ע"כ אמרו דבעי גט מן השני. אבל סיפא דלא עבדה איסורא ומותרת לחזור לראשון ע"כ לא אמרו דבעי גט מן השני. וכן איתא בירושלמי להדיא הביאו

הראשונים הללו דהא דבעי גט מן השני אמרו רבנן דקיסרי בשם ר' הילא כדי לברר איסורו של ראשון. ומש"כ המהרש"ל דהתלמוד שלנו לא ס"ל כן לא ידעתי כוונתו דהא הראשונים פי' דברי הגמרא דידן דכוונו דכיון דעבדה איסורא ולהכי עילה מצאו בה ע"כ אמרו דבעי גט מן השני. א"כ ממילא אסורה לחזור לראשון אבל היכא דלא עבדה איסורא א"כ לא קנסוה ומותרת לחזור לראשון ע"כ לא הצריכוה גט מן השני. ולפי"ד ניחא בפשיטות מה דאינה צריכה גט מן השני אם ניסת במזיד להשני. דדוקא היכא דניסת בשוגג ואסורה לחזור לראשון כדי שתידק יפה וזהו מטעם קנס בלבד ע"כ כדי להחזיק האיסור שלא תחזור לראשון עילה מצאו ואמרו משום דשמא יאמרו גירש זה ונשא זה צריכה גט מן השני ואז ממילא אסורה לחזור לראשון משום דהוה כמחזיר גרושתו אבל היכא דניסת במזיד דאז אסורה מה"ד לחזור לראשון בזה לא הצריכו חכמים גט מן השני. דהא מה"ד לא חיישינן שמא יאמרו גירש זה ונשא זה. ולהראשון הלא בלא"ה אסורה לחזור לו ואפי' ניסת במזיד ולא נבעלה להשני דלכאורה איכא למימר דהתם בעי גט מן השני כדי לאוסרה על הראשון מטעם קנס מכ"ש דניסת בשוגג לשני. אבל באמת ז"א דהא מה"ד כשניסת ולא נבעלה להשני ולא. עבדה עדיין איסורא אפי' גבי אשה שהלך בעלה צריכה להיות מותרת לחזור לראשון וא"צ גט מהשני. אלא משום דלא פלוג לא רצו חכמים לחלוק כיון שניסת ואף שלא נבעלה אמרו חכמים תצא מזומ"ז. א"כ גבי ניסת במזיד כיון שבנבעלה לא הוצרכו חכמים לקונסה להצריכה גט משני כיון שבלא"ה אסורה לחזור לראשון. א"כ האיך אפשר לחכמים להחמיר כשניסת ולא נבעלה להצריכה גט משני א"כ ממילא מותרת לחזור לראשון:

ונראה דאפי' היכא דלא ידעינן אם ניסת במזיד להשני או לא נמי א"צ גט מן השני. כיון דאנן אין יכולין להתירה לחזור לראשון מה"ד דאולי במזיד ניסת א"כ ממילא א"צ גט מן השני. ובזה ניחא הא דגבי קטנה שלא מאנה והגדילה ועמדה וניסת דא"צ גט מן השני אף דאפשר שבטעות ניסת להשני. וכן כתבו מקצת הראשונים דמשו"ה אפי' ניסת בפני בעלה הראשון לא הוי כאומרת גרשתני. מ"מ כיון דאנן לא ידעינן זאת דאולי במזיד ניסת להשני א"כ מה"ד אסורה לראשון לכך א"צ גט מהשני ומה שמבואר בריטב"א דכתובות (עג.) דאנן סהדי שלא נתקדשה לאחרים אלא מפני שהיתה סבורה שאין קדושי הראשון כלום לפי שהיתה קטנה כשקדשה מתחילה. הוא ט"ס וכצ"ל אבל הכא איכא למימר שלא נתקדשה לאחרים אלא מפני שהיתה סבורה כו'. דהאיך אפשר לומר דאנן סהדי דהיא סברה דאין קדושי הראשון כלום הא רב דס"ל דא"צ גט מהשני משום דאין אדם עושה בב"ז ומסתמא בעלה הראשון לשם קדושין. א"כ ע"כ צ"ל דגם

היא אינה רוצה שתהא בב"ז ולכך גם היא נתכונה אז לשם קדושין. דאל"כ מאי מהני מה שהוא נתכוין לשם קדושין אם נאמר דהיא לא נתכונה לשם קדושין. וכן כתב הרשב"א להדיא בכתובות הביא הש"מ שם. ונפלאתי על בעל לקט הקמח הביאו הגה' מל"מ ה' גירושין פ"י הי"ח דהוכיח מדברי הרדב"ז דדוקא באיש שייך חזקה זו ולא באשה הנבעלת דנעלם מהם דברי הרשב"א הללו. ולפי"ד הדברים מוכרחים כדברי הרשב"א ז"ל] וא"כ האיך אפשר לומר שהיא בודאי לא ידעה מקדושי הראשון. ויותר נ"ל לומר בכונת דברי הפוסקים דס"ל דהכא אפי' ניסת בפני בעלה נמי א"צ גט משני משום דהכא לא הוי כאשה שפשטה ידה וקבלה קדושין מאחר דהוי כחומרת גרשתני דחזקה אין אשה מעיזה בפני בעלה משום דאין לה שום אמתלא. אבל הכא כיון דיש לה אמתלא לומר דהיא לא ידעה דקדושי הראשון הוי קדושין לכך העיזה בפני בעלה וקבלה קדושין מאחר ולכך לא הוה כמו שאומרת גרשתני. אבל באמת גם היא ידעה מקדושי הראשון כיון שבעלה מסתמא גם היא נתכונה לשם קדושין. ועיין בש"מ בכתובות שמביא בשם הריב"ש דכ' וז"ל א"נ דאפי' לא פירשה כיון דאיכא למימר דאיהי סברה הכי לא אמרינן שתהא מקודשת לשני כו' עכ"ל וזהו כמו שהגהתי דברי הריטב"א הנ"ל ובדבריהם אפשר לפרש דכונתם הוא כמש"כ. אבל בדברי הריטב"א דיבמות א"א לומר כן ונראה להדיא מדבריו דס"ל דאפשר שהיא טעתה בזה וסברה דאין קדושי הראשונים כלום. וצריך לדחוק לפי"ז ולומר דאף שבשעת ביאה נתכונה לשם קדושין דאינה רוצה שתהא בב"ז מ"מ אינה יודעת בבירור דזו הוי קדושין מעליא. ואיכא למימר דבשעה שקבלה קדושין מאחר עלה בדעתה דקדושי הראשון לא הוי קדושין לכך קבלה קדושין מאחר וצ"ע. מ"מ מוכח לפי"ד הריטב"א כמשכ"ל דאפי' היכא דלא ידעינן אם היא ניסת במזיד להשני נמי א"צ גט מן השני וכמש"ב. והא דפסק הרשב"א בח"א סי' אלף קפ"ט דאשה שהיתה סבורה דאינה מקודשת לראשון וניסת לשני דתצא מזומ"ז וכל הדרכים האלו בה. וכן פסק בשו"ע סי' י"ז סנ"ח בהג"ה נראה דשם הי' ברור להם דמה דניסת לשני היה בשגגה גמורה והיא לא ידעה דקדושי הראשון הוי קדושין. וכן מוכח מדברי הרשב"א להדיא דכתב שם וז"ל וא"ת אנוסה היא זו שלא ידעה שתהא אסורה להנשא. הא ליתא דהוי לה למידק וכל דלא דייקא תצא מזומ"ז כו' עכ"ל. וכיון דהיתה שוגגת גמורה והא דאסורה לראשון היא אך משום דהיה לה למידק א"כ צריכה גט משני כדי לברר איסורו של ראשון:

אמנם לפי טעם הראשון שכ' הריטב"א וכן כתב הנמו"י דהיכא דעבדה איסורא קנסו אותה דבעי גט מהשני כדי לענן אותה שלא תנשא בלא גט. וכן נראה מהיש"ש דגם הוא

מסכים לטעם זה. לכאורה צ"ע דאמאי לא בעי גט מן השני כשניסת לו במזיד. הא אדרבה כשניסת במזיד ראוי' לקונסה יותר לעגן אותה שלא תנשא בלא גט מן השני. ונראה דע"כ צ"ל דאף באשה שהלך בעלה כו' קנסוה חכמים לאוסרה על הראשון אף כשניסת לשני ולא נבעלה. וכן קנסיה להצריכה גט מן השני כדי לעגנה וזהו דוקא שם כדי להחמיר עלי' בסופה מתוך שהקילו עלי' מתחילה להאמין לעד אחד משום עגונה ע"כ החמירו עלי' ביותר דמיד כשניסת תצא מזומ"ז משום דזה נמי מיקרי עבדה איסורא קצת כיון שניסת ולא דייקא על העדות אבל כשניסת במזיד לא רצו חכמים להחמיר עלי' כשניסת לשני ולא נבעלה לאוסרה על הראשון משום דחששו דכל אשה שתרצה להפקיע עצמה מיד בעלה תנשא לאחר במקום רחוק שלא נודע שהיא א"א וקודם שתבעל תגלה הדבר שהיא א"א ואז יהי' מוכרח להוציאה גם הראשון בגט וזה קיל לה לעשות כיון שלא תבעל להשני הא לא עבדה עדיין איסורא ממש. וע"כ לא החמירו עלי' דתבעי גט מן השני דא"כ תהוי אסורה לחזור לראשון דהוי כמחזיר גרושתו מן הנשואין. ואפי' היכא דלא ידעינן אם בטעות ניסת להשני או שנתכונה להפקיע עצמה מיד בעלה הראשון נמי לא קנסוה חכמים להצריכה גט מן השני כדי שלא לאוסרה על הראשון. ולכך גבי קטנה שהגדילה ועמדה וניסת אף דאפשר שבטעות ניסת להשני כמשכ"ל בשם מקצת הראשונים מ"מ כיון דאנן לא ידעינן זאת דאולי במזיד נתכונה להפקיע עצמה מיד הראשון ע"כ לא אמרו חכמים בזה דצריכה גט מן השני כשניסת ולא נבעלה ומותרת לחזור לראשון. ולפי"ז היכא דניסת במזיד ונבעלה להשני דאז אסורה לראשון בלא"ה בעי גט מהשני מטעם קנס כדי לעגנה. ונראה דזה כוונת הריטב"א בשם מ"ה ז"ל בפי' ב"ש שחילק בין ניסת ונבעלה לשני או לא לענין אם בעי גט מהשני [שהביא כת"ר] אע"ג דהריטב"א ז"ל בעצמו בפ' האשה רבה הסכים לטעם הירושלמי כדי לברר איסורו של ראשון. ולפי"ז א"צ גט מהשני אפי' כשניסת ונבעלה כמשב"ל. צ"ל דהמ"ה ז"ל אינו סובר כן. אלא כטעם הראשון כדי לעגנה:

אך לפי"ז נהיה מוכרחין לפרש דברי הטור הנ"ל דהא דכתב דאם יש עדים שהיא א"א וניסת לאחר א"צ גט משני כפי מה שפירשתי בספרי דמיירי שנכנסה לחופה ולא נבעלה ורוצה הראשון להחזירה אבל לפי מה שפי' האחרונים דברי הטור דמיירי שנכנסה לחופה ונבעלה והא דא"צ גט משני מיירי לאחר מיתת הראשון ורוצה להנשא לאחר. א"כ לפי"ז ע"כ צ"ל דס"ל כדעת גדולי הראשונים דהא דבעי גט משני הוא כדי לברר איסורו של ראשון ולכך היכא דבמזיד ניסת ונבעלה להשני לא בעי גט כמשב"ל. אבל באמת נראה דהרא"ש ודאי לא ס"ל כשיטה זו דהא כתב בפ' האשה רבה וז"ל רישא

דעבדה איסורא קנסוה רבנן כו' פי' דעבדא איסורא קנסו רבנן וחשו לגירש זה ונשא זה ולא רצו להתירה משום נשואי טעות כו' עכ"ל. הרי נראה להדיא מדבריו דהוא סובר כטעם הראשון של הריטב"א דמטעם קנסא קנסוה לעגנה בלא גט מהשני ולא מטעם כדי לברר איסורא של ראשון. א"כ מסתמא הטור נמי קאי בשיטת אביו ז"ל. א"כ קשה אמאי בניסת ונבעלה להשני דבלא"ה אסורה לראשון אמאי לא קנסו אותה דתבעי גט מן השני כדי לעגנה. ונראה דע"כ צ"ל לפי שיטת האחרונים דהטור ס"ל טעם אחר לחלק בין ניסת בשוגג לניסת במזיד. דדוקא בניסת בשוגג דזהו הוה מילתא דשכיחא קנסוה רבנן כי היכא דתידק. אבל במזיד כיון דזה מילתא דלא שכיחא הוי כזנות בעלמא ואוקי אדינא. וכה"ג כתבו התוס' שם (צב:) ד"ה נותן לה כו' וז"ל ואפי' את"ל בכשנשאה במזיד לא שייך למגזר ולמיקנסיה כי היכא דלא קנסינן לי' בזינו משום דנשואי מזיד לא שכיחי כמו זנות כו' עכ"ל. ונראה דכן הוא סברת הרא"ש באמת כאשר יראה המעיין בדבריו שם ס"ג גבי יבמה דדייק שם דדוקא בניסת בשוגג תצא מזומ"ז וכל הדרכים האלו בה. ומוכח מדבריו דאם ניסת במזיד הוי כזנתה ואינה אסורה להיבם ולא אמרינן דמחלפא באשה שהלך בעלה משום דגבי אשה שהלך בעלה גופה אם ניסת במזיד לשני אוקמא אדינא ודינה כזנתה וליתא בה הך חומרא דתצא מזומ"ז וכל הדרכים האלו בה משום דהוי מילתא דלא שכיחא לא גזרו בה חכמים. וכן כתב להדיא סברא זו גאון אחד בתשו' הרלב"ח סי' מ"ב דאם ניסת במזיד לשני אין הולד ממזר ממנו לאחר שגירש הראשון. ואפי' לפי סברת הר"י דס"ל גבי אשה שהלך בעלה וניסת בטעות הוה הולד ממזר מן השני אף לאחר שגירש הראשון. מ"מ היכא דניסת במזיד אינו כן. דהתם לא שייך למקנסי' ודוקא בטעות קנסו חכמים שיהי' הולד ממזר מהשני כדי שיהי' מדקדקין. אבל במזיד דינה כסוטה דעלמא דאין הולד ממזר מן הבועל לאחר שגרשה בעלה יעו"ש:

אמנם מדברי השו"ע סי' קנ"ט ס"ב דכתב נשאת לזר אפי' בשוגג מוציאה בגט כו' ונאסרה עליו ועל יבמה וי"ג דרכים כו'. נראה להדיא דכ"ש במזיד ודאי דתצא מזומ"ז. וזהו דלא כמש"נ מדברי הרא"ש דדוקא בניסת בשוגג הוא דנאסרה על היבם. אבל במזיד הוה כזנות בעלמא. ועיינתי ברמב"ם ה' יו"ח פ"ב ה' י"ח ונראה להדיא דס"ל דאפי' במזיד נאסרה עליו ועל היבם כדעת השו"ע. אמנם נראה דהרמב"ם אזיל לשיטתי' דס"ל בה' גירושין פ"י דהא דצריכה גט מן השני הוא שלא יאמרו א"א יוצאה בלא גט, וע"ש בלח"מ דמבאר דעת הרמב"ם לפי מאי דפסק כר"ע מחלקינן בין קדושין לנשואין משום דקדושין יתלו בקדושי טעות אבל בנשואין לא יתלו בנשואי טעות משום דאין תנאי בנשואין. ונראה דאפי' ניסת ולא נבעלה נמי משום דאין תנאי בחופה כדאמרינן בפ' ב"ש (קז.)

והק"נ בפ' האשה רבה סק"ב שגג בזה. ועיין במל"מ שהסכים ג"כ לדעת הלח"מ בדברי הרמב"ם. ולפי"ז נראה בכ"מ בנשואין צריכה גט מן השני ואין חילוק בין ניסת בשוגג לניסת במזיד כיון דמה"ד צריכה גט משני שלא יאמרו גירש זה ונשא זה ויאמרו א"א יוצאה בלא גט אע"ג דאיכא חששא דאשה תפקיע עצמה מיד בעלה באופן כזה. מ"מ בעי גט כיון דזהו מה"ד ולא מטעם קנס בלבד אין סברא דמשום הך חששא דשמא תפקיע עצמה מיד בעלה יקילו חכמים שבמזיד לא יצריכו גט. אך לפי"ז קשה דא"כ אמאי ס"ל לרב דא"צ גט גבי קטנה שלא מאנה והגדילה ועמדה וניסת. אבל לאחר העיון נ"ל לישב דעת הרמב"ם דודאי רב דפסק שם דאם ניסת שלא ברשות ב"ד מותרת לחזור לראשון וא"צ גט מן השני דאל"כ הוה אסורה לחזור לראשון משום דהוי כמחזיר גרושתו. ע"כ ס"ל דהא דבעי גט מן השני אם ניסת בעד אחד לא משים חששא דשמא יאמרו א"א יוצאה בלא גט דא"כ אפי' ניסת שלא ברשות נמי בעי גיטא. אלא טעמא הוא משום קנסא כדי לברר איסורא של ראשון כמשב"ל. ולפי"ז ודאי יש חילוק בין ניסת בשוגג לניסת במזיד. דאם ניסת במזיד כיון דבלא"ה אסורה לחזור לראשון לא בעי גט מן השני. לכך ס"ל גבי קטנה שלא מאנה דא"צ גט מן השני. אבל לפי מאי דקיי"ל אנן דלא כרב דאפי' אם ניסת שלא ברשות נמי אסורה לחזור לראשון ובעי גט מן השני ס"ל להרמב"ם דזהו לא מטעם קנסא דמה הו"ל למיעבד אלא טעמא משום חששא שלא יאמרו א"א יוצאה בלא גט א"כ ממילא אסורה לחזור לראשון. ולפי"ז ודאי גם גבי קטנה שלא מאנה בעי גט מן השני דלא כרב. ומשו"ה השמיט הרמב"ם דין זה ולא הביא דחם בעלה לאחר שהגדילה לא בעי גט משני מה שמבואר בגמרא. משום דלדידן אין דינא הכי. אמנם הרי"ף הביא דין זה דלא בעי גט מן השני משום דאזיל לשיטתי' דפסק דהא דבעי גט משני הוא משום קנסא. ולדידי' ודאי יש חילוק בין ניסת בשוגג לניסת במזיד. ונראה דדעת הרי"ף הוא דאפי' לפי מאי דפסקינן אנן דאפי' ניסת שלא ברשות נמי בעי גט התם נמי הוא משום קנסא דהו"ל למידק וכן איתא בחידושי הרשב"א (צה:) דהביא שם דיש מפרשים דס"ל דהא דניסת שלא ברשות אסורה לחזור לו משום דחיישינן שמא יאמרו גירש זה ונשאה זה. וברור דזהו דעת הרמב"ם כמש"פ. אבל הרשב"א השיג ע"ז וכתב דודאי לכו"ע עיקר איסורא דא"א שנשאת עפ"י עדים לאו משים גזירה שמא יאמרו גירש זה ונשאה זה אלא משום קנסא בעלמא דקנסינן לה משום דלא דייקא שפיר. ותדע לך דהא בנתקדשה דלא עבדה איסורא לא אשכחן מאן דפליג ומותרת לחזור לו יעו"ש מה שהאריך בה. והרמב"ם לא חש לקושיא זו וס"ל דנתקדשה שאני משום דתלינן דתנאי בקדושין. אבל בנשואין לא יתלו בתנאי דאין תנאי בנשואין. ומדברי הרשב"א נראה דלא ס"ל מש"כ התוס' (פט.)

ד"ה אמרי כו' דר"ע הוא דמחלק בין קדושין לנשואין כדאמרינן לקמן בפירקין (צד:) אבל הרשב"א לא ס"ל הכי אלא ס"ל הא דלר"ע תלינן בקדושי טעות היינו לחומרא דחיישינן שמא יאמרו קדושי טעות ולכך ס"ל בנושא אחות ארוסתו צריכה גט. אבל איפכא נמי איכא למיחש שלא יתלו בקדושי טעות ויאמרו א"א יוצאה בלא גט. ולכך פריך שפיר הרשב"א דאם ניחש שמא יאמרו א"א יוצאה בלא גט א"כ אפי' נתקדשה בלבד נמי צריכה גט באשה שהלך בעלה. אלא ע"כ דטעמא היא משום קנסא. וכן כתב הגאון בעל עצי ארזים לישב דעת הרי"ף בזה יעו"ש בסי' ט"ו ס"ח. וברור דזהו גם דעת הרשב"א דאל"כ אין מקום לקושית הרשב"א ז"ל ואין להקשות לפי מה שתירצתי דברי הרמב"ם דלכך ס"ל לרב גבי קטנה שלא מאנה דא"צ גט מהשני משום דאזיל לטעמי'. א"כ מאי פריך הגמ' (קי.) אי דבעיל מ"ט דשמואל דס"ל דצריכה גט מהשני. דילמא ס"ל לשמואל דחיישינן שמא יאמר גירש זה ונשא זה לכך צריכה גט מהשני מדרבנן. ונראה דזו אינה קושיא דהגמרא משני האמת דשמואל ס"ל דכל הבועל אדעתא דקדושי הראשונים הוא בועל. וא"כ צריכה גט מהשני מדאורייתא:

היוצא לנו ממש"ב דלפי"ד הרמב"ם דס"ל דבנשואין בעי גיטא מה"ד משום דחיישינן שמא יאמרו גירש זה ונשאה זה ויאמרו א"א יוצאה בלא גט ואין חילוק בין ניסת בשוגג לניסת במזיד. א"כ לפי"ד ה"ה גבי יבמה נמי אין חילוק בין ניסת בשוגג לניסת במזיד. דהא גזרו יבמה אטו כל אשה דעלמא משום דמיחלפא. לכך אסורה על היבם אפי' ניסת במזיד ולא הוי כזנות בעלמא וזהו דעת השו"ע. ועוד נ"ל לפי"ד הרמב"ם דס"ל דבנשואין בעי גיטא מה"ד דחיישינן שמא יאמרו גירש כו'. א"כ אפי' גבי יבמה גופה נמי איכא גזירה שמא יאמרו חלץ זה ונשאה זה ונמצא זה מחזיר חלוצתו לכך אסורה על היבם מה"ד ולא משום דמיחלפא. והא דהוצרך הגמרא ביבמות לומר משום דמיחלפא הוא דוקא לרב דס"ל דאם ניסת שלא ברשות מותרת לחזור לו. ולא ס"ל שמא יאמרו רק מטעם קנס בלבד וכמש"ב וכדי לברר איסורו של ראשון לכך צריכה גט מהשני. וגבי יבמה הא לא שייך זאת לכך הוצרך הגמרא לומר משום דמיחלפא לכך תצא מזומ"ז. אבל לפי מאי דקיי"ל דאפי' ניסת שלא ברשות נמי אסורה לחזור לו משום דחיישינן שמא יאמרו א"כ גבי יבמה נמי חיישינן שמא יאמרו ותצא מזומ"ז מה"ר ולא משום מיחלפא. אח"ז ראיתי להגאון רעק"א בתשו' סי' ר"ה דעמד ע"ד השו"ע הנ"ל וכתב וז"ל ונתקשיתי לפום רהיטא על לשון השו"ע נישאת אפי' בשוגג וכו' משמע דמכ"ש במזיד. אף דתוס' ד"ה נותן לה כתב אפי' את"ל דבניסת במזיד לא קנסו היינו רק צידוד. אבל לפי האמת בכ"מ קנסו. מ"מ קשה הא דברי הנ"י (דף ל' ריש ע"ב) בשם הריטב"א מפורש דבנשאת בלא

עדים כלל הוה זנות בעלמא ולית לן דרב המנונא משמע בפשיטות דבנישאת במזיד מותרת ליבם. ומתרץ הגאון דהריטב"א כתב זאת דוקא לדברי רב דס"ל אין קידושין תופסין ביבמה לשוק ואין כאן מעשה נשואין הוי זנות בעלמא ומותרת ליבם. אבל לדינא דקיי"ל כשמואל דצריכה גט שם נשואין עלה ואינו כזנות בעלמא עכ"ד. והנה לפי דבריו נראה דגם השו"ע דמחמיר דגם במזיד תצא מזומ"ז זהו דוקא ביבמה כיון דצריכה גט מהשני משום דמספקא לן דילמא תפסי קדושין ביבמה לכך אסורה ליבם. אבל בא"א גם השו"ע מודה דבמזיד לא הוו נשואין כלל וא"צ גט מהשני ואם נכנסה לחופה ולא נבעלה מותרת לראשון דהא א"א לא גרע מיבמה לפי"ד רב כיון דאין קידושין תופסין א"צ גט ומותרת ליבם. אבל לפעד"נ דא"א לומר כן דהאיך אפשר לומר דבא"א אם ניסת במזיד לא אמרינן תצא מזומ"ז וכל הדרכים האלו בה אלא מוקמינן לה אדינא וגבי יבמה דגזרו בה אטו א"א ההי' חמור בה יותר מא"א דאפי' במזיד נמי תצא מזומ"ז. ואי משום דצריכה גט מן השני לכך חיישינן שתחליף בא"א שהלך בעלה. א"כ גבי קידושין נמי כיון דצריכה גט מן השני נמי הי' לנו לאוסרה על היבם כדי שלא להחליף על אשה שהלך בעלה. אע"כ כיון דגבי קדושין באשה שהלך בעלה גופה מותרת לחזור לראשון א"כ א"א להחמיר ביבמה יותר מא"א. א"כ במזיד נמי האיך מחמרינן בה יותר מא"א. ולפעד"נ עיקר כמש"כ דהשו"ע אזיל בשיטת הרמב"ם ולפי שיטתו גם בא"א אין חילוק בין ניסת בשוגג לניסת במזיד. ודעת הריטב"א כבר בארנו למעלה דסובר לעיקר דהא דצריכה גט משני הוא כדי לברר איסורו של ראשין. א"כ במזיד א"צ גט משני ואם נכנסה לחופה ולא נבעלה מותרת לראשון. וגבי יבמה נמי אע"ג דצריכה גט משני מ"מ מותרת ליבם וכמש"כ:

אך דברי הריב"ש סי' תק"ח [שהביאו כת"ר] דס"ל דאפי' ניסת במזיד נמי צריכה גט מן השני ואף ניסת ולא נבעלה צ"ע דא"א לומר דגם הוא עומד בשיטת הרמב"ם וכפי מש"ב. כי המעיין בדברי הריב"ש יראה להדיא דס"ל כשיטת הפוסקים דהא דבעי גט משני הוא מטעם קנס. מ"מ ס"ל דאף במזיד ונכנסה לחופה ולא נבעלה בעי גט משני ודלא כמשב"ל. א"כ תשאר קושיתנו מדברי הגמרא דפ' ב"ש. ונראה דע"כ צ"ל לדעתו דאף דהדין הוא אם נכנסה לחופה ולא נבעלה אף במזיד בעי גט משני מטעם קנס. היינו דוקא אם הראשון אינו רוצה להחזירה אבל אם הראשון רוצה להחזירה לא קנסוה חכמים דתבעי גט משני כדי שלא לאוסרה על הראשון כיון דמה"ד היא מותרת להראשון לא רצו חכמים לקונסה כדי שלא להפקיע זכות הראשון וכיון שאנו רואין שהיא רוצה להפקיע עצמה מיד בעלה הראשון. והגמרא מיירי שם שנכנסה לחופה ולא נבעלה והראשון רוצה להחזירה לכך

לא בעי גט מהשני. וכעין סברא זו כתב המהרש"ל שם (פח:) ע"ד התוס' ד"ה אי הכי כו' וז"ל ונ"ל דסבר המקשן נהי דבעי גיטא לחומרא מכח שמא יאמרו מ"מ היכא שמותרת לחזור לראשון חוזר הראשון ולוקחה בלא גט ואומר לאו כל כמינכם לאסור עלי אשתי משום שלא יאמרו בשלמא אם אינו רוצה להחזירה או שמת אסורה לעולם עד שיתגרש השני כו' עכ"ל. אע"ג דלפי האמת זה אינו היינו לפי הסברא דחיישינן שמא יאמרו גירש זה ונשאה זה כיון דזהו חששא שמא יאמרו א"א יוצאה בלא גט ודאי לא מהני טענתו לאו כל כמינכם לאסור אשתי עלי. אבל לפי מאי דמסקינן דהוא רק מטעם קנס כדי לעגנה ודאי דהסברא היא דהיכא דמותרת לראשון והוא רוצה להחזירה א"צ גט מהשני אע"ג דבשוגג נראה מדברי הפוסקים דבכ"מ אסורה לחזור לראשון. היינו דוקא התם מתוך שהקילו עליה בתחילה החמירו עליה בסופה ולא חלקו בין נבעלה לשלא נבעלה. אבל במזיד וכיון שאנו רואין שהיא רצתה להפקיע עצמה מיד בעלה לא קנסו חכמים בזה ואוקמי אדינא דלא בעי גט מהשני אם הראשון רוצה להחזירה מ"מ עדיין דברי הריב"ש צריכין ישוב דלפי"ז נראה דאם הראשון ליתא לפנינו ואין אנו יודעין אם הוא רוצה להחזירה או לא אין אנו יכולין להורות שהשני יגרשה דאולי יבוא הראשון ויאמר שהוא רוצה להחזירה ואם יגרשה השני אז לא יוכל הראשון להחזירה. ובעובדא דהריב"ש לא הי' שם הראשון לפניהם מ"מ הורה הריב"ש שיגרשה השני אפי' נכנסה לחופה ולא נבעלה כמו שנראה מרהיטת לשונו. אבל לאחר העיון נראה דלכך החמיר בזה הריב"ש דתצא מזומ"ז משום דהאשה היתה שוגגת קצת ולא היתה מזידה גמורה [אף שהריב"ש דנה למזידה גמורה היינו לעונש מפני שעברה על ציוי ב"ד שאסרוה] כי לה הי' נראה דהעדות מספקת להתירה כיון שהעידו שאברהם פארח מקשטליא מת בירושלים ע"כ הקילה לעצמה כי סברה שהחכמים האוסרים להנשא בעדות זו מחמירין עליה ביותר. ואולי מצאה חכמים שהקילו לה ולכך קבלה מהדיינין כתב מהגביית עדות שהעידו ע"ז. ויע"ש בריב"ש דמשמע שם קצת דגם יד הסגנים הי' במעל הזה. ע"כ פסק הריב"ש דתצא מזומ"ז וכל הדרכים האלו בה כאשה שהלך בעלה. אבל במזידה גמורה נראה דגם הריב"ש מודה דניסת ולא נבעלה להשני לא בעי גיטא מהשני כדי שלא לאוסרה על הראשון ובזה תפקיע עצמה מיד בעלה:

והמתבאר מכל דברינו אלה לדינא דלפי שיטת הרבה ראשונים דהטעם דהא דבעי גט מהשני באשה שהלך בעלה הוא מטעם כדי לברר חיסורו. שון לפי"ד ודאי לא בעי גט בניסת במזיד. בין שניסת ולש ובין שניסת ולא נבעלה ובניסת ולא נבעלה מותרת לחזור לראשון. ואפי' ניסת ונבעלה לשני דאסורה לחזור לראשון מ"מ אם חזרה לראשון אין

הולד ממנו ממזר כיון דלא בעי גיטא מהשני ודינו כולד סוטה דעלמא. אמנם לפי הטעם דהא דבעי גט מהשני הוא כדי לעגנה אפשר לומר דאם ניסת במזיד ונבעלה להשני כיון דאסורה לחזור לראשון בעי גט מהשני. וכן נראה דזהו דעת המ"ה שהביא הריטב"א בפ' ב"ש. אף שאפשר לפרשו באופן אחר. ונראה לפי"ז אם חזרה לראשון בלא גט הולד ממזר מדרבנן. אמנם מדברי הרא"ש נראה להדיא דדוקא בשוגג קנסוה חכמים דתבעי גט מהשני. אבל בניסת במזיד אף שניסת ונבעלה לשני הוי כזנתה וכן נראה דזהו דעת הטור לפי"ד האחרונים. ולפי"ד אין הולד ממזר מהראשון אף מדרבנן. אמנם לפי"ד הרמב"ם נראה דאין חילוק בין ניסת במזיד לניסת בשוגג ובכל מקום תצא מזומ"ז וכל הדרכים האלו בה. אך דעת רוב הפוסקים אינו כן. כי משום שמא יאמרו א"א יוצאה בלא גט לא חיישינן כמו שנראה מפשטות דברי הגמרא דפ' האשה רבה. ובדרבנן שומעין להקל. וכן הוריתי הלכה למעשה בעובדא שהי' בסטויפץ באחד שנשא א"א שהטעתו שאמרה שכבר גירשה בעלה וגם נבעלה לו ואח"כ נתודע הדבר שהיא א"א גמורה עדיין. והורה הגאב"ד דשם להקל בזה שלא להצריכה גט מהשני. ואנכי הסכמתי עמו מטעמים המבוארים למעלה:

כ"ד ידידו דו"ש בא"ר יו"ט ליפמן הכהן:

סימן ט

והנה הה"ג הנ"ל השיב לי תשובה ופלפל בדברי בדברים נכונים בארוכה. ומחמת רוב טרדותי אז לא הי' בידי להשיב לו. ועתה עיינתי בדבריו וראיתי כי מה שמישב הרב הנ"ל דברי המהרש"ל בישו"ש שכתב דלפי הטעם דהא דצריכה גט מהשני הוא כדי לברר איסורא של ראשון הוא דוקא בחיי בעלה הראשון. אבל כשמת א"צ גט מהשני. ואנכי השגתי עליו מהתוספתא שהביא הרמב"ן ז"ל דאם אמרו לה קיים היה ומת צריכה גט מהשני. כתב הרב הנ"ל שלפ"ד נראה דדוקא באשה שהלך בעלה למדה"י ואח"כ בא בעלה והכל רואין שהוא חי דבכה"ג ליכא חשש שמא יאמרו כדאמר בגמ' דגיטין (פט:) דש"ה דאתא בעל וקמערער וכל הטעם דצריכה גט מהשני הוא משום דקעביד איסורא קנסוהו רבנן. שפיר כתב הישו"ש דלטעם השני של הנ"י דהקנס הוא כדי לברר איסורא של ראשון. א"כ אם אח"כ מת הראשון כאן וא"צ לברר איסורא א"צ גט משני. אבל כשאמרו לה מת בעלך ונשאת ואח"כ אמרו לה קיים היה ומת במדה"י בכה"ג יש לחוש שמא יאמרו שמת מקודם וכדין נשאת וא"א יוצאה בלא גט ולכך אפי' כשאין צריך לברר איסורא צריכה גט מהשני. יפה תירץ דברי המהרש"ל ז"ל. ולפי"ז י"ל הא דאיתא בתוספתא הנ"ל אמרו לה מת בעלה ונתקדשה ואח"כ אמרו לה קיים היה ומת

ה"ז יוצאת בגט ובחליצה וכל ולדות שילדה בחיי בעלה הרי אלו ממזרים לאחר מיתת בעלה כשרים. ולכאורה הוא נגד המשנה דבנתקדשה א"צ גט מהשני והרב הנ"ל העיר בזה. וגם נתקשה מאי דקאמר הכא יוצאת בגט ובחליצה דמה שטיא דחליצה לכאן יותר מרישא דגבי ניסת. וע"כ רוצה להגיה דברי התוספתא דבמקום ונתקדשה צ"ל ונתיבמה. אבל לפי"ד איכא למימר דהא דאמרי' במתני' נתקדשה א"צ גט הוא דוקא היכא דבא הבעל לפנינו וגם לא עבדה איסורא לא הצריכוה רבנן גט. אבל הכא דלא בא הבעל לפנינו משום חשש שמא יאמרו שמת קודם שנתקדשה וא"א יוצאת בלא גט הצריכוה רבנן גט אע"ג דלא עבדה איסורא. אע"ג דגבי קידושין איכא למתלי דתנאי הוה ס"ל להתוספתא כרבנן דפליגי עלי' דר"ע גבי אשת אחיו דלא תלינן בתנאי להחמיר וכ"ש להקל. וכ"ש לפי שיטת הרשב"א ז"ל שבארתי למעלה דס"ל דאף לר"ע הא דתלינן בקדושי טעות היינו לחומרא אבל איפכא נמי איכא למיחש שלא יתלו בקדושי טעות. ונראה דכן הוא סברת ר"פ בגיטין שם דהיכא דלא אתא בעל ומערער לא יתלו בקדושי טעות אף לר"ע. ודעת הרשב"א לפסוק כר"פ ולא כרב כהנא ור"ז שם משום דסוגיא דיבמות (פט.) אזלא בפשיטות טפי אליבא דר"פ. והא דקאמר הכא צריכה גט וחליצה היינו גט משני וחליצה מאחיו של ראשון. והא דלא נקיט ברישא כשנשאת ואח"כ אמרו קיים היה ומת משום דרישא כיון שנשאת בודאי אסורה ליבמה משום דדינה כסוטה מדרבנן כדאיתא במתני'. אבל הכא דנתקדשה א"כ מה"ד אינה אסורה על אחיו של ראשון ליבמה אבל מ"מ אסור ליבמה כיון דכבר חלץ לה בראשונה כשאמרו לה שמת אע"ג שעתה נתברר שהחליצה היתה בטעות משום דקיים היה באותה שעה אפי"ה אסורה ליבמה אח"כ שלא יאמרו שהוא נושא חלוצתו ודוקא כשאמרו קיים היה ואח"כ מת. אבל אם בא הבעל ממדה"י ואח"כ מת אף שכבר חלץ לה היבם כשאמרו שמת מ"מ הי' מותר ליבמה אח"כ דהכא ליכא למימר שיאמרו נושא חלוצתו שהכל יודעים שהחליצה היתה בטעות כיון שהוא בא חי לפנינו. והא דנקיט כל ולדות כו' אגב שיטפיה דרישא נקיט אם אירע שבא עליה הארוס:

אח"כ התבוננתי בזה וראיתי שיותר נכון להגיה התוספתא דבמקום ונתקדשה צ"ל ונתיבמה כמו שהגיה הרב הנ"ל. ואין צריך לפרשה כמש"פ הרב הנ"ל דאיירי דקדש אחיו את האשה והלך למדה"י ואתיא כר"ע ביבמות (צד:) דס"ל דצריכה גט משני משום שיאמרו הך קמא תנאה הו"ל בקידושין וגם צריכה חליצה משני מה"ד מחמת שהיא זקוקה לו מאחיו המת. דלפי"ד אין צריך לכל זה כיון דהא הכא מיירי שלא בא אחיו לפנינו א"כ י"ל דאף רבנן מודו דצריכה גט משום שלא יאמרו ראינו אשה שנתיבמה

יצאה בחליצה בלא גט. והם לא ידעו מזה מה שהעידו אח"כ שקיים היה באותה שעה שנתיבמה ואח"כ מת ע"כ לכו"ע צריכה גט מהיבם ואף כשנשאת לראשון משום האי חששא. ומה שהקשה הרב הנ"ל דא"כ אמאי צריכה חליצה דהא עמדה תחת היבם כמה זמן מיום שמת בעלה עד שבאו ואמרו קיים היה ומת א"כ הרי בא עליה גם לאחר מיתת בעלה. וביאת יבם הא א"צ כוונה וא"כ הרי קנאה היבם בביאתו. ואף אם נאמר דביאת יבם צריכה עדים מ"מ הא דעת הרא"ה הוא דיחוד שמתיחד אדם עם אשתו הוה כעדי ביאה ואמאי לא סגי לה בגט בלבד. אבל לפי"ד נראה דאין זה קושיא דהא זה ברור דאף בנתיבמה בטעות והיתה נשואה לראשון מ"מ כיון דהכא צריכה גט מן השני כמש"ב. א"כ בודאי דדינה דכל הדרכים האלו בה ועיין בב"ש סי' ט"ו ס"ק כ"ג וסי' קנ"ט סק"י דלכמה פוסקים אפי' היכא דאינה צריכה גט מהשני מ"מ אסורה לבעלה מטעם קנס כי היכי דתידק היטיב. ואף להרא"ש דאינו סובר כן מ"מ היכא דצריכה גט מהשני ודאי גם הוא ז"ל מודה דכל דינה כמו אשה שהלך בעלה. וא"כ הדין דאחיו של ראשון חולץ ולא מיבם וכיון שחולץ ולא מיבם הוי הביאה ביאה פסולה כמבואר בירושלמי ריש פ' האשה שהלך כו' והא קיי"ל דביאה פסולה אינה פוטרת וע"כ צריכה גם חליצה ולא סגי לה בגט בלבד משום דהביאה שבא עליה היבם לאחר מיתת בעלה הוי ביאה פסולה:

ומה שכתב הרב הנ"ל להקשות על דברי שכתבתי דלפי שיטת הראשונים דהטעם דצריכה גט מן השני כדי לברר איסורא של ראשון. א"כ אם ניסת במזיד להשני ונבעלה לי ואז אסורה לראשון בלא"ה. בודאי א"צ גט משני. והקשה ע"ז מתשו' הרשב"א הובאה בב"י ס"ס י"ז וז"ל שאלה רחל באה ואמרה פנויה אני ונתקדשה לשמעון בשם פלגש בלא כתובה ושהתה זמן כמה ימים ונתיחדה עמו ואח"כ נודע בעדים שכבר נתקדשה זה שנים ואחר כל זה נודע שהביא לה אחיה מראובן בעלה הראשון גט לאחר זמן קידושי שני מה יהא הדין. תשובה אשה זו צריכה גט בין מראשון בין משני ומה שאמרו התלמידים שאינה צריכה גט משני טעות הוא ומשנה שלימה שנינו האשה שהלך בעלה וניסת ואח"כ בא בעלה תצא מזומ"ז וצריכה גט מזומ"ז כו' עכ"ל. ושם היתה האשה מזידה מ"מ הצריך הרשב"א גט מהשני. ולפי"ד אף שמתחילת דברי הרשב"א משמע קצת כן. אבל המעיין שם היטיב בסוף דברי הרשב"א יראה להדיא דאדרבה דשם מוכח כדברי דלכך הצריך הרשב"א גט מהשני דוקא אם יש עדים שנתיחדה עמו לאחר שהביא לה אחיה גט מן הראשון דלכך חיישינן דקדשה חד בביאתו דז"ל הרשב"א שם ואם יש עדים שנתיחדה עמו לאחר שגרשה צריכה גט ממנו כמו ששנינו המגרש את אשתו ולנה עמו

בפונדק שצריכה גט שני עכ"ל. אבל אם אין עדים א"צ גט מהשני. וזה כדברי דכיון דניסת במזיד לשני הוה כזנות בעלמא ואינה צריכה ממנו גט:

והנה הרב הנ"ל הביא ראי' לדברי מש"כ בדעת הרא"ש והטור לחלק בין ניסת בשוגג לניסת במזיד ממ"ש הרא"ש בתשו' כלל ל"ה והובא בטור אהע"ז ס"ס קי"ט וז"ל כתב א"א הרא"ש ז"ל בתשו' באחד שגרש ונתיחד עמה אח"כ וקודם שגרשה פעם שנית קדשה אחר לשם פלגש ושהתה עמו לשם פלגש שאסורה לשניהם וצריכה גט משניהם שודאי השני בא עליה ונאסרה עליו כיון שהיא א"א משום יחוד של ראשון וצריכה גט משניהם ואע"ג דאמרינן הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה לא חשבינן לה א"א ודאי לצאת מן השני בלא גט עכ"ל. ונראה מדבריו להדיא דדוקא משום דלא חשבינן לה לא"א ודאי הוא דצריכה גט מן השני אבל אם היתה א"א ודאי א"צ גט מן השני. וע"כ דס"ל להרא"ש דבניסת במזיד א"צ גט מן השני. יישר חילו שהביא ראי' ברורה לדברי. עוד הביא הרב הנ"ל דברי הבה"ג ה' גיטין דף ע"ט לענין מאן דשדר גט בהדי שליח ובטלו לגיטא קמי' סהדי ובתר דבטלי' לגיטא אזל שליח ויהיב לה גיטא ואזלא ואינסבא לגברא אחרינא שכתב וז"ל ואי נסבה אסירא לבעלה קדמאה דכיון דלרצונה איבעלה הו"ל בעילת זנות כו' ונפקא מן גברא קדמאה בגט ושריא לעלמא ומן גברא בתראה לא צריכא גיטא דזנות בעלמא דזינאת ולא תפסי' בה קידושי עכ"ל. וזהו ג"כ כדברי דנשאת במזיד לא אצריכוה גיטא מן השני. ומ"מ מתעצם הרב לומר שלפי"ד רוב הפוסקים מחמירין בזה. דהא הרמב"ם הרשב"א והריטב"א והריב"ש מחמירין אף במזיד להצריכה גט מהשני. ולפי"ד ז"א כי הדבר ברור דרוב הפוסקים מקילין בזה. דהא דעת הבה"ג והובא ג"כ בעיטור שלישית גט דבמזיד א"צ גט. ודעת הרשב"א מוכח ג"כ להדיא דס"ל דא"צ גט כמשב"ל. והרא"ש והטור ג"כ מבואר להדיא דס"ל דא"צ גט. וגם מהריב"ש אין שום ראי' דבמזיד צריכה גט מהשני כמשב"ל. ובאמת לא מצאתי מבואר להדיא מי שיחמיר בזה רק הריטב"א בשם מ"ה ז"ל בפ' ב"ש שהצריכה גט כשניסת ונבעלה להשני אף במזיד. וגם מדברי הרמב"ם נראה כן כמשב"ל. אמנם דעת הגאון רעק"א ז"ל שהרמב"ם חטע החמירו דוקא ביבמה אף במזיד. אבל לא בא"א. אף שתפע"ד דבריו צ"ע מ"מ סניף להקל יש לצרף. כנלפע"ד בזה שא"צ להחמיר בזה לאצריכוה גט מן השני:

כ"ד יו"ט ליפמן הכהן:

חלק חושן משפט

סימן א

מה שפלפלתי בימי חרפי עם הגאון הגדול מוה' אליעזר משה הלוי זצ"ל אב"ד דק"ק פינסק:

וזה אשר כתבתי לו. **א) נסתפקתי** בהא דאמרינן בב"ק (יג.) אמר ר' אבא שלמים שהזיקו גובה מבשרן ואינו גובה מאימוריהן. דזה מירי בתם דגובה מגופו. האיך הדין במועד דמשלם מעליה אם צריך לשלם גם בעד האימורין או לא לכאורה נראה דאימורין גם מחיים הם ממון גבוה. דהא דעת התוס' שם (יב:) ד"ה מחיים כו' דגם חלק הכהנים היינו חזה ושוק המה זוכים מחיים. אף דכמה ראשונים השיגו עליהם בזה וס"ל דאין לכהנים זכיה בחזה ושוק עד אחר עבודתם דהיינו אחר הזריקה. מ"מ באימורין דהיינו חלק גבוה איכא למימר דכו"ע מודים דגם מחיים הם ממון גבוה. אבל לאחר העיון ראיתי דז"א דהאיך אפשר לומר שהאימורין הם ממון גבוה מחיים א"כ האיך אמרינן בפסחים (צ.) לריה"ג יכול למכור שלמיו לחבירו להקריב בעדו. כיון דכבר זכה גבוה בהאימורין והאימורין הם עיקר הכפרה וכמו שאינו יכול למכור עולתו לחבירו לכפר בעדו ה"ה אימורין של שלמים ודאי אינו יכול למכור לחבירו לכפר בעדו. אלא ודאי ע"כ צ"ל דלריה"ג הוה ק"ק ממון בעלים אף האימורין שלהם עדיין לא זכה בהו גבוה כלל מחיים ולכך יכול למכור לחבירו לכפר בעדו. ולפי"ז נראה דאם כחש אחד בפקדון ק"ק ונשבע ואח"כ צריך להוסיף חומש מוסיף גם כנגד האימורין. וכמו כן במועד צריך לשלם גם בעד האימורין אפי' למאן דס"ל דבהא לא אמרינן כי ליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי. וכן נמי בתם קודם ששחטו יכול הניזק לטעון שיקריבו השלמים עליו אם אינו שוה רק חצי נזקו. או בשותפות בשוה יותר ודברי הגמרא כאן איירי בששחטו המזיק כבר לשמו והניזק משתלם מבשרו וגבי תודה משמיענו הגמרא דניזק אוכל בשר ומתכפר מביא לחם דבע"כ דניזק לא נוכל לשחוט עליו שיביא הוא הלחם כנ"ל בזה. ונא להודיעני דעתו הרחבה בזה:

כ"ד ינ"ע הכו"ח ועש"ק י' תמוז תרכ"ב יו"ט ליפמן הכהן:

ב) וזה תשובת הגאון הנ"ל על זה. בדבר הקשה לרב ידידי שי' בענין ק"ק אי האימורין מחיים ממון גבוה הם אין ימכרו. הנה לפום מסקנא דגמ' פסחים (צ.) דהא דאתנן כרבי אתיא. אין הכרח דנמכרין. ויעויין בצל"ח שם שישב כן דברי הרמב"ם ז"ל אך לו יהי כן הלא המוכר מוכר ע"מ להקריב חלק גבוה. אך לאמת בעיני יפלא מאד איך יעלה על הדעת לולי הכתוב לכל נדר שיוכל לתת לזונה ולמחיר כלבו לפסול חלק גבוה וכי

יגרע חלק שמים מהדיוט שא"י להפקיע שיעבודו במסירה לבשר ודם. ואפי' קדושת הגוף אינה מפקעת שיעבוד הבעל דאלמוה רבנן. אף כי צועה זונה הלזו אשר קצר מצעה מהשתרע קדושת שמים באתננה ובמה תחליף כח לדחות קדושת הגוף להשביתו ממזבח ד'. ומאד רעיוני נבוכים בענין זה ועדן לא העלו דבר ברור. ולע"ע נ"ל לומר עפ"י הדחק דגם אי לאו קרא דלכל נדר לא היה ס"ד שיפסל. וכן בממנה זונה על פסחו אי אפשר שיפסל הקרבן. ולא האכל גם היא גם הוא. א"כ מנוי זה לשוא נמנה. רק אי היה דרשינן הק"ו דאתנן ומחיר מצי חייל אמוקדשין בכה"ג ה"א דע"כ אין המכירה כלום. וכן מנוי הזונה על הפסח שכבר הקדישו לשמים ואין בו כח למוכרו בענין הפוסל לשמים. כמו שאין כח במשכיר בית למכור ביתו לאחר שידחה כח השוכר. אך לבתר דגלי קרא דכבר נדור לא חייל האיסור. חיילן שפיר המכירה והמנוי. וכן משמע קצת מלשון רש"י ז"ל בפסחים שם בכל הסוגיא. דלקושטא דמילתא אמרינן דק"ק או פסח הוויין ממונו לענין זה. ולא לס"ד בעלמא לולי קרא דכל נדר והיינו לענין זה שתחול המכירה והמנוי. ומאד תמוהין לי דברי הרמב"ם ז"ל ה' פה"מ פ"ו ה"ד. דהיכי מצי למיהב במתנה. ואיהו ז"ל פ' בה' מעילה דהמוכר שלמיו לא עשה כלום. ובענין אתנן דעופות מוקדשין יש אתי דברים לישב קצת ד' הרמב"ם ז"ל. גם דברי המגדול עוז שם. כ"ד י"נ אלעזר משה הלוי א"ה:

ג) **וזה** שהשבתי להגאון הנ"ל. תשובת כת"ר על מה שהבאתי ראי' דאימורין מחיים מיקרי ממון בעלים מדיכול למכור שלמיו לאחר. מישוב הצל"ח בד' הרמב"ם ז"ל דגם לריה"ג אינו יכול למכור שלמיו לפי מסקנת רא דפסחים. לא אכחד מכת"ר שכתבתי דברי אז בלי שום לבי לדברי הרמב"ם בה' מעילה רק כנראה פשוט מאד דלריה"ג יכול למכור שלמיו לאחר להקריב בעד חבירו כמו שמוכח מדברי הגמרא דפסחים הנ"ל. דאי אמרת דאף לריה"ג אינו יכול למכור שלמיו לחבירו רק לאכילת בשר בלבד כמו שנראה מדברי כת"ר. א"כ מאי קאמר אביי שם והא ליכא לאוקמי כר"י דהא תני בה והמוכר עולתו ושלמיו לא עשה ולא כלום דילמא מיירי הברייתא דמוכר לחבירו השלמים שיקריב בעד חבירו דומיא דעולה] וכן מבואר להדי בש"מ ב"ק (סו:) בשם התוס' דלריה"ג יכול למכור שלמים לחבירו להקריב בעדו. אמנם גם כעת לא אדע עוד נתיב הכרע בד' הרמב"ם ז"ל אי פסק כריה"ג כנראה מדבריו בה' נזקי ממון שפסק דגובה מבשרן כו' וכן בה' אישות פ"ה ה"ה נראה דס"ל דדוקא הכהן אינו יכול לקדש את האשה בחלקו משום דמשולחן גבוה קזכי. אבל הבעלים בחלקם יכולים לקדש את האשה אף לאחר שחיטה כדברי התוס' דב"ק (יב:) ד"ה ומחיים כו'. וכן במה שפסק דבכור בזה"ז יכול

למכור מוכח ג"כ דס"ל כריה"ג ולפי"ז מוכרח לומר דהרמב"ם ס"ל דאף לריה"ג אינו יכול למכור שלמיו לחבירו להקריב בעדו. או דפסק כרבנן כמו שנראה מדהשמיט עיקר הדין דריה"ג דאם כחש בק"ק צריך להביא קרבן אשם וכן בה' טוען ונטען גבי שבועה משמע דגם בק"ק אין נשבעין. וכן במוקצה לעכו"ם ס"ל דאינו חל גם אק"ק. ובזבחים אמרינן בהדיא דלריה"ג חל מוקצה אק"ק. ולפי"ז איכא למימר דמה דפסק דאינו יכול למכור שלמיו לאחר. משום דפסק כרבנן. וכבר הניח המל"מ דברי הרמב"ם בצע"ג:

ודברי הצל"ח במסקנא דגמ' דלר"א ס"ל גם לריה"ג אינו יכול למכור ק"ק מדאוקמי בממנה זונה כו' וכרבי. לפע"ד צע"ג דהא הרמב"ם ז"ל בהלכות איסורי מזבח פ"ד ה' ט"ו כתב נתן לה בהמת קדשים באתננה לא נאסרה למזבח ואפי' כו'. נראה דס"ל דבידו ליתן ואינה נאסרת משום קרא דלכל נדר ובה' מעילה פסק בעצמו דאינו יכול למכור שלמיו וה"ה שאין בידו ליתן. ע"כ נ"ל לפע"ד לומר בד' הרמב"ם דהא דכתב שאין יכול למכור שלמיו היינו שגם חלק גבוה יוקרב בעד הקונה. והא דכתב נתן לה בהמת קדשים כו' היינו שנתן לה חלק בעלים. וחלק הגבוה יעלה לשם בעלים ראשונים. ולזאת לולי קרא דלכל נדר ה"א שיחול על חלק בעלים ואתא קרא למימר שאינו חל כלל משום שכבר יש בהם חלק גבוה. א"כ ישוב הצל"ח אינו עולה יפה. דהא גם לדבריו אכתי קשה דהו"ל לר"א לאוקמי כריה"ג. ונתן לה באתננה חלק הבעלים לבד. אע"כ דמשו"ה לא אוקי כריה"ג דניחא לי' טפי לאוקמי אפי' לרבנן ומעתה אין לנו הכרע שר"א ס"ל דלא כאביי ופליג על אביי במה דס"ל דלריה"ג יכול למכור שלמיו. וא"כ אי נימא דהרמב"ם פסק כריה"ג צ"ע דמנ"ל דלריה"ג אינו יכול למכור שלמיו אף הקריב בעד חבירו:

ולאחר העיון נראה לפע"ד דבהך דינא אם אימורין ק"ק הם ממון הדיוט מחיים או לא פליגי בזה ר"י ורבא בב"ק שם. ר"י דאוקי מתני' שם נכסים שאין בהם מעילה מעילה הוא דלית בהו הא מיקדש קדשי דזה קאי על ק"ק כריה"ג. א"כ ע"כ סובר דאף האימורין הוה ממון בעלים דהא גם בהם אין בהו מעילה כ"ז שלא נזרק הדם. ולדידי' אם הזיק לשור של שלמים משלם גם בעד האימורין. וה"ה אם הזיק שור של שלמים לשור של הדיוט גובה גם בעד האימורין שהזיקו. אמנם רבא דאוקי שם מתני' נכסים שאין בהם דין מעילה פליג על ר"י בזה וס"ל דאימורין ק"ק הם ממון גבוה אף לריה"ג והנה ס"ד דגמרא שם דרבא אוקי למתני' כרבנן דאימעט ק"ק הואיל ויש בהם דין מעילה באימורין לאחר זריקת הדם. ואקשי עליו וקאי בקושיא. וידוע הוא דהרשב"ם הביא בשם הגאונים דכל קושיא יש לה פירוקא אלא דבהאי שעתא לא אישתכח פירוקא עלי'. [והגאון ר"י פיק ז"ל חבר ע"ז ס' קשות מיושב אך על קושיא זו כתב דעדיין לא נתגלה פירוקא דמילתא

עד כו'.] ופירוקא דהאי קושיא לפע"ד נראה לומר דכונת רבא דאמר נכסים שאין בהם דין מעילה כונתו הוא ג"כ לישב המשנה כמו ר"י דהמשנה אתיא כריה"ג דק"ק חייבין בנזקין. אך מה דאמר רבא שאין בהם דין מעילה הוא בא לאפלוגי על ר"י בדין אימורין דק"ק וס"ל כיון שיש בהם דין מעילה לאחר זריקת הדם אף שעתה אין בהם מעילה הוי נכסי גבוה ופטור בנזקין בין שהוזקו ובין שהזיקו. ולפי"ז א"ש מה דאמר רבא אח"כ תודה שהזיקה גובה מבשרה אלמא דכריה"ג ס"ל. ויעו"ש בתוס' ד"ה אמר רבא כו' דדחקו בזה וכתבו וז"ל אע"ג דרבא מפרש מתני' דין מעילה ולא אוקי מתני' כריה"ג ע"כ הכא איירי לריה"ג עכ"ל. והרא"ש כתב דנראה דרבא חזר בו אח"כ משום דאקשי עליו וקאי בקושיא. אבל לדברינו גם רבא אוקי מתני' כריה"ג:

עוד נראה לומר דר' אבא דאמר שם שלמים שהזיקו גובה מבשרן ואינו גובה מאימוריהן. וקאמר הגמרא שם דאינו גובה מבשרן כנגד אימוריהן ע"כ סובר ג"כ כרבא דאימורין הם ממון גבוה. ודלא כמו שעלה על דעתי מקודם ולמדתי זאת מדברי הרמב"ם ה' נזקי ממון פ"ח ה"ב דכתב שם וז"ל שלמים שהזיקו גובה מבשרן ואינו גובה מן הבשר כנגד אימוריהן שהאימורין של ק"ק מועלין בהם כמש"ב בהלכות מעילה עכ"ל. ולכאורה הוא שפת יתר בדברי הרמב"ם דלמה צריך ליתן טעם לזה דלכך אינו גובה מן הבשר כנגד האימורין משום דאימורין ק"ק מועלין בהם. אלא נראה מדבריו משום דאין צריך לשלם בעד האימורין משום דהאימורין הם ממון גבוה כיון דמועלין בהם לאחר זריקה לכך פטור מלשלם מן הבשר כנגדן. אבל אם היה חייב לשלם גם בעד האימורין א"כ היה גובה מן הבשר אף כנגד האימורין. והטעם בזה נראה דבכה"ג כיון דהוא חד גופא ודאי דכו"ע מודים בזה דמצי למימר מכל היכא דבעינא משתלמנא. כן נראה מדברי הרמב"ם ז"ל ולפי"ז ניחא מה שאמר אינו גובה מאימוריהן ולא הזכיר חזה ושוק הניתן לכהן וגם מהם אינו יכול לגבות. משום דכנגד חזה ושוק גובה מן הבשר כיון דבעד חזה ושוק חייב לשלם דהא אין הכהן זוכה בהם עד לאחר זריקת הדם. ומחיים הם ממון בעלים כמשכ"ל דרוב הראשונים פליגי ע"ד התוס'. אמנם לדעת התוס' דס"ל דהכהן זוכה בהו מחיים ואין צריך לשלם בעד חזה ושוק צריך לדחוק דחזה ושוק נכללין באימורין:

היוצא מדברינו אלה דר"י ס"ל דאימורין לא זכה בהו גבוה עד לאחר זריקה וגם הם בחיים ממון בעלים. ורבא ס"ל דהם מחיים ממון גבוה. ואביי דפסחים ס"ל כר"י דהכא דק"ק מחיים ממון בעלים אף האימורין. ולכך ס"ל דלריה"ג יכול למכור שלמים לחבירו להקריב בעדו. וכן בסוגיא דזבחים (קיד.) דמוקצה ונעבד חל לריה"ג אק"ק אתיא נמי כר"י דלרבא ודאי לא יחול מוקצה ונעבד אק"ק הואיל ואית בהו חלק גבוה מחיים:

וראי' גדולה לדברינו דאיכא מ"ד דס"ל דאף האימורין הוה ממון בעלים מחיים לריה"ג מהא דאמרינן בבכורות (נג:) דפריך שם לענין מעשר במוקדשין פשיטא. ומשני בק"ק ואליבא דריה"ג כו' ס"ד לעשרן קמ"ל. ואימא ה"נ יהי' קדש אמר רחמנא ולא שכבר קדוש. אלמא דס"ל דק"ק מחיים הוה כולו ממון בעלים. דאי ס"ל דאימורין הוה ממון גבוה מחיים א"כ ל"ל קרא למיעוטא ק"ק ממעשר ת"ל דפוטר חלק הגבוה גם חלק של הדיוט מן המעשר במכ"ש דבכורה. דגבי בכורה שותפת ישראל חייב מרבויא בקרכם וצאנכם ומ"מ שותפות עכו"ם פוטרת וה"ה שותפות דהקדש פוטרת דדמי לכל מילי כמו לענין חמץ ושאר דברים. א"כ מעשר בהמה דשותפות ישראל פוטרת מיהי' לך. אינו דין ששותפות הקדש פוטרת. אע"כ דס"ל להגמרא שם דק"ק הוה כולו ממון בעלים מחיים ולא זכה גבוה באימורין אלא לאחר זריקה. ומעתה יתישב שפיר דברי הרמב"ם הא דפסק גבי מוקצה דאינו חל על שלמים. וכן פסק דאינו יכול למכור שלמיו לאחר. אפי' אי אמרינן דפסק כריה"ג. משום דהוא ז"ל פסק כרבא דאימורין מחיים הוה ממון גבוה. לכך ס"ל אינו יכול למכור לאחר שיקריב בעדו וכ"ש לאוסרו משום מוקצה כיון דאית בו חלק גבוה וכבר זכה בו כמים. וימחול נא כת"ר להודיעני הסכמת דעתו הרחבה בזה.
כ"ד ידידו או"נ יו"ט ליפמן הכהן:

ד) וזה שהשיב לי הגאון הנ"ל בזה. אשר בא עתה על ד"ת בענינא דק"ק ממונא דמאן. ובשיטת הרמב"ם ז"ל בזה. וידרוש הסכם דעתי בזה. הנני לבאר תוכן הדברים לדעתי. ועיני תבונתו תחזינה במה הסכמתי ובמה נטיתי וטעמי ונמוקי בזה. לדעתי בלי ספק האימורין אינם ממון בעלים לשום מ"ד לא מחיים ולא לאחר שחיטה. כיון דל"ח לי' כלל. וכן הקשו ב"ק (יג) אמימרא דר' אבא דאי אליבא דרבנן פשיטא. ואי הוו ממונו ודאי הי' גובה מן הבשר כנגדן דאטו למ"ד גיד הנשה אסור בהנאה ינכה לפי ערך היזק הגיד. וינכה לו לפי ערך הזרוע והלחוה"ק. אלא ודאי כיון דמחיים ממונו הן למכור הכל ביחד ולהנאות בכל מיני הנאות משלם מהבשר כנגדן לד"ה. והאימורין לאו ממונו הן. ומ"מ לולי קרא דלכל נדר הוה חייל אתנן לריה"ג. וכן מוקצה משום הבשר [ונעבד מילתא אחריתא אית בי' דחייל אפי' על של חבירו והקדש ואכמ"ל] ומ"מ ל"ש למיפטר ק"ק ממעשר לריה"ג משום חלק גבוה דבעינן מידי דמום. או דמיטרפא בי'. וחסרון כל האימורין זולת אלית הכבש אינו מום ולא טרפה. ואע"ג דפסול משום חסרון אבר מ"מ כיון דלא שחטינן עליו אינו פוטר. ול"ד לטרפה דהא דלא שחטינן עלה לאו משום מעליותא הוא. דאפי' בע"מ טרפה לא שחטינן דלא חזי לאכילה. והרמב"ם ז"ל פ"ד מה' בכורות בדין זה פתח במום וסיים כל שלא תפסל. נ"ל שאם הקנה חלק הפוסל הוה

בכור פסול. וחלק בעלים לאח"ש מודו כו"ע דממון בעלים הוא. ומתנות כהונה הוי ממון גבוה. בכור אפי' מחיים. וחזה ושוק דוקא לאח"ש. ומחיים הן בבשר הן בחו"ש פליגי ריה"ג ורבנן ובכור בזה"ז דל"ח להקרבה כו"ע מודי דממונו הוא

ונ"ל לישב דברי הרמב"ם ז"ל שהבאתי במכתבי הקודם מפ"ה מהל' פה"מ שכתב דנותן חלקו במתנה לחבירו משום דל"ח להקרבה מחמת התערובות ול"ל דקאי לדמי דודאי א"י לכוף לכאו"א שישלים על חלקו לדמי היפה שבהן. דאם נדבה היא אינו חייב באחריותה. ואם חובה היא או נדר לא יכול להשהות קרבנו עד שיוממו. ורק תקנתא קמ"ל דיביאו מדמי היפה כל או"א. אבל חובה ליתא וכיון דל"ח להקרבה יוכל לתת במתנה אפי' קדשי קדשים בין לריה"ג בין לרבנן ובפלוגתייהו פסקו בכ"מ כרבנן. ובנזקין גופייהו דעתו דאם הוזקו פטור. כדמוכח למעיין בסדור דבריו ז"ל שמתחילה כתב פטור הקדש בכל גוונא והדר כתב חיוב פה"מ בכל גוונא. והדר כתב חיוב שלמים שהזיקו בלבד. וכן בפירושו למשנתינו כתב פי' נכסים שאב"מ לענין הזיקו. ושל ב"ב להוזקו ומיוחדין להזיקו [ואפשר דהיינו דתנן נכסים נכסים ג"פ]. והיינו משום דבהוזקו בעינן דהדיוט דוקא. ומפרש דר' אבא אתי לתרוצי הקושיא אדרבא דלעולם מתני' כרבנן. ושאין בה דין מעילה קאמר. והא דלא תני דהדיוט משום דגם שלמים נהי דלא הוויין ממונו שיהא חייב מעליתו במועדין [ולדוגמא בעלמא אסברה לה רבינו ז"ל בתם] מ"מ אותו הזכות שבידו שיהיה שלו לאח"ש משתעבד לתשלומי נזקיהן. ואולי הוא מד"ס. ור' אבא האחרון אמר לה. ולפי"ז ל"ג במימרא דרבא פשיטא דהויא רבותא במועדת או בשן ורגל דאינו גובה מלחמה. דלא נימא כגופה דמיא ומשתעבד עמה. ולכן הביא הרמב"ם ז"ל דין גובה מלחמה כפשטיה יעו"ש. ובדבר אשר כ' מאז לישב בדוחק סוגיא דפסחים דצריך קרא דלכל נדר שלא נאמר שתבוטל המתנה כדי שלא יפסל הקרבן. התבוננתי עתה ונ"ל כהכרח לומר כן. דהא בממנה על פסחו אמרו ז"ל מפני שע"מ כן הקדישו ישראל פסחיהן. ודאי לא הקדישו ע"מ שיוכל לפסלו. ואי נימא דגם זה הוה בתנאי. א"כ לא יועיל קרא דלכל נדר. דהא ע"כ התנאי הוה כשיור בההקדש. וכאומר ע"מ שאקריבנה בבית חוניו. או ה"ע תודה שאצא בה חגיגה. א"כ הוי לענין זה כאינו נדור כלל. אע"כ דקרא גלי דאינו מעכב חיילות האתנן ומחיר להכשיר הקרבן בבואו לאחר ההקדש. וממילא נכלל בתנאו שיוכל גם להמנות בעד כלב וה"ה זונה. ואי לא קרא ה"א דסתרי אהדדי. ולא חייל המנוי וה"ה המכירה לריה"ג. ובדברי הרמב"ם ז"ל באותו ענין ספ"ד מהק"כ ראיתי שנדחקו הל"ח והח"צ ז"ל הרבה מאד. ולע"ד דברים כפשטן. דפסק כדרכו ז"ל בכ"מ כמ"ד הנאמר באחרונה וכדמשמע ממאי דמוקמינן בממנה זונה. וכפירש"י

ז"ל שם דהוי חולין לגמרי לרבי. וקיי"ל הכי [דלא כהכ"מ ז"ל] וקיי"ל כרבי. ומ"מ מוכח מדברי רבנן להההוא מ"ד דמיקל בעצים ומצה ומרור הכל כפסח דמי. ונ"מ לדידן אם יתן עבורם ממעות שהפריש לפסחו. כנ"ל ברור ופשוט בס"ד:

כ"ד י"נ אלעזר משה הלוי א"ה:

ה) **וזה** שהשבתי להגאון הנ"ל. אשר כתב כת"ר כי לדעתו בלי ספק האימורין אינם ממון בעלים לשום מ"ד לא מחיים ולא לאחר שחיטה כיון דלא חזיא ליה כלל. הנה כבר בארתי במכתבי העבר דאי אמרינן דהאימורין הוה ממון הדיוט יכול למכור לחבירו להקריב בעדו ויכול לקבל המעות מחבירו בין בעד הבשר ובין בעד האימורין. א"כ הא חזי לו למכור לחבירו להקריב בעדו א"כ הרי חזי לו בין הבשר ובין האימורין לקבל מעות בעדם. אך אי אמרינן דאינו יכול למכור שלמיו לחבירו להקריב בעדו. גם אנכי מודה לכת"ר דהאימורין הוו נכסי גבוה לכו"ע כיון דלא חזי לו כלל. ואביי דפסחים דס"ל דלריה"ג יכול למכור שלמיו לחבירו להקריב בעדו כמש"ב א"כ ודאי לדידיה האימורין הוה ממון הדיוט. והנה הקצה"ח בפ' נזקי ממון ס' ת"ו רוצה לפרש דברי אביי באופן אחר. אבל לפע"ד דבריו דחוקין מאד] ולפי"ד נראה דבזה פליגי ריה"ג ורבנן דרבנן ס"ל דתיכף שהקדישה נפקא מרשותיה ואינו יכול לזכות לאחר אף באכילת בשר לאחר שחיטה הואיל ועדיין אינו ברשותו שהוא עצמו ג"כ אינו זוכה רק לאחר שחיטה משולחן גבוה. וגם כשזוכה לאח"ש הוה זכותו כמעשר שני בירושלים לר"מ. אם שיש לו היתר אכילה בכ"ז אין לו דין ממון. אמנם ריה"ג ס"ל אי אמרי' אליביה דיכול למכור שלמיו לאחר להקריב בעדו לדידיה נוכל לומר דגם הוא ס"ל דבעלים לאח"ש משו"ג קזכי מ"מ מחיים הואיל ועדיין לא יצאו כלל מרשותו והוה ממונו ממש ויכול למכור לאחר להקריב בעדו. ע"כ יכול לזכותו גם באכילת בשר לאח"ש אבל אי אמרינן אליביה דאינו יכול למכור שלמיו לאחר להקריב בעדו ע"כ צ"ל דס"ל דהבשר הוא שלו בין מחיים בין לאח"ש ולא נפקא כלל מרשותיה דל"ל לדידיה דמש"ג קזכי לאח"ש דא"כ איך יכול לזכות לאחר באכילת הבשר קודם שחיטה אם הוא עצמו אינו זוכה בו רק לאח"ש משו"ג. והרמב"ם דפסק דאינו יכול למכור שלמיו לאחר להקריב בעדו ס"ל באמת דהבעלים לא משו"ג קזכו וכנראה מדבריו בהל' אישות. ובזה מסולקין קושיות האחרונים בקצה"ח שם:

ולכאורה יש להביא ראיה דגם האימורין הוה ממון הדיוט מת"כ פ' י"א פרק כ"ו דאיתא שם מקדשי ד' המיוחדים לד' יצאו ק"ק שאינם לשם. וכ' הק"א וז"ל יצאו ק"ק כלומר בשר ק"ק בין קודם זריקת דמים ובין לאחר זריקת דמים והאימורין קודם זריקת דמים שאינן לשם אלא לבעלים והאימורין קודם זריקת דמים עדיין לא הוקדשו לגבוה דק"ק

ממון הדיוט הוה עכ"ל. וכה"ג כתב רש"י מנחות (ד:) וז"ל ושלמים אין בהם מעילה דלאו קדשי ד' נינהו אלא ממון בעלים אלא באימורין לאחר זריקת דמים עכ"ל הרי מבואר דס"ל דגם האימורין הם ממון הדיוט. אבל לפי האמת אין להביא ראיה מזה דא"כ תקשי דהא תינח לריה"ג. אבל לרבנן נמעול באימורין אף קודם זריקת דמים והא לא מצינו שום מ"ד דסובר דאימורי ק"ק מועלין בהם קודם זריקה. והנה בתוס' מעילה (בי) ד"ה קדשי קדשים כו' כתבו דמשוה"כ אין מועלין באימורין קודם זריקה משום דעדיין לא הוברר חלק גבוה. לא ידעתי כוונתם דהלא אימורין מבוררין הם. ואולי כוונתם הוא שאף שיצאו מכלל נכסי הדיוט מ"מ לכלל נכסי גבוה ממש לא באו האימרין עד לאחר זריקה גם לרבנן. וזהו כוונת הת"כ שאינם לשם. וצריך לדחוק דכן הוא כוונת רש"י והק"א:

וגם אשר כתב כבודו ראיה לדבריו מקושית הגמ' ב"ק אי אליבא דרבנן פשיטא ואי הוה ממונו ודאי היה גבוה מן הבשר כנגדן דאטו למ"ד גה"נ אסור בהנאה ינכה לפי ערך היזק הגיד וינכה לו לפי ערך הזרוע והלחוה"ק. הנה מה דפשיטא ליה לכבודו דאינו מנכה לו בעד הגיד והזרוע והלחוה"ק אף שגם לדעתי נראה כן כמש"כ במכתבי העבר דר"א ס"ל דהאימורין הם מחיים ממון גבוה לכך אינו גובה מבשרן כנגדן. אבל מ"מ טעמא בעי דהא אנן פסקינן כר"ע ובודאי הגמ' דידן אתיא אליביה דס"ל יוחלט השור. א"כ היכא שנשחט השור ע"י אותם שאין לגבות מהם הלא ודאי ינכה לו המזיק הפסד הגיד והזרוע והלחוה"ק. כי על שניהם להפסיד פחת מיתה אף קודם העמדה בדין והוה ככחש מאליו. אמנם אם שחטו בעליו הדין עם כת"ר אף לפי דעה ראשונה בשו"ע סי' ת"ו ס"ב דהבעלים א"צ לשלם פחת שפחתה מיתה. מ"מ נראה שם מהשו"ע וכן מדברי הרמב"ם דאם יש בבשר לשלם כל ההיזק משלם ואינו מנכה לו את הפחת שפחת מיתה. אף שצ"ע לכאורה דאמאי לא ינכה לו חלקו בפחת מיתה הואיל והיכא דלא שוה ס"ל דלא משלם המזיק מביתו בעד הפחת. א"כ גם בשוה אמאי לא ינכה לו הפחת כמו בכחש מאליו דמפסיד גם הניזק. וצ"ל כיון דהמזיק בעצמו גרם את הפחת ויש להניזק להשתלם מן המותר ע"כ לא דמי זה למזיק שיעבודא של חבירו ומשתלם מן המותר. א"כ היכא דשחטו בעליו נראה דאינו מנכה לו הפסד הגיד והזרוע והלחוה"ק. משום דאמרינן כיון דניכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי. וכן גבי אימורין צריך לשלם מן הבשר כנגדם אי אמרינן דהאימורין הם ממונם כמש"כ כת"ר. ובפרט כיון דהקריבום לשמו הוה כמו שקבל לחלקו האימורין א"כ ודאי צריך לשלם מן הבשר כנגדן. וע"כ ר"א דסובר דאינו משלם מהבשר כנגדן משום דס"ל דאימורין ממון גבוה ופטור לשלם בעדן. וכן הוכחתי למעלה מדברי הרמב"ם ז"ל. ולכאורה קשה לדברי דאמאי הקשה הגמרא אי

אליבא דרבנן פשיטא. דילמא הא קמ"ל דהאימורין לאו ממון הדיוט הם דלא כר"י ואביי דפסחים. וצ"ל דמשמע ליה להגמרא דזה לא בעי ר"א להשמיענו דהא המשנה דקאמר נכסים שאין בהם מעילה איירי אודות הניזק דאם הזיק נכסים שאין בהם מעילה. הוא דחייב לשלם בעדם. וכן פירש"י להדיא לעיל (יב:) ואם נימא דר"א אשמעינן דהאימורין הם ממון גבוה כדברי רבא לפי מש"פ אמאי צריך לאשמיענו גבי מזיק ישמיענו גבי ניזק דצריך לשלם לו בעד הבשר ואין צריך לשלם לו בעד האימורין. אלא ע"כ דר"א בא לאשמיענו דלא נימא היכא דליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי לכך השמיענו זאת גבי מזיק ע"כ פריך הגמרא אי אליבא דרבנן פשיטא. ועוד י"ל דהגמרא דייק מדברי ר"א דזה לא בא לאשמיענו מהא דקאמר שלמים שהזיקו גובה מבשרן ואינו גובה מאימוריהן. ומלשון זה משמע דמיירי ששחטן כבר לשם בעלים. ואשמעינן דאינו גובה מבשרן כנגד אימוריהן. ואי נימא דר"א בא לאשמעינן דאימורין הם ממון גבוה א"כ הו"ל לאשמעינן יותר מחיים קודם ששחטו לשם בעלים דגובה בשרן ואינו גובה אימוריהן היינו שאינו יכול לגבות אימוריהן שימכר השלמים לאחר שצריך להקריב שלמים והוא ישלם בעד הבשר ובעד האימורין כל הנזק שלו. משום דהאימורין הם ממון גבוה. א"כ אינו יכול למכור לאחר. וגם פטור לשלם בעדן. ומדלא קאמר כי האי לישנא אלמא דבא לאשמיענן דלא אמרינן כי ליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי. ע"כ פריך אי אליבא דרבנן פשיטא. ולפי דברי הרמב"ם בפי' המשניות דקאמר דנכסים שאין בהם מעילה קאי על המזיק ע"כ צריך לתרץ כתירוץ זה:

[**וכעת** התבוננתי בש"מ וראיתי דגירסת הראשונים היה אמר רבא שלמים שהזיקו כו'. ולפי"ז ניחא דברינו בפשיטות דלכך פריך הגמרא אי אליבא דרבנן פשיטא. ולא קאמר דאתא לאשמועינן דאימורין הוו ממון גבוה. משום דהא כבר אמר זה רבא בתירוצא דמתרץ המתני' נכסים שאין בהם דין מעילה אבל האימורין כיון שיש בהם דין מעילה לאחר זריקה הוו ממון גבוה אפי' לריה"ג. אף שהמקשן שהניח דברי רבא בקושיא לא הבין כך בדברי רבא כמש"פ לעיל אות ג'. אבל המקשה הזה הבין דברי רבא כפי האמת. וע"כ דאתא לאשמועינן דלא אמרינן בזה דאי ליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי. וע"כ פריך אי אליבא דרבנן פשיטא]:

וגם מש"כ כת"ר מ"מ לולי קרא דלכל נדר הוה חייל אתנן לריה"ג. וכן מוקצה משום הבשר. אינו נראה דהא כתב כת"ר בעצמו במכתבו הקודם וז"ל אך לאמת בעיני יפלא מאד איך יעלה על הדעת לולי הכתוב לכל נדר שיוכל לתת לזונה ולמחיר כלבו לפסול חלק גבוה. וכי יגרע חלק שמים מהדיוט שא"י להפקיע שיעבודו במסירה לבשר ודם.

ודחק בזה הרבה. ע"כ לפד"נ דאם היה סובר הגמ' דאימורין הם כבר ממון גבוה וזוכה מחיים. ודאי קושית כת"ר היא קושיא גדולה דהאיך ס"ד דיכול ליתן הבשר באתננה כיון שבזה יפסול חלק גבוה וכי גרע חלק שמים מחלק הדיוט בכה"ג דודאי אינו יכול ליתן חלקו לאחר שבזה יהא גרעון לחלקו של חבירו. אע"כ צ"ל דהגמרא ס"ל דאימורין הם ממון הדיוט מחיים ולכך הוה ס"ד לולי הקרא דלכל נדר שיכול ליתן מחיים באתננה אף שממילא יפסול להקריב למזבח ד' ובפרט גבי מוקצה הא כשמוסרה לעכו"ם מוסרה בעצמו כמו שהיא בשלימות אם לשוחטה כולה לעכו"ם או שתהי' משמשת לעכו"ם. ואם נאמר דאימורין הוה ממון גבוה וכבר יצאו מרשותו האיך יכול ליתן לעכו"ם להפקיע מרשות הקדש. אע"כ צ"ל דהגמרא ס"ל שם דק"ק מחיים הוה ממון בעלים ולא יצאו כלל מרשותו אף האימורין:

ומה שדחה כת"ר ראייתי מבכורות. משום דאף דאימורין הוו ממון גבוה מ"מ ל"ש למיפטר ק"ק ממעשר לריה"ג משום חלק גבוה דבעינן מידי דמום או דמיטרפא בו. וחסרון כל האימורין זולת אלית הכבש אינו מום ולא טרפה. ואע"ג דפסול משום חסרון אבר מ"מ כיון דלא שחטינן עליו אינו פוטר. לפ"ד מדברי הרמב"ם משמע דאינו כן. דהא מסיים שם הרמב"ם ואם אפשר שיחתך אבר העכו"ם ולא יפסל ה"ז חייב בבכורה. משמע דכל שאם חותכין אבר העכו"ם פוסלה מן המזבח פוטרה מן הבכורה. ומה שדחק כת"ר בדברי הרמב"ם דאם הקנה חלק הפוסל הוה בכור פסול. אינו סובל כלל דבריו. דהא מסיים שם דהוא חייב בבכורה. משמע דאם הקנה לעכו"ם חלק הפסול דפטור לגמרי מן הבכורה. וגם הא קאי שם בין שיש לעכו"ם חלק באם או בולד ובאם ודאי דלא שייך דברי כת"ר. וגם מדברי הכ"מ שם יש לדייק דסובר כדברי דכתב שם וז"ל וא"ת היכי משכחת לה שיחתך שום אבר ולא תהיה בע"מ. וי"ל דמשכחת לה כגון שהיה יתר אצבע ואין בו עצם כו' עכ"ל. ואמאי לא מתרץ בפשיטות כגון שהקנה לו אבר הפנימי דאינו פסול משום מום. אע"כ כיון דפסול למזבח משום חסרון אבר דינו כבע"מ. ועוד יש להוכיח כדברי. דלכאורה קשה דאמאי לא הביא הרמב"ם דאם הקנה לעכו"ם דבר שעושה אותה טרפה פוטרה מן הבכורה אע"ג דלא הוה מומא בהכי וליכא למימר דזה ידעינן מכ"ש מבע"מ דהא לפי"ד שמואל בתמורה (יז.) דקאמר שם המקדיש טרפה צריכין מום קבוע לפדות עליו יעו"ש. וס"ל דקדושה חל על טרפה אע"ג דעל בעל מום לכו"ע לא חלה. וכיון דאפשר לומר דבע"מ גרע מטרפה. ע"כ הא דלא הביא הרמב"ם זאת דחסרון מחמת טרפה פוטרה. משום דזה נכלל בסוף דברי הרמב"ם ז"ל ולא יפסל הא נפסלה. א"כ ה"ה אם היא פסולה מחמת חסר אבר הפנימי נמי פטורה. כנ"ל לפ"ד:

ועוד אפי' לפי"ד כת"ר דמחמת חסרון אבר הפנימי לא נפטר מן הבכורה. מ"מ ראיה שלי מבכורות היא ראיה חזקה. דהא כתב היש"ש ב"ק פ"ה סי' מ' וז"ל ומשו"ה לעיל גבי שלמים שהזיקו ס"ל לר"א דכל חד וחד לא עביד כולו הזיקא כי הבשר לא הזיק בלא האימורין דאי לא הו"ל אימורין לא הוה חי ולא הוה נגח. וכן האימורין בלא הבשר משו"ה מאחר דליכא טעמא דתוראי בבירך כו' משתלם מן הבשר לפי ערך הזיקו. ולא ישתלם ממנו אלא בעבור הבשר עכ"ל. ודברי היש"ש מוכרחים הם לישב דברי הרמב"ם ז"ל. א"כ מוכרח לומר דבלא האימורין לא מצית לחיות א"כ בודאי מיטרפא בהכי ופוטר מן המעשר משום חלק גבוה. אך באמת צריך לבאר טעמא מאי אינה יכולה לחיות בלא האימורין. הנה לפי התרגום דמתרגם יתרת הכבד חצרא דכבדא שהוא טרפש הכבד ניחא דהא לפי קבלת הגאונים דבניקב טרפש הכבד טרפה. כ"ש בניטל כולו. ועוד אפשר לומר כיון דחצר הכבד הוא המחלק בין אברי הנשימה לאברי העכול א"א לחיות כלל אם ינטל כולו. ועוד הא אמרינן בגמ' חולין דאיבעי ר' זריקא מר' אמי נדלדלה הכבד ומעורה בטרפשי'. ופי' רוב הראשונים שנעקרה מן הכליות שהכבד מחוברת לכוליא אחת ובכ"ז מעורה בטרפשי' היינו בטרפש הכבד. וע"ז איפשטא דכשרה. נראה להדיא דאם נעקר הכבד גם מן הכליות גם מן הטרפש טרפה. וכ"ש לפי פירש"י נדלדלה הכבד במקומות הרבה ומעורה בטרפשין כאן מעט וכאן מעט. נראה דאם נעקר לגמרי ואינו מחובר כלל לשום מקום דהיא טרפה. והכא כיון שצריך ליטול האימורין היינו הכליות וגם טרפש הכבד אז ישאר הכבד מדולדל לגמרי ובודאי מיטרפא בהכי. אמנם לפי פי' הרמב"ם בהקדמתו לפי' המשניות שמפרש יתרת הכבד הוא אצבע הכבד. וכ"פ הרשב"ם בחומש צ"ע אמאי א"א לחיות בלא האימורין וצריך לדחוק דנהי דמכל חד וחד באפי' נפשי' לא מיטרפא בכ"ז בהעדר כולם שהוא חלק המובחר שבבהמה וכאשר יורה מלת אימורים כדמפרש הערוך. א"א לחיות בלעדם. א"כ ממילא אם הקנה האימורין לעכו"ם ודאי דפטור מן הבכורה ומדלא מיפטר ק"ק מטעם זה מן המעשר ע"כ דסובר הגמרא דבכורות דאימורין מחיים הוה ממון בעלים:

כ"ד יג"ע יו"ט ליפמן הכהן:

ו) **וזה** שהשיב לי עוד הגאון הנ"ל. הגיעני מכתב קדשו ואשתעשע בדבריו אשר אהבתי. והנני במענה דבור באפניו. על משמרתי אעמודה לכל דברי המזבח. כי חלק גבוה המה גם בחיים לא יקרב זר לקנותם לכפר בעדו. כי כבר קדשום שמים ומה ידיר את הנדור. ואם בס"ת דעת קצת פוסקים דיוצא בדיעבד בקנוי' גם לדבריהם אינו ענין לקדשים. דהתם מצותה כל ימי היותה עד כה לזה ומעכשיו לזה. אבל קדשים אחת הן קריבין. ומה

הוסיף השני רק רעיון רוח. ואשר כתבתי שאין מנכין להניזק על ערך גה"נ ומ"כ דמזיק לא לתם כוונתי רק גם למועד דמשלם מן העלייה. למה לא ינכה ערך חלקם שאינן ממונו. אע"כ משום דלא מופרשין מחיים והן ממונו ואשר כתב כת"ר בדין שחטו מזיק הוא צירוף ב' סברות שאינן ענין זו לזו ליכא לאישתלומי מהאי. ומזיק שיעבוד חבירו. ומה יועיל צירופן יחד. ובפשיטות י"ל דכיון דשותפי הוו והמזיק הפסיד הוי כנטל חלקו. אך לכאורה צ"ע שלא הובא ברמב"ם ושו"ע דין כחש מזיק ממילא. ואולי ל"ג לה בגמ'. וס"ל דקודם העמדה בדין אינו מפסיד מחצי נזקו ע"י פחת כמי שאינו שותף לענין שבח ליטול יותר על חצי נזקו. ואשר כתבתי דחייל מוקצה אבשר לריה"ג. ואקשי כת"ר מדידי באתנן. אין ערכן שוה. דמוקצה לא מטעם קנין נאסר דאין הקדש לע"ז. ורוח אין בהם לקנות. והוה כאיסור הנאה דמת דמדמינן ליה להקדש חמץ ושיחרור דמפקיעין משיעבוד. משא"כ בקנין הזונה ובעל הכלב דבעינן קנין ממש. וכיון שא"י לקנות להפקיע שיעבוד ההקדש ממילא אין מקום לאיסור. ובענין האימורים נבהלתי בראותי שיוצא לקראתנו בשדי קרב לטרוף טרף שלא שערום הראשונים ולא מנו הטריפות כמוני פטמים אשר בכל דור ודור ילכו ויוסיפו. ואנא הוי אכילנא משופרא בחסרון אצבע הכבד עם הכליות והחלב. ב) ולהמפרש חצר הכבד והיא טרפה לדעת הגאונים. מ"מ

ל"מ דבר שעושה טריפה שאינו מחמת עצמו דלהכי ניתר בקרום מחמת מכה. ואפי' בכולו אין הטריפות מחמתו. ג) ומשום דלדול הכבד ל"ש כלל בנטילת הכליות לכו"ע שחבורה היא תחת הכליות בשדרה ומשנה שלימה שנינו נטלו הכליות כשרה ובדלדול איבעיא לן. הרי שא"ע זל"ז. וגם נדלדלה ממקום חבורה תחת הכליות כל שהיא שלימה כשרה עיין פירש"י ז"ל שם ד"ה האיכא ועי' פמ"ג סי' מ"א. ולי משמע קצת מד' רש"י ז"ל דלמאי דפשט לו כשרה אפי' אין מעורה בטרפש. וי"ל דהרמב"ם ורש"י ז"ל אזלי לשיטתייהו בפי' דיתרת ואכמ"ל. ונ"ל קצת ראיה להרמב"ם ז"ל בפי' יתרת מסדר התלמוד שקרב האצבע עם

(הגה"ה א) **א"ה בזה הנכון כדבריו ז"ל כי אין סברא כלל שבזה נעשה טרפה. מ"מ דברי הישש"ש דכתב דבלא האימורין א"א לחיות הם פשוטין וברורין דהא באימורין נכלל גם דם הנפש דלכתחילה הא המצוה היא לקבל כל דם הנפש לזרוק על המזבח. ובלי דם הנפש ודאי א"א לחיות כלל אפי' ש"א. ולפי"ז נתחזקה ראייתי מה שהבאתי מבכורות דע"כ ס"ל דהאימורין מחיים הוו ממון הדיוט דאפי' לפי"ד ז"ל דס"ל דאבר מבפנים אין פוטר מן הבכורה אם הקנה אותה לעכו"ם דדוקא מום בעינן או מידי דמיטרפא בי'. מ"מ הא יש ראיה מן הדם דהא זה ברור דאם הקנה כל דם הנפש לעכו"ם דודאי פוטר מן

הבכורה אפי' למ"ד דבעינן מידי דמתנבלה בי'. כיון דבלי דם א"א לחיות כלל. ואמרתי זאת להגאון האמיתי מהר"י זצ"ל מסלאנט והסכים לדברי דזו היא ראי' נכונה:

ב) מה שכתב ולהמפ' חצר הכבד והיא טרפה לד' הגאונים מ"מ ל"מ דבר שעושה טרפה שאינו מחמת עצמו. לפי"ד זה ליתא כלל דמאי נ"מ אם זה הוא טרפה מחמת עצמו או לא. דהא כתב הרמב"ם דאם אפשר שיחתוך אבר העכו"ם ולא יפסל ה"ז חייב)** הכליות והאליה. ולמה חלקוה מן הכבד. הרי אמרו ולא נתחיו לנתחים אלא שהן הן האימורין רק החלב קרב עם הראש בעול' דהכי כתיב בקרא בהדדי וגם בשלמים החלבים בפ"ע כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ט ומעה"ק והת"כ. ונ"ל די"ל מקרא דכתיב ידיו תביאנה את אשי ד' היינו לבד החלבים. והדר כתיב החלב על החזות יביאנו. הרי האשים סמוך לידיו והחלב על החזה מלמעלה. ובפ' שמיני כתיב הכל והדר כתיב וישימו החלבים על החזות הרי ג"כ כנ"ל. ובעת התנופה בהיפך ולעולם מובדלין החלבים מהאימורין. ואשר צלל כת"ר במים אדירים והגיע עד ים ש"ש ולא העלה מאומה לנ"ד. דנהי דבנטילת הכליות לא מטרפא. היינו משום דאי עבדי לה סמא חי'. אבל בעת הנגיחה אלו נטלו הכליות לא נגחה שהרי היא מתה לשעתא לולי הסם חיים. ומאי דכתיבנא דטרפה גריעא מבע"מ ודאי קושטא קאמינא. וכת"ר ראה את הנכנסות לס"ד אליבא דשמואל ולא ראה היוצא להלכה מקמי דשמואל ובתרי'. דגריעא ולא חיילא קדושה עליה. ולשמואל הוי כבעל מום לענין חיילות רק שאין פודין קדשים להאכילן לכלבים. ולא קיימא לן כוותיה:

כ"ד י"נ אלעזר משה הלוי א"ה:

ז) וזה שהשבתי להגאון הנ"ל עוד בזה. תשובתו היקרה הגיעתני לנכון. ואשר כתב כת"ר אשר לכאורה צ"ע שלא הובא ברמב"ם ושו"ע דין כחש מזיק ממילא. ואולי ל"ג לה בגמרא וס"ל דקודם העמדה בדין אינו מפסיד מחצי נזקו ע"י פחת כמו שאינו שותף לענין שבח ליטול יותר על חצי נזקו הנה בשו"ע סי' ת"ד הביא ג"כ מש"כ הרמב"ם בשנוי לשון קצת. והשמיט תיבת חצי נזק ותיבת כולו. והסמ"ע סק"ו פי' שם בהדיא הטעם דמיד בשעת הנגיחה נעשו המזיק והניזק שותפין בהשור כו' אם נפחת או נשבח ממילא כו'. הרי להדיא שלא כדברי כת"ר. וכן מדברי הטור נראה שלא כדבריו. אכן לשון הרמב"ם ז"ל יורה האמת דרכו כד' כת"ר דגם אם השביח אין הניזק מקבל יותר מחצי נזק וכן לענין כחש נראה דס"ל להרמב"ם דאין הניזק מפסיד מחצי נזקו. ולא כדברי כת"ר דאולי ל"ג לה בגמ' דרחוק בעיני לומר שלא יגרום סוגיא שלימה בגמרא. יען זאת נלע"ד לפרש דברי הגמרא באופן אחר. והוא בפלוגתת ר"י ור"ע. דלר"י דס"ל יושם השור כו' ס"ל דהשור אינו רק אפותיקי על חוב נזקו. ולא אפותיקי מפורש רק אפותיקי סתם. דאם אבדה

גובה משאר נכסים. וכן שיטת רש"י ז"ל בסוף פ' המניח בדברי ר"י. ואשר הקשה בתוס' שם על פי' הקונטרס ממ"ש שחטו מה שעשה עשוי. הקושיא אינו רק לדעת הסוברין דברייתא דשור תם קאי אליבא דר"י. אבל הרמב"ם מפרש דהברייתא אליבא דר"ע היא. אבל ר' ישמעאל ס"ל דמשלם מביתו. ואשר יושם השור בב"ד למען נדע איזה סך נעשה חוב עליו. כי לא נעשה החוב רק כפי שוויו בשעת הנגיחה. ולזאת אין להניזק בו הן בשבח הן בפחת ורק יקבל המגיע לו בו בשעת הנזק. וכן הביא הרב המאירי ס"פ המניח בשם גדולי הרבנים דלר"י ישלם מכיסו. וכן הר"מ אבולעפי ס"ל דלר"י כי ליתא לתורא קמן משלם מן העלי'. ועיין בת"א להרשב"א סי' ש"מ. ולר"ע דס"ל הוחלט השור ס"ל דהחוב לאו אקרקפתא דגברא רק אגופו של שור ובין לענין כחש ובין לענין שבח תלוי עד שעת העמדה בדין אם יש בו כדי חצי נזק אם לא. אבל אין לו שותפת בשור עד שעת העמדה בדין לזכות השבח יותר מחצי נזק. וכן לענין כחש לגרוע לו מחצי נזק לפי חלקו. ובזה לא נהיה מוכרחין לדוחק התוס' (מז.) ד"ה ליתא לפרה כו' דדחקו שם דמתני' אתיא אליבא דר"י. אבל לפי דבריהם שם אזלי דוקא אליבא דר"ע. והא דקאמר ש"מ שני שורין תמין שהזיקו אתיא נמי שפיר אליבא דר"ע. יעו"ש בתוס' (לו.) ד"ה ש"מ כו' דכתבו ונראה לפרש דבשני שורים שהזיקו שור בודאי איירי דחשיב כאילו הוו חד גופא ומשתלם מן השני. דלפי שיטתם אכתי קשה דאף אם הוו חד גופא מ"מ הא אם כחש ההפסד על שניהם לדברי ר"ע. וצריך לדחוק דכוונת רבא מפרזיקא דקאמר ש"מ כו' דלפי זה ע"כ צ"ל דהמתני' אתיא כר"י. אבל לפי שיטת הרמב"ם ודעימי' נוכל לומר דהא דקאמר ש"מ כו' רצה מזה גובה רצה מזה גובה אתיא אף לדברי ר"ע. וכן נראה דהרמב"ם מפרש הא דקאמר שם פרק שור שנגח ד' וה' דאחרון אחרון נשכר. הוא דוקא אחר העמדה בדין. אבל קודם העמדה בדין גם לר"ע ראשין ראשון נשכר. וכן הוא דעת הרשב"א בחידושיו לתרץ קושית התוס' שם. אף ששיטת הרשב"א לענין כחש ושבח כשיטת התוס' א"כ כ"ש לדעת הרמב"ם ודאי צריך לפרש דאיירי לאחר העמדה בדין. וגם הא דקאמר הקדישו ניזק א"ב דוקא לאחר העמדה בדין אבל קודם העמדה בדין עדיין לא זכה בו. ובזה הסולק תלונת הלח"מ על המ"מ לענין מכירה לרדיא. ובזה ניחא הא דהשמיט הרמב"ם דין דהקדישו ניזק:

אחר כל זה האיר ד' עיני למצוא בש"מ דברי ר"ח ז"ל וז"ל שבח המזיק נותן כשעת הנזק וסלקא דפטמיה המזיק לתורי' פי' שור שוה נ' שנגח שור שוה ש' וחבל בו במאתים דינו ליטול השור בנזקו שאינו משתלם אלא מגופו וישלם נ' ויפסיד ק"נ עמד המזיק ופטם את שורו והשביחו ושוה מאה זוז אין לו לניזק לומר אטול השור כמו שהיא כי הוא עתה

בשיעור חצי הנזק דיכול למימר לו מזיק אנא מפטימנא ואת שקילת ודוקא בשפטמו המזיק אבל שבח דממילא לא אלא שקיל נזקא משבחא שיעור נזקיה. כחש המזיק כגון שהיה שוה ק' והיתה החבלה שוה ק"נ ועתה בשעת העמדה בדין שוה המזיק נ' אינו יכול הניזק לומר תן ק' שכך היה שורך בשעה שהזיק אלא אומר קח השור כמו שהוא כר"ע דאמר הוחלט השור וכן הדין ע"כ עכ"ל. והמעיין בדבריו היטיב יראה להדיא דס"ל דאף לר"ע אינו נוטל בשבח קודם העמדה בדין יותר מכדי חצי נזקו. וכן לענין כחש דוקא לר"ע הוא דאינו משלם מביתו ואומר לו קח השור כמו שהוא. אבל לר"י אם כחש משלם מביתו. וזה עולה כפי מה שבארנו שיטת הרמב"ם ז"ל. ולפי מש"ב כעת שיטת הרמב"ם דאינו מפסיד הניזק כלום היכא שכחש המזיק עד שעת העמדה בדין כ"ז שנשאר בו כדי ליפרע הנזק א"ש טפי מה שהוכרח הרמב"ם לפרש דהא דקאמר דאינו גובה מן הבשר כנגד האימורין משום דמועלין בהם. ופירושו דבעד האימורין פטור לשלם משום דהוה ממון גבוה כמשפ"ל. אבל אם היה חייב לשלם בעד האימורין אף שהמזיק עצמו לא הקריבו לד' והקריבו הכהן בעצמו לא היה מפסיד הניזק כלום והוה גובה מבשרן כנגד האימורין משום דזה לא גרע מהיכא דליתא לפרה משתלם מן הולד:

אמנם שיטת הטור שהביא ג"כ דין זה דליתא לפרה משתלם מן הולד צע"ג. דהא הוא סובר כשיטת התוס' והרא"ש דלר"ע הוחלט לניזק מיד אחר הנגיחה אף קודם העמדה בדין. ולכך חל הכחש על הניזק מיד. א"כ האיך קאמר דליתא **(בבכורה. א"כ כל שנפסל מחמת זה למזבח ודאי דפוטר מן הבכורה. וזה פשיטא דאף טריפות שאינו מחמת עצמו פסול לגבי מזבח ודינו ככל טרפה דאין קדושה תלה עליו. א"כ נכלל זאת בדברי הרמב"ם מש"כ דכל שפוסל פוטר מן הבכורה:

ג) ומ"ש ומשום דלדול הכבד ל"ש כלל הנטילת הכליות לכו"ע שחבורה היא תחת הכליות בשדרה. נפלאתי ע"ז דהא ידוע שהכבד אינו מעורה כלל להשדרה רק לכוליא אחת ומש"כ רש"י תחת הכליות. היינו שהכוליא היא שוכבת על הכבד. והכבד שוכב בין הדופן ובין הכוליא. ולהכוליא היא מחוברת. א"כ בנטילת הכליות וגם טרפש הכבד נשאר הכבד מדולדל מכל צד וצד. וכן איתא בש"ך ובמ"ב סי' ק"ג שהכבד מחובר להכוליא ומה שהקשה דא"כ האיך איבעיא בדלדול דהא משנה שלימה שנינו נטלו הכליות כשרה א"כ נעקר הכבד מן הכוליא. לפי"ד זה לא קשה כלל. דאיכא לפרש המשנה דנטל הכליות מתחילה בריותו והכבד מחובר למקום שצריך להיות הכוליא. אבל לפי האמת דפשט ליה דכשרה כיון שעדיין הוא מחובר לטרפש דגם זהו מקום חיותו של הכבד א"כ אפי' נטלו הכליות אח"כ נמי כשרה ע"כ הג"ה:)** לפרה משתלם

רביע נזק מן הולד. והנה המהרש"ל ביש"ש כתב ע"ז בריש פרק שור שנגח את הפרה וז"ל לכן נראה הא דאמרינן לעיל כחש ושבח המזיק ברשות תרווייהו היינו דבר דאתיא ממילא כו' אבל הכא איירי כגון שנאבדה הפרה בשמירת הבעלים דפשיטא דהניזק אינו מפסיד כלום דמאי הו"ל למיעבד מאחר שנאבדה קודם שנגמר דינו לתשלומין ולאו דידיה הוה ואיך היה לניזק לשומרו ואע"פ שלאחר שנגמר דינו נמצא למפרע שמעת הנגיחה הוחלט לניזק מ"מ לענין שמירה ליכא למימר הכי דהא עדיין לא החליטו לו הב"ד ודמי כמו שלא ידע הניזק עדיין שהזיקו אע"פ שג"כ מוחלט לו כו' עכ"ל. ולפע"ד דבריו תמוהין מאד דהאיך אפשר לומר דכ"ז שלא החליטו לו ב"ד אינו מוטל עליו השמירה והוה כמו שלא ידע הניזק עדיין שהזיקו. הא אמרינן בפ' שור שנגח דו"ה דלר"ע אחרון אחרון נשכר. ושיטת התוס' להדיא וכן משמע באשרי והטור מסתימת לשונם דאיירי קודם העמדה בדין משום דאזלי לשיטתם דלר"ע הוחלט השור תיכף בעת הנגיחה וכן כתב שם המהרש"ל להדיא ויעו"ש בתוס' מה שדחקו בזה ליתן טעם דלמה חייב בשמירתו לר"ע אף קודם העמדה בדין. וכתבו כיון שיש בידו להביא עדים לאלתר ולזכות מתחייב בשמירתו. וכיון שמוטל עליו השמירה שלא יזיק ולא הוה כמו שלא ידע עדיין. א"כ הא אפשר לשמרו נמי שלא יוזק ואמאי מוטלת שמירה זו שלא יוזק על המזיק. ועוד קשה דהאיך אפשר לומר דקודם העמדה בדין מוטל השמירה שלא יוזק על המזיק. א"כ אמאי אמרינן דהמותר חולקין בין המזיק והניזק הראשון הא כיון דמוטל השמירה על המזיק א"כ לכהפ"ח המותר היה צריך להיות להניזק הראשון. אך אפשר לדחוק ולישב דברי הטור ע"ד המהרש"ל דהכא מיירי שנאבדה הפרה קודם שהיה בידו להביא עדים ולזכות בה ולשומרה. דאז ודאי מוטל השמירה על המזיק שלא יזיק כמש"כ התוס' שם. וה"ה שלא יוזק נמי מוטל על המזיק:

והנה הב"ח כתב ע"ד הטור דלכך אמרינן דכי ליתא לפרה משתלם מן הולד שהוא מטעם דר"נ דאמר דכל היכא דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי. ולכאורה דבריו תמוהין דהא הטור בסי' ה"י ס"ל דשנים שהזיקו אין השני חייב בעדו אלא היכא דשותפו פטור מה"ד. אבל היכא דשותפו חייב לשלם אלא שאין לו או שברח אין חברו חייב לשלם בעדו. וחלק ע"ד הרמ"ה דס"ל דאפי' בכה"ג נמי מחייב מטעם דר"נ. א"כ הכא כיון דמן הפרה חייב מה"ד לשלם אלא שעתה נאבדה וא"א להשתלם ממנה א"כ אמאי צריך לשלם מן הולד מטעם דר"נ. ונראה דהב"ח מפרש דהכא מיירי שמתה הפרה א"כ א"א להשתלם ממנה בשום אופן. והטור דחולק על הרמ"ה הוא דוקא היכא שברח השותף או שאין לו כיון שאפשר שיבא השותף או שיעשר והוא ישלם בעצמו ע"כ לא מיקרי א"א

לאשתלומי ממנו. ואין השני משלם בעדו. אבל היכא שמתה הפרה אף שבעת הנזק היה ראוי להשתלם ממנה מ"מ כיון שעתה א"א להשתלם בשום אופן מיקרי א"א לאשתלומי מהאי משתלם מהאי. וכן נראה מדברי הישׁ"ש בפ"ה סי' מ' דהסכים שם לדברי המהר"ם שסובר כדברי הטור וכתב שם וז"ל וכן יראה לי כי מצאתי בספרים מדויקים שכתב בתחלת הסוגיא כל היכא דלא אפשר לאשתלומי כו' משמע שאינו מן האפשרי לעולם אבל היכא שברח והעני איכא מן האפשרי עכ"ל. אבל מ"מ קשה לי דברי הב"ח דהא קיי"ל כר"א דאמר שלמים שהזיקו אינו גובה מבשרן כנגד אימוריהן וכפי מה שמסיק לישנא בתרא שאפי' אליבא דר"נ אינו גובה דמי מצי אמר בשר אזיק אימורין לא אזקי. א"כ ה"נ האיך גובה מהולד כנגד הפרה מי מצי אמר ולד אזיק פרה לא אזיק וכמו דגבי בשר כיון דא"א להבשר להזיק בלי האימורין כמו שהבאתי למעלה בשם המהרש"ל. וכן מצאתי כעת שגם הרמב"ן במלחמות סוף פרק שור שנגח את הפרה ביאר כן. ע"כ אינו יכול לגבות מבשר נגד האימורין. א"כ כ"ש לגבי ולד דודאי אינו יכול להזיק בלי הפרה אמאי גובה מהולד כנגד הפרה. וע"כ צ"ל דגבי אימורין שאני כיון דהם ממון גבוה ופטור בעדם לכך אינו יכול לגבות מהבשר כנגדם. אבל היכא דחייב לשלם בעדם כיון דחד גופא הוא מצי למימר כל היכא דבעינא משתלמנא. א"כ אין זה שייך לדר"נ כלל. וכן יש להוכיח כדברינו מדברי התוס' שם (מז.) ד"ה גופה היא כו' דכתבו שם וז"ל אך משמעתין יש להוכיח דעובר ירך אמו מדליתא לפרה משתלם מן הולד ואי לאו ירך אמו הוא למה ישתלם מן הולד חלקו וחלק הפרה דאטו שני שורין תמין שהזיקו אם נאבד האחד משתלם מן השני חלק חבירו עכ"ל. דלכאורה דבריהם תמוהין דמהיכן פסיקא להו דא"א לומר דשני שורין שהזיקו דאם נאבד אחד מהם אינו משלם חלק חבירו. דילמא משלם מדר"נ. וע"כ צ"ל דכוונת התוס' כיון דהגמ' קאמר סתמא ליתא לפרה דמשמע בכל אופן אף בנאבד. ובנאבד ס"ל להתוס' דבזה לא שייך למימר דר"נ כיון דאפשר שימצא השור השני וישתלם ממנו בעצמו וכדברי הטור שחולק ע"ד הרמ"ה. אע"כ דהטעם הוא משום דעובר ירך אמו הוא. כנ"ל לבאר דברי התוס'. א"כ מוכח מדברי התוס' דהיכא דחד גופא הוא אף בנאבד דלא שייך הא דר"נ מ"מ הוא גובה מן השאר. וע"כ משום דבחד גופא אין צריך לדר"נ כלל. א"כ מצי איירי דברי הטור מה דקאמר ליתא לפרה אף בנאבד. אבל בלא"ה תמוהין לי מאד דברי הב"ח דהאיך אפשר לומר דבכה"ג דבשעת הנזק היה ראוי להשתלם ממנו ואח"כ נאבד שיהא שייך בזה טעמא דר"נ דא"כ אמאי בכחש עד שעת העמדה מפסיד הניזק מחלקו ואמאי לא אמרינן נמי כל היכא דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי. אע"כ כיון דאמרינן דלר"ע הוחלט השור משעת הנזק ע"כ לא שייך בזה

למימר כי ליכא לאשתלומי כו' ושלו כחש. א"כ ה"נ כיון דזכה בהפרה חלקו משעת הנזק אמאי לא אמרינן ג"כ דשלו נאבד ואינו משתלם זה מן הולד מה שהפסיד בהפרה. אלא ע"כ צריך לישב דברי הטור דכונתו הוא כמו שפי' הר"ם דברי הגמ' בש"מ דשפיר מיירי לר"ע וכגון דאשבח ולד וקם בדמי פרה ששוה עתה הולד ככל הפרה [ר"ל הפרה והולד ביחד] ולא מפסיד מזיק מידי במאי דליכא לפרה כו' יעויין בש"מ:

כ"ד ינ"ע יו"ט ליפמן הכהן:

ח) **וזה** שהשיב לי הגאון הנ"ל. במה שכתבתי לדעת הרמב"ם ז"ל שאם השביח אינו נוטל הניזק יותר מחצי נזקו. וכן לענין כחש דעד ח"נ אינו מפסיד כלום. הסכים ע"י. אך לא כדברי שהיתה לו גי' אחרת בגמרא רק שמפרש באופן אחר. יישר חילי' דכת"ר. וגם ברעיוני עלה לפרש כעין זה אך יען לא נתברר לי הענין כ"כ. ולא מצאתי לי אז חבר בראשונים לכן לא החלטתי הדבר וכתבתי דרך ספק אולי יש לו גי' אחרת. אך כת"ר הציב הדברים על אמיתתם בס"ד וכן גם דעת הטור ושו"ע [עכ"פ על הספק] למדקדק בלשונם. ובהכי ניחא הא דהביא הטור דינא דהיכא דליתא לפרה משתלם מולדה. ותירוץ כת"ר ע"ד הטור תמוה. דאי אשבח ולד וקם בדמי פרה וולדה שבשעת הנזק. הרי ממילא של הניזק השביח ויש לו בו כדי חצי נזקו אפי' איתא לפרה. ומ"ש כת"ר ע"ד הב"ח ז"ל להטור ז"ל דהכא ל"ש דר"נ משום דבר תשלומין הוא כו'. לדעתי ל"ד כלל דהתם החוב אקרקפתא דגברא מונח לעולם ואם יעשר ישלם והכא תיכף כשגובה מן השור יפסיד המותר לגמרי. רק אם ישביח הרי שלו השביח כיון שכבר גבהו. והוה ממש כליכא לאשתלומי יעו"ש היטב [א"ה הא ה"נ אם ימצא השור יגבה מה שחסר לו מן השור] ובשני שורין תמין אינו ספק כלל בגמ' ספ"ג. אתמוהי קמתמה שהוא דבר שא"א וכ"ד התוס' (מז.) ולפמ"ש לעיל דאולי מספקי להטור אי כד' הרמב"ם או כהרא"ש ז"ל. כתב כי ליתא לפרה בלשון סתמי דמצינן לפרושי גם ליתא בשעת מעשה שאינה שוה כלום. ועכ"פ נראית דעתו יותר כהרמב"ם ז"ל אלא שלא לחלוק על אבותיו ורבותיו סתם הדברים קצת ופתח פתח בשנותו לשונו להטות אחרי משה. וכן דעת הש"ע ברורה כהרמב"ם ז"ל. ויש לזה כמה הוכחות בגמ'. ועיקר פשט הלשון בגמ' מ"ב הקדישו ניזק א"ב היכי מצינן לפרושי עפ"י דעת התוס' כיון שאינו יכול לסלקו בזוזי לר"ע וכל הפסד ושבח חלק הניזק לדידי' הוא היכי אפשר למיבעי כלל מ"ב. אם הוא של ראובן או של שמעון אתמהה. וכת"ר פלפל עוד בחכמה. והביא ד' הראשונים ז"ל בש"מ עפ"י שיטה זו. ובסיום דברי' כתב דצ"ל להרמב"ם ז"ל דבאימורין מעיקרא לא נתחייבו הואיל ומועלין בהם. ודא לא נעלם מאתי דבחיים אין בהם מעילה רק דממון גבוה הן. הואיל וא"א להנות

מהן להדיוט. ועומדין למעילה והוא ממש כדברי הראשונים. וגם אנכי כתבתי על דברו לשיטת הרמב"ם ז"ל הנראית נכונה מאד בגמ':

יע"א אלעזר משה הלוי א"ה:

ט) א"ה כעת נדפס פי' הר"ח על הגמרא וראיתי דעל דברי הברייתא דקאמר שחטו מה שעשה עשוי פי' כם דזה קאי אליבא דר"י. א"כ מוכח מדבריו דס"ל דאינו משלם מביתו לדברי ר"י. וכן הביא הרמב"ן במלחמות ריש פ' שור שנגח דו"ה בשם הר"ח. ומטעם זה השיג על הרז"ה דס"ל דלר"י משלם מביתו וגם נראה מדבריו שם דלר"ע הוה מזיק ממונו ממש ולא מזיק שעבודא. וע"כ משום דס"ל דזוכה מיד משעת הנזק. וע"כ הוכרח לפרש דהברייתא אתיא כר"י. וזה תמוה דהוא סותר כל דבריו מה שפי' אח"כ בדברי הגמ' דשם נראה להדיא דס"ל דלר"י משלם מביתו אם נכחש אח"כ ואין בו כדי ח"נ וגם מוכח מדבריו שם דס"ל דלר"ע אינו זוכה בשבח עד העמדה בדין יותר מכפי חצי נזקו. וגם בכחש אינו מפסיד הניזק אם נשאר בו כדי ח"נ. ולכך הוכרח הר"ח לפרש שם גבי כחש היכא שהיה שוה ק' והח"נ היה ג"כ ק' ועתה אינו שוה רק נ'. אלמא דס"ל דאם הכחיש משעת הנזק עד העמדה בדין כיון דגם עתה יש בו עדיין כדי ח"נ אין הניזק מפסיד כלום אפי' לר"ע משום דאינו זוכה משעת הנזק. ומאד תמהיתי בזה:

ונכדי האברך החו"ב בצלאל שי' תי' ע"ז. דאף להני ראשונים דס"ל דלר"י משלם מביתו. הוא דוקא כשאין השור לפנינו כגון שנאבד הוא דרמי חיוב על הבעלים לשלם מביתו. ולכן אם היה בו מתחילה כדי ח"נ ואח"כ כחש ואין בו עתה כדי ח"נ כיון דחסר מן הבשר ממה שהיה מקודם זה הוה כמו שנאבד מקצתו ולכך מחוייב להשלים המותר מביתו. אבל אם השור היה שוה בשעת הנזק כדי ח"נ ואח"כ הוזל השור ואין בו כדי ח"נ בזה כו"ע מודים דאף לר"י אינו מחוייב להשלים המותר מביתו ומצי אמר להניזק הרי תורא קמך שקיל לי' בנזקך. וא"כ י"ל דסובר הר"ח דאף בשחטו כיון דאינו חסר מן השור רק זיקא בעלמא כדאמרי' שם אע"ג דהוזל בזה ששחטו ממה שהיה בעודנו חי אינו צריך להשלים המותר מביתו כיון דהשור שלם לפנינו מצי אמר לי' שקיל תורא בנזקך. ואע"ג דהגמ' מדמה שחיטה לחופר בורות שיחין ומערות אינו מדמה אלא רק דהוה היזק ניכר. אבל באמת לא דמי לחופר בשו"מ דשם חסר מגוף הקרקע אבל כאן לא חסר אלא זיקא בעלמא. ולכאורה י"ל דהברייתא למד זאת מן הקרא דתנא שם חי אין לי אלא חי שחטו מנין ת"ל ומכרו את השור מ"מ. וכיון דלר"י צריך לשלם מביתו היכא דנאבד השור אח"כ א"כ קשה דלמה אתא הקרא להורות דאם שחטו משלם מבשרי' תיפוק לי' דהא גובה אף משאר נכסים כ"ש מבשרי'. אלא ע"כ צ"ל דהקרא אתא להקל על המזיק דהא קאמר

הקרא ומכרו את השור החי וחצו את כספו דכ"ז שהשור החי קיים אין על המזיק שום חיוב לשלם מביתו. וע"כ קאמר אין לי אלא חי שחטו מנין דאינו משלם מביתו ת"ל ומכרו את השור מ"מ ואף שחסר מחמת השחיטה אינו צריך להשלים מביתו והוה כמו שהוזל בעודנו חי. אבל לאחר העיון ז"א משום דאיכא למימר דאתא הקרא להורות דאף ששחטו דינו כמו שהשור חי ואף אם מכרו גובה מן הלוקח ואין דינו כשאר נכסים דהתם אם מכרם אינו גובה מהלוקח. וכן מוכרח לומר לפי שיטתם דלר"י גובה משאר נכסים היכא דליתא להשור דמאי הוצרך המקשן דפריך ליתא ולשתלם מבשרי' להביא ראי' מהברייתא דמרבה אף אם שחטו ת"ל דלא גרע משאר נכסים. וע"כ צ"ל דכונת המקשן הוא ליתא ולשתלם מבשרי' אף אם מכרו או נתנו במתנה דלא נימא דהא דקאמר מה שעשה עשוי היינו דבמה ששחטו עשה אותו כשאר נכסים. וע"ז מביא ראי' מהברייתא דשם מוכח דלא הוה כשאר נכסים. וא"כ מן הקרא אין ראי' דאין צריך לשלם פחת שחיטה מביתו. אלא ע"כ צ"ל דפסיקא להו להחכמים מסברא דזה הוה כהוזל כמשב"ל. וכ"ז שהשור שלם אין על המזיק שום חיוב ולבך אף אם מכרו מזיק גובה מן הלוקח ואינו יכול לדחותו לשאר נכסים. ובזה יתישב קושית הרמב"ן במלחמות ריש פ' שור שנגח ד"וה על הרז"ה ז"ל אמאי מכרו מזיק גובה מן הלוקח לדבריו יעו"ש:

וגם הא דקשה דברי הר"ח בהא דר"ע יש לישב דבאמת סובר הר"ח דגם לר"ע אינו זוכה את השור זכיה גמורה רק אחר העמדה בדין. ולכך לענין כחש ושבח אינו שייך להניזק רק אחר העמדה בדין. וכן מוכח מדבריו דגם לר"ע לא שייך דמי רדיא לניזק רק אחר העמדה בדין דהא הר"ח קאמר שם על הברייתא דאתיא לר"י רק גבי שחטו מה שעשה עשוי. אבל על מכרו מכור לרדיא לא קאמר הר"ח דאתיא כר"י אלמא דס"ל דגם ר"ע מודה בזה משום דעדיין לא זכה בו וזהו כסברת הרמב"ם. אך בהא ס"ל דלא כהרמב"ם. דס"ל דלר"ע לא מיקרי אף קודם העמדה בדין מזיק שעבודא משום דס"ל כסברת התוס' בגיטין (מ:) ד"ה הקדש כו' דהיכא דאינו יכול לסלקו בזוזי כו"ע מודים דלמפרע הוא גובה וכדמוכח מהגמ' דפסחים. וכיון דנגבה השור אח"כ להניזק א"כ למפרע משעת ההיזק הוא שלו ולכך יכול הניזק להקדישו אף קודם העמדה בדין כמו שמוכח שם מדברי הר"ח. ומטעם זה מיקרי מזיק ממונא ממש ומחוייב לשלם פחת שחיטה כיון דלמפרע הוא של הניזק. אבל הרמב"ם ס"ל דאף דאינו יכול לסלקו בזוזי מ"מ הכא לא אמרינן למפרע הוא גובה משום דהכא גבי קנס קודם העמדה בדין אכתי גברא לאו בר חיובא הוא. ולכך לא מיקרי קודם העמדה בדין רק מזיק שעבודא. ולהכי ס"ל דאינו יכול

הניזק להקדישו קודם העמדה בדין כמשמ"ל. עכ"ד נכדי שי'. ודבריו נכונים לישב דברי הר"ח ז"ל:

עוד ראיתי כעת שמדברי רש"י דב"ק (ע"ו.) ד"ה דריה"ג כו' יש להוכיח דס"ל דאימורין הוו ממון הדיוט מחיים לריה"ג. דכתב שם וז"ל הילכך לאו מכירה היא ומיהו מרשות מרה קמא אפקינהו שם הקדש וכי קא טבח לאו דמרה קא טבח עכ"ל והשיג שם על ל"א דפי' טעם אחר מה דפטור על הטביחה. ואם נאמר דאימורין הוו ממון גבוה משעה שהקדיש א"כ ת"ל דפטור על הטביחה משום דהא בעינן וטבחו כולו בחיובא. והכא הא כבר הקדיש האימורין לגבוה ורק הבשר נשאר של הדיוט א"כ לא הוה וטבחו כולו בחיובא. ואין לומר דעל האימורין הוא מחייב משום מכירה דמשעה שהקדיש הם ממון גבוה. ועל הבשר הוא חייב משום טביחה דאח"כ. דז"א דהא טביחה ומכירה ודאי לא מצרפינן לחייבו מטעם שניהם ביחד כיון דעל כל חדא וחדא לחודא לא מחייב. ויותר מספקא להירושל' דאם מכר חצי' ואח"כ מכר חצי' השני' אם מחייב. א"כ בכה"ג ודאי דלא מחייב:

סימן ב

עוד מה שפלפלתי בימי חרפי עם הגאון הנ"ל:

א) וזה אשר כתבתי לו. הנה הא דאיתא בש"ע ח"מ סימן ל"ז ס' ט"ז דראובן שמכר פרה או טלית לשמעון שלא באחריות ובא יהודא לערער להוציא מיד שמעון דאם בא יהודא בטענה שראובן קנה מן הגזלן יכול ראובן להעיד. אבל אם טען שראובן גזל בעצמו אינו יכול ראובן להעיד עליו במקום שהמערער צריך ליתן לשמעון מעותיו מפני תקנת השוק ויכול יהודא לחזור ולהוציא מראובן. לפע"ד צע"ג דאמאי לא ניחוש דאולי קנה מיד הגזלן בזול ומכר לשמעון ביוקר וכשיבוא המערער לגבות המעות שנתן לשמעון ע"כ יצטרך ראובן להחזיר המותר מה שקבל משמעון יותר ממה שנתן להגזלן. א"כ הא אכתי הוה נוגע בעדות. ולע"ע לא מצאתי באחרונים מי שעמד בזה.. ויודיעני נא כת"ר דעתו הרחבה בזה:

ידידו עוז יו"ט ליפמן הכהן:

ב) וזה שהשיב לי הגאון הנ"ל. הא דסי' ל"ז סט"ז בהגה' ודאי צ"ל שאם במקום דשייך תקנת השוק וטוען שראובן לקחה מגזלן דיכול ראובן להעיד היינו כשטוען שראובן לקחה בדמים הללו שנתן שמעון ולא פחות דאי לאו הכי הוא נוגע. כד' כת"ר. אך אם המערער אינו יודע כמה נתן ראובן בעדה ה"נ דמעיד דהא לא יכול להשביע היסת לראובן בטענת שמא והוה כשליח דנעשה עד מקמי דתיקון רבנן שבועת היסת בפ"ד

דקדושין. ובאמת בירושלמי שם א"ר בון ב"ח דבכסף נעשה כנוגע בעדותו. ואיירי קודם תקנת שבועת היסת מדפליג ר' יוסא ואמר כיון שהאמינתו תורה וכו'. ואפי' לעדות ממון כדמייתי התם לקמי' יעו"ש. ע"כ דטעמא דרב ב"ח דאפי' קודם תקנה דאית לו מגו. מ"מ כיון דפוטר עצמו בזה לא הוה עד ולא קיי"ל הכי. ונ"ל דלענין קדושין צדקו מאוד דברי הרמב"ם ובה"ג ז"ל דהוה עד. ואפי' בתר תקנה. דהא באמת אינו נוגע דגם לה יצטרך לישבע. אלא דגזה"כ הוא דעד הנשבע אינו עד. וכיון דמה"ת א"צ שבועה במאי לפקעי קדושי תורה. ואפילו למקדש בפני פסולי עדות מדבריהם ל"ד. דהתם תקנת חכמים היתה לפוסלן לכל דבר. אבל הכא תקנתם לא היתה אלא לענין הממון להצריכו שבועה: כ"ד יג"ע אלעזר משה הלוי א"ה:

ג) **וזה** שהשבתי להגאון הנ"ל. מה שתירץ כת"ר דמיירי כשטען המערער שראובן לקח בדמים הללו שנתן שמעון ולא פחות. נראה דע"כ צריך לדחוק ולפרש דמיירי הכי. אך מה שכתב עוד כת"ר שאף אם המערער א"י כמה נתן ראובן נמי יכול להעיד כיון שלא יכול להשביע היסת לראובן בטענת שמא. לא נראה לפע"ד. חדא דהא מ"מ יש לחוש דהא ראובן ירא כשיתבע המערער אח"כ הדמים מהגזלן עצמו והוא יטעון שהוא לא קבל כ"כ מעות מהלוקח הראשון דאז ודאי יהא צריך לישבע להכחיש את הגזלן כיון שהוא בא עליו בטענת ודאי. וגם שמא הוא ירא שיביא הגזלן עדים שיודעים הם בכמה מכר לו. ואז ע"כ יצטרך להחזיר המותר ולכך מעיד שקר להעמיד ביד שמעון. ועוד הא דפסיקא לכת"ר דבעל החפץ אינו יכול להשביעו ללוקח ראשון דאולי קנה בזול ומכר ביוקר משום דזה הוא טענת ספק. לדידי מיבעיא טובא. דהא זה ברור דמה שאינו יכול בעל החפץ לתבוע מעותיו שנתן להלוקח השני מהלוקח הראשון משום דהא לגבי דידיה נמי עשו תקה"ש. והיכא דלא עשו לגבי לוקח ראשון תקה"ש דהיינו שהלוקח ראשון גבה בחובו ואח"כ מכר לשני ודאי דבעל החפץ יכול לתבוע מעותיו שנתן ללוקח השני מהלוקח הראשון. וכן מבואר להדיא ברמב"ם הלכות גנבה פ"ה ה' ט' דאם לקח מגנב מפורסם ואח"כ מכר לשני בעל החפץ תובע מלוקח הראשון מה שנתן לוקח השני כיון דלגבי לוקח הראשון לא עשו תקה"ש ע"כ יכול לתבוע מעותיו שנתן לוקח שני מהלוקח הראשון וא"צ לחזור על הגנב לתבוע ממנו. וכיון דהא דאינו יכול לתבוע מעותיו שנתן לוקח שני מלוקח הראשון הוא רק מטעם תקה"ש. והא החכמים שעשו תקה"ש להחזיר המעות שנתן להלוקח הא לא תקנו רק לאחר שישבע כמה נתן. א"כ איכא למימר דבכל גוונא יכול להשביע ללוקח ראשון כמה נתן להגזלן אף בטענת ספק משום דכל כמה

שלא נשבע כתיקון חכמים לא עשו בו החכמים תקה"ש ויכול המערער לתבוע ממנו המעות שנתן להלוקח השני:

ומחמת סברא זו נסתפקתי ג"כ בדין של הקצה"ח דכ' בלקח לאחר יאוש ושנוי רשות לפי דעה הראשונה בשו"ע דאין צריך הלוקח להחזיר החפץ עצמו. אבל הדמים צריך להחזיר אחר נכוי דמי נתינתו שמגיע לו מתקה"ש. וכ' הקצה"ח דאז א"צ לישבע כיון דאינו בא ליטול דהחפץ מ"מ שלו. ולדעתי י"ל דכיון דתקנת חכמים היה לנכות הדמים הוא רק מטעם תקה"ש ותקה"ש לא הי' רק אחר שנשבע כמה שנתן או מברר עפ"י עדים. ולפי"ד נראה דבחשוד אינו יכול ליטול מעותיו עד שיברר כמה נתן עפ"י עדים כיון דמה"ד אינו מגיע להלוקח כלום רק מטעם תקה"ש ותקה"ש לא הי' רק כשיכול לישבע. וכן נ"ל דבחשוד שירד לתוך שדה של חבירו שלא ברשות כיון דאינו יכול לישבע אינו נוטל רק סכום הפחות. אבל ביורד ברשות או במוציא הוצאות על נכסי אשתו כיון דהוא ברשות הוציא נוטל בלא שבועה. כן מסתברא:

וגם נסתפקתי היכא דלא עשו בו תקה"ש דא"כ הלוקח תובע מעותיו מן הגזלן. דכתב הרמב"ם וכן פסקינן בש"ע דלוקח נשבע וגובה מעותיו מן הגזלן. אם הטעם הוא משום דהגזלן מודה במקצת המעות שנטל ממנו והוא אינו יכול לישבע ע"כ שכנגדו נשבע ונוטל. א"כ אם יאמר הגזלן הילך כפי מה שנטל ממנו אינו נוטל הלוקח יותר כפי מה שמודה לו הגזלן. או דהטעם הוא משום דגם הלוקח יש לו דין נגזל לגבי הגזלן דתקנו חכמים דהנגזל נשבע ונוטל. ה"נ כיון דאנן ידעינן דמכר לו דבר שאינו שלו הוה כגזלו המעות ואין אנו יודעים כמה גזלו דנשבע הלוקח בנק"ח ונוטל:

כ"ד יג"ע יו"ט ליפמן הכהן:

ד) וזה שהשיב לי עוד הגאון הנ"ל. אשר הקשה על תירוצי ע"ד הרמ"א ז"ל בסי' ל"ז סט"ז דמשום דהמערער לא ידע א"י להשביעו מספק. וע"ז הקשה דמ"מ הוה ירא כשיתבע מהגזלן ויטעון שלא קיבל כ"כ שיוכרח הלוקח ראשון לישבע. או שמא יביא הגזלן עדים כמה קבל ממנו עכ"ד כת"ר. ע"ד אמינא אה"נ דודאי אז לא תועיל עדות לפטור עצמו. ומ"מ לע"ע שאין התביעה עלי' מעיד שפיר וכמו שליח מקמי דתקון רבנן שבועת היסת דמצי מעיד. ול"ח לסהדי כיון שאינו נוגע באמת שאין עדותו מועלת להפטר. ואשר רצה כת"ר לחייב שבועה ללוקח ראשון הבא ליפטר. דבר חדש ולא שמעינהו והמחייב שבועה עליו להביא ראי'. ועוד דא"כ טפי להו נשבעין שלא בטענה. ובמתני' אלו תנן וטעם שבועת הלוקח ליטול מהגזלן הלא כ' הרמב"ם ז"ל להדיא מטעם חשוד ובנגזל אין הנתבע חשוד. כמ"ש הב"י והסמ"ע והתוי"ט לענין דבר שאינו אמוד דנשבע ונפטר:

כ"ד יג"ע אלעזר משה הלוי א"ה:

ה) א"ה כעת התבוננתי בזה דמה דהוה פסיקא לי דכיון דהא דנוטל הלוקח הדמים מן הנגזל הוא רק מטעם תקה"ש ותקה"ש לא הי' רק אחר שישבע או יברר עפ"י עדים כמה הוציא א"כ בחשוד כיון שא"א לישבע אינו נוטל הדמים עד שיברר עפ"י עדים. ראיתי דלכאורה לפי דברי הירושלמי ב"ק פ"י ה"ג הביאו הרשב"א הריטב"א והר"ן בריש פ' כל הנשבעין דקאמר שם אמר רבי בא בר ממל בדין הוא שלא ישבע ולמה אמרו ישבע שלא יהו בעלי בתים נטפלין לגנבים. א"כ אפשר לומר כיון דמה"ד א"צ לישבע רק מטעם תקנה בלבד. א"כ בחשוד שא"א לישבע נוטל אף בלא שבועה. אמנם באמת דברי הירושל' לכאורה תמוהין מאד דמאיזה סברא הוא דמדין א"צ לישבע. והנה מדברי הר"ן נראה דהטעם דהירושלמי הוא כיון שיש לו מגו לומר דלקח אותו מבעה"ב לכך קאמר שם דמה"ד א"צ שבועה ומש"ה קאמר שם הר"ן לפי"ד הגמרא דידן דלא סגי ביצא לו שם גניבה לחוד ובעיא מילי אחריני דמוכחי כדאיתא ההם ובדאיתנהו להני מילי אדרבה בדין הוא שלא יטול אפי' בשבועה אלא מפני תקה"ש ובירושלמי אמר לי' ר' אבא ממל ביצא לו שם גניבה בלחוד ומש"ה אמרינן בדין הוא שלא ישבע עכ"ד הר"ן. אבל באמת קשה לפרש כן דברי הירושלמי דהא הסכמת הגאונים הוא דכל היכא שבא ליטול אף שיש לו מגו ונאמן לטעון עד כדי דמיהן מ"מ אינו נוטל רק בשבועה דוקא ובנק"ח. ואף לפי"ד רבינו אפרים שחולק על דבריהם במלוה על המשכון מ"מ גבי הני עיזי דאכלי חושלא בנהרדעא הסכים ג"כ לדבריהם דאינו נוטל אלא בשבועה ובנק"ח משום דלא הוה מגו גמור משום דעתה אינו מעיז ואי הוה טען לקחתי הוה צריך להעיז וכ"ש לפי"ד הראשונים דס"ל דמגו לאפטורי מן השבועה לא אמרינן ודאי דקשה דברי הירושלמי דאמאי א"צ לישבע מה"ד:

ולפע"ד נראה לפרש דברי הירושלמי בד"א. דהירושלמי מפרש המשנה דלכך נוטל הלוקח מן הגנב את הדמים מבעה"ב הוא לאו משום תקה"ש דהא תקה"ש לא הוי אלא דוקא כשקנה בפרהסיא דהיינו בשוק [וכן מבואר בש"מ בשם הרב המאירי. וכן משמע מדברי הסמ"ע סי' שנ"ו סק"ה.] ומשום דפשטות המשנה משמע שאף שהגנבים הביאו לביתו וקנאם ג"כ צריך להחזיר להלוקח את הדמים. ע"כ מפרשים דהמשנה מיירי דאם לא היה זה קנה מן הגנבים לא הי' הבעלים יכולין להציל כלל מהם. ועיין בתוס' שם ד"ה המכיר כו' דהקשו דאמאי צריך תקנה בלא תקנה יטול מה שנתן דמצי אמר להציל נתכוונתי ולהשיב אבדה. ותירצו דמיירי שהיה יכול לתבוע מבני אדם שלנו בתוך ביתו אפי' לא היה זה קונה אותם. אבל הירושלמי מפרש שלא הי' יכול לתבוע מאותם שלנו

בתוך ביתו כגון דהלכו לדרך רחוקה. א"כ זה שקנה מהם הוה משיב אבדה ממש ולכך קאמר ר' בא בר ממל דמה"ד א"צ לישבע משום דכל משיב אבדה א"צ לישבע מפני תקון העולם [וכן מבואר בשו"ע סי' רס"ז ס' כ"ו כל אותם הימים שיטפל באבדה קודם שימכרנה בב"ד אם האכילן משלו נוטל מהבעלים בלא שבועה מפני תקון העולם]. ולמה אמרו ישבע כדי שלא יהו בעלי הבתים נטפלין לגנבים. פי' משום דחשו חכמים שאם לא יהיו נצרכין לישבע ויקחו הדמים בלא שבועה לא ימנעו לקנות מן הגנבים ויאמרו שלהשיב לבעלים נתכוונו ע"כ החמירו חכמים עליהם שיהו נצרכין לישבע כמה הוציאו. ומחמת זה ימנעו לקנות מן הגנבים כי כבר אמרו לאו עכברא גנב אלא חורא גנב: **עוד** נ"ל לבאר דאף שמדברי התוס' משמע דדוקא היכא דטוען להציל נתכוונתי ולהשיב אבדה לבעלים אז נוטל הדמים אף בלא תקנה וע"כ צריך לומר שהבין הלוקח שהם גנובים אך קנה אותם אדעתי' להחזירם לבעלים אז נוטל הדמים מטעם השבת אבדה. אבל באמת ז"א כיון דאם לא הי' זה קונה אותם הי' אבודים לגמרי א"כ אף שקנה אדעתא דנפשי' דלא ידע שהם גנובים צריך להחזיר לו הדמים אף בלא תקה"ש. דהא צריך ליתן לו מה שהנאהו אף שקנה אדעתא דנפשי' כמו שמבואר בסי' רל"ו בשם רבינו גרשון יעו"ש בפרישה מה שמבאר בזה וכן כתב הקצה"ח סי' שנ"ו סק"ג דאף אם לא נתכוין להציל נוטל לכה"פ מה שהנאהו כיון דלא היה אפשר להציל באופן אחר וכמבואר מדברי תוס' פ' הכונס כו' אלא דהיכא דכיון להציל ולהשיב אבידה נוטל כל מה שהוציא ונתן בעד החפץ והיינו דהקשו בתוס' בלא תקה"ש יטול מה שנתן כו' עכ"ל. א"כ אין חלוק בין כיון להציל ללא כיון להציל. רק היכא דהי' אפשר להציל ע"י דמים מועטים ולזה עלה דמים יתרים דאז יש חלוק בדבר דאם כיון להציל צריך להחזיר לו כל הדמים שעלה לו ע"ז. ואם לא כיון להציל א"צ להחזיר לו אלא רק מה שהי' צריך להעלות אם היה מציל בעצמו אבל היכא שלא היה זה יכול להציל כלל והי' אבודים לגמרי אם לא הי' זה קונה אותם ודאי דצריך להחזיר לו כל הדמים שעלה לו דזה מקרי מה שהנאהו. דלא כמו שנסתפק הנתיבות בסי' רל"ו סק"ז דאם קנה בשוגג אם יכול לטעון אילו ידעתי הייתי עושה זה לטובתך. דהא מבואר בדברי הרא"ש בפ' הכונס להדיא דאף אם קנה לצורך עצמו מ"מ צריך ליתן לו מה שהנאהו וגם לפי מה שדמה זה ליורד שלא ברשות הא גם שם מבואר דאף אם לא כוון להשביח לחבירו נמי חייב דהא אם קנה מהגזלן והשביח את השדה נוטל דמי הוצאה כנגד השבח מן הנגזל כמבואר בד' התוס' ב"מ (יד:) ד"ה ויש לו כו'. אע"ג דהשביח אדעתא דנפשי'. וגם בלוקח במזיד דברי הנתיבות מגומגמים הם לפע"ד. וע"כ נ"ל דאף לפי"ד בדברי הירושלמי א"צ לפרש דהלוקח ידע

שהם גנובים וטוען להציל נתכוונתי דבאמת פשטות המשנה משמע דהלוקח לא ידע שהם גנובים דהא קאמר שם דאם לא יצא שם גנבה בעיר לאו כל כמיני' שאני אומר מכרן לאחר ולקחן ממנו יעו"ש מש"כ בתוס' ד"ה המכיר כו' בתי' השני. מ"מ צריך להחזיר להלוקח מה שנתן אף בלא תקה"ש כיון שאם לא לקחן הי' אבודים בידי הגנבים. לכך צריך להחזיר לו מה שהנאהו אף שקנה אדעתא דנפשי'. והא דקאמר הירושלמי דמה"ד א"צ לישבע נראה כיון שדרך הגנבים למכור בזול והלוקח הא מחזיר לבעלים בעד הדמים שנתן א"כ הדמים היתרים מה שנתן הוה השבת אבדה גמורה לבעלים. לכך מה"ד א"צ לישבע כמו כל משיב אבדה דא"צ לישבע. אע"ג דלכאורה איכא למימר דזה לא דמי למשיב אבדה דהתם הגביה מתחילה אדעתא להשיב א"כ איכא תקון העולם דאם נאמר שישבע ימנע מלהגביה כלל. אבל הכא הא קנה מתחילה אדעתא דנפשי' דהא לא ידע שהם גנובים א"כ מה תקון העולם יש כאן. אבל לאחר העיון נראה דגם הכא איכא תקון העולם. דהא מבואר ברמב"ם בפי' המשנה דגבי השבת אבדה חיישינן שאם יצטרך לישבע יקחנה לעצמו ולא יחזירנה כלל דז"ל הרמב"ם וכמו כן אם אמר בעל המציאה שנאבד ממנו יותר מזה לא ישבע מי שמצאה שלא מצא אלא זה לפי שאם היו דנין בכך כל מי שימצא מציאה יניחנה ולא יאספנה ולא יחזירנה לחברו או יקחנה לעצמו עכ"ל. וע"כ צריך למימר דהכא חיישינן יותר אם יצטרך לישבע יורה היתר לעצמו שלא להשיב כלל. משום דחושב דאם לא הי' מגביה הי' נאבד לגמרי א"כ אין מפסיד לו כלום במה שמעכב לעצמו. א"כ ה"נ איכא חששא שאם יצטרך לישבע יורה היתר לעצמו ולא ישיבם כלל דהא זה ודאי דהלוקח הרגיש בזה דאפשר שהם גנובים כיון שקנה בזול ביותר ואם יצטרך לישבע על הדמים שנתן ישתדל שיהי' הדבר נעלם ומכוסה ולא יכירו הבעלים בידו. וא"כ מה"ד א"צ לישבע כמו כל משיב אבדה. וקאמר ר"א בר ממל דהכא איכא תקנה להיפך כדי שלא יהו בעלי בתים נטפלין לגנבים. דהא הלוקח הרגיש בזה שיוכל היות שהם גנובים וע"כ החמירו עליו חכמים שישבע על הדמים שנתן כדי להרחיק לקנות אף מספק דאולי הם גנובים. אף שכוונת הלוקח הי' לטובה דאם ימצאו שהם גנובים יחזירם לבעלים ויקיים בזה השבת אבדה מ"מ לא רצו חכמים בזה. משום דבזה שקונה אותם מחזיקין הרבה ידי עוברי עבירה ועון גדול הוא כמבואר ברמב"ם ובש"ע סי' שנ"ו. ע"כ הטילו חכמים עליהם שבועה אף שהוא משיב אבדה. ולפי"ד נ"ש מה דקאמר שלא יהו בעה"ב נטפלין לגנבים. אבל לפי"ד המפרשים דהירושלמי קאי על תקה"ש דלמה ישבע קשה מאד לפע"ד דהאיך שייך לומר כדי שלא יהו נטפלין לגנבים דמה הו"ל לאסוקי אדעתי' שזהו דבר גנוב כיון שקונה בשוק בפרהסיא ואדרבה הא עשו

תקנה ע"ז להחזיר לו מעותיו כדי שלא יהא אדם ירא לקנות דבר בשוק. אלא ע"כ מירי שקנה בביתו ובזול דהו"ל לאסוקי אדעתי' דאולי גנוב הוא וע"כ צ"ל מה דנוטל הדמים כמשפ"ל. ולפי"ז נראה דמה שכתבנו דכל היכא דנוטל מטעם תקה"ש אם הוא חשוד צריך לברר עפ"י עדים הוא נכון לדינא וכן משמע מדברי הר"ן שהבאתי למעלה. אמנם אם יש לו מגו נראה דאף לפי"ד הגאונים דאינו נאמן ליטול במגו עד שישבע מ"מ בחשוד שא"א לישבע נוטל בלא שבועה. וכן מצאתי בשעהמ"ש סי' ע"ב ס"ק י"ט יעו"ש דכתב דכן משמע שם מדברי השו"ע. אמנם הביא תשובת הרי"ף דפסק דאם הוא חשוד אף שיש לו מגו אינו נוטל. ובסי' שנ"ו ס"ק ב' כתב להדיא לענין תקה"ש כדברינו דהיכא דלית לי' מגו והוא חשוד אינו נוטל:

סימן ג

א) וזה אשר כתבתי עוד להגאון הנ"ל. נסתפקתי באחד תובע חפצים שאין מצויין בשוק מחבירו והלה טוען החזרתי ומהפך השבועה על התובע. אם יכול התובע לומר כ"ז שלא נשבעת שאינן ברשותך אני רוצה החפצים דוקא ולא מחירם ע"כ אינך יכול להפוך השבועה עלי:

ינ"ע יו"ט ליפמן הכהן:

ב) וזה שהשיב לי הגאון הנ"ל. ספיקא דכת"ר לעד"נ פשוט שאין בדברי התובע ממש. וגדולה מזו קיי"ל שאפילו אומר הנתבע שאין לו במה לשלם לא כייפינן לו לישבע שאין לו עד שישבע התובע תחילה. דאטו צריך למימר לו טול והשבע השבע וטול קאמר לו. וכ"ז שלא נשבע ל"ל גבי' ולא מידי. ומנהג בעלמא הוא שיכול התובע לבקש שישליש ביד ב"ד קודם השבועה כמ"ש באו"ת סי' פ"ז. לכן אין הנתבע צ"ל מאומה רק השבע וטול ואחר השבועה יקיים כפי הדין או שיחזיר החפצים או מחירם בשבועה שאינם ברשותו. או שישבע שאין לו ויהי' המעות עליו מלוה. אך ברשות התובע להמתין עד שיהי' לו מעות וישליש כנהוג. וא"י התובע לומר כיון שעכ"פ לא אטול כתביעתי לא אשבע השבע אתה והפטר. דהא כ' הראב"ד ז"ל לענין גלגולים שיכול להשבע על הגלגולים ולהפך העיקר וכן להיפך כמ"ש כל הפוסקים. וה"ה בעיקר התביעה ודאי יכול לומר אשבע על המחצה ואתה על המחצה דמ"ש כמ"ש הסברא כיון שעכ"פ הוא נידון עמו על הכל. אך במאי דמשמע דפשיטא לי' לכת"ר דבמצוי בשוק א"י להשביעו. לדידי איפכא מסתברא דהא דכ' הגאונים ז"ל דא"י להשביעו במצוי בשוק דטוען נאנסו הבו דלא לוסיף עלה, דהתם התובע א"י אולי האמת כדבריו. ובטענת שמא מסתברא להו דל"ש להשביע בכה"ג דליכא רגלים לדבר כלל. אדרבה רג"ל להיפך דל"ל למישבק התירא

ולמיעבד איסורא אבל כשטוען החזרתי שהתובע טוען נגדו ודאי. נראה דיכול להשביע ל"מ בנ"ד שאין רג"ל דלא שביק כו' שהרי רוצה להשביע את חבירו ואחר השבועה א"י להחזיר החפץ שיחזיק עצמו ברשע משביע חבירו חנם וכדאמרינן פ' שבועת הדיינין שאומרים סורו מעל אהלי הרשעים משום שנאמר שבועת ד' תהי' בין שניהם וכמפרש לה בירושלמי פ' הנ"ל ובויקרא רבה פ"ו ובפרט שצריך המשביע לקב"ח אך אפי' אם רוצה לשלם בלא שבועה מ"מ כיון שכבר נתחייב שבועה ע"י גלגול גם כה"ג דבגלגול ל"א לא שביק כו' כמ"ש בש"ך סי' צ"ד סק"ח ואפי' רוצה לשלם על עיקר התביעה לא מהני כיון שטוען התובע ברי. וכמ"ש הרמ"א ז"ל בשם הנ"י והרשב"א ז"ל:

כ"ד יג"ע אלעזר משה הלוי א"ה:

ג) **וזה** שהשבתי להגאון הנ"ל. תשובתו היקרה ע"ד הספק שנסתפקתי הגיעני לנכון. והנה זה מודינא לכת"ר דאם רוצה הנתבע לשלם הדמים ולהפך השבועה על חבירו ואח"כ ישבע ג"כ שאינו ברשותו ודאי דזה יכול הנתבע. אבל נסתפקתי דאם הנתבע אינו רוצה להפך השבועה על חבירו רק באופן שלא יצטרך אח"כ לישבע שאינו ברשותו. אם נפטר משבועה שאינו ברשותו כיון שמשלם או לא. משום דאפשר לומר כיון שמשלם בעד החפץ כפי מה ששוה לקנות בשוק אינו מחוייב לישבע אח"כ שבועת היסת דאין החפץ ברשותו כיון דהחפץ בעצמו אינו שוה יותר ממה שמשלם זה לא הוי תביעת ממון מעליא ולא תקנו ע"ז היסת כלל. ולכאורה יש להביא ראי' דזה לא הוה תביעת ממון משבועה דרב הונא שכ' הפוסקים דהוי שבועה דרבנן. ואם נאמר דתביעת החפץ דוקא הוי תביעת ממון מעליא א"כ כיון שנתחייב לישבע ע"ז מדאורייתא ואמאי נפקע השבועה דאורייתא במה שמשלם. אמנם לפי"ד הרא"ש בסוף שבועות דשבועה שאינו ברשותו באה ע"י גלגול ניחא שפיר כיון שמשלם על עיקר השבועה פטור גם מן הגלגול כיון שהגלגול לא בא רק ע"י ספק. וזה יהי' ראי' להרמב"ם ז"ל. אבל באמת מדברי שאר הפוסקים נראה דשבועה שאינו ברשותו לא בא ע"י גלגול ואעפי"כ הוה דרבנן. וצ"ל משום דלא הוי תביעת ממון מעליא ואף שחדית לנו ר"ה דמשביעין אותו מתקנת חכמים שאינו ברשותי אף שמשלם. י"ל דוקא היכא שידוע שבא החפץ לידו אז חיישינן שמא עיניו נתן בו. אבל בכופר בכל צ"ע אם תקנו ע"ז היסת או לא. ואפשר לומר דבאמת הוי זה תביעת ממון מעליא ורק מדאורייתא כיון שמשלם לא חיישינן שמא עיניו נתן בו ולכך לא הוי רק תקנת חכמים. אך צ"ע מנ"ל דלא חיישינן מדאורייתא להכי ויותר דהקרא ולקח בעליו ולא ישלם משמע דהיכא דמשלם אינו מחוייב שבועה. ועדיין יש להסתפק מאיזה טעם פוטר הקרא משבועה שאינו ברשותו היכא שמשלם אי משום

דהטעם הוא דכיון דמשלם לא חיישינן שמא עיניו נתן בו. או משום דלא הוי תביעת ממון מעליא. ונ"מ לענין שבועת היסת. אך מש"כ כת"ר דנ"ל בפשיטות דגם בדבר המצוי בשוק מחוייב כופר בכל לישבע שאינו ברשותו. לפ"ד אינו כן. כיון דזה הדבר מצוי לקנות בשוק ודאי לא הוי תביעת ממון מעליא. אף שדברי המ"מ נראה קצת כדבריו שכ' הטעם משום דלא שביק התירא כו'. נ"ל דלרוחא כ"כ. ואין להביא ראי' דכופר בכל מחוייב לישבע שאינה ברשותו אעפ"י שמשלם מדברי הנמ"י מובא ברמ"א סי' צ"ד ס"ג. דש"ה כיון שע"י גלגול מחוייב לישבע שבועה דאורייתא על החפץ. וא"כ אעפ"י שמשלם עתה עדיין נשאר עליו שבועה דר"ה. אבל בשבועת היסת אפשר דלא תקנו חכמים בזה כלל שיהא צריך לישבע אם משלם כיון דשבועה זו אינה אלא להפיס דעת. התובע י"ל שלא תקנו רק בתביעת ממון מעליא:

כ"ד יג"ע יו"ט ליפמן הכהן:

ד) **וזה** שהשיב לי עוד הגאון הנ"ל. בדבר ספיקו אי משביעינן היסת בכופר בחפץ ומשלם דמיו אי הוה כתביעת ממון. לדעתי פשוט דהוי תביעת ממון גמורה. דאל"ה לא הוי משביעינן עלה אפי' בידוע שבא החפץ לידו ומה ענין לפטור מצירוף ב' הסברות שאין ידוע שבא החפץ לידו. ואינה תביעת ממון גמורה שאינו מסוג וענין אחד. ומ"ש מד' הפוסקים דשבועה דר"ה אינה מה"ת אפי' לפי"ד אינה ראי' רק שאינה תביעה מה"ת אבל מתק"ח הוי שפיר תביעה גמורה כנ"ל. ובאמת העיקר כפן הב' שכ' כת"ר דטעמא דקרא דכתיב ולקח בעליו ולא ישלם הא אם שלם פטור היינו דלא חשדינן לו בכך. וראי' ברורה מדחייבינן שבועה בטענת כלים בפ' מב' כסף. ואם איתא דבשלם דמיהן לא הוי תביעה כלל. ל"ש למיקרי תביעת כלים. אלא תביעת ממון פ' מב' כסף. ומכאן ראי' אפילו במצויין בשוק שהרי כתבו אפי' מחטין כו' אך טעם הראשונים ז"ל לפטור משבועה במצויין הוא משום ל"ש התירא כו' כמ"ש אז:

כ"ד יג"ע אלעזר משה הלוי א"ה:

סימן ד

א) **זה** שכתב לי הגאון הנ"ל. במאי דבדיק לן בדינא דקנין מעות אי מצי בע"ח למיטרף לא ביאר כת"ר דבריו בע"ח דמאן. אולם לדעתי תרווייהו מצי טרפי. בע"ח דמוכר דכיון דבטלי רבנן לקניני' ברשותו דמוכר קאי אפילו מקמי דקבל מי שפרע כמ"ש כל הפוסקים דאפי' זוזי ליתנהו באחריות המוכר רק משום הלואה והכי קיי"ל לענין אתנן דאפי' קיים דברו ונתן לה אחר הביאה אתננה מותר. וכן לענין מעילה דוקא לבלן מעלי אבל במידי דמחסר משיכה לא מעל עד דמשיך כמו שפסק הרמב"ם ז"ל בה' מעילה [ובחנם הקשה

להכ"מ שם] דבכל מילי דממונא הפקר ב"ד הפקר אפי' לענין איסורי תורה כמ"ש לענין חטאת הגזולה ולענין מקדש בחמץ נוקשה. ורבות ככה. כ"ש לענין טריפת בע"ח דממונא הוא. ומ"מ אי טריף בע"ח דלוקח נמי זכי כדי מעותיו דלוקח דעכ"פ משעבד לי' מוכר מדר' נתן כדי זוזי דלוקח:

כ"ד ינ"ע אלעזר משה הלוי א"ה:

ב) וזה שהשבתי לו. הנה הספק שנסתפקתי אם אחד מכר חפץ וקבל דמים. ועתה בא בע"ח דמוכר לתפוס. אם יכול לתפוס או לא. מפני שלדעתי נראה דכל כמה דלא הדר המוכר או הלוקח לא עקרו חכמים הקנין מעות שקונה מדאורייתא. ומה שהביא כת"ר ראי' דהא חזינן דהמוכר לא נתחייב על המעות אלא מחמת הלואה. אינו ראי' כלל לפי"ד דבאמת אם לבסוף נתבטל המקח ודאי לא הוי המעות של מוכר אלא משום דהוה לוה עלייהו. אבל אם לבסוף נתקיים המקח נראה דהמקח נתקיים מעיקרא ולא עקרו חכמים קנין המעות. ולכך קאמר רש"י דלר' יוחנן אם קדש האשה מקודשת. ואין כוונת רש"י דאם קדש המוכר עם המעות שבידו דבזה אפשר דגם ר"ל מודה דמקודשת משום דהוה לוה עלייהו. אלא כונת רש"י ז"ל על החפץ שביד המוכר וקדש הלוקח בו ואף שחכמים עקרו הקנין מעות ובזה בודאי יש יכולת בידם דהפקר ב"ד הפקר דוקא אם חזרו לסוף. ומה שנתן לסיטין לא מעל משום דאמרינן לי' החזר ולא תמעול. אבל בקדושין ודאי הוי קדושין שלה מדאורייתא אם לא חזרו לבסוף מהחפץ. ולא אמרינן ג"כ דהאשה לא תסמוך דעתה משום שמא יחזור המוכר משום שארית ישראל לא יעשו עולה סמכה דעתה שפיר. ולפי"ז יתיישב ד' הרמב"ם ה' תרומות פ"ט ה"י דכתב שם דבין מכר ישראל לכהן ובין מכר כהן לישראל בנתינת דמים לבד דאסורה לאכילה תרומה אף דהוא פסק בעצמו דנתן לסיטין לא מעל, משום דהחכמים הפקיעו קנין מעות דאורייתא. ולפי"ד א"ש דלכך אסור להאכילם תרומה משום דלא ידעינן עתה אם יתקיים המקח לבסוף. ולכך נראה לפי"ז דאם המוכר רוצה לקיים המקח ללוקח לא יוכל הבע"ח של המוכר לתפוס מידו. וכן אם רוצה הבע"ח של הלוקח לתפוס מיד המוכר נגד שארי בע"ח והלוקח והמוכר רוצים גם עתה לקיים המקח זכה בע"ח נגד שארי בע"ח. אולם מד' כת"ר נראה דבזה אף אם יחזור הלוקח או המוכר כיון דמ"מ נתחייב לו המעות מדר"נ יכול לתפוס הבע"ת מיד המוכר ולזכות נגד שארי הבע"ח. ולדעתי צ"ע בזה:

כ"ד ינ"ע יו"ט ליפמן הכהן:

ג) וזה שהשיב לי הגאון הנ"ל עוד בזה. בענין קנין כסף מאין לנו לחדש סברות מלבנו בלא שורש מהש"ס כיון דחזינן דרבנן הפקיעו הקנין למה נאמר שאם נתקיים נתקיים

מעיקרא. ועוד דאין לך נתקיים יותר מאתנן שכבר נתן לה והקדישה והקריבה ומ"מ הוא מותר מטעם הפקעתן. וד' רש"י ז"ל לענין קדושין מטעם אחר הן. דודאי לא היתה תק"ח שיחזיר החפץ בלא דמים. ולא פקע שעבודא דאורייתא מיני' עכ"פ בתורת משכן היכי דקני משכן. וכן יש ליישב דברי הרמב"ם ז"ל בה' תרומות פ"ט ה"י:

כ"ד ינ"ע אלעזר משה הלוי א"ה:

ד) **א"ה** הנה מדברי התוס' דע"ז (סג.) ד"ה והא כו' דפירשו דקושית הגמ' והא מחסרא משיכה קאי גם לר"י וכן הוא הסכמת הריטב"א לפי"ד ודאי מוכח כדברי הגאון הנ"ל דחכמים הפקיעו קנין מעות לגמרי אף שלא בא לידי חזרה. אמנם לפי מה שהביא הריטב"א שם דעת כמה ראשונים דקושית הגמרא והא מחסרא משיכה הוא דוקא לר"ל אבל לר"י קנתה למפרע נראה דס"ל כמש"כ דכ"ז שלא חזרו מקנין מעות הוא קנין גמור למפרע. וכן מצאתי ביש"ש על גיטין פ"ב סי' כ"ב דסובר להדיא דחכמים עקרו קנין מעות רק לענין אונסין וחזרה. אבל אם לא חזרו הוא קנין גמור למפרע. וזהו כדברי. ודברי הרמב"ם דתרומות ודאי מורין כדברי. וכן מצאתי בס' מרכבת המשנה ח"ג שהביא בשם ס' צרור החיים דמישב דברי הרמב"ם ממש כדברי דחז"ל לא הפקיעו לחלוטין קנין המעות אלא דקנין המעות הוא תלוי ועומד. אך מש"כ שם הילכך במעילה לא מייתי קרבן חולין בעזרה הואיל שהקנין תלוי ועומד עד שימשוך. לפע"ד א"צ לזה אלא נראה דאנן מורין לו שיחזיר כדי שלא ימעול:

סימן ה

כבוד ינ"ע הרב הגאון הגדול כו' מוה' ירוחם יהודא נ"י אב"ד דק"ק פרוזין [וכעת הוא מד"א דק"ק מינסק יע"א]:

הנני להשיב בס"ד למעכת"ר על כל השגותיו עלי למה שכתבתי בספרי מלבושי יו"ט חלק חו"מ סי' י"א:

א) **מה** שתמה כת"ר עלי דהאיך כתבתי שם דאם הודה רק על הקרן בלבד כגון שטען גנבת והוא אומר מצאתי דזה תלוי במחלוקת הראב"ד והרמב"ן שהובא ברא"ש פ"א דב"ק וטעם הראב"ד ז"ל משום דהודאה על הקרן סגי. דהא הראב"ד קאי על פ"נ דתם ועל עבד דליכא קרן יעויין בדברי הראב"ד והרמב"ן שהובא קצת באורך יותר בנ"י ב"ק פ' מרובה עכ"ד. נפלאתי על מעכת"ר דהאיך לא הרגיש שדברי הראב"ד שהובא בנ"י אין זה דברי הראב"ד שהובא ברא"ש. כי דברי הראב"ד והרמב"ן שהובא ברא"ש הם נובעין מס' הזכות השגת הראב"ד על הרי"ף דכתובות ומה שהשיב עליו הרמב"ן ויעו"ש היטיב שמדוקדק דבריהם שם כמו שהובא ברא"ש. כי הנ"י בשם הרא"ה הביא דברי

הראב"ד דלכך לא מהני תפיסה בזה"ז ומהני הודאה אעפ"י שבאו עדים אח"כ אפי' בדברים שפוטר עצמו מכלום לפי שכשם שאין דנין דיני קנסות בזה"ז כך אין מקבלין עדים והרי זה כמו שאין שם עדים. אבל בס' הזכות ליתא זאת כלל. אלא שם השמיענו דאע"ג דתפס מקמי הודאה לא הוי תפיסה כמו עדים ומהני הודאתו אח"כ לפטור אבל היכא שפוטר עצמו מכלום לא דבר מזה הראב"ד שם כלל. ואדרבה הרמב"ן בעצמו פי' שם דברי הראב"ד וז"ל ומה שאמר עוד הרב ז"ל שאם הודה ובאו עדים קיימא לן כמ"ד מודה בקנס ואחר כך באו עדים פטור ואי תפס מפקינן מיניי' כו' אין דינו אלא מודה בקנס שיש בו ממון דלא קיי"ל מודה בקנס ואחר כך באו עדים פטור אלא באומר גנבתי ובאו עדים שגנב שהרי חייב עצמו בקרן כדאיתא במרובה וכן פסק רבינו בהלכה עכ"ל. א"כ פי' להדיא דברי הראב"ד דאיירי במתחייב עצמו בקרן. וזה סותר לדברי הרא"ה שהובא בנ"י בשם הראב"ד דמהני הודאתו בזה"ז לפטור אפי' בפוטר עצמו מכלום. וגם סוף דברי הנ"י בשם הרא"ה מה שמסיים שם ורבינו אומר [לפי הנראה זהו הרמב"ן] כו' ועוד דבלא"ה נמי אי תפס הודאתו לאו כלום היא דבעי שיהא מודה מחמת עצמו והאי מחמת ביעתותא הוא דמודה יעו"ש. סותרים לדברי הרמב"ן בס' הזכות כי לפי מה שהובא בנ"י נראה דהרמב"ן סובר דהיכא דתפס אפי' בעדים לא מהני אח"כ הודאה כלל לפטור אותו אפי' בפני ב"ד מומחין. אבל המעיין בס' הזכות יראה דהרמב"ן לא קאמר זאת אלא היכא דתפס שלא בעדים מה דנסתפק להראב"ד ז"ל שם מיפשטא פשיטא לי' להרמב"ן דהתם לא מהני הודאה לפטור אפי' בפני ב"ד מומחין. אבל היכא דתפס בעדים נראה דזה לא שייך כלל דהודה מחמת בעיתותא כיון דיכול לגבות בב"ד. ובאמת כל דברי הנ"י הללו הם תמוהין בלא"ה ולא רציתי להאריך בזה כי מצאתי בשער המשפט סי' א' שעמד על דבריו יעו"ש:

ב) כתב כת"ר דגוף הספק הי' נ"ל פשוט דחייב דהא אמרו מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור אבל לא בלא הודה על הקנס כו' אבאר דברי מה שהביאני להסתפק בזה דאולי בהודאה על הקרן בלבד סגי. כי בספרי קצרתי בזה. משום דתמוה לי דברי הרשב"א ח"ג סי' ק"י שהביא שם לשון השואל וז"ל מי שגנב בעדים והשיב את הגנבה קודם שיתבעהו בב"ד אם משלם כפל אם לאו ואת"ל שזה דבר ברור שאינו משלם כפל דאשר ירשיעון אלקים כתיב ותו דלא גרע מהאומר בב"ד גנבתי ובאו עדים שגנב שהוא פטור כו' עכ"ל. ולכאורה דבריו אין להם שום פירוש דהאיך כתב דלא גרע השבת הגנבה ליד הבעלים מהאומר בב"ד גנבתי. הא גרע וגרע דהא בהשבת הגנבה איכא למימר דלא הודה על הקנס כלום רק שהחזיר לו החפץ בלבד. אבל באומר בב"ד גנבתי הא הודה

על הקנס. ועוד מי לא עסקינן שהחזיר לו הגנבה בינו לבין עצמו דנמי פטור מן הכפל. ע"כ עלה בדעתי לומר דאולי הם מפרשים דלפי המסקנא דאמרינן מיסתברא מילתא דרב באומר גנבתי ובאו עדים שגנב פטור שהרי חייב עצמו בקרן כו' אין הטעם כמו שפירשו הראשונים דהיכא דחייב עצמו בקרן אמרינן דנתכוין בהודאתו להחזיר הממון ולכך נפטר בהודאתו. אבל היכא דפוטר עצמו מכלום אמרינן דודאי נתכוין בהודאתו לפטור עצמו מן הקנס א"כ בכל מקום דאיכא ממונא וקנסא מהני הודאתו לפטור אבל הם סוברים דזהו דוקא באומר גנבתי דכיון שהודה על הקרן ולא יכול לכפור עוד א"כ לא קרינן בי' אח"כ אם המצא תמצא בידו הגנבה דבעינן שעצם הגנבה תמצא בידו דוקא בעדים אבל לא כשהודה מעיקרא מעצמו על הגנבה וזה הוה כמו שהחזיר לו הגנבה קודם שבאו עדים דפטור דלא קרינן בי' אם המצא תמצא בידו הגנבה. גם בהודה פטור נמי מהאי טעמא ולא מטעם הודאה על הקנס דהודאה על הקנס לא מהני כלל לפטור אותו אם באו עדים אח"כ. לכך כשהודה על הטביחה ומכירה בלבד חייב כשבאו עדים אח"כ. ולפי"ז נתיישב ג"כ מה שהקשה ע"ז הקצה"ח סי' ש"נ סק"ד דכתב וז"ל והנה נראה מדברי הרשב"א דבהחזיר הגנבה קודם שבאו עדים דפטור הוא משום דמודה בקנס. ולעד"נ הוא משום דכבר חזרה קרן לבעלים וכדאמרי' בפ' מרובה בהא דמשני ר"ל שהקדיש בעלים ביד גנב ופריך והא חזרה קרן לבעלים. ופירש"י דכתיב אם המצא תמצא בידו הגנבה וכאן כבר בא הגנבה ליד בעלים ע"ש והתם לאו מדנפשי' החזירו דלהוי בכלל מודה בקנס דהא הבעלים הקדיש אלא כל שבא הגנבה ליד בעלים תו לא הוי בכלל המצא בידו וכמו שפירש"י עכ"ל. אבל לפ"ד דהם מפרשים דלפי המסקנא דבעי דוקא כשחייב עצמו בקרן גם באומר גנבתי כל הפטור הוא לאו מטעם מודה בקנס אלא מטעם משום דהוי כמו חזרת הקרן. ולפי"ד גם בהודאה לא בעינן דוקא בב"ד אלא כל היכא שלא יכול לכפור עוד הוה כמו חזרה קרן לבעלים. וס"ל דבהודאה קודם שבאו עדים וחזרה קרן לבעלים קודם שבאו עדים חדא מילתא הוא. [וכן יש לדקדק קצת מדברי הגמרא שם (סד:) דפריך ולמ"ד חד בגנב וחד בטוען טענת גנב כו' האי אם המצא תמצא מאי דריש בי'. ומשני לכדרבא בר אהילאי כו'. ואמאי לא משני דמבעי להיכא דחזרה קרן לבעלים דנפקא לי' נמי מאם המצא תמצא בידו. אבל לפי"ז ניחא דזהו חדא מילתא] א"כ ליתא כלל קושית הקצה"ח. ולכך נסתפקתי בספרי דאולי אפי' לא הודה לו על הגנבה רק שטוען מצאתי נמי סגי לפטור אותו, מן הכפל אפי' אם באו עדים אח"כ. וכתבתי שם דבזה נוכל לישב דברי הראב"ד דס"ל דמהני הודאה בזה"ז:

ג) ומה שהביא כת"ר ראי' דא"א לומר כן מב"ק (קח:) תבעי שומר והודה כו' ויעו"ש במהרש"א על תוס' ד"ה תבעו שומר דאף דלשקר נשבע הוי הודאתו על הקרן הודאה ואפ"ה לא נפטר בזה על הכפל. אין זה ראי' לסתור שיטתם דהא הראב"ד בס' הזכות והשואל להרשב"א אינם מוכרחין לגרוס שם בדברי הגמרא כגירסת רש"י אם באמת נשבע נפטר הגנב בהודאת שומר כו' ובודאי איכא למימר דגרסי שם כגירסת ר"ח דגרס שם להיפוך. א"כ אין ראי' מזה. וכ"ש הראי' השני' שהביא כת"ר מהא דשילם השומר ותבעהו בעלים והודה ותבעהו שומר וכפר דנראה דאף דהכפל לשומר מ"מ גוף השור אם הוא בעין הוא לבעלים כו' וא"כ נראה דהוי הודאה לענין הקרן עכ"ד. אין זה ראי' דודאי נוכל לומר דהם ס"ל כשטת הרבה ראשונים דגוף הבהמה שייכא להשומר א"כ הודאתו לבעלים לא הוה הודאה כלל:

מ"מ כעת ראיתי דא"א לישב דבריהם ולומר דבהודאה על הקרן בלבד סגי שמלבד שבהתוספתא מבואר דבהודאה על הקרן לא סגי כמש"כ שם. גם מדברי הגמ' דידן איכא למידק דבהודאה על הקרן בלבד לא סגי. דאמרינן שם אמר לך רב אנא דאמרי אפי' לר"א בר"ש ע"כ לא קאמר ר"א בר"ש אלא משום דקא מודי מחמת ביעתותא דעדים כו'. והא ודאי אפי' אי מודה מחמת ביעתותא דעדים נמי אינו יכול לכפור הקרן. ואיך מהני הודעת עדים אח"כ לחייבו כפל. אך בשם יש לישב קצת. אבל יותר קשה מהא דאמרינן (שם:) לסומכוס דס"ל דכיון דהודאה דגנבה מחמת עדים הוא דקא מודה דטביחה לאו הודאה והא ודאי אם חזר הקרן קודם שבאו עדים השנים אע"ג דחזר הקרן מחמת ביעתותא דעדים הראשונים דפטור. ואי אמרינן דהודאה על הקרן בלבד סגי דהוי כמו חזרת הקרן א"כ אמאי חייב הכא לסומכוס כיון שכבר הודה על הקרן ואינו יכול לכפור קודם שבאו עדים השנים. אף שיש לדחות כ"ז מרש"י שם ד"ה הודאה דטביחה כו'. דנראה מדבריו דס"ל דהיכא דמודה מחמת בעיתותא דעדים לא הוי הודאה כלל. אבל כבר כתב המל"מ פ"ג ה"ה דזה תמוה בעיניו שיועיל טענה דבעיתותא לפטור עצמו מן הקרן. ובאמת זהו נגד השכל והסברא. א"כ מוכח מדברי הגמרא להדיא דאף למ"ד דוקא היכא שחייב עצמו בקרן הוא דפטור זהו לאו מטעם חזרת הקרן כיון שהודה ושוב אינו יכול לכפור. אלא הפטור היא מטעם הודאת הקנס כמו שפירשו הראשונים. ודברי הראב"ד ע"כ צריך לישבם דמטעם אחר ס"ל דמהני הודאה בזה"ז. דהא קנס בלא עדים א"א לחייבו כלל והא מקבלין עדים בזה"ז ואמאי מהני תפיסה וע"כ צ"ל כיון דתפס אנן שלחותייהו קא עבדינן לקבל העדים לכך ס"ל להראב"ד דהאיך אפשר לומר דאנן שלחותייהו קא עבדינן לענין קבלת עדות ולא לענין הודאתו כדי לפטור. ממ"נ אם אנן ב"ד לענין קבלת עדות

א"כ נמי הוה ב"ד מקודם לקבל הודאתו שהודה מקודם. אמנם דברי השואל שהביא הרשב"א ז"ל צע"ג לישבם:

ד) **אך** מה שהעליתי שם לחלק דהא דלא מהני הודאה על הקרן בלבד הוא דוקא היכא שהקרן אינו בעין אבל היכא דהודה על הקרן והוא בעין ורוצה להחזירו לו א"כ הוה כפקדון בידו נראה דמהני הודאה אף בזה"ז אפי' לשיטת הסוברים דהודאה בזה"ז לא מהני וכן אפי' אם טוען מצאתי נמי מהני דזה הוה כמו שהחזיר לו. במקומי אני עומד ולפ"ד הדברים נכונים מאד. ומה שכתב כת"ר לסתור מדברי הרמב"ן במלחמות פ' דו"ה כל שבא לידו בתורת גזלה אף שרוצה להחזיר עכ"ז הוי אינו ברשותו. גם אנכי כתבתי שם דמהרמב"ן מוכח דלא ס"ל הכי דאל"כ אמאי לא מהני הודאה בזה"ז לכה"פ היכא דהגנבה בעין. ונראה דהוא אזיל לשיטתי'. אבל לפי"ד התוס' ובעה"מ דס"ל כיון שהודה לו ורוצה להחזירו לו הוה כפקדון בידו ויכול להקדישו משום דזה הוה כמו שמונח ברשות הבעלים. א"כ ודאי לפ"ד מיקרי זה חזרה קרן לבעלים. ודברי הגמ' דב"ק (קח:) נראה דשם איירי דהודה לשומר דגנב אבל לא אמר להחזיר לו. וכן בבעיא השניה דתבעהו בעלים והודה נמי מיירי בכה"ג. ומה שכתב כת"ר הא עדיין מחוסר גוביינא. אינו נ"ל כלל. דהא התוס' ובעה"מ ס"ל כיון שהודה לו ורוצה להחזירו אפי' אם לא אמר לו בפירוש זה יהא לי בידך כמאן דאמר לו זה יהא לי בידך דמי כדאמרינן ב"ק (קד.) דהיכא דלא נשבע משעת הודאה דמזומן הוא להשיב לו הוה גבי' כפקדון וכאומר לו זה יהא לי בידך דמי כמבואר שם בגמרא. [ובאמת דברי הרמב"ן צע"ג מדברי הגמרא שם] ובאמר זה יהא לי בידך או שהניח בידו והלך לו דהוה נמי כמו שהפקידו כמש"כ התוס' ב"ק שם ד"ה אמר רבא כו'. ודאי אין סברא כלל לומר דאם באו עדים אח"כ יתחייב כפל. א"כ לפי דבריהם דאפי' בלא אמר לו הוה כאמר לו א"כ בודאי אינו חייב כפל אם באו עדים אח"כ:

ה) **עוד** כתב כת"ר דנראה לו דהיכא דטען מצאתיה אדרבה דהיכא שהוא בעין לא מהני ומסתברא להיפך עפ"י גמרא דב"ק (קה:) דהיכא דכפר לי' אחריות הוה כפירת ממון וא"כ היכא דאיכא בעין לא הודה בקרן דהא נ"מ לענין אחריות משא"כ היכא דטבח דליכא נ"מ לענין אחריות ויעויין בת"כ סוף סדר ויקרא פ' כ"ב דמשמע להדיא דטוען טענת גנב לענין כפל והודה לענין חומש ואשם חד דינא אית להו. וא"כ כמו שחייב חומש ואשם בכפירת אחריות ה"נ לענין כפל עכ"ד. הנה מה דפסיקא לכת"ר בפשיעות דאף שהודה לו עדיין הוא באחריות על הגזלן הדבר צ"ע דהא מדברי הגמרא הנ"ל נראה כיון דהודה לו הוה כפקדון בידו וכאמר לו זה יהא לי בידך דמי א"כ משמע דמאז שהודה

לו פעור מן האחריות. מ"מ הסברא נוטה דאע"ג דמתורת גזלה יצא מיד שהודה לו ורוצה להחזיר לו היינו דוקא להקדיש יכול מיד. וכן לא מהני אח"כ שינוי דממילא שיקנה הגזלן את החפץ כיון דהוה כפקדון בידו משעה שהודה. אבל לענין אחריות אם נאבד החפץ עד שלא הי' לו להנגזל שהות לקבל מיד הגזלן אחריות הוא על הגזלן כיון דמ"מ לא אמר בפירוש זה יהא לי בידך א"כ במאי נפטר מאחריות. מ"מ מה שכתב כת"ר דכפל דמי לחומש דכמו דגבי חומש חייב בכפירת אחריות גם כפל חייב על כפירת אחריות. בהשקפה הראשונה עלה בדעתי להביא ראי' דאינו כן מדברי התוס' והרא"ש בפ' מרובה דס"ל דכפל אינו חייב על דבר שאינו מסויים בין בגנב ובין בטוען טענת גנב דילפינן משלמה בין לפי' הראשון דבעינן שיהא דבר שבמשקל ובמדה ובמנין ובין לפי' השני דבעינן דומיא דשלמה דאינו חייב על חצי רמון וחצי אגוז א"כ כ"ש אחריות כה"ג דנ"ד דודאי זה לא הוי דבר מסויים דומיא דשלמה לשני הפירושים וא"כ פטור מן הכפל על כפירת אחריות. אבל חומש ואשם ודאי דחייב אפי' על דבר שאינו מסויים לכך חייב נמי על כפירת אחריות. אבל אח"כ התבוננתי בזה דהרמב"ם השמיע דין דדבר שאינו מסויים פטור מן הכפל בין בגנב ובין בטוען טענת גנב ואף שמצאתי דהמהרש"ל ביש"ש עמד בזה על דברי הרמב"ם ותמה עליו. אבל באמת ראיתי דהרמב"ם ס"ל כשיטת הראב"ד בפירושיו הובא שם בש"מ דס"ל דלכך בגנב וטוען טענת גנב חייב כפל משום דרבי קרא בחד פרטא דכתב גבי גנב וה"ה לטוען טענת גנב. ושלמה דקרא דממעט דבר שאינו מסויים לא קאי אלא דוקא על שבועה דמודה במקצת. ושיטת הר"י מיגש היא דהא דממעטינן דבר שאינו מסויים הוא דוקא לענין טוען טענת גנב משום דאין מחייבין שבועה אלא על דבר מסויים. וכן פי' הרשב"א בחידושיו בפ' ראשון [אך דבריהם צ"ע דהא שבועה דמודה במקצת מצינו שיהא דוקא דבר שבמשקל ובמדה ובמנין. אבל שבועת השומרין לא שמענו שאין משביעין שבועה זו אלא דוקא היכא דטענו הבעלים דבר שבמשקל ובמדה ובמנין] אבל חיוב כפל גבי גנב חייב נמי על דבר שאינו מסויים א"כ לפ"ד נראה כדברי כת"ר דחייב על כפירת אחריות. מ"מ אף לפי"ז דברי נכונים מה שכתבתי דהיכא דהחפץ בעין מהני הודאתו אף שלא הודה על הגנבה רק שטוען מצאתי אף דאמרינן דחייב כפל על כפירת אחריות מ"מ כיון דהחפץ גופא לא כפר לו והוה כפקדון בידו משעה שהודה לו רק דלא הודה לו על אחריות בלבד א"כ א"א לחייבו כפל כנגד כל החפץ רק כנגד האחריות בלבד. דזה דמי לגנב מאה דינרין והחזיר לו תשעים מקודם שבאו עדים ואח"כ באו עדים ואמרו שגנב מאה דינרין אין צריך לשלם כפל אלא בעד העשרה דינרין בלבד. א"כ ה"נ צריך לשום כמה שוה האחריות וכנגד זה

צריך לשלם לו. וכן נ"ל לענין חומש דמחייב על כפירת אחריות אין צריך לשלם החומש רק ממה ששוה האחריות דאין סברא כלל לומר דלחייב לשלם חומש מכל החפץ בעד כפירת אחריות כיון דגוף החפץ לא כפר לו. וגם בגזל חמץ ועבר עליו הפסח ונשבע לו דהסכים המהרש"ל ביש"ש וכן מסיק המל"מ בה' גזלה ואבדה פ"ג ה"ה דאין צריך לשלם לו בעד החמץ אלא אומר לו הרי שלך לפניך ובעיית הגמרא הוא לענין חומש ואשם. נראה ג"כ דאין צריך לשלם חומש אלא ממה שהיה שוה האחריות כד שהחזיר לו החמץ דהא החמץ גופא שכפר לו אינו שוה כלום. אף שמפשטות דבריהם לא משמע כן. מ"מ הדעת נוטה כמש"כ:

ז) **ועל** מה שכתבתי שם דאם לאחר שהודה מצאתי אמרו לו הב"ד צא תן לו דפשיטא דפטור מטעם דיצא מדין גנבה אליבא דכו"ע. כתב כת"ר נפלאתי דע"כ לא קאמרינן דיצא מדין גנבה רק על המעשה דטביחה דאח"כ דשוב אינו גנבה דמיקרי רק גזלן. אבל על חיוב הגנבה דמעיקרא מה בכך שעתה יצא מדין גנבה מ"מ חייב על הגנבה דמעיקרא כל שלא חזרה קרן ליד הבעלים מקודם עכ"ד. לפ"ד הדין אתי. דהא לכך אמרינן דחזרה קרן לבעלים מקודם שבאו עדים דפטור ולא מחייבינן על הגנבה דמעיקרא משום דבעינן דבעת הודעת העדים יהא עדיין בידו דהא כתיב אם המצא תמצא בידו הגנבה א"כ ה"נ כיון דיצא מתורת גנבה מעת שפסקו הב"ד צא תן לו האיך יכול לחייבו כשבאו עדים אח"כ על הגנבה דמעיקרא כיון דבעת הודעת העדים לא נמצא בידו הגנבה והא כתיב אם המצא תמצא בידו הגנבה. כיון דעיקר חיוב קנס הוא בעת הודעת עדים וכל שחזרה קרן לבעלים או שיצא מתורת גנבה קודם הודעת העדים א"א לחייבו קנס. ואפשר כיון דהכא הודה לו וגם ב"ד אמרו לו צא תן לו בכה"ג דקבל עליו הדין ורוצה להחזיר לו גם הרמב"ן מודה דמאז הוה כפקדון בידו ויכול להקדישו. ועיין בראב"ד שם דכתב להדיא דהוה כפקדון בידו היכא דב"ד אמרו לו צא תן לו. ועיין בפנ"י דכתב בפשיעות דיכול להקדישו לאחר שאמרו לו ב"ד צא תן לו וכיון דיכול להקדישו והוה כמו שהוא ברשות הנגזל א"כ הוה כמו שחזרה קרן לבעלים ואינו יכול לחייבו כפל אח"כ ע"י הודעת עדים. כנ"ל ברור:

כ"ד יג"ע יו"ט ליפמן הכהן.

סימן ו

עוד להגאון הנ"ל:

אחדשה"ט. אף שאין הזמן גורם כעת לפלפל בשארי ענינים שאינם נוגעים לה' החג. אכן מחמת שחביבין עלי דברי כתר"ה ביותר כי מצאתיו איש כלבבי להשתעשע ולפלפל

עמו ע"כ אכתוב גם כעת לכתר"ה מה שדעתי בזה. ואבוא כעת בקצרה על סדר מכתבו היקר. ואי"ה עוד חזון למועד לבאר דברינו באריכות:

הנה מה שהרחיק כת"ר לומר דהראב"ד שהובא בנ"י אין זה דברי הראב"ד שהובא בס' הזכות ולאו חד גברא אמרינהו. בעיני אין זה דבר רחוק כי לע"ע לא ראיתי שום עצה לישב דבריהם דלא יסתרו אהדדי. ומש"כ כת"ר לישב דדברי הראב"ד שבנ"י הם דברי הראב"ד שברא"ש ושניהם נובעין ממקור אחד. ומה שהובא בנ"י בדברי הראב"ד דלכך מהני הודאה בזה"ז אף בפוטר עצמו מכלום משום דאין מקבלין עדים בזה"ז. זהו מדברי הרא"ה דהשכיל לישב בזה דברי הראב"ד מהשגת הרמב"ן עליו. כת"ד כת"ר. זה לא נ"ל כלל. דהא הביא אח"כ הרא"ה בעצמו ורבינו אומר שאינו נראה שכשם שהוא אומר שאין מקבלין עדים בזה"ז כך הודאתו אינו כלום. א"כ נראה להדיא דהסברא שאין מקבלין עדים בזה"ז אמר זאת הראב"ד והרמב"ן השיג על סברא זו. כי רחוק לומר דהרא"ה אמר סברא זו לפני הרמב"ן לישב דברי הראב"ד כתלמיד הדן לפני רבותיו. ועוד דלפי"ז לא הי' כותב בשם הרמב"ן כשם שהוא אומר. כיון דהראב"ד לא אמר סברא זו להדיא רק הרא"ה רוצה לומר דזהו סברתו. וגם היה צ"ל ורבינו השיב לי ע"כ נלפ"ד דהראב"ד שהובא בנ"י אין זה דברי הראב"ד שהובא בס' הזכות. אלא זהו דברי הראב"ד בפירושו דהוא אמר דלא מהני תפיסה ומהני הודאה בזה"ז מטעם אחר. וגם ע"ז השיג הרמב"ן ואפשר לישב מה שהקשיתי במכתבי העבר דדברי הרמב"ן סתרי אהדדי כי מדברי הרמב"ן בס' הזכות נראה דהודה מחמת בעיתותא לא מיקרי אלא היכא דתפס שלא בעדים. ומדברי הרמב"ן שהובא בנ"י נראה דסובר דאפי' תפס בעדים מיקרי נמי מודה מחמת בעיתותא. כי בס' הזכות מיירי היכא דחייב עצמו בקרן כמש"פ הוא בעצמו דברי הראב"ד. ובשם בודאי לא מהני רק בעיתותא גמורה היינו תפס שלא בעדים דהוה כמו הודה לאחר שבאו עדים אע"ג שנמצאו העדים זוממין דלא מהני הודאתו לפטור אע"ג שחייב עצמו בקרן כמו דאמרינן שם (עה:) אבל בהנ"י קאי הרמב"ן על דברי הראב"ד דאיירי בפוטר עצמו מכלום וע"ז כתב דאף בהודה מחמת בעיתותא דתפיסה בעדים נמי סגי לחייבו. כיון דפוטר עצמו מכלום א"כ נראה דהוא בא לפטור עצמו. ע"כ אפי' בבעיתותא כל דהו נמי מחייבינן אף לרבנן כשבאו עדים אח"כ. וכסברא זו כתב השעה"מ בה' עבדים פ"ה הי"ז לישב קושית הישׁ"ש דהאיך הביא ראי' מדברי ר"א בר"ש דלית הלכתא כוותי' יעו"ש. ועל עיקר דברי כת"ר בישוב דברי הראב"ד שהובא בנ"י ודברי הטור בה' עבדים יש לי לדבר בזה אך כעת אקצר:

עוד כתב כת"ר דלפי מה שרציתי לצדד דחייב עצמו בקרן הוא מטעם חזרה קרן לבעלים א"כ נמצא דלמאן דמחייב בהודה ואח"כ באו עדים מחייב נמי אף בחזרה קרן לבעלים א"כ מאי פריך ב"ק (סח:) והרי חזרה קרן לבעלים דילמא סובר כמ"ד מודה ואח"כ ב"ע חייב לפי"ד אין זה קושיא דהא המקשה שם והא חזרה קרן לבעלים הוא סתמא דגמרא והא רב אשי שם (עה.) דייק ממתני' כרב ור"י דהיכא דחייב עצמו בקרן פטור וע"כ ס"ל למתני' דהיכא דחזרה קרן לבעלים פטור ולכך פריך בפשיטות והא חזרה קרן לבעלים:
וגם מה דפסיקא לי' לכת"ר דהראב"ד שהובא בס' הזכות הוא הראב"ד בעל השגת על הרמב"ם ז"ל. לפ"ד נראה ברור דהראב"ד שהשיג על הרי"ף והרמב"ן עשה ע"ז ס' הזכות אין זה הראב"ד שהשיג על הרמב"ם אף שראיתי שכמה גדולי האחרונים חשבו כמו שחשב כת"ר. אבל האמת דאינו וראיות ברורות יתנו עדיהן ויצדיקו. דרוב השגות שהשיג הראב"ד על הרי"ף הראב"ד בעל השגות לא השיג על הרמב"ם אף שהוא עומד בשיטת הרי"ף. וארשום איזה מקומות לדוגמא (א) בתחילת יבמות גבי סוטה פסק הרי"ף דפטורה מן החליצה ומן היבום והראב"ד השיג ע"ז. אמנם הראב"ד בעל השגת לא השיג על הרמב"ם דפסק כהרי"ף. (ב) במוציא אשתו משום ש"ר או משום נדר או משום איילונית דלא יחזיר דפסק הרי"ף דאם כנס אינו מוציא והשיג הראב"ד ע"ז. והרמב"ם פסק ג"כ כהרי"ף. והראב"ד בעל השגות לא השיג עליו. (ג) בדין צרת חלוצתו דפסק הרי"ף כר"י דאין חייבין עליה כרת. והראב"ד השיג ע"ז ופסק כר"ל דחייבין עליה כרת משום דרב אשי קאי כוותי'. והרמב"ם פסק כהרי"ף. והראב"ד בעל השגות לא השיג ע"ז. (ד) גבי סריס אדם אם כרתו לו ביצה אחת פסק הראב"ד הובא בס' הזכות דמותר לבוא בקהל והרמב"ם פסק דאסור לבוא בקהל. והראב"ד בעל השגות לא השיג ע"ז. (ה) בתחילת כתובות פסק הרי"ף כרבנן דחייב קנס אף בקטנה. והראב"ד השיג עליו והרמב"ם פסק כהרי"ף. והראב"ד בעל השגות לא השיג ע"ז. (ו) לענין שטר אירוסין שכתב שלא לשמה ושלא לדעתה פסק הרי"ף דאינה מקודשת. והראב"ד השיג עליו. והרמב"ם פסק כהרי"ף ולא השיג עליו הראב"ד בזה. ועוד יש הרבה השגות שהשיג הראב"ד על הרי"ף. והרמב"ם פסק כהרי"ף והראב"ד לא השיג עליו. אך נלאתי לרשום אותם. וכן יש להיפך כמה דברים שהראב"ד בעל השגת השיג על הרמב"ם והוא עומד בשיטת הרי"ף. מ"מ לא מצינו שהראב"ד שהובא בס' הזכות השיג על הרי"ף בזה. לדוגמא (א) בה' אישות פי"ז ה"ח גבי מי שמת או גירש ויש לו נשים רבות כו' כתב הראב"ד בהשגת זהו ע"ד הרב ז"ל ואינו מחוור כלל. ובס' הזכות לא הובא כלל שישיג הראב"ד על הרי"ף בזה. (ב) בה' זכו"מ פ"ג ה"ה גבי דבר שאינו מסויים כתב הראב"ד

בהשגת זה הדרך הולך ע"ד פירוש הרב ז"ל שפי' במס' גיטין וקשיא לן ממה שאמרו במנחות בית בביתי אני מוכר לך. ובס' הזכות לא הזכיר כלל שהראב"ד יפלפל בזה. וכן יש עוד הרבה בזה ובזה שנראה שאין מסכימין לשיטה אחת. ע"כ נ"ל ברור דהראב"ד שהובא בס' הזכות אין זה הראב"ד בעל השגת. וגם בנ"ד גבי תפיסה נראה מדברי הראב"ד בעל השגת פ"ח ה' עבדים ה"ד דסובר כשיטת הרמ"ה דתפיסה לא מהני בזה"ז אלא דוקא גבי ח"נ דמחסרא ממונא. אבל בשאר קנסות לא מהני תפיסה בזה"ז. דכתב שם וז"ל דאין בקנסות תפיסה מועלת אלא במי שמחסרו ממון. נראה ברור דכונתו דאין תפיסה מועלת בין שרוצה לתפוס מספק ובין שרוצה לתפוס בזה"ז מדכתב סתם דאין תפיסה מועלת בקנסות וע"כ משום דאזיל לשיטתי' דס"ל בפ"ב מה' גנבה כיון דיותר משהזיק הוא אין כח לחייבו אלא לב"ד ובדין פסוק. וכיון דבזה"ז אין לנו ב"ד לחייבו לכך לא מהני תפיסה לפי שיטתי'. ולא שייך למימר עביד אינש דינא לנפשו כיון דכ"ז דלא חייבו ב"ד אינו חייב כלל. אבל הראב"ד שהובא בס' הזכות אינו סובר כן אלא דתפיסה מהני גם בשאר קנסות. ובזה נסתר מה שהשיג כת"ר עלי ורוצה להביא ראי' מדברי הראב"ד בעל השגת על דברי הראב"ד שהובא בס' הזכות:

עוד כתב כת"ר ומה שהניח דברי השואל להרשב"א בצע"ג לדעתי אינו קושיא כ"כ דהנה זה היסוד דבעינן הודאה בב"ד דוקא מתורתו של הרמב"ן למדנו. אבל מהגמרא אינו מוכח כ"כ כו' אבל לעולם היכא דהוי בדרך הודאה גמורה אף חוץ לב"ד מהני כו' וא"כ אפשר דזה נמי דעת השואל הנ"ל וא"כ בהודה לו והחזיר פשיטא דהוי הודאה גמורה אף חוץ לב"ד עכת"ד עדיין לא ידעתי ישוב לדברי השואל כיון דאנן הודאה על הקנס בעינן ובמה שהודה והחזיר לו החפץ מי לא עסקינן שלא הודה לו על הקנס כלל רק שהוא אומר מצאתי והחזיר דנמי פטור מן הכפל. ועוד דהא מוכח מדברי השואל בעצמו דאף שאם החזיר לו בלא עדים נמי פטור מן הכפל מדהקשה כיון דנאמן לומר החזרתי האיך גנב מתחייב בכפל דהא כל גנב מרשיע את עצמו כיון שיכול לפטור ולומר החזרתי. ואם נאמר דכ"ז שלא החזיר בפני עדים אינו פטור מן הכפל א"כ אפשר לומר דלכך לא הוה מרשיע א"ע שאינו יכול לטעון החזרתי כיון דבעי עדים ע"ז. אלא ודאי דס"ל דאף אם החזיר בלא עדים נמי פטור מן הכפל א"כ קשה מה דאמר השואל דזה לא גרע מאומר בפני ב"ד גנבתי ואח"כ באו עדים הא גרע וגרע. וגם קושית הקצה"ח נמי עדיין לא יתישב מהא דהקדישה בעלים ביד גנב דשם לא שייך מטעם הודאה:

עוד כתב כת"ר דמה שתמהתי על דברי הרמב"ן במלחמות מב"ק (קד.) מדקאמר הוי גבי' פקדון אינו רואה שום קושיא מזה דודאי כל פקדון לאו דוקא וכעין דכתבו הראשונים

ב"מ (טו:) דקאמר מעות פקדון וכתבו הראשונים שם דלאו דוקא וה"נ דכוותי'. גם בזה אין אני רואה שם תי' על קושיתי. דודאי שם בב"מ שייך לישנא דפקדון אע"ג דדינא כמלוה כיון דמותר להשתמש בהן משום דגבי פקדון גופא היכא דהפקיד גבי' מעות מותרין מותר להשתמש בהן והוה כמלוה לכך שייך לומר ע"ז לשון פקדון. ועוד איכא למימר דלכך קאמר ע"ז לשון פקדון כיון דדינו כפקדון לענין דאין שביעית משמטתי'. וגם מותר לכנוס לביתו למשכנו כיון דלא נתן לו להדיא בתורת הלואה. אבל הכא אי אמרינן דלא יצא מתורת גזלה אף שהודה א"כ האיך שייך למימר ע"ז לשון פקדון כיון דעדיין הוא כגזלה לכל דבר ועוד דע"כ הכא בב"ק דקאמר הגמרא פקדון ודאי כונת הגמרא דהוא כפקדון ממש דהא נראה מדברי הגמ' דרוצה ליתן טעם דלכך בלא נשבע אינו מחוייב להוליכו אחריו למדי או לכה"פ ליתן ליד ב"ד כדי לקיים מצות השבת הגזלה הוא מטעם כיון דהודה מאז יצא מתורת גזלה והוה כמו שהחזיר לידו והוה כפקדון ביד הגזלן וא"כ נראה משם דגם יכול להקדיש. אבל לדברי הרמב"ן דס"ל דאינו יכול להקדיש והוה כגזלה לכל דבר אע"ג דהודה לו לא ידעתי הטעם אמאי אינו מחוייב להחזיר לידו או לכה"פ ליד ב"ד כדי לקיים מצות השבת הגזלה דהא מצות השבת הגזלה היא מצוה ככל המצות וגם ב"ד צריך לכופו ע"ז. ע"כ נ"ל יותר לומר דגם הרמב"ן מודה דמיד שהודה ואומר שרוצה להחזיר לו יצא מתורת גזלה והוה כפקדון דאם נעשה שינוי דממילא אח"כ לא קנה וכן השבח שבא אח"כ אינו שייך כלל להגזלן. אך מה דס"ל להרמב"ן דלא יצא מתורת גזלה הוא רק להקדיש אינו יכול הנגזל כיון דמתחלה הא בתורת גזלה הוא בא ליד הגזלן א"כ עדיין הוא כגזלה לענין זה. אבל לענין שאר דברים יצא מתורת גזלה ולכך יצא בזה מצות השבת הגזלה במה שהודה בלבד אף שלא החזיר לידו. כנ"ל לישב דברי הרמב"ן שלא יהי' תמוהין כ"כ אבל פשטות הדברים משמע דלכך יצא ידי השבת הגזלה משום דמיד שהודה הוה כפקדון והוא ברשות הנגזל אף להקדישו. ולא די לנו בזה הצער אלא שכת"ר בא להוסיף לנו חדשים שלדברי הרמב"ן אפי' היכא שמניח בידו והלך לו נמי לא יצא מתורת גזלה. ורוצה לתרץ בזה קושית התוס' שם (קד.) ד"ה אמר רבא כו'. ולא ידעתי למה לנו לעשות פלוגתא רחוקה בין התוס' והרמב"ן. ונ"ל ברור דבלא נשבע והודה לו והניח בידו והלך לו כו"ע מודים דהוה כפקדון לכל מילי ויכול להקדישו ונראה דפטור נמי מן האחריות מאז והלאה:

אמנם בנשבע בזה צריך לעיין דאף שכתבו התוס' בפשיטות דהוה כנטל ממנו וחזר והפקידו אצלו ולכך אינו צריך להוליך אחריו למדי ואינו מעכב הכפרה. ולפ"ד ע"כ צריך לדחוק בדברי הגמרא דהא דקאמר שם אע"ג דאמר לו יהא לי בידך כיון דבעי כפרה לא

סגי עד דמטי לידו איירי דאמר ע"י שליח כיון דלא היה יכול לטול ממנו. וכן פי' הישׁ"ש. אבל דבריהם צע"ג מהא דקאמר שם (קט.) הרי שגזל הגר ונשבע לו ושמע שמת הגר והיה מעלה כספו ואשמו לירושלים ופגע באותו הגר וזקפו עליו במלוה קאמר ר"ע שם דאין לו תקנה עד שיוציא גזלה מת"י. ולרבא דקאמר שם דמחילה לאחרינא מהני אף לר"ע א"כ אמאי אין לו תקנה עד שיוציא גזלה מת"י הא הכא כיון דזקפו עליו במלוה הרי הניח בידו והלך לו ואדרבה הכא עדיפא דכיון דזקפו עליו במלוה א"כ אמר לו בפירוש זה יהא לי בידך אמאי אין לו תקנה וצריך להוציא הגזלה מת"י. אלא ע"כ צ"ל דבנשבע שאני דאע"ג דאמר לו בפירוש זה יהא לי בידך מעכב הכפרה וע"כ מדגלי לן קרא לאשר הוא לו יתננו ביום אשמתו דכיון דלא מחיל לו לגמרי מעכב הכפרה כ"ז דלא מהדר לו. ונראה דזהו דעת הב"ח. ודלא כהש"ך בסי' שס"ז סק"ד דהשיג עליו. וכתב דאישטמתי' דברי התוס' הנ"ל. ובזה יתישב מה שהעיר כת"ר על דברי תשו' הרשב"א. ובאמת הא דברי הרשב"א הם משנה מפורשת במס' שביעית. וע"כ צריך לחלק דבנשבע שאני אבל בלא נשבע ודאי דזקפו עליו במלוה יצא מתורת גזלה ונעשה מלוה גמורה וכו"ע מודים בזה. [ודלא כפי מה שנראה מדברי כת"ר דלדברי הרמב"ן אינו כן] ונראה דאף שביעית משמטתו:

אך כ"ז לפי שיטת רש"י והתוס' ב"ק (קט) דנראה דס"ל דלר"ע זקיפה במלוה אינה מועלת כלל ואינו יוצא מתורת גזלה. ונראה דס"ל דאף דזקפו במלוה מ"מ שייך לכהנים א"כ בודאי לדבריהם כ"ז דלא החזיר אע"ג דאמר לו יהא לי בידך מעכב הכפרה. אמנם לפ"ד הראב"ד והטור דס"ל דזקיפה במלוה מועלת דלא שייך לכהנים וא"כ נראה דס"ל דיצא מתורת גזלה והראי' מדלא שייך לכהנים וכן לפ"ד הרמב"ם דס"ל דמיד שהודה אע"ג דלא זקפו במלוה נמי לא שייך לכהנים וס"ל דדוקא בהודה לאחר מיתת הגר הוא דשייך לכהנים ונראה דהוא אזיל לשיטתו דס"ל דהטעם דצריך להוליך אחריו למדי גבי נשבע מפני שכבר נתייאשו מאחר שנשבע ואינן באין עוד לתבעו. אבל היכא דהודיע שרוצה להחזיר לו אין צריך להוליך אחריו וצ"ע לפ"ד הא דצריך להוציא מת"י אם זה מעכב הכפרה או לא. ומסתברא דאינו מעכב הכפרה. ובזה אפשר לישב דברי התוס' שם (קד) וס"ל כשיטת הראב"ד והטור. ולפי"ז צ"ל דמש"כ הרי הוא כהפקידו בידו הוא לאו דוקא. ויש לי לתרץ דבריהם בדרך אחר. אבל היא דרך רחוקה:

עוד כתב כת"ר דלא ידע למה הרחקתי סברתו מש"כ דאף לפ"ד התוס' ובעה"מ דס"ל כיון דהודה הוה כברשות הבעלים מ"מ כיון דמחוסר גובייא לא מיקרי זה כמו שחזרה קרן לבעלים. בלי שום ראיה. מאחר שגם אנכי מסכים שעדיין אחריות הוא על הגזלן. הנה

כבר כתבתי במכתבי הראשון ראי' גמורה לזה כיון דאמרינן דהודה הוה כאומר זה יהא לי בידך דמי ובאומר זה יהא לי בידך ודאי דפטור מן הכפל אם באו עדים אח"כ. ועוד נ"ל להביא ראיה לזה מדקאמר המשנה אין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל. ואי אמרינן כדברי כת"ר דאף לאחר שהודה בפני עדים ורוצה להחזיר לו מ"מ אם באו עדים אח"כ משלם תשלומי כפל כיון דעדיין אחריות הגנבה עליו הוא. א"כ משכחת לה דגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל כגון דגנב הראשון הודה בפני עדים ואמר שרוצה להחזיר לו א"כ מאז הוה כפקדון בידו לענין שיכול להקדיש לפי"ד הבעה"מ והתוס' וא"כ אם נגנב מידו אח"כ בודאי גם הגנב השני משלם תשלומי כפל לבעלים. דהא אמרינן שם (סט:) הטעם דגונב אחר הגנב פטור משום דאינו ברשותו של בעלים להקדיש אבל הכא כיון דבידו להקדיש א"כ הוה ברשות הבעלים. בשלמא לפ"ד דגנב הראשון מיד שהודה ורוצה להחזיר לו יצא מכלל גנב ומיקרי שומר של הבעלים אע"ג דעדיין אחריות אונסין עליו ניחא דלא מיקרי זה גונב אחר הגנב אלא גונב מבית השומר. אבל לפ"ד כת"ר כיון דעדיין חיובא דכפל עליו אם יבאו עדים אח"כ כיון דעדיין אחריות הגנבה עליו הוא מיקרי עדיין בידו הגנבה וגנב הוא דמיקרי ולא שומר א"כ משכחת לה דגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל:

עוד כתב כת"ר דמש"כ באות ה' דמאי דפסיקא לי דאף שהודה עכ"ז חייב בכולהו אחריות צ"ע אצלי דאפשר דכיון דהודה הוה כפקדון גביה ועכ"ז כתב דהסברא נוטה דלענין אחריות עדיין היא על הגזלן בלא היה שהות להנגזל לקבל. מאד תמיהני עליו הלא הוא מבואר בגמרא דב"ק דעסיק בהו דבתובעו גנבת והוא משיבו דלא גנב רק הוא שומר עליו חייב משום כפירת אחריות א"כ מבואר דעדיין חיוב אחריות גנבה עליו עכ"ד. הנה מה שחשב כת"ר שנעלם ממני הגמרא שאנו עסוקין בה ז"א כי אנכי לא רציתי להביא ראיה משם. כי בזה לא נסתפקתי כלל דאם הבעלים גילו להדיא להגנב אף שהודה ואמר שרוצה להחדר מ"מ אינם מוחלים האחריות. דבשם ודאי אחריות הגנבה הוא על הגנב כ"ז שלא יחזיר ליד הבעלים. ובזה האופן הא אירי שם הגמ' שהבעלים תובעים להגנב את האחריות והגנב הכחיש בזה ואמר שאין אחריות עליו. ואנכי נסתפקתי הוא רק בסתם אם הודה הגנב והבעלים לא אמרו לו כלום. דלישנא דהגמרא משמע דמיד שהודה לו הוה כפקדון בידו עד דאתא גבי' ושקיל ליה. ונראה לכאורה משם דמסתמא מחיל ליה הבעלים האחריות דלכך אמרינן שם דהוה כאומר לו יהא לי בידך דמי אפי' אם הודה שלא בפניו וכ"ש אם הודה לו בפניו. מ"מ כתבתי דהסברא נוטה כיון דלא מחיל לו בפירוש עדיין האחריות הוא על הגנב וצריך לומר

דכוונת הגמרא כאומר לו יהא לי בידך דמי אבל האחריות תהא עליך עד שאקבל מידך. והוכרחתי להפסיק באמצע מחמת טירדת החג. ויחוג את חג המצות בגילה ודיצה כנפשו וכנפש ידידו הדבוק באהבתו לעד יו"ט ליפמן הכהן:

סימן ז

עוד להגאון הנ"ל. הנה מה שתמה כת"ר עלי וכתב וז"ל מאד נפלאתי על דבריו דהרי בס' הזכות שם מייתי ראיה מב"ק (מ) דקדם בע"ד ותפסי'. והיינו דמפרש לה בתפס שלא בעדים דחזינן דשוב ל"מ הודאה אח"כ. ולדברי כת"ר מאי ראי' משם דהא התם פוטר עצמו מכלום ומהני ביעותותא כ"ד. וגם הא אי"צ לפרש בתפס שלא בעדים רק אף בתפס בעדים כה"ג שוב ל"מ הודאה וכדבריו בנ"י לפי דעת כת"ר. ומוכרח מדבריו בספר הזכות דאף בפוטר עצמו מכלום עכ"ז בעינן דוקא ביעותותא דתפיסה שלא בעדים עכ"ל. אין מקום לתמיהתו כלל וכלל דהא מה שכתבתי דבפוטר עצמו מכלום ס"ל להרמב"ן דמהני ביעותותא אף כ"ד דהיינו תפיסה בעדים זהו דוקא לפי מאי דקיי"ל כמ"ד דפוטר עצמו מכלום אם הודה ואח"כ ב"ע חייב משום דאמרינן דהוא בא לפטור א"ע לכך הודה. ולדידי' ודאי איכא למימר דהיכא דהודה מחמת איזו ביעותותא לא מהני הודאתו לפטור א"ע היכא דפוטר עצמו מכלום. אבל לפי המ"ד דס"ל דמודה בקנס ואח"כ ב"ע פטור אפי' בפוטר עצמו מכלום לדידי' ודאי לא מהני ביעתותא כ"ד לחייבו אפי' בפוטר עצמו מכלום אלא דוקא היכא דאיכא ביעותותא גדולה דהיינו תפיסה שלא בעדים כדמוכח שם (ע"ה.) להדיא דאמר ר"א מתני' ובריייתא נמי דיקא כו' ברייתא דתניא ראה עדים שממשמשין ובאין ואמר גנבתי אבל לא טבחתי כו' ניתני או גנבתי או טבחתי ומכרתי אלא הא קמ"ל טעמא דאמר גנבתי הוא דחייב עצמו בקרן דפטור כו'. ואם נאמר דאף למ"ד דס"ל מודה בקנס ואח"כ ב"ע כטור נמי איכא לחלק בין היכא דאיכא ביעותותא כ"ד או לא. א"כ אין ראיה משם דלכך לא מצי למיתני היכא דפוטר עצמו מכלום משום דשם מהני ביעותותא כ"ד. אלא ע"כ דלהך מ"ד לא מהני ביעותותא כ"ד לחייבו אפי' בפוטר עצמו מכלום. א"כ ממילא מסולק השגת כת"ר מעלי דהא דברי הגמרא דב"ק שהביא הרמב"ן ראיה משם על תפיסה שלא בעדים אזלי לפי המ"ד דס"ל מודה בקנס ואח"כ ב"ע פטור אפי' בפוטר עצמו מכלום וכן כתבו שם התוס' ד"ה אי תם כו'. וכן פירשו כל הראשונים וכיון דלדידיה לא מהני ביעותותא כ"ד א"כ תפיסה בעדים דהו"ל ביעותותא כ"ד ודאי דלא מהני. אלא תפיסה שלא בעדים דהוי ביעותותא גדולה ובביעותותא דכה"ג כו"ע מודים דמהני וא"כ שפיר הביא הרמב"ן ראיה משם דביעותותא דכה"ג מהני אפילו היכא דחייב עצמו בקרן. כיון דהוי ביעותותא גדולה דמהני אפי' למ"ד דס"ל מודה בקנס

ואח"כ ב"ע פטור אע"ג דלא מהני לדידי' ביעותותא כ"ד לחייבו מ"מ ביעותותא כה"ג מהני. א"כ ה"ה לדידן אפי' שחייב עצמו בקרן וזה ברור:

עוד האריך כת"ר להביא ראיה דהשגת הראב"ד על הרי"ף הוא הראב"ד בעל השגת על הרמב"ם והרז"ה. דלא כדברי. מחמת שנמצא לפעמים שהראב"ד בהשגותיו על הרמב"ם רומז שכבר השיג על הרי"ף בזה. גם אנכי ידעתי מזה ואדרבא מזה מוכח כדברי. דלולא זאת היה אפשר לומר דהראב"ד סמך על מה שכבר השיג על הרי"ף בזה [כמש"כ כת"ר] אך מאחר שמצינו שלפעמים השיג על הרמב"ם ורומז להשגותיו על הרי"ף א"כ נראה דלא רצה לסמוך ע"ז מפני שאולי יראה הרואה שלא השיג על הרמב"ם יאמר שחזר מדבריו שהשיג על הרי"ף. א"כ האיך הניח בהרבה פעמים מלהשיג על הרמב"ם אף שכבר השיג על הרי"ף בזה. וזה ודאי דבר שא"א לומר שבאמת חזר מדבריו בכל הני מילי שהשיג על הרי"ף ולכך לא השיג על הרמב"ם וראיה גדולה לזה מכל הראשונים שהביאו דברי הראב"ד לדינא ולא התעורר אחד מהם לומר דחזר בהו הראב"ד כיון דלא השיג על הרמב"ם בזה. אלא ע"כ כמש"כ דהשגת הראב"ד על הרי"ף שחיבר הרמב"ן עליהם ספר הזכות הוא מראב"ד אחר. אך גם הראב"ד בעל השגת על הרמב"ם והרז"ה השיג ג"כ על הרי"ף במקום אחר ולכך נמצא שרומז עליהם. ועוד ראיה לדברי מהא דמצינו בהל' אשות פ' כ"ד ה"ב דכ' שם הראב"ד וז"ל הרב ז"ל כתב כן ותמהני עליו אילונית שלא הכיר בה למה יש לה תוספת עכ"ל. ונראה להדיא דלא השיג רק על אילונית בלבד: אבל באלמנה ושניה שלא הכיר בה מודה להרמב"ם דיש לה תוספת כמו דצריכה גט כיון דלא חקר ולא דרש ממנה כמש"ב בספרי מלבושי יו"ט חלק אה"ע סי' א' יעו"ש. ובהשגותיו על הרי"ף מצינו להדיא דהשיג עליו גם על אלמנה שלא הכיר בה אמאי יש לה תוספת. ועיין בריטב"א ור"ן דכתבו להדיא דלפי"ד ה"ה בשניה שלא הכיר בה נמי אין לה תוספת. וכן נראה בהשגותיו על הרי"ף. אלא ודאי ע"כ צ"ל דהוא ראב"ד אחר. וגם מה שדחק כת"ר לישב דברי הראב"ד בה' עבדים ורוצה לומר דמש"כ הראב"ד דאין תפיסה מועלת בקנסות אלא במי שמחסרו ממון קאי גם על זה"ז כמש"פ אך זהו רק בקנס דרבנן. לפ"ד רחוק לומר כן בכוונתיה כיון דסתם וכתב אין בקנסות תפיסה מועלת כו'. ולא הזכיר כלל קנס דרבנן. אע"ג דהוא איירי שם בקנס דרבנן מ"מ כיון דבקנס דאוריי' מודה דמועלת תפיסה בזה"ז אפילו ביותר מכדי נזקו א"כ הו"ל להזכיר בהדיא כיון שהוא קנס דרבנן אין תפיסה מועלת ביתר מכדי נזקו ולא הו"ל לסתום הדברים. ועוד האיך אפשר לומר כפי' כת"ר בדעת הראב"ד דהוא אזיל לשיטתי' בפירושו במה דהשיג על הרי"ף בב"מ (לז.) והובא בש"מ. הא הראב"ד בעצמו לא השיג בהל' גזלה ואבדה פ"ד ה"ט על

דברי הרמב"ם דפסק כר"ע א"כ ש"מ דהודה לי'. אלא ע"כ דהראב"ד שהובא בש"מ הוא הראב"ד שהובא בס' הזכות דהשיג ג"כ על הרי"ף כדברי' אלה שהובא בש"מ:

ומדי עיינתי בזה נתקשיתי בדברי הרמב"ן בספר הזכות סוף כתובות דהשיג הרמב"ן על דברי הראב"ד הללו וכתב חס לי' למרן ז"ל דנימא הכי שהרבה דברים דנו אותם חכמים משום פשיעה וקנס שלהם ואינן בכלל ד"ק אלא נגבין בבבל שלא אמרו אלא בממון הכתוב בתורה כגון ל' של עבד כו'. ולכאורה הא הראב"ד שפיר השיג על הרי"ף כיון דהוא בעצמו ס"ל כדברי הגאון גבי המוכר עבדו לעכו"ם דלא מגבינן האי קנסא אלא בא"י אבל בחו"ל לא. אלמא ס"ל דכל קנסות דרבנן דינם כקנסות של תורה. א"כ האיך פסק דמחוייב להחזיר לכל או"א כר"ע משום קנס כיון דקנסות אין דנין בזה"ז. ובאמת הרא"ש השיג שם על דברי הגאון וכתב תמהיתי מאי ענין זה לקנסות שאין גובין אותו בבבל דזהו דוקא בקנסות של תורה וזהו על דרך הרמב"ן. אך דעת הרי"ף בעצמו נראה דהוא ס"ל לחלק בין היכא דאמרו חכמים להדיא דקונסין אותו כך וכך אף דהוא קנס דרבנן מ"מ דינא כקנסות של תורה. אבל היכא דלא הזכירו כלל בדבריהם דקונסין אותו אלא אמרו דהדין הוא כך וכך אף שזהו מחמת קנס בזה הוא הדין דגם בזה"ז גובין אותו. [ידוע הוא לכל והמפורסמות אינן צריכות ראי' כי כ"ז היא לדרשא ולפילפול. תורה היא וללמוד אנו צריכים אך למעשה בזמנינו ובמדינותינו נוהגים כמנהג המדינה ודינא דמלכותא דינא]. אכן דברי הרמב"ן צ"ע דנראה מריש דבריו דס"ל לחלק בין קנם של תורה לקנס דרבנן. וזהו כנגד דעת הרי"ף. ויותר נראה מהא דכתב שם הרמב"ן להדיא דגם הא דקנס ר"ל דהמבזה ת"ח צריך ליתן ליטרא דדהבא נוהג בזה"ז. וזהו דוקא אי אמרי'

(הגה"ה **א"ה ולפי"ד זה היה נעלם במחכ"ת מהל"מ בהל' יו"ח פ"ד הי"ז דכתב שם הרמב"ם וז"ל היתה רגלו עקומה לאחור או הפוכה על צידה או שהיה מהלך על ראשי אצבעות רגליו הרי זה אינו חולץ שהחולץ צריך לנעוץ עקבו בארץ וזה אינו יכול ואם חלצה למי שרגלו כך הרי חליצתה פסולה עכ"ל. וכתב ע"ז הראב"ד וז"ל לא שמענו שהדריסה מעכבת לפסול החליצה עכ"ל. וכתב הל"מ דבדברי הראב"ד יש שני פירושים דברי הה"מ דס"ל דאף בהך דמסגי אלוחתא בדיעבד לא פסול. ודברי הטור דס"ל בדברי הראב"ד דבהך דמסגי אלותתא פסול אפי' בדיעבד משום דמנעלו חולצת מעל כף רגלו ולא מעל רגלו. אבל באמת הראב"ד בעל השגות ודאי א"א לפרש כ"א מה שפירש בו הה"מ דאף בהך דמסגי אלוחתא בדיעבד החליצה כשרה. מדלא הזכיר הראב"ד כלל דבזה יש טעם אחר לפסול אפי' בדיעבד. אמנם הרא"ש והטור הם הביאו דברי הראב"ד שהובא בס' הזכות דהוא ס"ל להדיא דהני תרתי שמעתתא דאמימר לאו חזי טעמא הוא

דהא אמר צריך למידחסיה לכרעי' אי לא דחיס לא מפסלא לה חליצה והאי דקאמר האי מאן דמסגי אלוחתאי דכרעי' לא חלץ אי חלץ חליצתו פסולה וטעמא דמילתא משום דגב הרגל הוא שנקרא רגל ותחת הרגל הוא שנקרא כף הרגל כו' יעו"ש. ע"כ הג"ה:)** דקנס דרבנן גובין אותו גם בזה"ז כדברי הרא"ש. אף דקנסות דריש פרק המניח אינו נוהג בזה"ז משום דהתם הקנס הוא דאורייתא והקצבה הוא דרבנן כמש"כ הט"ז בח"מ סי' א'. אבל הכא כיון דכל הקנס הוא דרבנן לכך גובין אותו גם בזה"ז אח"ז ראיתי להרמב"ם בהל' חובל ומזיק פ"ג ה"ח דכתב על הא דליטרא דדהבא קבלה היא בידנו דגובין קנס זה בכ"מ בין בארץ ובין בחו"ל. ונראה מדברי הרמב"ם דבקנסות דרבנן אף שאמרו חכמים להדיא שזהו קנס מ"מ אם גובין אותו גם בחו"ל זהו לפי ראות עיני חכמים שקנסו ולכך תלוי זה לפי הקבלה. ובזה יש לישב דברי השו"ע חו"מ סי' שס"ג ס"ג דנראה שם דבגזלן עתיקא אין זה תלוי לפי ראות עיני הב"ד בשעת מעשה אם ראוי לקונסו או לא. אלא הוא קנס קבוע. והקשה הגר"א בסי' א' דהא לפי מאי דפסיק השו"ע כדברי הרי"ף והרמב"ם דגם קנס דרבנן אין גובין בזה"ז א"כ האיך פסק דגבי גזלן עתיקא קונסין אותו גם בזה"ז. אבל לפי מה שנראה מדברי הרמב"ם דבקנס דרבנן תלוי לפי הקבלה א"ש דברי השו"ע כי גבי גזלן עתיקא מוכח מדברי הגמרא להדיא דגובין אותו גם בחו"ל. מ"מ דברי הרמב"ן הנ"ל צע"ק. וגם מזה יש להוכיח דהראב"ד בעל השגת אין זה הראב"ד שהובא בספר הזכות כי מדברי הראב"ד בעל השגת נראה שהסכים לדברי הרמב"ם, דבקנס דרבנן תלוי זה לפי הקבלה וכיון דקנס דרבנן הלוי לפי דעת החכמים שקנסו א"כ כ"ש דהיכא דלא גילו להדיא דזהו קנס בודאי דהדין הוא דגובין אותו גם בזה"ז. אמנם הראב"ד שהובא בס' הזכות ס"ל דכל שהוא מחמת קנס אין גובין אותו בזה"ז אף היכא דלא גילו להדיא שזהו קנם. ע"כ נ"ל ברור שהראב"ד בעל השגת על הרמב"ם הוא ראב"ד אחר. וכן הראב"ד שהובא ברמב"ן וברשב"א על חולין ע"ד צומות הגידין שהשיג על דברי רש"י אין זה הראב"ד בעל השגת על הרמב"ם כי הראב"ד בעל השגת לא חלק על הרמב"ם בזה אף שנראה מדבריו להדיא שעומד בשיטת רש"י ז"ל. אלא ע"כ הוא ראב"ד אחר והוא הראב"ד שהובא בספר הזכות. ונראה דהוא היה קשיש מהראב"ד בעל השגת והוא היה בן דורו של הר"ת עיין בתשב"ץ ח"א סי' ע"ב. אבל הראב"ד בעל השגת היה בן דורו של הבעה"מ וידוע שבעה"מ למד בישיבת של הר"ת אחר פטירתו והיה צעיר לימים כשנפטר הר"ת ועוד חזון למועד לבאר הדבר ביותר אי"ה כשאשיג את הספר תמים דעים להראב"ד ז"ל

עוד כתב כת"ר וז"ל ומה שגמגם כת"ר עוד על מה שישבתי תמיהתו על הרמב"ן מב"ק (קד) וכתבתי דפקדון לאו דוקא כעין הא דכתבו הראשונים ב"מ (טו) וגמגם כת"ר דלא דמיא להתם דהתם שפיר קרי לי' פקדון משום דדמיא לפקדון מעות מותרין. לדעתי ז"א דבפקדון מעות מותרין קיי"ל דאינו חייב באונסין קודם שהוציא וגם אם בא המפקיד לגבות קודם שהוציא מחוייב ליתן אותם המעות בעינם וכמו שהוכיח הח"צ בהגהותיו לט"ז חו"מ סי' ע"ג. משא"כ בהאי דב"מ (טו) דהוי מלוה ממש לגמרי [ומ"ש בשמ"ק שם דומיא דמעות מותרין ע"כ דלאו דוקא וכנ"ל] עכ"ל. נפלאתי על מעכת"ר דכתב בפשיטות דהכא חייב באונסין אף קודם שהשתמש. דלא כדברי הרא"ש בב"מ פ"א סי' ל"ז דכתב שם וז"ל ואם נגנבו או נאבדו אפי' קודם שישלח בהן יד חייבו באחריותו לפי שדעתו להשתמש בהן כ"ז שהקרקע ביד הלוקח כו' ולא גרע ממפקיד מעות מותרין אצל שולחני כו' עכ"ל. א"כ ס"ל להדיא דדוקא על גנבה ואבדה חייב כ"ז שלא השתמש לפי מאי דקיי"ל כר"נ. אבל לא באונסין. ונראה ברור דלפ"ד הח"צ גבי מעות מותרין ה"ה הכא כ"ז שלא הוציא מחוייב להחזיר לו אותו המעות בעין כמו שנראה מדברי הרא"ש דהכא דמי ממש למפקיד מעות מותרין. אכן דברי הר"ן בחידושיו. וכן הוא בנ"י דכתב ח"ל ומיהו לאו למימר דמעות פקדון גמור נינהו ושאם נאנסו נאנסו ללוקח דלא גרע ממפקיד מעות אצל שולחני דאמרינן בפ' המפקיד דישתמש בהן ולפיכך אם נאנסו חייב באחריותן לפי שכל מפקיד מעות אצל שולחני ע"ד שיוציאם הוא מפקידם אף כאן לוקח זה ע"ד שיוציאם מוכר נתנם לו ורשאי להשתמש בהם ואם נאנסו חייב באחריותן עכ"ל. צ"ע דלכאורה נראה מדבריהם דס"ל דהמוכר חייב באונסין הוא אף קודם שהשתמש בהן דלאחר שהשתמש פשיטא דחייב באונסין אבל באמת א"א לומר כן דהא כ' להדיא דלא גרע ממפקיד מעות מותרין. וכן גבי מעות מותרין כ' דחייב באונסין. ושם בודאי הא קיי"ל כר"נ דאינו חייב באונסין קודם שהשתמש. ע"כ נ"ל לומר דהא דכ' דחייב באונסין מיירי לאחר שהשתמש בהן. אך לא השתמש בכולו אלא במקצת מ"מ חייב באונסין על כולו [אף שמטעם שליחות יד א"א לחייבו] משום דלא גרע ממעות מותרין דהדין אף שלא השתמש אלא במקצת חייב באונסין על כולו ומזה יהי' ראי' לדברי הנתיבות סי' רצ"ב סק"י. ועיין ש"מ ב"מ (ל.) אבל קודם שהשתמש גם הר"ן והנ"י סוברים כדברי הרא"ש דגם גבי הכיר שאינו שלו פטור מן האונסין. מ"מ עדיין יש לחקור בזה לפי מש"כ הר"ן לתרץ דהא דגבי דמי אבדה כו"ע מודים דחייב באונסין אף קודם שהשתמש בהן. משום דמעות פקדון תלוי ברצון המפקיד ליטלם בכל עת שירצה מן הנפקד לכך אין דעתו כלל להלוותם ורוצה להחזירם כדי שיוצא מחיוב גנבה ואבדה. אבל גבי מעות

אבדה אין הדבר תלוי בו להחזירם לכך שמו חכמים שדעתו של ב"א שרוצה להלוותם ולהתחייב באונסין. א"כ לפי"ז ה"ה גבי הני מעות כיון שהלוקח אינו יכול לתבוע מן המוכר מעותיו בכל עת שירצה כמש"כ הרא"ש שם להדיא שאם בא לתבוע פקדונו בעוד שלא הוציא הנגזל את הקרקע מת"י אין שומעין לו וגם הלוקח בודאי לא ירצה לקבל מעותיו בחזרה כ"ז שלא יטרפו ממנו דאדעתי' דהכי קנה שיהא הקרקע בידו והמעות ביד המוכר כ"ז שלא יטרפו ממנו. א"כ ה"נ י"ל דבודאי דעת המוכר הוא להלוותם ולהתחייב באונסין מיד. וכן נראה בש"מ דלפי דעת כמה ראשונים חייב המוכר באונסין אף קודם שהשתמש. ולכך דחקו בלישנא דפקדון. ואפשר לומר דאפי' לפי טעם הראב"ד שמחלק בין מעות אבדה למפקיד משום דבמעות אבדה יותר סמך דעתי' להשתמש בהן שיודע שישהא אצלו ימים רבים מ"מ יש לומר דגם הכא סמך דעתי' שהנגזל לא יבוא מיד לטרוף ממנו כיון שלא טרף עד עתה דאל"כ למה קנה. מ"מ לדינא צ"ע כי הא הרבה גדולי הראשונים סוברים דלכך בדמי אבדה הוה שואל מיד משום כיון דמעיקרא הוה ש"ש לכך מעלינן לי' מחמת היתר שימוש להיות כשואל. א"כ לפי"ד נראה דגבי מעות מכר הנ"ל כ"ז שלא השתמש לא הוה אלא כש"ש בלבד. וכ"ש לפי"ד התוס' שם (מג.) ד"ה מאי כו' דנראה מדבריהם דלר"נ מחמת היתר תשמיש בכ"מ אינו חייב באונסין קודם שהשתמש. וכן הוא דעת הרא"ש כמש"ל. א"כ זה הוה פליגתא דרבוותא כנ"ל:

ועל מה שתירצתי דלכך קאמר לישנא דפקדון משום דדינא כפקדון לענין שביעית ולענין למשכנו. כתב כת"ר דלענין שביעית ודאי הנכון אתי משום דהוי כהא דש"ע סי' ס"ז סעי' ט' בהג"ה בשם מהרי"ק כל פקדון דהוי כתנאי ובממון תנאי קיים. משא"כ לענין למשכנו דנראה דתנאי ל"מ דנראה דהוי כאיסורא ולא כדבר שבממון. ה"נ ענין כזה ל"מ וצ"ע עכ"ד. לפ"ד לא דמי דשם כיון דהיה הלואה באמת ומ"מ כתב לו דקבל בפקדון א"כ למאי כתב לשון פקדון אלא כדי שלא תשמטנה שביעית והוה כאלו התנה. אבל היכא דבאמת נתן לו בפקדון אך דנתן לו רשות לאישתמושי בהן וכיון שהשתמש נעשה כהלואה בידו א"כ מנ"ל לומר דהוה כאלו התנה שלא תשמטנה שביעית גם מש"כ כת"ר משא"כ לענין למשכנו דתנאי ל"מ בזה משום דזה הוה מילתא דאיסורא. לא ידעתי מנ"ל דזה הוה יותר מילתא דאיסורא משביעית דהא ודאי אם נותן לו רשות לכנוס לביתו למשכנו מותר א"כ אמאי לא יועיל תנאי בזה. אף שלכאורה מדברי הרא"ש בתשו' ס"ח פרט י"ג נראה קצת כדברי כת"ר דזה דמי כהתנה לילך עמו בדיני עכו"ם. אבל באמת יש לדחות דאין כוונת הרא"ש שם לדמות להדדי. אלא כוונתי' הוא דגם הכא יש לתרץ לשון השטר דאין כוונתי' לעבור על ד"ת אבל ודאי היכא דהתנה להדיא דנותן לו רשות

לכנוס לביתו למשכנו בלא רשות ב"ד אף שיהא שם ב"ד ודאי דרשאי משום דזה הוה תנאי שבממון ותנאי' קיים. אבל באמת נראה דהכא לא דמי כמו שהתנה עמו. אך מה שכתבתי בפשיטות דשביעית אינה משמטתו ומותר לכנוס לביתו למשכנו הוא מטעם אחר. דסברתי היה בזה כיון דמתחילה בא לידו המעות בתורת פקדון ולא לשם הלואה ע"כ אין שביעית משמטתו ומותר לכנוס לביתו למשכנו. ולמדתי זאת מדברי המרדכי בסוף פ' המפקיד דס"ל דגבי מעות מותרין אם השתמש בהן ורוצה לתת ריוח להמפקיד מותר. וכן משמע בשו"ע חו"מ סי' רצ"ב ס"ז בהגה' כמש"כ שם הסמ"ע. וע"כ הטעם הוא כיון דמתחילה בא לידו בתורת פקדון לכך אין דינו כמלוה לענין רבית אף לאחר שהשתמש. א"כ ה"ה לענין שביעית ולמשכנו אין דינא כמלוה. כך הי' נראה בעיני. אבל כעת התבוננתי בזה וראיתי דגם דינא של המרדכי דמתיר לתת ריוח אם רוצה אף לאחר שהשתמש לאו כו"ע מודים בזה. והרא"ש ודאי לא ס"ל הכי דהא גבי הכיר שאינו שלו כתב הרא"ש דלכך אין לו שבח משום דאי הוה יהיב לי' שבחא מיחזי כרבית אע"ג דזוזי לרב הוה כפקדון מ"מ לאישתמושי יהיב ניהלייהו והוי כהלואה ומיחזי כשכר מעותיו ואפי' פירש לו השבח לא יהיב לי' מידי. והא הוא בעצמו ס"ל דהכא דמי ממש למפקיד מעות מותרין כמשב"ל. ואם איתא דס"ל דמותר לתת ריוח אח"כ במפקיד מעות מותרין א"כ אמאי אסרינן הכא ליתן בעד השבח משום דמיחזי כשכר מעותיו כיון דשכר מעותיו גופא נמי מותר ליתן אם ירצה לתת לו חלק מן הריוח שהרויח בהן כיון דמתחילה בתורת פקדון בא לידו. א"כ כ"ש דמותר ליתן לו בעד השבח מה שלפי האמת אין זה ריבית כלל והאיך שייך למיגזר בזה שלא יאמרו שנותן לו שכר מעותיו כיון דשכר מעותיו גופא אין בו איסור רבית. אלא ודאי דהרא"ש ס"ל דאף דמתחילה בתורת פקדון בא לידו מ"מ לאחר שהשתמש בהן הוי מלוה ממש ויש בזה איסור רבית דלא כדעת המרדכי. והמרדכי נראה דס"ל כדעת התוס' דאם כתב לו אחריות יש לו שבח ולפי"ד ע"כ צ"ל דהא דשבח אין לו הוא לאו משום איסור רבית אלא מה"ד אין לו שבח. וכן הוא דעת הראב"ד דלכך קאמר לישנא דפקדון דאם כתב לו אחריות מותר לקבל בעד השבח. ועיין ביו"ד סי' קע"ז סי"ט. וצ"ע האיך כוונתי' אם כוון לדברי המרדכי הללו ומיירי אף במקום שמותר להשתמש מותר לתת ריוח אח"כ אם ירצה. או כוונתי' לדברי השו' הרשב"א ושם מיירי להדיא במקום שאסור להשתמש ולכך מותר לתת לו ריוח אח"כ אם ירצה כיון דלא נתן לו כלל לשם הלואה. אבל במקום שמותר להשתמש א"כ הרי נותן לו לשם הלואה אם ירצה להשתמש אסור ליתן לו ריוח אח"כ אף דמתחילה בתורת פקדון בא לידו מ"מ עתה הרי מלוה היא בידו. ונפלאתי מה שלא בארו האחרונים להדיא זאת.

ואם נאמר כמו שהוכחנו מדברי הרא"ש וכן נראה מתשו' הרשב"א דבמקום שמותר להשתמש אף דמתחילה בתורת פקדון בא לידו מ"מ הוי כמלוה ממש לענין איסור רבית א"כ אפשר דלפי דעתם גם שביעית משמטתו וכ"ש דאסיר לכנוס לביתו למשכנו דלאו בתר מעיקרא אזלינן דבא לידו בתורת פקדון. אלא בתר בסוף אזלינן:

אמנם כעת נ"ל לדון בדבר חדש אף שלא נראה כן מגדולי האחרונים כי לפעד"נ דהא דשולחני או חנוני אם הפקיד אצלם מעות מותרין מותר להשתמש בהן לא שמותרין להוציאם על כל צרכיהם דבזה ודאי לא עדיפא מבעה"ב. רק דמותרין להחליפם או לקנות בהם סחורה להשתכר. כי אמדו חכמים כיון שהפקיד אצלם מעות מותרין והוא יודע שהם צריכין תמיד למעות לקנות סחורה או להחליף ובטוח הוא שבכל עת שיבא לקבל מהם בחזרה יחזירו לו כיון שהם או תמורתם קיים ע"כ נותן להם רשות להשתמש במעותיו היינו לקנות סחורה או להחליף. אבל להוציא על שאר צרכיהם נראה דאסור ומיקרי ש"י בפקדון דבזה לא עדיפי חנוני ושולחני מבעה"ב. ולכך קאמר המשנה מותר להשתמש. ולא קאמר מותר להוציאם משום דאין להם אלא היתר שימוש בלבד וכן גבי מוצא אבדה שהתירו חכמים להשתמש בדמי אבדה לא התירו אלא בכה"ג כדי שבכל עת שיבא בעל האבדה יכול לקבל מעותיו כיון שהם או תמורתם יהי'. ואפשר לומר לכך קאמר הגמרא והוה שואל עלייהו ולא קאמר והיה לוה עלייהו כמו שהקשו שם התוס'. משום דאי הוה נקיט לוה הוה משמע דמותר להוציאם גם על שאר צרכיו [אך מכבר ישבתי קושית התוס' ע"פ דברי רש"י שבת (קמח.) דהלואה הוא סתם ל' יום. אבל שאלה ניתן לתבוע בכל עת שירצה. וכן מצאתי בבעה"ת שער מ"ז שמישב כן בשם הרמב"ן דמש"ה נקט גבי הכיר שאינו שלו לישנא דפקדון ולא קאמר לישנא דהלואה] ומחמת זה נ"ל דאם מת אינו נעשה מטלטלין אצל בניו. כי כל מה שקנה בדמים הללו או החליפם המה משועבדים להמפקיד וזה עדיף מעסקא דפלגא מלוה דהוי סברי נהרדעי שם (קד.) דאפי' למשתי בהו שכרא שפיר דמי דלכך קרי לי' מלוה. וכן רב אידי בר אבין ס"ל דאם מת נעשה מטלטלין אצל בניו. ואנן לא קיי"ל כוותייהו. אבל הכא גבי פקדון כו"ע מודים דאסור למשתי בהו שכרא א"ב אינו עשה מטלטלין אצל בניו אם ידוע שזהו חליפי מעותיו. וכן הוא קודם לגבות מהם משארי הבע"ח:

אך ראיתי לגדולי האחרונים דלא סברי כן דבסי' צ"ט בש"ך סק"ב כתב שם דבפלגא מלוה דעסקא הוא שוה לשאר בע"ח. וכן כתב דאם הביא ראי' שהפקיד אצלו מעות מותרין לא מהני כיון דיש לו רשות להשתמש בהן הו"ל לוה עלייהו ושוה לשאר בע"ח. והאחרונים השיגו על הש"ך שם דהא כ' הרי"ף והרמב"ם הרא"ש דאף בפלגא מלוה אם

יש ראי' דהעסק זה הוא מעסקא שלו אפי' בפלגא מלוה הוא קודם לשאר בע"ח. וכן במעות מותרין השיגו עליו דאמאי ס"ל דאפי' קודם שהשתמש הוא שוה לשאר בע"ח. אבל לאחר שהשתמש בזה נראה מדבריהם דמודים לדברי הש"ך דהוא שוה לשאר בע"ח. אבל לפעד"נ דאינו כן דאם ידוע דזו הסחורה קנה במעות שהפקיד אצלו הוא קודם לשאר בע"ח. וראי' גדולה לדברינו אלה מתשו' המהרי"ו סי' ל' דכתב שם דאפי' למאן דס"ל דאם תפסה האשה מטלטלין בעד כתיבתה אין מוציאין מידה ה"מ הלואה בעלמא. אבל בנ"ד כיון שהיא עצמה מודה כי הרי"ג זהובים באו בפקדון ליד בעלה כיון דפקדון הוי בהא ליכא מאן דפליג דבע"ח קדים ואפי' תפסה מוציאין מידה עכת"ד. והובא זאת בשו"ע אה"ע סי' ק"ב ס"ב בהגה'. והא ההם השתמשו בזה הפקדון כמו שמבואר שם באותה תשובה דמחייבה המהרי"ו לפרוע מטעם אחר. דכתב שם אבל האי איתתא מ' חנה כיון שבידה היה הממון והיא היתה נושאת ונותנת בו והיתה מרווחת עמו כו' עכ"ד. ואם איתא כדברי האחרונים הנ"ל דלאחר שהשתמש בהן דינא כשאר בע"ח האיך חייבה המהרי"ו מקודם לפרוע מטעם שהודה בעצמה שבא לבעלה בתורת פקדון הא לאחר השימוש חזר להיות כדין מלוה על בעלה. אע"כ צ"ל כמש"ב דבפקדון אפי' לאחר שהשתמש דינא כמו פלגא מלוה דעסקא ואינו נעשה מטלטלין אצל בניו וגם הוא קודם לכל [וכעת מצאתי בש"ע עם בה"ט סי' מ"ז נדפס הג"ה מהג' מו"ה עוזר וכתב בפי' כדברי.] ונראה דזה היה פשוט להמהרי"ו ולכך כתב דזה אין צריך לפנים ונראה דגם הרמ"א שהביא דברי המהרי"ו הנ"ל להלכה בא להשמיענו דאפי' במעות מותרין נמי לא מהני תפיסתה לא מיבעי קודם שהשתמש דודאי לא מהני תפיסתה. ודלא כדעת הש"ך. אלא אפי' לאחר שהשתמש והחזירן למקומן או שידוע מה שקנה בהם נמי לא מהני תפיסתה. ונפלאתי על הגר"א דכתב על דברי הרמ"א הללו דזה אינו צריך לכתוב. דלפע"ד דברי ברורים הם דזהו כוונת הרמ"א. וכן נראה דזה היה ג"כ כוונת המהרי"א [שהג"ה נובע ממנו] דכתב שם בסי' ר"ס וז"ל ואם נפשך לומר שמ"מ כתובתך קודמת לבע"ח גם ע"ז יש תשובות ישרות נוכחות מפורשות בפסקי הגאונים אין צריך עתה לבא לבארם כו' עכ"ל. דכוונתי' הוא דאף לאחר שהשתמשו בזה הפקדון א"כ הוא מיקרי בע"ח. מ"מ יש בידו פסקי הגאונים דהוא קודם לכל הבע"ח. משום דזה לא גרע מפלגא מלוה דעסקא. ואפשר דזה ג"כ כוונת הח"מ שם. ויעויין בקונ"א בהפלאה סי' ק"ב דכתב על הח"מ ועיין בחו"מ סי' מ"ז בש"ך דס"ל דמעות פקדון הו"ל כמלוה כיון שיכול להוציאה כשאין צרורין וחתומין וצ"ע בתשו' מהרי"ו שם מפורש דמיירי במעות ואפ"ה פשיטא לי' דפקדון צריכה להחזיר ע"ש עכ"ל. וכן כתב הגאון בעל ב"מ. ולפע"ד

יותר יש ללמוד מדברי מהרי"ו ומהרי"א דאפי' לאחר שהשתמש נמי הוא קודם לכל הבע"ח. עוד כתב שם הב"מ דראיות הח"מ הכא מעסקא אף דאפשר לדחותה שאינו דומה לפקדון שמותר לו להוציא להש"ך מ"מ על הש"ך כו'. אבל לפי מש"ב אין שום חילוק בין פלגא מלוה דעסקא למעות מותרין דפקדון דבודאי במעות פקדון אף דמותר להשתמש בהן מ"מ אסור למשתי בהו שכרא ואינו מותר אלא לעסוק בהו בלבד כדי להרויח בהן וכמשב"ל. ולכך פסקו המהרי"ו ומהרי"א דבעל הפקדון קודם לכל הבעה"ח אפי' לאחר שהשתמש ואל תשיבני מברייתא שהובא בב"מ (מג.) ואם מותרין ישתמש בהן לפיכך אם הוציא מעל הגזבר הא לדברינו אם הוציא על שאר צרכיו הוה ש"י בפקדון ואין לו רשות ע"ז א"כ בזה לא מעל הגזבר כיון דע"ז לא נתן לו רשות א"כ האיך קאמר הברייתא אם הוציא דמשמע גם על שאר צרכיו דז"א דהא באמת לשון הוציא שייך נמי אם הוציא על קניית סחורה או החליפם. אך לשון שימוש משמע דיקא רק לקנות בהם סחורה או להחליפם ולא על שאר צרכיו וכיון דנקט מעיקרא לישנא דשימוש לא איכפת לי' להתנא מה דנקיט אח"כ לשון הוציא:

אח"ז דקדקתי היטב בדברי המרדכי סוף פ' המפקיד וראיתי דשם מבואר להדיא כדברי דכתב שם דהיכא דהפקיד אצלו מעות מותרין והלוה לעכו"ם על משכן לאו פושע הוא. אבל היכא דהלוה לעכו"ם באמנה פושע הוא. א"כ מוכח להדיא דס"ל דאינו רשאי לעשות בהן כל צרכיו כמו בשאר מלוה דעלמא רק דמותר לעסוק בהן באופן שיהא המפקיד בטוח במעותיו בכל עת שיבוא. ולכך אם הלוה לעכו"ם באמנה פושע הוא. אבל אי אמרינן דזה דמי לשאר מלוה דעלמא א"כ לא שייך לומר דפושע הוא ע"ז כיון דרשאי לעשות בהן כל מה שירצה. וגם אמאי כ' שם המרדכי דאם קדם ושילם זכה הנפקד בהרבית. ואם לאו שייך להמפקיד כיון דרשאי לעשות בהן כל מה שירצה, א"כ מה שייכות המפקיד להרבית שעלה ביד הנפקד דהא זה דמי כמו שהלוה מעות שלו. אבל לפי"ד דאינו רשאי לעסוק בהן רק באופן שיהא המפקיד בטוח בכל עת שיבוא ויקבל הן או תמורתם. וגם הוא קודם בתמורתם לשאר הבע"ח א"ש דברי המרדכי שם. וגם דברי הט"ז בחו"מ סי' רצ"ב שמישב שם מה שהקשה הסמ"ע בסי' פ"א על הא דס"ל להרא"ש אם אמר לו אתן לך ריוח מכאן ולהבא לא הוה אלא דברים בעלמא. והכא פוסק הרמ"א בשם המרדכי דאם אמר הנפקד להמפקיד אני אתן לך ריוח מכאן ולהבא חייב ליתן לו. ומחלק בין חוב לפקדון אפי' במקום שמותר להשתמש. דחוב שנתן להוצאה אעפ"י שהגיע ז"פ וזה מעכב מ"מ אינו עושה איסור בזה. אבל בפקדון כיון שהמפקיד תובע פקדונו ואמר שרוצה להרויח מאז אסור להשתמש בהן ולכך אם הרויח בהן חייב

לשלם גרם ההיזק מה שבטל כיסו של חבירו א"ש לפי"ד שבארנו דמעות פקדון אף שמותר להשתמש בהן מ"מ לא נתן להוציא על שאר צרכיו לכך מיד כשתבע מחויב ליתן לו הן או תמורתם ואסור לעכבם. ולכך אם עכב תמורתם והרויח בהן חייב ליתן לו הריוח. אבל אי אמרינן דמותר להוציא על שאר צרכיו כשאר מלוה והוא אינו שייך כלל לתמורתם והוא שוה לשאר בע"ח כדעת גדולי האחרונים אין שום מקום לדברי הט"ז מה שמחלק בין חוב לפקדון כיון דגם בפקדון לאחר שהשתמש הוה כשאר מלוה לפי"ד:

ולפי דברינו אלה דמעות מותרין אפי' לאחר שהשתמש בהן לא גרע מפלגא מלוה דעסקא א"כ לפי מה שהסכימו גדולי האחרונים כשיטת הרדב"ז דפלגא מלוה דעסקא אינה משמטת כיון דאם מת אינה נעשה מטלטלין אצל בניו. א"כ ה"ה גבי מעות מותרין אפי' לאחר שהשתמש בהן נמי אינה משמטת אפי' אם נאמר דלאו בתר מעיקרא אזלינן דבא לידו בתורת פקדון אלא בתר בסוף אזלינן ועתה הרי היא מלוה ביד הנפקד מ"מ אינה משמטת משום דהתמורה בעד מעותיו משועבדת לו וכן מותר לכנוס לביתו למשכנו נמי מטעם זה. ואם הוציא על שאר צרכיו ודאי אינה משמטת כי ע"ז לא נתן לו רשות והוה ש"י בפקדון. וע"כ מותר לכנוס לביתו למשכנו:

אך לכאורה יש סתירה לדברינו אלה מדברי הרמב"ן הובא בש"מ שם (מג.) וז"ל ואי קשיא לך הא דאמרינן פ' השואל המשאל קרדום של הקדש הוא מעל לפי טובת הנאה שבו ואקשינן עלה בגמרא ואי לאו דקני אמאי הוא מעל לפי טובת הנאה שבו והכא נמי יהא יכול לחזור בו ולומר לו שלא ישתמש בהן ואפ"ה אמרת דמעל לא תיקשי לך דשאני התם שהכל חוזר בעינו ואין בו מעילה אלא כמה שאדם רוצה ליתן בטובת הנאת הבקיעה ואם יכול לחזור בו מאי טובת הנאה איכא שימעול בו הרי אין אדם רוצה בשאלה כלום אא"כ כבר נשתמש בו מאחר שברשותו לחזור בו אבל הכא בתורת הלואה יהבינהו כיון שיכול להוציאם ואינם חוזרים בעין ואפי' מחזירם בעינם כמשלם הלואתו דמי ואפשר שאם חזר בע"ה ואמר לשולחני איני רוצה שתוציאם תנם לי בעינם נותן לו מעות אחרים ואין בזה איסור שע"מ להוצאה נתנם לו ומלוה נינהו ואם קדש בהם אשה אינה מקודשת דלאו ברשות בעלים קיימי לחזרה וה"ה לאונסין כמלוה גמורה לדעתי' דרב עכ"ל. ואם נאמר כפי דברינו דבמעות מותרין אינו יכול להוציאם לשאר צרכיו וצריך להעמידם בעסקא כדי שיהא בידו בכל עת שיתבענו א"כ קשה דאמאי ס"ל להרמב"ן אם נאמר דלר"ה יכול להחליפם במעות אחרים קודם שהשתמש אם קדשה בהן אינה מקודשת משום דהוה כמלוה גמורה הא רש"י כתב בקדושין (מז.) דלכך המקדש במלוה אינה מקודשת משום דמלוה להוצאה נתנה. הלוה רשאי להוציאה בהוצאה ואינו חייב להעמידה בעסקא

שתהא מצויה בכל עת שיתבענה וכיון דלהוצאה נתנה הויא לה כי דידה ולא יהיב לה מידי עכ"ל. א"כ הכא במעות מותרין כיון שצריך להעמידם תמיד בעסקא ולא להוציא על שאר צרכיו א"כ אמאי אם קדשה בהן אינה מקודשת. ולפי"ז נראה דיכול לקדשה בהן אפי' לאחר שהשתמשה בהן וכ"ש קודם שהשתמשה. אך אפשר לומר דהרמב"ן ס"ל כדעת מהר"ם הובא בתשו' מיימוני ה' משפטים סי' י"ב דס"ל דגם אם קדשה בפלגא מלוה דעסקא אינה מקודשת אע"ג דמחוייב להעמיד תמיד בעסקא מ"מ שם מלוה עלי' ואינה מקודשת. ודלא כפי מה שנראה מדברי רש"י. א"כ אפשר לומר דגם הרמב"ן ס"ל כפי מה שהוכחנו מדברי המרדכי דמעות מותרין מחוייב להעמיד תמיד בעסקא מ"מ אינו יכול לקדשה כיון דשם מלוה עלי':

אמנם מדברי הרא"ש בב"מ פ' הזהב סי' י"ג נראה דלא ס"ל הכי. דכ' שם אם מותר להשתמש במעות המקח או לא נוכל לומר דזה תלוי אם מעות קונות ד"ת אם לאו. וכמש"כ התוס' שם (מג.) מאי איריא כו' אח"כ מסיים שם ומיהו בחלוק פסק זה לא נפקא מינה לדידן לפי מה שפסק ר"ת ז"ל דאנן חשובין כשולחני לפי שרוב עסקינו בריבית וצריכין אנו תמיד למעות כשולחני וכ"ש בדמי מקח שיכול להשתמש אעפ"י שלא נגמר המקח עכ"ד. וזה ודאי נראה דאי אמרינן כיון דמעות קונות ד"ת ע"כ מותר להשתמש במעות המקח משום דהוה שלו ממש ה"ה דמותר להוציא על שאר צרכיו ואפי' למשתי בהו שכרא. וכן איתא להדיא שם בדברי הרי"ף מה שהביא בשם רב האי גאון דמותר לאפקינון בכל מאי דבעי וכן איתא להדיא בתשו' הגאונים הביא הב"י בסי' קצ"ח יעו"ש. ואם איתא דהרא"ש סובר דמעות פקדון אינו רשאי למשתי בהו שכרא א"כ אמאי כתב דאין חלוק בפסק זה לדידן דחשיבי כו"ע כשולחני הא יש חלוק אם רשאי למשתי בהו שכרא אם לאו, אע"כ דלא ס"ל כמו שהוכחנו מדברי המרדכי אף שדברי הרא"ש לכאורה תמוהין בלא"ה דהא הביא שם הרא"ש בשם הרי"ף מש"כ בשם רב האי גאון מעות המקח הוה מיד כהלואה ביד המוכר אף קודם שהשתמש. וע"כ משום דאנן ס"ל דמעות קונות ד"ת לכך הוה המעות ברשות המוכר מיד לכל מילי. ונראה דגם הרא"ש מסכים לזה. וכן הביא הטור בסי' קצ"ח דבריו ולא הביא ע"ז שום חולק א"כ האיך כתב דאין נ"מ בחלוק פסק זה. הא יש נפקותא דאי מטעם משום דמותר להשתמש במעות פקדון א"כ אינו חייב באחריותן אלא לאחר שהשתמש בהן. ואי מטעם מעות קונות ד"ת חייב באחריותן מיד אפי' קודם שהשתמש. אך זה אפשר לדחוק דכונת הרא"ש דאין חלוק בפסק זה היינו לענין היתר שימוש. אבל ודאי יש חלוק בפסק זה קודם שהשתמש בהן. ולענין דינא כיון שהביא בסוף דברי הרי"ף נראה דהסכים לדבריו לכך לא הביא

הטור שום חולק ע"ז. מ"מ נראה דאף לפי דברי הרא"ש דס"ל דרשאי להוציאם על כל שאר צרכיו כמו בכל מלוה דעלמא מ"מ אם החזיר המעות למקומן לאחר שהשתמש אז לא הוה כמלוה בידו וכל הבע"ח שבאו לגבות שוין בזה אלא המפקיד קודם לגבות מהן כיון שהחזירן למקומן ויחדן בשבילו. דהא כתב שם הרא"ש לישב דברי הרי"ף מה דהוצרך להביא ראי' מדברי רב האי גאון דלאחר שהשתמש חייב באונסין וכתב אלא בעי למימר אחר שנשתמש בהן והחזירה למקומה דמדינא לא בעי דעת בעלים אפי' לר"ע כיון שברשות שלח בהן יד אפיה"כ חייב באחריותן הואיל וכבר נהנה מהן ועוד מצפה להנות אם תזדמן לו סחורה כו' עכ"ד. א"כ מוכח להדיא מדברי הרא"ש דלאחר שהחזירן למקומן הם שייכים להמפקיד אף שהוא חייב באונסין. דאל"כ עדיין נשאר קושית הרא"ש פשיטא דהוא חייב באונסין אפי' לאחר שהחזירן למקומן דהא בכל מנוה כ"ז שלא החזיר ליד המלוה וזכה בהן עדיין הוא חייב באונסין. ואמאי הוצרך הרא"ש ליתן טעם בזה מה דחייב באונסין. וכן תמה בזה הגאון בעל מ"א בה' שומרים סי' כ"ה יעו"ש. אע"כ דהרא"ש ס"ל דזה לא דמי לשאר מלוה ואם החזירן למקומן הם ברשות המפקיד. וצריך לדחוק משום דהוה כאלו התנה מתחילה להדיא דאם יחזירן למקומן יהא של המפקיד מ"מ חייב באונסין משום דהא כבר נהנה ועדיין הוא מצפה להנות מהן. ואין לפרש דברי הרא"ש דלא מיירי שהשתמש בהן והוציאם לגמרי אלא מיירי שהשתמש בהן היינו כגון שולחני הניחם על שולחנו כדי להתראות בהם ואח"כ החזירם למקומן לכך הוצרך הרא"ש לומר דלכך חייב באונסין משום דכבר נהנה מהם ועוד מצפה להנות מהם. דז"א דהא זהו איבעי' דלא איפשטא שם (צו.) שאלו לראות בהו מהו. והוה ספיקא דדינא וא"כ אי אמרינן דלא מהני גבי שאלה לחיובא דאונסין משום דהנאה מיני' בעינן א"כ ה"נ אע"ג שהשתמש בהן והניחם על שולחנו להתראות בהן הוה כאלו עדיין לא השתמש בהן כלל משום דהוה ספיקא דדינא אם זה מיקרי הנאה שיהא חייב בעד זה על אונסין. אע"כ מיירי דהשתמש בהן היינו שהוציאם מ"מ מהני חזרה למקומם דלהוי ברשות המפקיד וכמש"ב:

עוד נ"ל דע"כ צ"ל דהרא"ש ס"ל דאם בא המפקיד לתבוע לאחר שהחזירם למקומן אינו יכול הנפקד להחליפם באחרים. דאי יכול להחליפן באחרים א"כ הוה עדיין כמלוה בידו ואמאי צריך הרא"ש ליתן טעם מה דחייב באונסין. א"כ כ"ש דס"ל דלר"ה קודם שהשתמש יכול לתבוע אותן המעות בחזרה וס"ל כדברי הרמב"ן הנ"ל בתחילת דבריו. דלא כדברי התוס' שם (כט.) ד"ה והוי שואל כו'. וכן נראה דעת רש"י שם (מג.) ד"ה ואי שואל לא הוי כו' דלא ס"ל כדברי התוס'. דכתב שם דלכך הוי שואל וחייב באונסין משום

דכל הנאה שלו. ולדברי התוס' אין צריך לזה אלא דלכך חייב באונסין משום דהמעות הם שלו לגמרי משעה שמסר לו אלא ע"כ דרש"י ס"ל דגם לר"ה יכול לתבוע מעותיו בחזרה כ"ז שהם בעין ולכך הוצרך ליתן הטעם דהא דחייב באונסין משום דכל הנאה שלו והוי כשואל. ואף שמדברי רש"י שם ד"ה ואי אמרת משמע דלא כדברי אך המעיין שם יראה דאפשר לדחוק ולישב דבריו דלא יסתר לדבריו הקודמים. וכן יש לדקדק מתחילת דברי הרא"ש ג"כ דלא ס"ל כדברי התוס'. ובזה ישבתי דברי רש"י בב"מ (דף דפי' שם והילך לא הוצאתים והם שלך בכ"מ שהם. ופירש הר"ן דרש"י מיירי בפקדון דבהלואה מאי מהני שלא הוציאם. וכבר הקשו גדולי האחרונים בזה דהא רש"י ס"ל דבפקדון מעיז ומעיז ולכך אפי' כופר בכל נמי חייב שבועה דאורייתא. ונ"ל דרש"י פי' מנה לי בידך היינו שנתן לו מעות מותרין בפקדון. דס"ל לרש"י דבהלואה גמורה כיון דע"כ הילך לא משכחת בזה אלא היכא דנותן לו מיד במזומן כו"ע מודים בזה דפטור כמש"כ הפנ"י ולכך הוכרח לפרש פלוגתייהו בכה"ג דנתן לו בפקדון מעות מותרין. וגם ס"ל דכ"ז שלא הוציאם הם ברשות המפקיד ויכול לתבוע ממנו בחזרה לכו"ע אף לר"ה דאין סברא כלל לומר דפי' פלוגתייהו אליבא דר"נ לבד ולכך קאמר דהם שלך בכ"מ שהם. וזה ברור כיון דנתן לו מעות מותרין ומותר להשתמש להרויח בהן א"כ עשה לו טובה כמו בהלואה גמורה ואינו יכול להעיז ולכך כופר בכל פטור. ולפי דברינו אלה נוכל לישב קושיא חמורה מה שהקשה הג"ת על הא דאמרינן בב"ק (קיח.) דמלוה נתנה לתבוע בכל מקום ואבדה ופקדון לא נתנו לתבוע אלא במקומן. דבאיזה אופן מיירי. אם יש לו האבדה או הפקדון במקום התביעה ודאי דמחויב ליתן לו בכ"מ. ואם אין לו א"כ במלוה נמי לא נתנה לתבוע. וכתב שם האו"ת דאין לומר דאיירי במעות מותרין דלר"ה מאי איכא למימר דלדידיה מלוה גמורה היא. ולר"נ קודם שהשתמש האיך אפשר לומר דישתלם לו במקום שהוא אולי אירע אונס בביתו ואינו מחוייב לשלם ודברי הנתיבות שם אינם נראין כלל. וגם לר"ה לא תירץ כלום. אבל לפי מש"ב א"ש. דמיירי במעות מותרין לאחר שהשתמש בהן ואחר כך החזירם למקומן. וכן באבדה מיירי בדמי אבדה לאחר שהשתמש בהן [דקי"ל כר"ט] ואח"כ החזירן למקומן דהם שייכים לבעלים מ"מ חייב באונסין בין בפקדון בין באבדה אפי' לאחר שהחזירן כמו שכתב הרא"ש מ"מ מכיסו אין צריך לשלם כיון שהמעות הללו שיחדן בביתו הם שייכין להמפקיד או לבעל האבדה אינו מחוייב ליתן לו מעות אחרים. וכ"ש לר"ה דמצי איירי קודם שהשתמש כלל ואעפ"י שהוא חייב באונסין מ"מ כיון שהוא יכול לתבוע בחזרה אותן המעות כ"ז שהם בעין א"כ אינו מחוייב גם הנפקד ליתן לו מעות אחרים מכיסו כ"ז שלא הוציאם:

והנה לכאורה עלה בדעתי לישב דברי המשנה הנ"ל לפי מה שהוכחנו למעלה מדברי המרדכי דמעות מותרין או דמי אבדה אעפ"י שמותר להשתמש בהן מ"מ אסור למשתי בהו שכרא ואינו נעשה מטלטלין אצל בניו וכ"ז שהם או תמורתם קיים משעובדים הם להמפקיד או לבעל האבדה א"כ נוכל לומר דלכך אינו יכול לתבוע ממנו בכ"מ אעפ"י שיש לו מעות מ"מ אינו מחוייב ליתן לו מכיסו ויכול לומר לו הא תמורת מעותיך הם קיימין בביתי ומכיסי אינני מחוייב ליתן לך. וכן יש לומר דגם בפלגא מלוה דעסקא אינה נתנה לתבוע בכ"מ אם טוען דהעסקא שלך קיימת בביתי. וכן נראה דזהו דעת הרמ"א בסי' רצ"ב ס"ז מה דכתב שם אבל אם אומר הנפקד הוצאתים בעסק אם תרצה קבל עליך העסק בין לשכר בין להפסד הדין עם הנפקד. א"כ נראה דאין צריך ליתן לו מעות אחרים אע"פ שיש לו כי יכול לטעון כיון שזה העסק הוא מהמעות שלך וברשותך הוצאתים אינני מחוייב ליתן לך מעות אחרים אבל הגר"א השיג שם ע"ז והגיה דברי הרמ"א דצ"ל דהדין עם המפקיד א"כ נראה דצריך ליתן לו מעות אם יש לו. א"כ נראה דנתנה לתבוע בכ"מ. וכן בפלגא מלוה דעסקא נראה דנתנה לתבוע בכ"מ לפי"ד הגר"א אע"ג דטוען דעסקא שלך קיימת בביתי. א"כ ע"כ צריך לתרץ דברי המשנה הנ"ל כפי מה שבארנו למעלה:

והמתבאר מכל דברינו אלה אם שביעית משמטת במעות מותרין לאחר שהשתמש בהו אי לא. לפי"ד המרדכי ודאי דאינה משמטת. חדא דס"ל דכיון דלא בא לידו בתורת מלוה אין זה כשאר מלוה דעלמא מדמתיר לתת לו ריוח אח"כ אם ירצה א"כ ה"ה דאין שביעית משמטת. ועוד דהא לפי"ד נראה דזה הוה כפלגא מלוה דעסקא דאינו נעשה מטלטלין אצל בניו כמש"כ ובפלגא מלוה דעסקא הא רוב הפוסקים ס"ל דאין שביעית משמטת אמנם דעת הרא"ש נראה דס"ל דזה הוה כשאר מלוה דעלמא מ"מ נראה לפי"ד דאם החזירן למקומן אז אין שביעית משמטת. ונראה דגם בכור נוטל בזה חלק בכורה ולא הוה כראוי. אמנם מדעת התוס' נראה דאינו כן דהא ס"ל דאף קודם שהשתמש לר"ה הוה כמלוה גמורה לכל דבר וכן כ' הרמב"ן דאפשר לומר כן ולפי"ז אם קדש בהו אשה אינה מקודש א"כ לפי"ד נראה דכ"ש לר"נ לאחר שהשתמש הוה כמלוה גמורה אפי' אם החזירם למקומם דלא כדעת הרא"ש. א"כ אפשר דגם שביעית משמטת לפי"ד אע"ג דלא בא לידו בתורת מלוה. כי לפעד"נ דהא דמתיר המרדכי לתת אח"כ ריוח אם ירצה אף במקום שמותר להשתמש בהן. הרא"ש והרשב"א חולקין ע"ז כמשב"ל. [מ"מ עדיין יש לעיין בזה עוד מדברי הרמב"ם בה' מעילה פ"ז ה"י] א"כ כ"ש בהכיר בו שאינו שלו אע"ג דקאמר בגמרא וגמר ונתן לו לשם פקדון מ"מ שם בודאי לאחר שהשתמש

הוה כמלוה גמורה משום דרשאי להוציא על כל צרכיו כמו בשאר מלוה דעלמא. א"כ אפשר לומר דשביעית משמטת דלא כמו שעלה ע"ד מקודם בפשיטות דבזה אין שביעית משמטת ובפרט לפי"ד הראשונים דס"ל דגבי הכיר בו שאינו שלו לא דמי למפקיד מעות מותרין וחייב באונסין מיד אף קודם שהשתמש משום דהכא סמך דעתיה טפי להשתמש כמשב"ל א"כ בודאי מסתברא יותר לומר דשביעית משמטת משום דהא הוה כאלו נותן לו מתחילה לשם הלואה מ"מ נראה לפי"ד בעל התרומות בשער מ"ז דס"ל דגבי הכיר בו שאינו שלו דאם חזר ולקח מבעלים הראשונים קנה. [דלא כדעת התוס' שם ד"ה חזר ולקחה כו'] ועיין בהגר"א בסי' שע"ג סק"ו דכן הוא דעת הרמב"ם והשו"ע. וס"ל לבעה"ת להדיא שם דעיקר המעות שיהיב לי' אדעתיה דמקח יהיב ניהלייהו כמש"ב שם. אך דאם יתבטל המקח היינו שאם לא יוכל לקנות מן הנגזל אז יהא בידו המעות פקדון או מלוה. א"כ לפי"ד ודאי נראה דשביעית אינה משמטת כמו שעלה ע"ד מקודם. דהא זה ודאי דבכ"מ שנותן המעות לכתחילה לשם מקח ואח"כ נתבטל המקח מאיזה דבר אע"ג דהמעות הוה כמלוה ביד המוכר מ"מ שביעית אינה משמטת בזה משום דזה לא גרע מהקפת החנות דאינה משמטת אלא א"כ זקפה עליו במלוה כנ"ל בזה:

ועתה נשובה לעיקר ענייננו ע"ד הרמב"ן דס"ל דאף שהודה על הגזלה מ"מ לא הוה כפקדון בידו. ואנכי הקשיתי בזה מדברי הגמ' ב"ק (קד.) וכתב כת"ר ע"ז וז"ל אמנם מה שאני תמה על כת"ר דנדחק מאד לקיים דברי הרמב"ן שבפ' דו"ה איך לא ראה דברי הרמב"ן ז"ל במלחמות במקומו בב"ק (קד) שם דלדעתו אף בלא הודה כלל רק שב"ע והב"ד מחייבין אותו בע"כ נמי הדין כן דאי"צ להוליך ולא ליתן ליד ב"ד דבע"כ הוה כאומר יהא לי בידך [או יהיה לך בידי אם היה לו גירסא אחרת] יעושה"ט. אף דבכה"ג פשיטא דלא יצא עדיין מתורת גזלה כוי עכ"ד. ראיתי גם דברי הרמב"ן הללו ולפד"נ דמשם לא קשה כלל לדברינו דהא ע"כ לא איירי שם במסרב על פסק ב"ד דבזה ודאי גם הרמב"ן מודה דכפינן ליה להחזיר הגזלה ליד הנגזל כדי לקיים מצות השבת הגזלה וממילא מחוייב מטעם קנס אף להוליכו למדי. דהא טעמא דאי"צ להוליך אחריו למדי אף לפי גי' הרמב"ן כמאן דאמר יהא לך בידי דמי [היינו כמו שהודה לו בפניו] א"כ א"א לומר דאיירי במסרב. אלא ע"כ איירי דקבל עליו את הדין לחזור לו לכך אמרינן אע"ג דלא הודה מעצמו אלא ע"י הודעת עדים נתחייב בב"ד, מ"מ כיון דקבל עליו את הדין הוה כמו שהודה לו וכמאן דאמר לו יהא לך בידי דמי וא"צ להוליך אחריו למדי. ויותר מזה מבואר בטור וברמ"א סי' שס"ז דצריך להודיע להנגזל כך וכך יש לך בידי אבל כ"ז שלא הודיע לו לא יצא. ויעויין שם בש"ך סק"ג. א"כ כ"ש במסרב על פסק ב"ד דודאי לא

יצא וצריך להוליך אחריו למדי [אמנם לדעת הגר"א דהשיג על הש"ך וכתב דודאי דעת הרמב"ם והשו"ע ס"ל דא"צ להודיע. א"כ במסרב צ"ע אי כייפינן ליה להחזיר הגזלה ליד הנגזל להוליכו אחריו למדי כיון דלהרמב"ם היה גי' אחרת בגמרא] וכיון דאיירי שם שקבל עליו את הדין א"כ מאי דנתרץ על דברי הרמב"ן דמאי דא"צ להוליך אחריו למדי בהודה יתורץ נמי בשקבל עליו את הדין. א"כ אין מקום לתמיהת כת"ר עלי כלל:

גם מש"כ כת"ר ובעיקר דבריו אני תמה דלדעתו גם בלא נשבע ב"ד כופין אותו לקיים מצות השבה והיה מחוייב להוליך לולא משום דהוה כפקדון ונתקיים והשיב. א"כ מה בין נשבע ללא נשבע כו'. ע"כ מסיק כת"ר וע"כ דבשביל מצות השבת הגזלה כל שברצונו להשיב לו לכשיבוא אינו מחוייב יותר וכמצות פריעת חיב. ואיננו מחוייב יותר מדינא רק מטעם קנס לר"ע או לצי"ש לר"ט ולא חייבהו מטעם קנס לר"ע או לצי"ש לר"ט רק בלא ידע למאן גזליה דאין סופו למהדר למרי' אבל בידע דסופו לאהדורי למרי' לא חייבהו ודינו לענין זה דאי"צ להוליך כמ"ד ליה יהא לי בידך עכ"ד. הנה אבאר דברי. דזה לא עלה על דעתי דכיון דמחוייב בהשבת הגזלה ע"כ מחוייב הוא מה"ד כדי לקיים מצות השבה להוליך אחריו למדי דהא מבואר להדיא בגמרא דאינו כן. דהולכת אחריו למדי אף לר"ע הוא מטעם קנס לבד. אך מה שנ"ל דהא דאינו מחוייב מה"ד להוליך אחריו למדי אף שמוטל עליו מצות השבת הגזלה לתקן הלאו דלא תגזל מ"מ אינו מחויב מה"ד להוציא הוצאות ע"ז כיון דהוא גזל אצלו בכאן והנגזל הלך אח"כ למדי ע"כ אינו מחוייב מה"ד להוליך אחריו למדי רק מטעם קנס בלבד אבל זה ודאי לכשיבוא הנגזל לכאן הוא מחוייב להשיב לו תומ"י וא"צ להמתין עד דאתא ושקיל ליה. וכן בודאי היכא דאפשר ליה להחזיר הגזלה אף במקום אחר אף שלא יצטרך להוציא הוצאות ע"ז מחוייב הוא מן הדין להשיב לו כדי לקיים מצות השבת הגזלה. ולא כמש"כ כת"ר דמצות השבת הגזלה הוא כמצות פרעון החוב. ולפ"ד דבריו תמוהין דבודאי השבת הגזלה מוטל עליו אף שלא תבע ממנו כלל כיון דאיכא עליו הלאו דלא תגזל כ"ז שלא תקן העשה. וא"כ בודאי מוטל עליו להשיב הגזלה תומ"י ולא להמתין עד שיתבע ממנו או עד שיבא לפה. כדי לתקן הלאו. ולא מיבעי למ"ד קיימו ולא קיימו אלא אפי' למ"ד בטלו ולא בטלו מ"מ ודאי איכא חיובא עליו לתקן הלאו בכל מה דאפשר להקדים. אבל מצות פרעון החוב הוא רק או מקרא דהאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך החוצה וזה ודאי הוא רק כשתבעו. ואפילו לפי דברי רש"י דכתובות מהן שלך צדק אפשר נמי לומר דזהו רק כשתבעו. אבל בהשבת הגזלה א"א לומר כלל דאינו מחוייב רק כשתבעו. ומפשטות לישנא דגמרא בב"ק דקאמר הוי גבי' פקדון עד דאתא ושקיל ליה משמע דאינו מחוייב להשיב לו הגזלה

עד דאתא ותבעו. ולכך לא קנסו אותו חכמים להוליך אחריו דעיקר טעם הקנס הוא כיון שצריך לצאת ידי השבת הגזלה אף שמה"ד אינו מחוייב להוציא הוצאות ע"ז מ"מ קנסו שצריך גם להוציא הוצאות ע"ז. אבל כיון דהודה והוה כפקדון בידו וגם יכול להקדישו א"כ יצא בזה ידי השבת הגזלה לכך פטור מלהוליך אחריו למדי. ומה שהקשה דלפי"ד א"כ מה בין נשבע ללא נשבע כיון דהוי כפקדון בידו ונתקיים והשיב א"כ אף בנשבע אמאי לא מהני, לפי"ד לא קשה כלל דהא הקרא דוהשיב קאי על לא נשבע אבל בנשבע השבה יתירא רבי קרא וקאמר לאשר הוא לו יתננה ביום אשמתו ולכך לא סגי בהודאתו בלבד אף שמאז יכול להקדישו מ"מ כיון שהוא יכול עדיין לחזור ולכפור לכך לא מהני בנשבע השבה כזאת ונתינה לידו ממש בעינן ואז יכול להביא כפרתו. וכן הוא דעת הב"ח דבנשבע אינו יכול להביא כפרתו אף בהניח בידו והלך לו. וע"כ משום דבנשבע השבה יתירא רבי קרא. ונראה דאפי' לפי"ד הרמב"ם ז"ל בפ"ז הל' גזלה ואבדה ה"ט דכתב שם אבל אם נשבע חייב לרדוף אחר הבעלים עד שיחזיר להם אפי' הם באיי הים מפני שכבר נתיאשו ואינם באים לתובעו א"כ נראה דאם הודיע לבעלים סגי בזה כמש"כ גדולי האחרונים וכן הסכים הגר"א ז"ל. נראה לפ"ד דהרמב"ם ע"כ מיירי שם היכא דאי"צ להביא כפרתו כגון בזה"ז. לכך אין צריך להוליך אחריו ולהוציא הוצאות ע"ז וסגי רק בהודעה לבעלים בלבד. אבל היכא דצריך להביא כפרתו ודאי דגם הוא מודה דכ"ז שלא יתן לידו הגזלה אינו יכול להביא כפרתו ומחוייב להוליך אחריו אף למדי משום דכתיב לאשר הוא לו יתננה ביום אשמתו. א"כ מחוייב אף להוציא הוצאות ע"ז. אך זה דוקא היכא שצריך להביא אשמתו אז הוא מחוייב להחזיר הגזלה ליד הנגזל דוקא מקודם ואז יכול להביא אשמתו. אבל המשנה משמע ליה דמיירי דכל אופן אפי' היכא שאין צריך להביא כפרתו נמי מחוייב להוליך אחריו למדי. לכך הוצרך הרמב"ם ליתן טעם אחר ע"ז כנ"ל:

אך כעת התבוננתי בזה וראיתי דמה דהוי פסיקא לן דלפי"ד התוס' והבעה"מ כיון דהודה הוה פקדון בידו וגם יכול להקדישו אע"ג דהוא חייב עדיין באחריותן כ"ז שלא החזיר ליד הנגזל ממש יצא בזה ידי השבת הגזלה כיון דהוה מאז כמו שהוא ברשות הנגזל. ז"א דא"כ אמאי אמרינן שם (קיח:) גבי גזל את חבירו והבליע לו בחשבון דאפי' היכא דמנה ורמיא ליה לידו או מנה ורמי ליה לכיסו אך דאית ליה זוזי אחרינא בכיסו ולא ידע כמה לא יצא ידי השבת הגזלה. אף שזה ברור דמשעה שהחזיר לידו אע"ג דלא ידע הנגזל יצא מתורת גזלה ואם הקדישה הנגזל אז הוא קודש. ויותר מזה נראה דאפי' גבי גנב טלה מעדר והחזירו לעדר ולא ידעו בעלים מזה אע"ג דמחמת דאנקטי נגרי ברייתא מחמרינן

שם ואמרינן שלא לדעת צריך דעת מ"מ משעה שהחזירו לרשות הבעלים יצא מדין גזלה ויכול הבעלים להקדישה כיון דהיא ברשותו רק לענין אחריות הוא על הגזלן לכך לא יצא בזה ידי השבת הגזלה עדיין אלמא דהשבת הגזלה באחריות תלוי מילתא. ולפי"ז א"א לפרש כמו שעלה ע"ד דהולכת אחריו למדי גבי לא נשבע דפטור הוא מטעם דכיון דהודה יצא ידי השבת הגזלה. דז"א כיון דאף דהודה הוא עדיין באחריות הגזלן א"כ לא יצא עדיין ידי השבת הגזלה. אם לא שנפרש דאיירי שם שהודה לו והניח בידו והלך לו דפטור נמי מאחריות. לבד דזהו נגד דברי התוס'. לא נראה כן מכל דברי הראשונים שיאמרו דדוקא בהודה והניח בידו והלך לו אז פטור מהולכת אחריו למדי. ומדבריהם משמע דבהודה לבד נמי פטור. וראיתי להגאון בעל נתיבות בסי' פ"ז דגם הוא רוצה להביא ראיה מדברי הגמרא הללו דכיון דהודה לו הוה כפקדון לענין הילך. אך דחה שם דהא כתבו התוס' שם דוקא כששתק והלך לו. ונפלאתי ע"ז מאד דהא אדרבה התוס' כתבו שם דלא מצי אייר בשתק והלך לו דא"כ אפי' נשבע נמי. וגם תמוה דהאיך לא הזכיר דברי התוס' דב"מ דשם מבואר דכיון דהודה הוה כפקדון. וכן הוא דעת הבעה"מ. ע"כ נראה דע"כ צריך לפרש דהולכת אחריו למדי אינו תלוי בהשבה אלא דאפי' היכא דלא יצא עדיין ידי השבת הגזלה מ"מ לא קנסו להוליך אחריו למדי והוה גביה עד דאתא ושקיל היינו שאינו צריך להוציא הוצאות ע"ז כדי שיבא ליד הנגזל. אבל כיון שבא הנגזל ודאי מחויב הגזלן להשיב לו מיד ולא להמתין עד שיבוא ויתבע ממנו כדי לתקן את הלאו דלא תגזל. וכ"ש דאם גזל במקום אחר כיון דאחריות והוצאות הדרך הוא על הגזלן מה"ד לכו"ע לא מהני הודאתו בפני ב"ד אלא הוא מחוייב להשיב למקום שגזל ולא להמתין עד שיבוא הנגזל לכאן לתבוע ממנו אך ממה שהאריך ליתן טעם מה דאין צריך להוליך אחריו למדי משום דהוה כאלו אמר לו יהא לי בידך לפי גירסא שלנו. או לפי גי' הרמב"ן כמאן דאמר לו יהא לך בידי. וגם מלישנא דפקדון דקאמר נראה דמ"מ דוקא בכה"ג דלכה"פ יצא מדין גזלה היינו דשנוי לא קנה מאז להגזלן והוה כפקדון בידו אז אינו מחוייב להוליך אחריו למדי אבל היכא שלא יצא עדיין מדין גזלה מחוייב מטעם קנם להוליך אחריו למדי או למסור ליד ב"ד. ודלא כדעת הקצוה"ח דכתב בפשיטות ונראה דאפי' אינו מודה כלל אלא שהוא בעצמו רוצה לצי"ש ולהחזיר הגזלה כיון דידע למאן גזלי' ומזומן להחזיר הו"ל כפקדון גביה וא"צ כלל הודעה עכ"ד. ולפע"ד ז"א כי זהו דוקא לפי"ד הרמב"ם דנראה דגירסתו היה בגמ' כמו דאיתא בשאילתות אלא אמר רבא שאני מתני' כיון דידע למאן גזלי' ואפשר לאהדוריה ממונא למרי'. אבל לפי גירסת דידן כיון דידע למאן גזלי' ואודי לי'. וכן הוא גי' רוב הראשונים כמו שנראה מש"מ נראה

ברור דדוקא היכא דהודה בפניו או לפני ב"ד הוא דא"צ להוליך אחריו למדי כיון דיצא מדין גזלה והוה כפקדון ביד הגזלן. ויותר מזה נראה דדעת הבעה"מ הוא דדוקא היכא דהודה מעצמו לפני ב"ד אז הוא דא"צ להוליך אחריו משום דאמדו חכמים לדעת הנגזל דלא איכפת ליה אף שיהא ביד הגזלן כיון דאנו רואין שהוא בא לעשות תשובה מעצמו ע"כ בטוח הנגזל שבודאי ישיב לו כשיתבע ממנו והוה כאומר להגזלן יהא לי בידך. ע"כ א"צ למסור אפי' ליד ב"ד. אבל היכא שנתחייב בב"ד עפ"י עדים אע"ג דקבל עליו את הדין א"כ הוה כפקדון בידו וגם יכול להקדישו מ"מ כיון שעדיין מוטל עליו חיוב השבת הגזלה ליד הנגזל ע"כ מחוייב מטעם קנס להוליך אחריו למדי משום דאז לא הוה כמאן דאמר לו יהא לי בידך דכיון דהוא נתחייב לו ע"י הודעת עדים אינו בטוח הנגזל כ"כ בהגזלן שבודאי ישיב לו. אבל דעת הרמב"ן אינו כן דכיון דקבל עליו את הדין הוה כהודה מעצמו וכיון דהוה כפקדון בידו ע"כ א"צ להוליך אחריו. אבל בלא הודאה בפני ב"ד או קבלת הדין כו"ע מודים דצריך להוליך אחריו לבד דעת הרמב"ם הוא דאינו כן. כנ"ל בזה:

מ"מ נ"ל דאפי' לפי מה שהעליתי כעת דכ"ז שאחריות הגזלה הוא על הגזלן אינו יוצא ידי השבת הגזלה. מ"מ נראה ברור דחזרה קרן לבעלים אינו תלוי כלל באחריות. וכיון שהוא ברשות הבעלים להקדישו אז לא נוכל לקרות בו אם המצא תמצא בידו הגנבה כמש"כ במכתבי העבר. ודלא כדברי כת"ר דכפל תלוי באחריות. וראיה ברורה לזה מדברי רבינו יהונתן שהביא כת"ר בעצמו דכתב על הא דגנב חוץ לרשותם וטבח ומכר ברשותם דמשו"ה חייב לפי שלא נתכוין בהחזרתה לרשות בעלים לשם תשובה. א"כ מוכח דאם כוון לשם תשובה אע"ג דלא יצא בזה עדיין ידי השבה דבעינן דעת בעלים וחייב באחריות מ"מ כיון שהוא ברשות בעלים להקדישו מיקרי חזרה קרן לבעלים ומה שדחה כת"ר דכוונת הרבינו יהונתן לישב מתני' אף לר"י דס"ל שלא לדעת אין צריך דעת הוא רחוק מאד בכוונתו דהאיך יאמר דמשו"ה חייב כיון שלא החזיר לשם תשובה. א"כ אם החזיר לשם תשובה פטור. מאי דבאמת לפי מאי דקיי"ל כר"ח הוא אינו כן. ועוד לפי"ד כת"ר דלפי מאי דקיי"ל כר"ח דשלא לדעת צריך דעת אף אם החזיר לשם תשובה וא"כ יכול להקדישו מ"מ אם טבח ומכר אף ברשות הבעלים חייב דו"ה כיון שעדיין חייב באחריות לא יצא עדיין ידי השבה ולא יצא מדין גנבה כלל א"כ לפי"ז ודאי נשאר קושיתי דמשכחת לה דגונב אחר הגנב חייב כפל דאם החזיר הגנב הראשון לבעלים שלא לדעת ואח"כ גנב אחר מרשות הבעלים דודאי משלם גם הגנב השני כפל להבעלים כיון שיכול הבעלים להקדישו. ועדיין מיקרי גם רשות הגנב הראשון עליה כיון דאם

טבח ומכר הגנב הראשון חייב ד' וה' כיון שעדיין הוא באחריותו ע"כ מיקרי זאת אם המצא תמצא בידו לפי"ד כת"ר א"כ משכחת לה דגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל. וע"ז לא יעלה תירוץ כת"ר כלל. אע"כ צ"ל דחזרה קרן לבעלים אינו תלוי כלל באחריות ואף שהוא עדיין באחריות הגנב מ"מ כיון שהוא ברשות הבעלים דיכול להקדישו מיקרי חזרה קרן לבעלים ופטור מן הכפל:

ומה שכתב כת"ר ראיה לדבריו וז"ל וכן נראה קצת דהא לר"ל ולצנועין דגזל ולא נתיאשו הבעלים הנגזל יכול להקדיש וגונב מבית הגנב לדידיה משלם קנס לבעלים דקרינן בי' וגונב מבית האיש דהוי כברשותיה דבעלים דשלו הוה כברשותו וכל היכא דאיתא ברשותא דמרי איתא. א"כ איך חייב לדידיה כשהגנבה בעין דהא הקרן כמאן דהוי ברשותא דבעלים והוי כחזרה קרן וע"כ משום דמחוסר גובייא ומדידיה נשמע לדידן אף היכא דהודה ורוצה להחזיר כ"ז דחייב באחריות דלא הוי כנטל וחזר והפקיד לא חשיב חזרה קרן דמחוסר גובייא עכ"ל. נפלאתי ע"ז מאד דהא ודאי כו"ע לא פליגי בזה דגזלן משעה שגזל מוציאה מרשות הבעלים ונכנס לרשותו. והראיה דהא אפי' שנוי דממילא קנה. ואם נאמר דלא נכנס כלל לרשות הגזלן א"כ במה קנה מה שנעשה שנוי ת"י דהא איש אחר אם נעשה שנוי ת"י לא קנה וגזלן קנה ע"כ דגזלן יש בה קנין קצת משעה שגזלה לכך מיקרי דבר שאינו ברשותו לגבי בעלים. וגם צנועין ור"ל מודים בזה רק דס"ל אף שהוא אינו ברשותם מ"מ כיון דגוף הדבר הוא שלו יכול להקדישו. והראיה לזה דהא קאמר שם דלכך פסק ר"י כההיא סתמא ולא עביד כסתמא דצנועין משום דמסייע ליה קרא איש כי יקדיש ביתו מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו. א"כ מוכח להדיא דגם צנועין מודים דגזלה לא הוי דבר שברשותו לגבי בעלים דאל"כ לא הוי מסייע ליה קרא אך להצנועין כיון דהבעלים יכול להקדיש א"כ יש גם קצת רשות הבעלים עליה לכך קאמר שם דלצנועין חייב הגנב השני כפל להבעלים. אבל ודאי גם הם מודים דכ"ז שהגזלה תחת יד הגזלן מיקרי רשות הגזלן עליה לכך קרינן גבי גנב אם המצא תמצא בידו אע"ג שהבעלים יכול להקדישו אבל היכא דהודה בפני ב"ד כיון שהבעלים יכולין להקדישו אף לדידן דבעי דבר שברשותו ונראה דמאז יצא מרשות הגזלן דגם אם נעשה שנוי אז אינו קונה א"כ נראה כדברינו דמאז מיקרי חזרה קרן לבעלים אע"ג שהוא עדיין באחריות הגזלן. ובדברינו אלה יש לישב מה שהקשה הקצוה"ח בסי' רצ"א על דברי הריטב"א דכתב לחלק דהא דגזלן משלם רק כשעת הגזלה ושומר משלם כשעת הפשיעה משום דגזלן מפקיע מרשות הבעלים למכירה ולהקדש אבל גבי שומר הוא ברשות הבעלים למכירה ולהקדש. והקשה ע"ז דא"כ לר"ל דפליג על ר"י וס"ל דיכול להקדיש א"כ פליג

על מתני' דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזלה. אבל לפי"ד דברי הריטב"א נכונים כי מה שכתב הריטב"א דגזלה אפקי מרשות הנגזל למכירה ולהקדש הוא זה לפי האמת דקיי"ל כר"י. אבל באמת גם לצנועין ולר"ל הא גזלן אפקי מרשות הנגזל. והראיה דהא גזלן קנה בשנוי ע"כ משום דקיימי ברשותו. וכן מבואר סברא זו להדיא בדברי התוס' שם (קיא:) ד"ה גזל כו'. דכ' שהרי אין לגמרי ברשות מריה שהרי אינו יכול להקדישו וגם הגזלן יכול לקנותו בשנוי מעשה. אלמא דהא דהגזלן יכול לקנותו בשנוי מעשה הוא משום דיצא קצת מרשות הבעלים וכמש"כ. ונראה דלפי"ד הריטב"א בשואל שלא מדעת אף דמיקרי גזלן לענין להתחייב באונסין מ"מ כיון דלא אפקי מרשות הבעלים לענין הקדש כיון דנטל ע"מ להשתמש ולהחזיר אח"כ א"כ ודאי דקיימי ברשות הבעלים לענין הקדש. וכן נראה דשנוי דממילא לא קניא בזה כיון דלא נטלה ע"מ לגוזלה לגמרי. אף באיתבר ממילא משלם ד' כדהשתא. ומתני' דהשולח יד בפקדון דנראה מדברי הגמ' שם דדוקא היכא דתברא בידים ילקה ביתר מיירי דשלח בו יד היינו לגוזלה לגמרי א"כ משעה שמשכה ליטלה לעצמו הפקיע מרשות הבעלים והוה גזלה גמורה לכ"ד. וכן מוכרח לומר לפי המסקנא דמוקי דפליגי בשבח גזלה ע"כ מיירי דשלח בו יד לגוזלה לגמרי. אבל אם שלח בו יד רק שישתמש בה בלבד ודאי דלא קנה שבח שעליה. וכן מבואר להדיא בהרשב"א ת"א סי' שס"ט יעו"ש:

ולפי מה שנראה לנו כעת דגם הרמב"ן מודה בזה דמשעה שהודה יוצא מתורת גזלה ושנוי דממילא דאח"כ לא קנה ובזה מיושב דברי הגמרא בב"ק (קד.) דקאמר הוה גבי' פקדון עד דאתא כו'. רק להקדישו ס"ל להרמב"ן דאינו יכול. א"כ גם לדעת הרמב"ן מהני הודאה בזה"ז היכא דהגנבה היא בעין ולא מהני הודעת עדים דאח"כ לחייבו כפל [דלא כמש"כ בספרי] אף שלא נוכל לפוטרו לפי שיטתו מטעם חזרה קרן לבעלים מ"מ נוכל לפוטרו מטעם הראשון שכתבתי במכתבי העבר. דכיון דהוה כפקדון בידו משעה שהודה ואומר שרוצה להחזיר לו ואינו מחזיק בידו בתורת גזלה לכך שנוי דאח"כ לא קנה. א"כ לא נמצא בידו הגנבה בשעת הודעת עדים והא בעינן אם המצא תמצא בידו הגנבה. ומש"כ כת"ר דאין לנו לדרוש קראי מעצמנו דהא מצינו בכתובות (מה) הנערה שהיתה כבר. וא"כ ה"נ נדרוש הגנבה שהיתה כבר לפ"ד ז"א דאין לנו לחלק בין הדבקים כיון דהקרא דאם המצא תמצא בידו אמרינן דקאי אשעת הודעת עדים ולא אמרינן דקאי על מה שנמצא בידו כבר ואע"ג שעתה חזרה לבעלים יהא חייב. א"כ מאין לנו לומר דהגנבה קאי אגנבה דמעיקרא. ולפי"ז אפשר לישב מה דקשה לי טובא דברי הרמב"ן במלחמות סוף פרק הגוזל דהודה שם לבעה"מ שיפה השיג בזה על הרי"ף

דאמאי השמיט שמעתתא דרבה בתבעו שומר והודה ותבעוהו בעלים והודה שנאמרו בגנב עצמו והיה יכול לכתוב בה בדאיתפס. ולכאורה הוא תמוה מאד דהא הרמב"ן עצמו ס"ל בספר הזכות דהודאה בזה"ז לא מהני כיון שאין לנו ב"ד מומחין. ואמאי צריך להביא בעי' זו אם מהני הודאתו של השומר לפטור מן הכפל או הודאת הבעלים לפטור מן הכפל כיון דבזה"ז לא מהני הודאה כלל. אבל אם נאמר כדברינו כעת דגם הרמב"ן מודה דמהני הודאה בזה"ז היכא דהגנבה היא בעין כיון דמיד שהודה הוי כפקדון בידו ויצא מתורת גנבה א"ש דברי הרמב"ן. אך לכאורה לפי"ז צ"ל דהרמב"ן גריס כגירסת ר"ח אם באמת נשבע לא נפטר הגנב בהודאת שומר משום דשומר הוה כאינש אחרינא א"כ לא מהני הודאתו מה שהודה לו בפני ב"ד דהיכא דהודה לאחר שאינו בעל דבר לא הוי הודאה כלל. כמש"כ התוס' שם. אבל אם בשקר נשבע א"כ הוא מחוייב לשלם לכך הוי הודאתו לשומר הודאה גמורה והוה כפקדון בידו מאז ויצא מתורת גנבה ולכך אם באו עדים אח"כ פטור מן הכפל ולא מהני תפיסה. אמנם לפי גי' רש"י קשה דאמאי אם בשקר נשבע לא מהני הודאתו להוציא מדין גנבה כיון דמהני הודאתו לענין הקרן כמש"כ התוס' וכפי' המהרש"א. אבל באמת לאחר העיון ראיתי דנוכל לפרש פי' אחר בהא דאם בשקר נשבע. היינו דהוא טוען שנגנבה באונס בליסטים מזויין ונשבע ע"ז. ואח"כ נמצא שבאמת נגנבה מידו אבל לא בליסטים מזויין. ואף שמ"מ הוא פטור כיון שלא פשע. מ"מ הבעלים בודאי לא ירצו למסור לו לשומר עוד כיון שבשקר נשבע. דהא לא היה המעשה כפי מה שנשבע. ולכך לא הוה כבעלים והוה כאינש אחרינא לגבי הודאתו אף לענין הקרן ולפי פי' זה יתישב יותר דברי הגמרא. דלפי פי' התוספת קשה דהא הם ס"ל דהודאה לפוטרו מן קנס לא בעינן בפני בעלים דווקא. דאל"כ האיך הביאו ראיה מדברי הגמ' דהודאה לאחר לא מהני אף לענין הקרן. וכיון דהודאה שלא בפני הבעלים נמי מהני לפוטרו מקנס היכא דהוי הודאה גמורה ואינו יכול לחזור ולכפור א"כ אמאי אם בשקר נשבע לא מהני הודאתו לענין כפל. והא הכא הוי הודאה גמורה כיון דמהני הודאתו להשומר לענין הקרן א"כ האיך יכול לחזור ולכפור בהודאתו שהודה בפני ב"ד שגנב. וע"כ צריך לדחוק לפי דבריהם דמ"מ יכול לחזור מהודאת הקנס היינו שלא גנבה אלא שמצאתיה. כיון דהשומר לא הוה בעלים לענין הקנס רק לענין הקרן בלבד. אבל לפי מש"פ ניחא בפשיטות דאף אם בשקר נשבע לא מהני הודאתו לשומר אף לענין קרן. ולפי"ז יש לישב דברי הרמב"ן אף לפי גי' רש"י. וע"ד זה צריך לפרש גם האיבעי שניה תבעוהו הבעלים והודה לו. וצ"ל לפי"ז דהרמב"ן ס"ל דגוף הבהמה אינה שייכא להבעלים כיון דהשומר שילם כבר. דאל"כ אין סברא כלל לומר דהודאה לבעלים

לא מהני כלל והוה כאינש אחרינא ויכול לחזור ולכפור אף בהקרן. אמנם לפי שיטת הפוסקים דס"ל דגוף הבהמה שייכא להבעלים לאחר שנמצא ע"כ צריך לדחוק גם הכא כיון דהבעלים לא שייך להקנס כלל א"כ יכול לחזור ולכפור בהודאתו שהודה על הגנבה ויכול לטעון שמצאתיה כמש"פ לדברי התוס' או נפרש לפי שיטתם דברי הגמ' כמש"פ הקצוה"ח בסי' פ"א סק"י לפי שיטת הפוסקים דמהני הודאה שלא בפני התובע דע"כ צריך לפרש דברי הגמרא דהודאת קנס בעינן בפני הבעלים דוקא:

אמנם לולי דמסתפינא מרבותי היה נ"ל לומר דבר חדש. כי מש"כ הקצוה"ח לישב דברי הגמרא לפי שיטתם הוא תמוה כמו שהניח בצ"ע הקצוה"ח בעצמו כי מדברי הגמרא גבי טבי עבדו מוכח דלא בעינן הודאת קנס לפטור דוקא בפני הבעלים. ויותר תמוה לי דברי הגמרא דהכא גופא דאם נפרש שהוא מטעם דהודאת קנס בעינן בפני הבעלים דוקא א"כ למה הוצרך הגמ' להאריך ולומר תבעו שומר והודה תבעוהו בעלים וכפר והביאו עדים. ואמאי לא קאמר הגמרא בקצור תבעו שומר והודה ואח"כ באו עדים מי נפטר גנב בהודאתו לשומר או לא. דאם לא הוה שומר בעלים א"כ לא מהני הודאתו לפטור מקנס קודם שבאו עדים ומה לנו לתביעת בעלים ולכפירתו בפניהם ומחמת זה נ"ל לומר דאף להפוסקים דס"ל דאם הודה בפני ב"ד מעצמו אף שלא תבעו שום אדם נמי מהני היינו דווקא שהודה מעצמי דאז לא שייך שום טענה דטענת שלא להשביע לא שייך כיון שהודה בפני ב"ד. וכ"ש דאינו שייך משטה אני בו כיון דלא תבעו שום אדם ומה לו להשטות ולהודות בפני ב"ד אמנם אם תבעו אדם בפני ב"ד והוא לא היה צריך להשיב לו כי איננו שייך לזה והוא אינו בא בהרשאת בעלים בודאי אף שהודה לו על טענתו יכול לומר לכך הודיתי לו אף בפני ב"ד מפני שמשטה אני בו. מחמת שהוא לא היה לו לתובעו לב"ד כיון דהוא לא שייך בזה כלל לכך השטה בו והודה לו והוה כמפליגו בדברים ויכול לחזור ולכפור אך מ"מ כ"ז שלא כפר וטען זאת לא טענינן לו כמו בכל טענת השטאה דלא טענינן לו אנן. לכך אם לא תבעו הבעלים אח"כ וכפר. ובאו עדים אחר הודאתו ודאי דמהני הודאתו לפטור דכ"ז שלא טען משטה אני בך א"כ הוה הודאתו אף שהודה לשומר הודאה מעליא לפטור אותו מקנס. אמנם אם באו בעלים אח"כ ותבעו והוא כפר וטען טענת השטאה דמה שהודה לשומר מפני שהשטה בו דהוא לא היה לו לתובעו לב"ד כיון שכבר נשבע לבעלים בזה אבעי לן אי מהני טענתו מה שכפר בפני הבעלים לבטל הודאתו או לא. והא דלא מיבעי לענין קרן גופא ע"כ צריך לתרץ כמו שתי' התוס' אמנם לפי מה שפירשתי למעלה בדברי הגמ' על הא דאם בשקר נשבע. וכעת מצאתי בש"מ דהרב המאירי פירש כן להדיא. ע"כ צריך לישב קושית התוס' דהא דלא

איבעי לענין קרן גופא משום דאז אם הוה פשיט אם בשקר נשבע פטור הגנב אף שהודה לשומר יכול לחזור ולכפור מ"מ איכא למימר משום דזהו רק מטעם ספק אם יכול לחזור או לא. לכן מספיקא אינו יכול להוציא ממנו משום דהגנב הוה מוחזק. אבל אכתי לענין כפל לא הוה ידעינן דאיכא למימר דמספיקא אינו יכול להוציא ממנו דאולי זה הוה הודאה גמורה. אבל עתה דפשיט דאם בשקר נשבע מוציאין ממנו כפל א"כ ידעינן מזה דיכול לחזור ולכפור מטעם ודאי ולא מטעם ספק. והכלל מה שנ"ל דהא דכתבו התוס' דהודאה לאחר לא מהני הוא דוקא היכא שתבעו אחר דאז יכול לטעון משטה אני בו. וכן נראה מדברי המרדכי שהביא בשם הרי"ף. ונפלאתי על השו"ע שם דמנין לו דאף שתבעו אחר נמי מהני אם הודה בפני ב"ד דהא בתשו' לקמאי שהביא הבעה"ת אינו מבואר רק אם הודה מעצמו בפני ב"ד. ומנין להשו"ע להוסיף ע"ז גם אם תבעו אחר. דלפע"ד נראה ברור דבתבעו אחר מודים דלא הוי הודאה כמו שמוכח מהגמרא דב"ק דבזה שייך טענת השטאה. ועלה בדעתי לומר דהשו"ע הוציא זאת מדברי הבעה"ת שער מ"ב ח"ה שהביא בשם החכם ר"ש שהעיד בשם רבו הר"מ בר"י שאם אמר ראובן לשמעון מנה ללוי בידך ואמר לו שמעון הן. דכתב שם אע"ג דלא אמר אתם עדי אינו יכול לומר. משטה אני בך שהרי לוי לא היה תובעו בכלום ולא היה משטה כדי שישטה בו הוא כ"כ. והטור הביא זאת. א"כ לכאורה מוכח משם דבתביעת אחר לא שייך טענת השטאה כלל. אבל באמת כבר תמה ע"ז הג"ת וכתב וז"ל דנהי דלא יאמר ללוי עצמו משטה הייתי בך כיון שהוא לא תבעו יאמר משטה הייתי בראובן שהוא השטה בי לומר שאני חייב ללוי מה שאיני חייב וגם אני השטתי בו לומר הן ולמה לא תועיל טענת השטאה זו כיון דלא אמר אתם עדי עכ"ל. ע"כ נ"ל לישב דהתם לא מיירי שתבעו ראובן לשמעון מנה ללוי בידך ואמאי אין אתה משלם לו דבזה ודאי יכול לטעון טענת השטאה מכ"ש היכא שהוא תבעו בעצמו. אלא התם מיירי שאמר לו בדרך שאלה מנה ללוי בידך. והוא אמר לו הן. לכך לא שייך בזה טענת השטאה. כנ"ל ברור. ואף שמפשטות דברי הרמ"א שם סוף סעי"ד בשם הריב"ש נראה דהיכא שלא היתה התביעה מהבע"ד עצמו לא שייך טענת השטאה. אבל באמת המעיין בתשו' הריב"ש עצמו יראה להדיא דהתם שאני דעיקר הטעם הוא כיון שזו התביעה ע"י הכרזה א"כ לא היתה התביעה לו ביחוד לכך לא שייך טענת השטאה יעו"ש. ועוד עלה בדעתי לישב דברי הרמב"ן במלחמות הנ"ל בדרך אחר היינו שנ"מ בהאיבעי' זו אם הוה שומר בעלים לענין קנס לא לענין הודאה בזה"ז לפטור אותו. אלא אם חזר הקרן להשומר קודם שבאו עדים. אבל לפ"ד זה רחוק יותר בכוונת הרמב"ן דלפי"ז א"כ הו"ל לאקשויי יותר מזה דהו"ל להרי"ף להביא זאת דהא נ"מ הוא

לענין קרן כמו שהביא המרדכי בשם הרי"ף דהודאה לאחר לא מהני. אלא ע"כ צ"ל דזו אינה קושיא על הרי"ף כיון דלפי מה שהובא בגמרא איבעי' זו אין נ"מ לדידן לכך לא הביא הרי"ף. ועוד יש לי לפלפל בדבריו הנחמדים בכמה פרטים ועוד חזון למועד. כ"ד ידידו לנצח הדבוק באהבתו יו"ט ליפמן הכהן:

סימן ח

אח"כ עיינתי עוד בענין הנ"ל ומצאתי דמדברי תוס' רי"ד מוכח להדיא כדברי דאף היכא דהגנב חייב עדיין באחריות מ"מ כיין דהוא ביד הבעלים להקדישו מיקרי חזרה קרן לבעלים. ודלא כמש"כ הגאון הנ"ל דבאחריות תליא מילתא דכ"ז דאחריות הוא על הגנב לא מיקרי עדיין חזרה קרן לבעלים. דז"ל התוס' רי"ד ב"ק (סט:) אלא לבעלים ישלם פי' ואם באו עדי גנב ראשון קודם לעדי גנב שני ישלמו שניהם לבעלים שני כפלים גנב ראשון מפני גניבתו וגנב שני מפני גניבתו דאע"ג דלא קאי ברשות הבעלים כל היכי דקאי דידי' הוי והו"ל כאלו החזירו גנב ראשון לבעלים וגנבו גנב שני מבית הבעלים ואם עדי גנב שני באו תחילה ישלם גנב שני לבעלים כפל וגנב ראשון לא ישלם מפני שכשבאין עדים כבר חזרה קרן לבעלים ואמאי קתני תנא דגנב שני פטור אלא לאו ש"מ מפני שאינו ברשותו עכ"ל:

ומדס"ל דאם עדי הגנב השני באו תחילה פטור הגנב הראשון מכפל משום דחזרה קרן לבעלים ע"כ דס"ל ביכול להקדישו תליא מילתא דאי ס"ל דבאחריות תליא מילתא א"כ הכא הא ודאי אף כשבאו עדי גנב השני מ"מ הוא עדיין באחריות הגנב הראשון שאם יאבד החפץ כעת מן הגנב השני ודאי שיכולין הבעלים לתבוע מהגנב הראשון והגנב הראשון צריך לתבוע מן הגנב השני א"כ אמאי מיקרי חזרה קרן לבעלים דפטור הגנב הראשון מן הכפל. ולפ"ד זו היא ראי' ברורה שאין עליה תשובה דע"כ ביכול להקדישו תליא מילתא. אך דברי התוס' רי"ד בעצמו צריכין ביאור דאמאי יכול להקדישו כשבאו עדים. ונראה דע"כ צ"ל דכוונתו הוא כשבאו עדים והב"ד אמרו צא תן לו. לכך יכול להקדישו. וכן ס"ל להראב"ד להדיא בב"ק (סח:) הובא בש"מ שם. או כיון שבאו עדים הודה לפני ב"ד וקבל עליו להחזירו דמאז הוה כפקדון בידו ויכול להקדישו כמו שהובא למעלה דכן הוא סברת התוס' ובעה"מ. ולכך הוה כמי חזרה קרן לבעלים:

סימן ט

שאלה היכא דנגב פרה ריקנית ונתעברה אצלו דשייך השבח להגנב לאחר יאוש לפי"ד הרמב"ם. ולפי"ד הרא"ש אף לפני יאוש כמבואר בשו"ע סי' שנ"ד ס"א יעו"ש. ואח"כ

גגב גגב שני ממנו ומוציאין הבעלים מיד הגנב השני. למי שייך השבח שנשבחה אצל הגנב הראשון:

תשובה הנה זה פשוט דלהגנב השני ודאי לא שייך השבח מה שנשבחה ביד הגנב הראשון. אמנם לפי"ד נראה דגם להגנב הראשון נמי לא שייך השבח אלא דצריך להחזיר הקרן והשבח ליד הבעלים. אף שלכאורה איכא למימר דמיד שבא השבח זכה בו הגנב מטעם תקנת השבים. א"כ צריך להחזיר השבח ליד הגנב הראשון. אבל לאחר העיון נראה דאינו כן כיון שעתה אינה יוצאה מיד הגנב הראשון אלא מיד הגנב השני א"כ לא שייך בזה תקה"ש. ומנא אמינא לה מדאמר רבא ב"ק (צ"ו.) גזל והשביח ומכר גזל והשביח והוריש מה שהשביח מכר מה שהשביח הוריש. ועיין בש"מ מה שמביא שם בשם הרי' יהונתן ז"ל. וז"ל גזל והשביח ומכר כלומר אפי' שבחא דממילא כגון גיזה וולד שנטענה ונתעברה אצלו אפי"ה דגזלן הוי משום תקה"ש ולא תימא ה"מ היכא דהגזלה ביד הגזלן הוא דעבדינן תקנא אבל אם כבר יצאה מרשותו כגון שמכרה. לאחר בלא אחריות אימא לא ליעבד תקנתא קמ"ל רבא דאפי' מכר עבדי תקנתא כו' עכ"ל. מדבריו נראה להדיא דהתקנה לא הי' דמיד שבא השבח זכה בו הגזלן אלא מטעם תקנה אף גבי לוקח ויורש משום דהם במקום הגזלן קאי. וכן נראה מדברי הראב"ד ה' גו"א פ"ב ה"ד דכתב שם וז"ל ועוד הכריחו מה שראה בכאן מכר והוריש וק"ל אם הגזלן בעצמו זוכה בו לל"מ מכר והוריש ומן הדין מוקי לה לפני יאוש ואפי"ה לא נהיר ולעולם הא נמי לאחר יאוש ומכר והוריש איצטריכא לי' סד"א כיון דלית לי' פסידא לגזלן דהא לא קביל עליה אחריות ואי קביל איהו דאפסיד אנפשי' אימא לא לעבוד תקנתא ללוקח וזה עיקר עכ"ל. ובדברי הראב"ד ז"ל מבואר להדיא דהטעם דשייך השבח מה שהשביח הגנב להלוקח הוא מטעם תקנתא דלוקח אבל לא מטעם דכבר זכה בו הגנב. א"כ בזה שכבר יצא מידו והוא ת"י הגנב השני ולא שייך בזה תקה"ש נראה דא"צ להחזיר השבח להגנב הראשון אלא להבעלים. אך כ"ז היכא דגנב הגנב השני קודם יאוש אף לדעת הרא"ש דשייך השבח להגנב מ"מ הכא שייך השבח להבעלים:

אמנם היכא דגנב גנב שני לאחר יאוש לכאורה נראה כיון דכ"ז שהגזלה קיימת חייב הגנב השני להחזיר ליד הבעלים א"כ צריך להחזיר גם השבח ליד הבעלים. אולם לאחר העיון נראה דזה תלוי בפלוגתת הראשונים וכמו שאבאר. הנה התוס' בפ' מרובה (סט.) ד"ה כל שלקטו כו' כתבו דאפי' גזלה קיימת ביד השני מ"מ כיון דבא ליד השני לאחר יאוש אינו יכול הנגזל לתבוע כלום מן השני אלא הוא מחוייב להחזיר הדמים להגזלן כדי לפטור א"ע מן הנגזל אפי' למ"ד יאוש לא קנה יעו"ש. א"כ לפי"ד כיון דהגנב השני

צריך להחזיר הדמים רק ליד הגנב הראשון ועל הגנב הראשון הוא מוטל השבה לבעלים. לפי"ז נראה דצריך להחזיר השבח לגנב הראשון ולא לבעלים. אבל לכאורה יש לתמוה מאד ע"ד התוס' דא"כ מה חילוק יש בין גזלה קיימת לאין גזלה קיימת דדרשינן אם כעין שגזל יחזיר ואם לאו לא יחזיר דהא ודאי אף בשאין גזלה קיימת אם אכלה שלא מדעת הגזלן ודאי דצריך להחזיר לו הדמים כדי לפטור את הגזלן מיד הנגזל וכן מבואר בהגהת אשרי ר"פ הגוזל ומאכיל בשם הר"י דיכולין הבעלים לגבות מן השני מדר"נ. א"כ ע"כ צ"ל דבגזלה קיימת מחוייב להחזיר להבעלים גוף הגזלה ולא סגי בחזרת דמים בלבד אך הב"ח בסי' שס"א פי' דברי הגה' דהא דקאמר דגבי מדר"נ הוא דוקא כשהגזלה קיימת אבל כשאכלה פטור לגמרי יעו"ש אבל באמת דבריו תמוהין מאד. ומצאתי דכבר השיג עליו הבעל מחנה אפרים בסי' ח' מה' גזלה וז"ל ולפי"ד אינו כן דכל דאיתא בעיני' אפי' כי ליכא לדר"נ חייב להחזיר דדרשינן אם כעין שגזל יחזיר והאי קרא מיירי ביורשין או בגזלן שני ואיירי לאחר יאוש אליבא דרב חסדא. ומ"ש בהגהת אשרי דאינו גובה מן השני אלא מדר"נ היינו דוקא כשכבר אכלו כנראה בפירוש מהנמוק"י כו' עכ"ל. אבל לאחר העיון דברי התוס' דמרובה נכונים וס"ל דשינוי רשות מיקרי אף שגזלה בע"כ. ודלא כהמבואר בשו"ע סי' שס"א ס"ה דשינוי רשות לא הוה אלא כשמכר או נתן לאחר אבל לא כשגזל מידו השני בע"כ. אבל התוס' ס"ל דאף כשגזל השני בע"כ נמי הוה שינוי רשות ולכך אף כשהגזלה קיימת אינו מחוייב השני ליתן להגזלן אלא דמים בלבד משום דהוה יאוש ושינוי רשות וה"ה כשאכלה נמי מחוייב ליתן דמים להגזלן כדי לפטור עצמו מן הנגזל ואין חילוק בין גזילה קיימת להיכא שאין הגזילה קיימת אלא גבי יורשין. דהיכא שהגזלה קיימת מחוייבין להחזיר גוף הגזלה אבל כשאכלו פטורין לגמרי כיון שזהו לאחר יאוש. א"נ כמש"כ התוס' שם ר"פ הגוזל ומאכיל ד"ה גזל כו' היכא דהיאוש היה לאחר שבא ליד השני דהוה שינוי רשות ואח"כ יאוש דלא קנה דאז כשהגזלה קיימת מחוייב להחזיר גוף הגזלה להבעלים אבל כשאכלה לאחר יאוש פטור ואין הבעלים יכולין לתבוע ממנו רק מדר"נ. וכן נראה מדברי התוס' הללו להמעיין שם דס"ל דאף דבא לידו בגזלה נמי מיקרי שינוי רשות. וכן כתב הגר"א להדיא להוכיח מדברי התוס' הללו דלא ס"ל כשיטת השו"ע יעו"ש. וכן מצאתי בתוס' רי"ד דס"ל להדיא דגזלה מיקרי שינוי רשות אך בזה נסתפק אם הגזלן בא בעצמו לתבוע מן הגזלן השני את החפץ ואומר שרוצה להחזיר להבעלים את החפץ גופי' אם יכול לסלקו בדמים יעו"ש. והגר"א הביא ראי' גדולה לדברי התוס' מדקאמר המשנה המציל מיד הליסטים הרי הוא שלו מפני שנתיאש הבעלים. אלמא דזה חשוב שינוי רשות דאל"כ הא יאוש כדי לא קני. ונראה

דמ"מ הבעלים יכולין לתבוע דמים בעד החפץ מן המציל מדר"נ. אך דגוף החפץ הוא של המציל:

והמתבאר מכל דברינו אלה דהיכא דגנב השני מן הראשון לאחר יאוש לפי"ד הסוברים דזה לא הוה שינוי רשות א"כ מוטלת השבה לבעלים על הגנב השני. א"כ צריך להחזיר השבח שנשתבחה אף ביד הראשון להבעלים ולא לגנב הראשון. אבל לפי"ד התוס' ותוס' רי"ד דזה מיקרי שינוי רשות א"כ על השני אינה מוטלת השבה להבעלים רק על הראשון א"כ שייך השבח להגנב הראשון:

סימן י

שאלה אם גנב הראשון הוציא עליה הוצאות ופממה ואח"כ נגב השני ממנו ועתה מחזירה לבעלים האיך הוא הדין עם השבח:

תשובה לכאורה נראה דצריך להחזיר כל השבח לגנב הראשון אף השבח יתר על הוצאה. דמדברי הגמרא ב"ק (סה.) נראה דהא דשקיל הגנב שבח פיטומה הוא מן הדין דקאמר שם אנא פטימנא ואת שקלית וכן משמע קצת מדברי הרמב"ם דס"ל דגבי גיזה וולדות דשקיל מטעם תקנת השבים הוא דוקא לאחר יאוש מ"מ גבי שבח פטומא כתב בה' גזלה פ"ב ה"ט דשקיל אף לפני יאוש. ונראה משום דהוא מה"ד. ולכך שקיל אפי' לפני יאוש. וכן יש להוכיח דהא כתב הה"מ משום דקשיא להרמב"ם דברי הגמרא דקאמר גזל והשביח ומכר כו' מה שהשביח מכר דלפי"ד דלא קני השבח דוקא לאחר יאוש ת"ל דקני גוף הגזלה מטעם יאוש ושינוי רשות. ע"כ הוכרח לומר שם דהיכא דמכר או הוריש שאני ואף לפני יאוש נמי שייך השבח להלוקח או להיורש. כ"כ שם הה"מ בכוונתו. ואם נאמר דס"ל דשבח היתר על הוצאה הוא שייך להגזלן רק מטעם תקנת השבים א"כ מי הכריח להרמב"ם לפרש דברי הגמרא בשבח דממילא כגון גיזה ולידה וצריך לדחוק לפי"ז דמכר או הוריש שאני דקני השבח אף לפני יאוש לוקמי דברי הגמרא דמיירי בשבח פטום שע"י הוצאה ובשבח שע"י הוצאה הא ס"ל להרמב"ם דאפי' לפני יאוש נמי שייך להגזלן. ואדרבה פשטות דברי הגמרא והשביח משמע שהשביח הגזלן בידים. אלא ע"כ דהרמב"ם ס"ל דכל השבח שע"י הוצאה שייך להגזלן מה"ד. אך אפשר לומר דהרמב"ם ס"ל דכל שבח היתר על הוצאה אינו נוטל כלל ודינו כמו שנתפטמה מאליה דס"ל להרמב"ם דהוה כמו יוקרא וזולא. וכן נראה מדברי הה"מ שם ה' ט'. אבל פשטות דברי הרמב"ם אינם מורין כן:

ויותר נראה כד' הגר"א בשוע"ע סי' שס"ב סק"י שהגיה ד' הרמב"ם שע"כ ט"ס יש בדבריו. ולפי"ז פי' הרמב"ם דברי הגמרא גזל והשביח ומכר כו' מיירי בשבח שע"י הוצאה. וס"ל

דשייך הכל להגזלן מטעם תקנה. משום דמה"ד הוה כיורד שלא ברשות דאין לו בשבת אלא שיעור הוצאה בלבד. והא דשקיל כל השבח הוא רק מפני תקנת השבים בלבד משום דאנן קיי"ל כרשב"א שם (צד.) דכל השבח שהשביח הגזלן שייך להגזלן מטעם תקנת השבים. וכן הוא דעת הרא"ש בפ' הגוזל עצים דעל הא דאמר רבא מה שהשביח הוריש מה שהשביח מכר פי' הרא"ש בין שבח פטום בין שבח נידה וגיזה וע"כ מיירי שם דהשביחה ע"י הוצאה דאי נתפטמה מאליה ס"ל להרא"ש בפ' מרובה דהוה כמו יוקרא וזולא ולא הוה בזה שום תקנה. אלא ע"כ מיירי ע"י שפטמה. והא דהוצרך לטעם התקנה הוא על השבח דיתר על הוצאה דמה"ד אין לו דהוה כיורד שלא ברשות. ודברי הפ"ח שם אות יו"ד תמוהים מאוד. וכן דברי השה"ג דכתב שם על דברי הטור וז"ל ותו מה חידוש השמיעני שם דשקל שבח דפיטום דע"י יציאה פשיטא הוא דשקיל שבח כי האי ולא גרע מהיורד לשדה חבירו שלא ברשות כדאיתא פ' המניח עכ"ל. נפלאתי עליו דהא רבותא הוא דשקיל השבח היתר על הוצאה. וכן ראיתי בדברי הרשב"א שם (צד) דמפרש על דברי רשב"א דקאמר שם בגמרא דלכך נוטל בשבח מפני תקנת השבים וז"ל ולא שבח דפטמה גזלן קאמר דאלו כן מדינא נוטל בלא תקנת השבים דאמר לי' אנא מפטמנא ואת שקלת כו' אלא שבח שהשביחה ממילא כגון עגל ונעשה שור טלה ונעשה איל או שרועה באפר ונתפטמה וא"נ שפטמה ונוטל שבח היותר על הוצאה וכל זה מתקנת השבים למ"ד שינוי במקומו עומד עכ"ל. ונראה מדבריו דמפרש דברי הגמרא שם (סה.) כפשטי' אלא דהתם קאי רק על מה שהוציא בלבד דזהו ודאי דנוטל מה"ד. מ"מ מבואר בדבריו להדיא כמש"כ דנוטל השבח היתר על הוצאה מטעם תקנת השבים. אמנם הרמב"ן במלחמות ד' ר"פ הגוזל מפרש דברי הגמרא אנא פטימנא ואת שקלת בשבח היתר על הוצאה. אך דס"ל דדוקא בשבח שע"י הוצאה משום דקאמר אנא פטימנא ואת שקלת לכך התקינו מטעם תקנת השבים שיהא שייך להגזלן אבל לא בנתפטמה מאליה. משום דנתפטמה מאליה הוה כיוקרא וזילא ולא שייך בזה תקנת השבים. וכן הוא דעת הרא"ש. אבל דעת הבעה"מ והרשב"א אינו כן כמבואר למעלה. ויותר נראה דעת הרי"ף דאף בקרקע נוטל הגזלן שבח היתר על הוצאה מטעם תקנת השבים משום דס"ל דהא הגזלן לא קנה גוף הגזלה אף במטלטלין רק השבח שייך לו כגון שבא ע"י טורח מטעם תקה"ש עשאהו כיורד ברשות א"כ אין חילוק בין קרקע למטלטלין. אבל רוב הראשונים חולקין על הרי"ף בזה וס"ל דדוקא בגזלת מטלטלין כיון שהם ברשות הגזלן לענין דקני בשינוי לכך התקינו גם בשבח שע"י הוצאה דשייך להגזלן. אבל בגזלת קרקע כיון דלא הוה כלל ברשות הגזלן דינה כיורד שלא ברשות ואין

לו אלא שבח שיעור הוצאה בלבד ואיכא דאמרי טעמא אחרינא משום דגזלת קרקע לא שייך כ"כ תקנת השבים משום דאין בידו להבריח:

היוצא מכל דברינו אלה שאף שנראה מדברי רוב הראשונים דהיכא דהשביחה הגזלן ע"י הוצאה נוטל אף השבח יתר על הוצאה. מ"מ מבואר בדבריהם להדיא דזהו רק מטעם תקה"ש וכבר ביארנו למעלה בסי' הקודם דהיכא דשקיל רק מטעם תקה"ש זה לא שייך רק היכא דהגנב גופי' מחזירה לבעלים. אבל היכא דיוצא מת"י הגנב השני לא שייך בזה תקנת השבים וא"צ הבעלים להחזיר לגנב הראשון רק הוצאה בלבד:

סימן יא

נסתפקתי לפי"ד הרא"ש והטור [כפי מה שביאר הגר"א ז"ל דעתם בסי' שנ"ד סק"ב] דס"ל דהיכא דגזל פרה ריקנית ואח"כ נתעברה וילדה דגוף הפרה לא קנה רק השבח בלבד הוה של הגזלן מפני תקה"ש משום דזה לא הוה שינוי בגוף הפרה אמנם אם גזל פרה מעוברת וילדה קנה גוף הפרה משום דזה הוה שינוי בגוף הפרה. האיך הוא הדין אם גנב גנב ראשון פרה רקנית ונתעברה אצלו ואח"כ גנב גנב שני וילדה אצלו אם קנה הגנב השני את גוף הפרה או לא. מי אמרינן כיון דגנב הראשון לא קנתה א"כ בעת שגנבה הגנב השני והיא היתה אז מעוברת הוה כמו שגנב מעוברת מרשות הבעלים ועתה שילדה ברשותו הא הוה שינוי גמור וקנתה. או אפשר דאזלינן בתר הוצאה מבית הבעלים וכיון שמשעה שהוציאה מרשות הבעלים עד עתה ליכא בה שינוי דהא הגנב הראשון גנבה ריקנית וגם עתה היא ריקנית לא קנתה הגנב השני ולא שייך לו רק השבח בלבד שהשביחה בידו משעה שגנבה אבל גוף הפרה לא קנה. והנה אם מכר הגנב או הוריש לבניו בשעה שהיתה מעוברת ואח"כ ילדה ברשות הלוקח או ברשות היורש נראה דחשבינן כמו שהיא עדיין ברשות הגנב עצמו. כיון דמשעה שבאה ליד הגנב עד עתה לא היה בה שינוי ומה שנשתנה מעת שבאה לרשות הלוקח או היורש נראה דלא הוה שינוי ולא קנה היורש או הלוקח כיון דאין דעת הלוקח והיורש להוציאה מרשות הבעלים. א"כ מה שהיא ברשות הלוקח או היורש הוה כמו שהיא עדיין ברשות הגנב. כי מיבעי לי היכא דנגנב מרשות הגנב אי זה הוה כמו שגנב הגנב השני מרשות הבעלים והוה שינוי או לא:

והנה אם גזל הגזלן השני מיד הגזלן הראשון לאחר שנתיאשו הבעלים נראה ברור דכיון שאין הבעלים יכולין לתבוע מהגזלן השני אם אין הגזלה קיימת רק מדר"נ כמשב"ל. א"כ ע"כ דלא הוה כמו שגזל מרשות הבעלים. והטעם דכיון שהוא לאחר יאוש הוה כמו שקנויה קצת להגזלן כמש"כ הרשב"א שם. ולכך חשבינן כמו שגזל מהגזלן הראשון ולא

כמו שגזל מהבעלים. א"כ לענין שינוי נמי אזלינן בתר שעתא שבאה ליד הגזלן השני מיד הגזלן הראשון והוה שינוי. ואף לפי שיטת הסוברים שהבאתי למעלה דגזלה לא הוה שינוי רשות מ"מ קנה הגזלן השני גוף הפרה מטעם השינוי. אמנם אם גזל הגזלן השני מהראשון קודם יאוש הנה לפי"ד הקצוה"ח והנתיבות בסי' ל"ד ס"ז דגזלן השני לא חשוב גזלן להתחייב באחריות ומ"מ נראה לאחר העיון היטיב בדברי הנתיבות שם דגם הוא סובר דשינוי ביד השני קנה. לפי דבריהם ודאי נראה דאזלינן בתר הוצאה מבית בעלים כיון דהוא לא חשוב גזלן ועיקר הקנין הוא כיון שכבר יצאה מרשות הבעלים בגזלת הראשון ועתה היא ברשותו לכך קנה בשינוי א"כ בודאי אזלינן בתר הוצאה מבית בעלים. אבל באמת בדברי התוס' רי"ד ב"ק (קיא:) נראה להדיא דלא כדבריהם וגם גזלן השני חשוב גזלן כמו שגזל מיד הבעלים ודוקא לענין כפל ממעטינן גונב אחר הגנב משום דגבי גנב כתיב בית וגונב מבית האיש ואין זה ביתו כיון שהדבר אינו ברשותו. אבל לענין גזלן דלא כתיב בית ודאי דאפי' גזל מהגזלן הראשון נמי חשוב גזלן יעו"ש. וכן יש להוכיח מד' תשו' הרא"ש הובא בטור סי' שמ"ח על עובדא דאחד שסייע לאשה לגנוב חפצים מיד בעלה דמוכח להדיא מדבריו דגם השני חשוב גזלן. דלא כדבריהם. דכתב שם דכיון דמיד שהגביהה החפצים ע"ד לגנבם קנאתם כו' תו לא מיחייב שמעון במה שסייע להוליכם והא דאמרינן גזל ולא נתיאשו הבעלים רצה מזה גובה רצה מזה גובה היינו כשהשני גזלם מהראשון דכיון שלא נתייאשו הבעלים הוה כאלו גזלן מהבעלים אבל הכא שלא בא לגנוב אלא לסייע לאחותו והיא כבר קנאתם בהגבהה לא מיחייב דגנב אין כאן שלא נתכוין לקנות בהגבהתו עכ"ד. ואם נאמר כדבריהם דהשני לא מיקרי גזלן כלל ואינו מיחייב באחריות א"כ מאי נ"מ בין נתכוין השני לקנות בהגבהה או לא, וגם מלישנא דכתב הרא"ש דכיון דלא נתיאשו הבעלים הוה כאלו גזלן מהבעלים נמי נראה דס"ל דהשני חשוב גזלן ממש. וראי' זו הביא הדברי משפט בסי' הנ"ל להשיג עליהם. אבל באמת מגוף דברי הרא"ש מוכח יותר דס"ל דהגזלן השני חשוב גזלן ממש וכמש"ב. ולפי"ד נראה כיון דגם הגזלן השני חשוב כמו שגזל מיד הבעלים א"כ כיון דמעת שגזלה עד השתא יש שינוי בגוף הפרה א"כ קנאה הגזלן השני אף קודם יאוש כנ"ל:

וכן נראה לפי דבריהם דאם גזל חפץ שוה זוז ונתייקר בידו ושוה ד' זוזי ואח"כ גזל שני מידו ונאבד מיד הגזלן השני צריך הגזלן השני לשלם ליד הבעלים ד' זוז. אע"ג דלכאורה איכא למימר דלפי מה שכ' הרמב"ן והריטב"א דלכך אין הגזלן צריך לשלם אם נתיקר בידו ואח"כ אחבר ממילא רק כשעת הגזלה. ובשומר צריך לשלם כשעת הפשיעה משום דגזלן שאני דמשעת הגזלה יצא מרשות הבעלים והראי' שאינו יכול להקדישו ולכך א"צ

לשלם רק כשתבר בידים. וא"כ איכא למימר דגם גזלן שני דכיון שהוא לא גזל מיד הבעלים א"צ לשלם אם אתבר ממילא אח"כ בידו אלא כפי מה שצריך לשלם הגזלן הראשון אבל מה דנתיקר א"צ לשלם. אבל באמת לאחר העיון בדבריהם אינו נראה כן כיון דהם ס"ל דגזלה שגזל השני הוה כמו שגזל מיד הבעלים ממש א"כ בודאי דצריך השני לשלם כפי מה שהיה שוה אז הגזלה בשעה שגזלה כנ"ל:

והיכא דנעשה שינוי ביד הגזלן השני אחר יאוש בעלים לכאורה היה נ"ל בפשיטות דהוה אז כמו שאין הגזלה קיימת ודמי לאכלה כיון דאינו מחויב הגזלן השני רק דמים בעדה א"כ אין הבעלים יכולין לתבוע מהגזלן השני רק מדר"נ בלבד. וא"כ ביד יורשין כה"ג פטורין לגמרי. אמנם ראיתי דבשו"ע סי' שס"א ס"ז מבואר שם להדיא דאף אם נשתנה ביד היורשין לאחר יאוש בעלים מ"מ צריכין היורשין לשלם דמיה וצ"ע אמאי דהא ילפינן מקרא אם כעין שגזל יחזיר ואם לאו לא יחזיר וזה קאי ביורשין או בגזלן שני לאחר יאוש אליבא דר"ח וכיון שנעשה שינוי הא לא הוה כעין שגזל. א"כ אמאי חייבין היורשין להחזיר דמים לבעלים. ולפע"ד מדברי התוס' שם ד"ה גזל כו' יש להוכיח דס"ל כדברינו. דהא הקשו שם למ"ד שינוי לא קנה ודרש והשיב את הגזלה מ"מ ולא דרש אם כעין שגזל יחזיר אלא למעוטי גזל אביו מנ"ל האי דרשא. אבל למ"ד שינוי קנה ניחא. ואם נאמר דגבי פטור יורשין או גזלן שני לאחר יאוש בעינן דוקא כשאכלה אבל כשנעשה שינוי בידם הוה כמו שהגזלה קיימת אף שאינם מחייבים רק דמים בעדה. א"כ קשה האיך ילפינן מחד קרא שתי דרשות דלא דמי להדדי. חדא אם נעשה שינוי א"צ להחזיר רק דמים בלבד. ואידך דהיורשין או גזלן שני לאחר יאוש אם אכלה פטורין כיון דלא הוה כעין שגזל אבל לפי"ד ניחא דילפינן מקרא דאשר גזל דהיכא דלא הוה כעין שגזל דהיינו שנעשה שינוי בידו לא יחזיר. ומשמע דלא יחזיר כלל דא"צ להחזיר אף הדמים א"כ א"א לומר דזה קאי אגזלן עצמו דא"כ אמאי א"צ להחזיר כלל אחר השינוי הא הוא ע"כ צריך להחזיר דמים כדי לקיים מצות השבה. אלא ע"כ דקאי על היורשין שלו לאחר יאוש דאז אין צריכין להחזיר אף הדמים כיון שנעשה שינוי בידם הוה כמו שאין הגזלה קיימת ופטורין לגמרי. וה"ה בגזלן שני אינו יכול לתבוע ממנו רק מדר"נ. ולכך ילפינן שפיר הני שתי דרשות מחד קרא. וצ"ע בדברי השו"ע:

סימן יב

שאלה מי שנתן לאחד מבניו בלשון ירושה. אם יכול להורישו דבר שלא בא לעולם. ואי אמרינן דדבר שלא בא לעולם אינו יכול להורישו אם יכול להורישו מלוה שיש לו על אחרים:

תשובה הנה בדין זה אם יכול להוריש לאחד מבניו בלשון ירושה דבר שלא בא לעולם כבר נתוכחו בזה גדולי האחרונים ז"ל. והנה השעה"מ בה' נחלות הביא בשם המהרי"ט דדבר שלא בא לעולם אינו יכול להקנות אף בלשון ירושה. עיין שם שהביא הרבה ראיות לזה. אמנם השעה"מ השיג עליו וכתב וז"ל האמנם תמה אני על הרב ז"ל איך אישתמיט מיני' דברי הנ"י שכתב בפ' י"נ דף ריז ע"א וז"ל ודאמר על אחד מן הפשוטים יטול פי שנים נוטל הבכור פי שנים כדינו ומן השאר יטול הפשוט פי שנים וי"א שאינו נוטל בחלק היתר אלא במוחזק כדין הבכור כיון דאפקיה בהאי לישנא וזה דעת מורי ז"ל וי"ח ע"ז עכ"ל. והביא דבריו הד"מ סי' רפ"ו הרי בהדיא שלדעת הי"ח אפי' בנכסים שנפלו לאחר מותו דמקרי ראוי אפי"ה זוכה בו מכ"ש בנכסים שנפלו לאחר מכאן בחיים חיותו כו' עכ"ל והנה נעלם מהם תשו' הרי"ף סי' י"א דכתב שם להדיא כדברי המהרי"ט דז"ל שאלה מי שנתן נכסיו למי שראוי לירשו היכול להקנותו מה שלא בא לעולם. תשובה אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם בין למי שאינו ראוי לירשו בין למי שראוי לירשו ושלום יצחק בן יעקב ז"ל עכ"ל. אלמא דס"ל דאפי' מחמת ירושה אינו יכול להוריש דשלב"ל דהא ס"ל להרי"ף דבין לשון ירושה ובין לשון מתנה אם ראוי לירשו נוטל משום ירושה [עיין ברי"ף פ' מי שמת גבי עובדא דאיסור גיורא]. וא"כ אמאי כתב הרי"ף דאינו קונה דשלב"ל אפי' אם ראוי לירשו:

ומה שהקשה השעה"מ ע"ד המהרי"ט מהנ"י לפע"ד נראה דאף שאמרינן דדבשלב"ל אינו יכול להקנותו בלשון ירושה דוקא דשלב"ל ממש. אבל מלוה יכול להקנות בלשון ירושה משום דמלוה לא מיקרי דשלב"ל. וכן מבואר להדיא בדברי הרמ"ה בחי' לב"ב (קכה) וז"ל וטעמייהו דרבנן גבי מלוה משום דמתנה קריה רחמנא וכו' ומלוה אע"ג דמוחזק הוא כיון דלא הוה קיימא ברשותי' דאבוה בשעת מיתה דלא הוה יכול לאקנויי לכל מאן דבעי לא קרינן בי' לתת לו ואע"ג דקיי"ל ש"מ שאמר הלואתי לפ' הלואתו לפ' ואע"ג דאין ראוי לירשו התם מדרבנן אבל מדאורייתא ל"מ מקני באמירה בעלמא אלא למי שראוי לירשו כו' עכ"ל. ולפי"ז נראה דכונת הנ"י דהביא המחלוקת דאם אמר על אחד מן הפשוטין יטול פי שנים אם נוטל בראוי בחלק היתר. אין כונתו על הנכסים שנפלו לו לאחר מכאן דהתם ודאי אינו נוטל לכו"ע. אלא כונתו על מלוה אם נוטל בחלק היתר אם לא. דהא בכור אינו נוטל במלוה וע"כ י"א דגם הוא אינו נוטל מחמת הירושה במלוה דהא אמר יטול פי שנים א"כ כונתו שלא יזכה גם הוא אלא כבכור מה שבכור נוטל גם הוא יטול מחמת ירושתו כנ"ל ברור:

ונראה דע"ז קאי הספרי דדריש והיה ביום הנחילו וגו' את אשר יהיה לו מלמד שהבן נוטל בראוי כבמוחזק. קאי על ראוי זה היינו מלוה שהבכור אינו נוטל פי שנים בזה. אבל אם הוא נותן בלשון ירושה יכול להורישו אף מלוה אף שהוא ראוי אצל הבכור. ולא כמו שכתב המהריט"א בסוף בכורות דכונת הספרי הוא דיכול להורישו אפי' דבר שלא בא לעולם. דז"א אלא דהספרי קאי רק על מלוה. אבל לא על דבר שלא בא לעולם ממש. והדבר פשוט שהרבה יש לחלק בראוי גופי' בין דבר שלא בא לעולם ובין מלוה דאף שמקרי ראוי מ"מ מקרי מוחזקת קצת כמש"כ הרמ"ה שם. וראי' לזה דהא ס"ל לרבי דמלוה לא מקרי ראוי. א"כ אף לדידן דס"ל דגם מלוה מקרי ראוי מ"מ ודאי דמסתברא דהא דרבי קרא מאת אשר יהיה לו דלשון ירושה מהני להוריש אף ראוי לא רבי קרא אלא רק ראוי דמלוה אבל לא ראוי היינו דבר שלא בא לעולם משום דזה לא מקרי את אשר יהיה לו:

אך לכאורה יש להקשות ע"ד הרמ"ה דסותר דברי עצמו, דהוא כתב בפ' מי שמת (קנא.) גבי עובדא דאימי' דרב עמרם חסידא הוה לה מלוגמא דשטרא אמרה להוי לעמרם ברי אתא אחיהו לקמי' דר"נ א"ל והא לא משך אמר להו דברי ש"מ ככתובין וכמסורין דמי וכתב שם הרמ"ה וז"ל שמעי' נמי מיני' כו' דאפי' בראוי ליורשו לא קני באמירה אלא במתנת ש"מ אבל בבריא לא מדקאמר ר"נ דברי ש"מ ככתובין וכמסורין דמי דמשמע הא בבריא לא כו' עכ"ל. ולכאו' תמוה דהא הוא ס"ל דיכול להקנות הלואה אף בלשון ירושה למי שראוי לירשו. אבל באמת לאחר העיון בדבריו ניחא זה משום דהוא ס"ל דדברי ש"מ ככתובין וכמסורין דמי אף דלא אמר קני איהו וכל שעבודי' רק אמרה על מלוגמא דשטרא בלבד להוי לעמרם ברי מ"מ מהני מטעם דדבש"מ ככתוכמ"ס דמי והוה כאלו אמרה בהדיא קני איהו וכל שעבודא. אבל בבריא לא מהני כה"ג. אם אמר ירש פ' ברי הך מלוגמא דשטרא לא מהני עד דאמר ירש פ' ברי הלואת דהאי שטרא כנ"ל. ולדברי הרשב"א דס"ל דגם במתנת ש"מ צריך לומר קני אינהו וכל שעבודא. צ"ל הא דהשיב ר"נ להם משום דדברי ש"מ כו' משום דרצה להשיב להם דלכו"ע זכי בהו אף למאן דלא ס"ל כר"י בן ברוקא:

ובזה נ"ל לפרש דברי הגמ' שם (קמז:) דפריך שם על הא דאמר רבא אמר ר"נ ש"מ שאמר ידור פ' בבית זה יאכל פ' פירות דקל זה לא אמר כלום כו' והא אמר רבא אמר ר"נ ש"מ שאמר תנו הלואתי לפ' הלואתו לפ' אע"ג דליתא בבריא ר"פ אמר הואיל ויורש יורשה. והנה הראשונים נדחקו בזה דהא יורש יורש נמי דירת בית ופירות דקל. ועיין בתוס' דדחקו בזה והגהת מרדכי בסוף ב"ב הביא בשם הראשונים ראי' מזה דדבר שאין בו

ממש אינו יכול יורש ליורשה. ולפע"ד היה נ"ל לפרש דברי ר"פ הואיל ויורש יורשה היינו מה שהאב מוריש בן בין הבנים דהא הלואה יכול להוריש בן בין הבנים אבל דירת בית בלבד ופירות דקל בלבד אינו יכול להוריש בן בין הבנים. משום דדירה אין בה ממש ופ"ד הוה דשלב"ל. ומשום דלפי מאי דקיי"ל כריב"ב מתנת ש"מ כירושה שויא רבנן היינו כירושת בן בין הבנים. דדוקא כל מה שהאב מוריש לבן בין הבנים הוא דיכול ליתן במתנת ש"מ אף לאחר כנ"ל:

סימן יג

כבוד י"נ הרה"ג כו' מו"ה יצחק נ"י הגאב"ד דק"ק טורעץ:

ע"ד שאלתו בראובן שתבע משמעון מנה מעסק המסחר שהי' ביניהם ונתחייב שמעון שבועה בב"ד והפך שמעון השבועה על ראובן. ואח"כ עברה שמיטה ורוצה שמעון לפטור א"ע מלשלם את המנה משום טענת השמיטה. וכת"ר פלפל בזה אם שייך בזה טענת השמיטה כיון שהמנה היא התביעה מעסק המסחר שביניהם. והאריך בדברים נכונים מה שראוי לפלפל בהם. אך לפ"ד בנ"ד א"צ לכ"ז וכמו שאבאר:

הנה ברמב"ם ה' שמיטה פ"ט ה"ח איתא וז"ל הלוהו ותבעו וכפר בו והגיע השמיטה והוא בכפירתו והודה אחר שעברה שביעית או שבאו עליו עדים אחר השביעית אין השביעית משמטת עכ"ל. והראב"ד השיג ע"ז וז"ל הנה הוא סובר טעמא דחזר והודה או באו עדים משמט הא אם עומד בכפירתו אינו מו משמט כפשוטו של ירושלמי מלוה ונעשית כפרנית אינו משמט אולי אינו כמו שהוא סובר דלאו בכפירה תליא מילתא אלא או שפטרוהו ב"ד בשבועתו ונשבע קודם שביעית וחזר והודה או באו עדים כו' שאם הוא כמו שהוא פושט דברים כפשוטן מתני' דשבועות קשיא והשביעית משמטת את השבועה וה"ז עומד בכפירתו כו' עכ"ל. והכ"מ כתב דיש לתרץ דברי הרמב"ם כמו שכתב הר"ן בפ' הנשבעין דבמתני' עסקינן שתבעו קודם שביעית והודה במקצת וכפר במקצת ואותו מקצת שכפר בו אין שביעית משמטתו כדאמרינן בירושלמי מלוה ונעשית כפרנית אינה משמטת וס"ד אמרינן כיון שתבעו קודם שביעית והודה במקצת וכפר במקצת ותביעת אותה מקצת במקומה עומדת שלא נשמטה בשביעית ישבע עליה לאחר שביעית קמ"ל דשביעית משמטת שבועה זו דכיון שהשמיטה אותו מקצת שהודה בו נמצא שאינו אלא כופר בכל ואף השבועה מחמת אותו מקצת של הודאה נשמטת כיון שהממון נשמט אף הדיבור של שבועה שבא מכחו נשמט עכ"ל. והנה הג"ת בשער מ"ה ח"א הקשה ע"ז וז"ל וקשה לי דלפי"ז אין השביעית ממש בעצם היא היא המשמטת השבועה עצמה מצד שינהוג דין השמיטה בשבועה גופה. אלא פטור השבועה אחר

השביעית בא מאליו במקרה מוכרח מה"ד מפני שהמקצת שבא עלי' הכפירה נעשה חוב בפני עצמו והוי אידך כופר בכל כיון שנפטר מהמקצת שהודה ודמי להילך וא"כ היכי אמרינן דהשביעית משמטת את השבועה ודרשינן לי' מזה דבר השמיטה שמוט אפי' דבור משמטת דמשמע דאיצטריך קרא וילפינן מיני' דגוף השמיטה מצד עצמה משמטת הדבור עצמו. וכ"ש באידך דרשא דלא יגיש לא לשלם ולא לישבע. וזה אינו אלא גרמא בעלמא ובלאו קרא הוה ידעינן דאין מקום לשבועה עכ"ל:

ונכדי האברך החו"ב בצלאל שי' תירץ זאת בטוב טעם ודעת דאי לאו קרא דגלי דשביעית משמטת השבועה בודאי הו"א דחייב לישבע על הכפירה אף לאחר שמיטה כיון דעצם הכפירה אינה משמטת. ואי משום הודאה דנשמטה בשביעית מטעם זה לא היה פטור על השבועה דנתחייב מקודם בב"ד דשמיטה לא עדיפא מאם היה משלם אח"כ מעות מזומן מ"מ צריך לישבע על הכפירה ודוקא אם משלם בעת התביעה ואמר לו הילך אז הוא דפטור על הכפירה. לכך צריך קרא דמ"מ פטור על השבועה מן התביעה דקודם שביעית אף שהוא חייב ממון על הכפירה אם הודה אח"כ. וזהו מטעם גזה"כ דאף הדבור שבא מכח הודאה נמי נשמט. והא דהוצרך הר"ן לאוקמי זאת דוקא במודה במקצת כיון שגם לפי דעתו ע"כ צ"ל דזהו מטעם גזה"כ א"כ אמאי לא נימא נמי דאף בשאר שביעה כגון בשבועת ע"א נמי פטור מן השבועה מטעם גזה"כ אף שמן הממון לא נפטר. משום דקשה להר"ן כיון שמן הממון לא נפטר אם הודה או באו עדים אח"כ. א"כ ה"ה אם בא ע"א דודאי צריך לישבע ע"ז. א"כ אף שבא העד קודם השביעית אמאי לא ישבע אף אחר השביעית מחמתו ומאי נ"מ אם בא העד קודם שביעית או לאחר שביעית. לכך קאמר הר"ן דהקרא איירי דוקא במודה במקצת וכיון שנשמטה בשביעית ההודאה שהיתה קודם השביעית וגם השבועה שבאה מחמתה אחר השביעית א"א להשביעו אף שאם יודה יתחייב כיון שאז הוא כופר בכל. ודבריו נכונים המה:

אך דקשה לפי"ד הר"ן דא"כ אמאי אמרינן שם לוה ממנו ערב שביעית ובמוצאי שביעית נעשה לו שותף או אריס אין מגלגלין טעמא דלוה ממנו ערב שביעית דאתי שביעית ואפקעתי' כו'. ועיין בר"ן דגירסתו הי' בגמרא ואפקעתי' לשבועתא אלמא דכפר קודם השביעית. א"כ אמאי לא מצי לגלגל לאחר שביעית כיון דעצם הממון לא נשמט בשביעית כיון שכבר כפר קודם השביעית כמו בע"א לדברי הר"ן. ומצאתי להרשב"א בחידושיו דכתב וז"ל אלא דק"ל מדאמרינן לעיל לוה ממנו ערב שביעית ולמוצאי שביעית נפשה לו שותף או אריס אין מגלגלין דאתי שביעית ואפקעתי' לשבועה כלומר דממון אין כאן אעפ"י שכופר ונוכל לאוקמא בשלא תבעו וכפר בו קודם השביעית וצריך

לי עיון עכ"ל. ונראה דמה שהניח הרשב"א דבריו בצ"ע משום דלפי"ז קשה מאי קאמר דאתי שביעית ואפקעתי' לשבועתא כיון דקודם השביעית לא כפר כלל. וגם קשה דמאי אשמעינן שאינו יכול לגלגל כיון שנשמט המלוה שאף אם יודה לא יתחייב. ולפע"ד היה נ"ל לומר דהכא מיירי שתבע ממנו קודם השביעית והודה במקצת ונפטר מן השבועה לאחר השביעית מטעם גזה"כ דאתא שביעית ואפקעתי' לשבועתא משו"ה אינו יכול לגלגל עליו שבועה אח"כ כיון שכבר נפטר מן השבועה על אותו הממון מטעם גזה"כ לא מצינו שיכול לגלגל על אותו ממון שבועה אח"כ. דהא גלגול שבועה חידוש דלמדין מן הסוטה ובכה"ג לא מצינו שיכול לגלגל ואפשר לומר דהא דכתב הריטב"א במשנה דלכך נקטא הכא והשביעית משמטת את השבועה לומר דהא אין מגלגלין כלל אחר שביעית דכבר השמיטתה שביעית עכ"ד. ג"כ כוונתו הוא דהיכא דהשמיטה שביעית השבועה שעברה שנתחייב עליה מעיקרא אין מגלגלין כלל לאחר שביעית משום דלא דמי לסוטה כמש"ב. דאל"ה פשיטא דכיון דנשמט החוב שעבר האיך אפשר לגלגל אח"כ:

א"כ לפי שיטת הר"ן והרשב"א שנראה מדבריו שסובר ג"כ כדעת הר"ן] ולפי"ד הכ"מ הוא ג"כ שיטת הרמב"ם היכא שכפר קודם השביעית בכל חייב שבועת היסת אף לאחר השביעית א"כ בנ"ד כיון שכבר כפר קודם השביעית לא שייך כאן השמטת שביעית. אמנם התומים תמה על הכ"מ דהאיך רוצה לומר דגם הרמב"ם סובר כדברי הר"ן איך כתב סתם ושביעית משמטת שבועה דהא איכא הך שבועה דע"א אף גם לדידן הא איכא היסת בכופר בכל. וא"כ מה בכך דליכא כאן הודאה במקצת והרי הוא כופר בכל הא אף בכופר בכל חייב שבועה ואיך כ' הרמב"ם דשביעית משמטת שבועה הא היסת בעי. וע"כ מפרש דהרמב"ם מיירי בכה"ג דכפר ואין עליו שבועה דהיינו בע"א מסייע או דפוטר אותו מן השבועה יעו"ש. אבל לשן הרמב"ם דסתם אינו משמע כן. ע"כ נ"ל דאף שפשטות דברי הרמב"ם מורין כדברי התומים דאף בשבועת ע"א נמי משמטת השבועה דאינו יכול להשביעו אחר השביעית. וע"כ צ"ל דגם הממון נשמט. הוא דוקא היכא דנתחייב לי' שבועה דאורייתא כיון דיורדין לנכסיו אם לא ירצה לישבע א"כ השבועה היא נגישה גמורה ע"כ אמרה התורה דלאחר שביעית א"א לתבוע שישבע או ישלם ומשמטת בין השבועה ובין הממון בין שהיתה השבועה ע"י מב"מ ובין ע"י ע"א. אבל אם תבעו וכפר בכל כיון דאין יורדין לנכסיו אם לא ירצה לישבע רק דמשמתינן לו מה דאינו שומע לדברי חכמים זה לא הוי נגישה גמורה ובזה אין שביעית משמטת. ע"כ כתב הרמב"ם כפר והגיעה שמיטה והוא בכפירתו והודה או באו עדים חייב. ומה שלא הזכיר הרמב"ם בפירוש דשבועת היסת משביעין אפי' לאחר שביעית כיון דאינה משמטת

הממון וקאמר סתם דשביעית משמעת השבועה. משום דהא הוא מפרש אח"כ בד"א בשבועת הדיינין. ושבועת היסת אינה בכלל שבועת הדיינין עיין בה' שבועות פי"א הי"ג וכן מבואר בשו"ע סי' פ"ז ס"ז. לכך אינו צריך להזכיר. ולפי"ז צ"ל הא דכתב הרמב"ם אבל שבועת השומרין והשותפין וכיוצא בהן משבועות שאם יודה ישלם ה"ז ישבע אחר השמיטה. הך שבועת השותפין כוונתו הוא אף היכא דצריך לישבע מדאורייתא כמו שבועת השומרין. דהשותפין הם שומרין זה לזה. אבל שבועת השותפין דעלמא כיון שאינה אלא מדרבנן ואין יורדין לנכסיו אם לא ישבע בלא"ה אין שביעית משמטת שבועה זו כמו שבועת היסת אמנם לפי"ד הכ"מ דהרמב"ם סובר דגם שבועת ע"א אינה משמטת צ"ע דברי הרמב"ם דא"כ מה צריך להזכיר דשבועת השומרין והשותפין אינה משמטת א"כ לפי"ד בנ"ד דאינה אלא שבועת היסת ודאי אין שביעית משמטת:

ואף שנראה כן לדינא מ"מ מי יכול להוציא ממון נגד דעת הראב"ד דס"ל דגם בשבועת היסת שביעית משמטת כ"ז שלא נשבע. וכן ס"ל להטור וכן סתם הש"ע כדיעה זו. אבל לאחר העיון בנ"ד אין צריך לכל זה ולפי"ד כו"ע מודים בזה דאין שביעית משמטת כיון דכבר הפך השבועה על שכנגדו א"כ אין כאן שום נגישה מראובן על שמעון שכבר נפטר ממנו במה שהפך השבועה על ראובן והוה כמו שתבע אותו קודם השביעית וכבר נשבע לו ומה שמחוייב שמעון לאחר שישבע ראובן ע"ז אין שייך לומר שביעית משמטת דכ"ז שלא נשבע ראובן אין שום חיוב על שמעון והוה כמלוה שלא הגיע זמנה שאין שביעית משמטת. ולא דמי למלוה בשטר וטען עליו השתבע לי דלא פרעתיך ולא נשבע קודם השביעית דנראה דשביעית משמטת אף שעדיין לא נשבע דשאני התם דיכול לנגוש את הלוה אף קודם שישבע דהא קיי"ל בשו"ע סי' פ"ב ס"ג כשטוען שפרע השטר ואמר שישבע לו המלוה ויטול אומרין לו הביא מעותיו ואח"כ ישבע ויטול אבל בהפוך שבועה מה"ד אינו יכול לטעון הביא מעותיך לב"ד ואח"כ אשבע ואטול. משום דכ"ז שלא נשבע אין שום חיוב עליו רק מצד המנהג שנהגו ב"ד שאומרים להנתבע הביא מעותיך לב"ד ואח"כ ישבע. וכן משמע באו"ח סי' פ"ז דזה הוא רק מנהג בעלמא שנהגו ב"ד בכך. וכיון דמה"ד אינו יכול לכפות אותו שיביא מעותיו לב"ד כ"ז שלא נשבע א"כ אינו יכול לנגוש אותו ולכך אין שביעית משמטת בזה. וראי' ברורה לדברי דלא דמי הפוך שבועה לנשבעין ונוטלין. דהא גבי נשבעין ונוטלין קיי"ל בסי' פ"ז ס"י דאם תפס ולא רצה לישבע לא מפקינן מיני'. אבל גבי הפוך שבועה אם תפס ולא רצה לישבע מפקינן מיני' כמבואר שם בש"ך בשם ג"ת משום דגבי הפוך שבועה כ"ז שלא נשבע אין שום חיוב עליו לכך אינו יכול לתפוס. אבל גבי נשבעין ונוטלין הוא מחוייב מעות אף קודם שישבע ולכך

יכול לתפוס. ומטעם זה גבי הפוך שבועה כ"ז שלא נשבע אין שביעית משמטת אבל בנשבעין ונוטלין שביעית משמטת אף קודם שנשבע כנ"ל:
כ"ד יג"ע יו"ט ליפמן הכהן:

סימן יד

כבוד ידידי מחו' הרב הגביר החו"ב י"א מוה' יצחק צערניאק ג"י:

ע"ד שאלת מע"כ אודות האיסקלאד מהצוקער שהוא מנהל אותו. והצוקער מונח על מקום רחב של אבשציסטווא אחת שהיא מקבלת עליה אחריות השמירה. ובכל עת שהוא מוכר צוקער לחנונים שולח לשם איש אחד עם הקוויט ועושים שם נאדפיס על הסך שמוכרים ובפיסוק דמים אינם באים עמו בכל פעם שמקבלים. רק כשנשתנה המקח אז מודיע מעל' להם שעלה המקח. ע"כ שואל מע"כ אם נוכל למצוא היתר למסור להקונים צוקער כשדורשין בשבת. כי יש בזה הפסד גדול אם לא ינתן להם הצוקער בשבת. ומע"כ האריך לצדד התירא בזה:

והנני להשיבו כי לאחר העיון היטב בזה לא מצאתי שום היתר רק באופן זה שיעשה שטר מכירה עם נכרי אחד על משקל סך צוקער שיספיק לו לפי חשבונו לשבתות השנה וליו"ט. עפ"י המקח אשר יקצבו בקאנטאר רק יניח לו ריוח סך מצער. וכל הצוקער שיקבלו החנונים בימי דשבתא ובמועדא יהי' ע"ח הנכרי. והוא יקבל ע"ע לשלם שכר השמירה להאבשציסטווא בעד הסך שלו. ויתנה עם הנכרי בשעת הקנין שאם יצטרך למעל' צוקער לימי החול יקבל מצוקער של הנכרי בתורת הלואה וכשיביאו לו אח"כ צוקער יהי' שייך להנכרי לתשלומין הלואה מה שלוה מאתו. ויקבל מהנכרי או"ג ע"ז והמותר יזקף עליו במלוה וגם יקבל קנין בסודר של הנכרי ויעשה גם ת"כ. ומזה ההיתר הוא היתר פשוט בלי שום פקפוק כלל. ובכ"ז יוכל לשלוח איש אחד מקאנטאר שלו עם הקוויט להאבשציסטווא לרשום משקל הצוקער שיקבלו הקונים בשבת. רק בידי מע"כ יהי' פנקס מיוחד רשום בו משקל הצוקער שמקבלין בשבת ע"ח הנכרי:

בדבר אשר הקשה מע"כ בדברי התוס' דעירובין (סו.) ד"ה יפה עשיתם כו' דכתבו דלכך מותר שכירות מהעכו"ם בשבת משום דזה לא דמי למו"מ אלא זה הוה כמתנה בעלמא. הא אמרינן שם (עא.) דאי הוה בטול כמקנה רשותו הוה אסור אע"ג דזה לא הוה אלא מתנה בעלמא. יפה הקשה. ונפלאתי על תשובת עבודת הגרשוני בסי' כ"ד שמביא ראי' מדברי התוס' הנ"ל דמתנה בשבת מותר. הא מדברי הגמרא (עא.) מוכח להיפך. ויותר קשה הא המג"א בסי' ש"ו ס"ק ט"ו הביא ראי' מדברי הגמרא דמתנה בשבת אסור כדברי

המרדכי דביצה והמרדכי גופי' בעירובין בפ' הדר כתב כדברי התוס'. ע"כ נ"ל לישב דברי התוס' והמרדכי דס"ל דלהתיר טלטול בחצר בשבת הוה נמי מצוה. ומתנה לצורך מצוה לא גזרו חכמים כדמוכח מכמה מקומות. וכן כתב המרדכי בביצה דמתנה לצורך מצוה מותר. ע"כ מותר שכירות מעכו"ם בשבת משים דזה הוה להתיר טלטול לכל בחצר. וזה הוה כמו עירובי חצרות דהוה נמי מצוה כמש"כ הראשונים. והביאו ראי' מעירובין (סח.) דאמר רב חנן לאביי מבואה דאית בו תרי גברא רבה לא להוי בו לא עירוב ולא שתוף. אבל בטול רשות לכך אי הוה מקני רשותא הוא אסור משום כיון דבזה אינו מתיר לכולם לטלטל בחצר דהא המבטל עדיין נשאר באיסורא וא"כ אין התיקון לכל בני החצר בכה"ג לא הוה צורך מצוה כיון שעדיין יכול לבוא לידי קלקול אם ישכח המבטל ויטלטל משו"ה אי היה כמקנה רשותא אסור אע"ג דהוה כמתנה בעלמא. אע"ג דלפעמים משכחת דגם המבטל מותר לטלטל כגון היכא שמבטל גם רשות ביתו לכל בני החצר דמותר גם הוא להוציא מביתו כמבואר בשו"ע סי' ש"פ ס"ב. מ"מ הא הוא מותר דוקא לאחר שהחזיקו א"כ אין הבטול מועיל שלא יהא שום תקלה בזה. וכ"ש שניחא זה לדעת הרר"י דס"ל דאף לאחר שהחזיקו נמי הוא אסור להוציא מביתו לחצר. ועוד נראה לי עיקר דבטול לא דמי לשכירות. משום דהא חזינן דבטול לא התירו חכמים לסמוך לכתחילה ע"ז. רק אם אירע ששכח אחד מהם ולא עירב. אבל שכירות הא זה הוה תקנת חכמים לכתחילה לסמוך ע"ז לכך גבי בטול אם הוה מקנה רשותא לא הקילו חכמים לקנות בשבת. אבל שכירות כיון דזה הוה תקנת חכמים שבזה יתוקן העירוב לכך הקילו בזה אף בשבת כיון דזה הוה צורך מצוה:

ומה שכתב מע"כ דקנין לבד בלא פסוק דמים אינו אסור אלא רק אם יש בזה מקנה וקונה דהיינו שע"י הקנין הוא יוצא מרשות אחד לרשות שני כו' אבל הפקר מותר בשבת. והביא ראי' מהא דאמרינן בעירובין שם איסתלוקי רשותא בשבת שרי. וכן מפ' מפנין דאמרינן שם דאי בעי מפקיר נכסי'. הנה הרמב"ן בס' אוצר נחמד בחידו' לפסחים כתב להדיא דהפקר בשבת אסור. ופי' שם להדיא דאיסתלוקי רשותא לא הוה הפקר וז"ל וכן נמי ביטול רשות שהזכירו לענין עירוב אינו מפקיר ביתו שישבו בו אחרים אלא שהוא עוקר דעתו מלדור עם השותפין ביומו כדי שיהו הם כמו שדרים לבדם עכ"ל. אמנם הא דפ' מפנין לכאורה קשה לדברי הרמב"ן ז"ל. ונראה לישב דבריו דאף לדעתו דהפקר אסור בשבת. מ"מ זה ודאי דלא חמיר הפקר ממתנה. והא מצינו דמתנה לצורך שבת מותר. ולכך אמרינן שם דדמאי הוה חזי לי' משום דאי בעי הוה מפקר נכסי'. היינו משום דאם לא יהא לו מה לאכול בשבת רק דמאי בלבד אז מותר להפקיר נכסי' אף בשבת כדי שיהא

עני ויהא מותר בהדמאי ולכך מיקרי חזי לי'. א"נ איכא למימר דכיון דמתנה לצורך שבת מותר א"כ אפי' כשיש לו מה לאכול ורק אם יש לו עונג יותר בהדמאי מותר להפקיר נכסי' בשבת כדי שיהא עני ויהא חזי לו ויתענג בו. כנ"ל לישב דברי הרמב"ן ז"ל. ועיין בשעה"מ ה' לולב פ"ח ה"ב מה שהקשה שם על דברי הריטב"א דס"ל דהפקר בשבת אסור מהא דפ' מפנין ומתרץ שם דהא דכתב הריטב"א דאסור להפקיר בשבת הוא דוקא היכא שכוונתו שיזכו בו אחרים אח"כ. אבל על דברי הרמב"ן דפסחים א"א לומר כן. דהא שם מיירי להדיא אפי' היכא שאינו רוצה שיזכו בו אחרים. מדהביא ראי' אבטול חמץ דמותר בשבת ויו"ט. אלמא דאין זה הפקר יעו"ש. וע"כ צריך לתרץ כמו שתירצתי: **גם** מש"כ מע"כ דלזכות מן ההפקר מותר בשבת והביא ראי' מהא דשרי לבטל רשות בשבת ומה יועיל סלוק רשות של זה אם לא קנוהו בני חצר עכ"ד. הנה מש"כ בפשיטות דמה יועיל סלוק רשות של זה אם לא קנוהו בני חצר. ז"א דהא אנן קיי"ל דדירה בלא בעלים אינה אוסרת. א"כ אף אם לא קנוהו בני חצר אלא בסלוק בלבד נמי סגי משום דהוה דירה בלא בעלים. [והנה ידידי הנ"ל העיר על דברי דזה תלוי בפלוגתת רש"י ותוס' בדין דירה בלא בעלים. דף פ"ה ד"ה שני בתים דלשיטת רש"י דדירה בלא בעלים אינה דירה רק לענין שלא תאסור על בני החצר אבל מ"מ מתוכה אסור להוציא ולהכניס דרשות מיוחדת היא. ע"כ מוכרח דבבטול רשות צריכים בני החצר לקנות כי באם לאו יהי' אסור להם להוציא מן הבית הזה לחצר. יפה העיר.] אך יש להביא ראי' לכאורה כדבריו מדשרי בני החצר להחזיק לאחר הבטול אף בשבת כדי שאולי יוציא המבטל ויחזור מן הביטול עיין פ' הדר (סח:)] אבל באמת אין ראי' כלל מן הביטול דהא כבר הבאתי למעלה דברי הרמב"ן דביטול לא הוה הפקר גמור. א"כ אין להביא ראי' כלל מזה דמותר לזכות בהפקר גמור. והגאון בעל עבודת הגרשוני הביא ראי' מפ' כל כתבי (קכ.) דקאמר שם חשבון מאי עבדתי' מהפקירא קזכו כו' ע"ש בפירש"י ז"ל. אכן גם זה אינה ראי' מוכרחת לפי"ד דאולי הזכיה מן ההפקר הוא תיכף אחר השבת כיון שהדבר הוא ברשותם. אמנם לפי"ד יש להביא ראי' דמותר לזכות מן ההפקר בשבת מגמ' דע"ז (ע.) דקאמר שם אמר ר"י המוצא כים בשבת מוליכו פחות פחות מד' אמות. ועיין בדברי הרמב"ם ה' שבת פ"ו ה' כ"ב ובפ"כ. ועיין בהגר"א סי' רס"ו סק"ח דכתב דלישנא דהגמרא כמה כיסים משתכחין בשוקא משמע יותר כד' הרמב"ם שאיירי במציאה. אך לפי שארי הראשונים א"א להביא ראי' מדברי הגמרא הנ"ל. מ"מ מדברי הרא"ש דב"מ ג"כ מוכח דס"ל דמותר לזכות מן ההפקר. דהא אוסר להגביה הכיס מטעם איסור מוקצה. אבל מטעם זכיה מן ההפקר אינו אוסר. ולפי"ז מה שהקשה מע"כ דאמאי אסור למקני'

שביתה בשבתא דהא זה הוה זכיה מן ההפקר. היא קושיא גדולה לכאורה. אך לפי מה שמסיק התוס' בביצה (יז:) ד"ה מאי טעמא כו' דאסור למקני' שביתה בשבתא משום הכנה ניחא. וכן לדברי רש"י שם דנראה דס"ל משום דזה הוה כמתקן בשבת עיין בפנ"י שם נמי ניחא. אמנם לפי מה דס"ד דהתוס' שם דזה הוה משום קנין בשבת ודאי דקשה אי אמרינן דמותר לזכות מן ההפקר בשבת. וע"כ צ"ל דס"ל להתוס' דזכיה מן ההפקר אסור בשבת. ודברי הגמ' דע"ז יפרשו כד' הראשונים. כך עלה בדעתי. אמנם כעת ראיתי בתשו' רעק"א סי' קע"ד שהביא ראי' נכונה מהגמ' דעירובין דמותר לזכות מהפקר בשבת. ע"כ נראה דע"כ צ"ל דס"ל להתוס' לחלק בזכיה מן ההפקר דהיכא דא"צ לומר כלום בשעת זכיה מותר לזכות בשבת מהפקר אבל היכא דצריך לומר שהוא מתכוין לזכות אף בזכיה מהפקר נמי אסור. לכך גבי מקני שביתה בשבתא כיון דצריך לומר בשעת קנית העירוב שבזה העירוב יהא מותר לו למחר לילך אלפים אמה ע"כ זה אסור בשבת. אבל היכא דאינו אומר כלום בשעת זכיה זה מותר. ולכך מותר לקנות שביתה ברגליו או שמערב בפת הראשון כיון שאינו צריך לומר כלום. ובזה נוכל לישב קושית הרמב"ן בפסחים שם על שיטת התוס' שם דס"ל דביטול הוא מטעם הפקר דא"כ האיך התירו ביטול בשבת כדתניא מבטלו בלבו אחד שבת ואחד יו"ט והלא הפקר נראה שאסור לאדם להפקיר נכסיו בשבת כענין ששנינו אין מקדישין ואין כו' גזירה משום מקח וממכר. ולפי"ד איכא למימר דדוקא ביטול בלב הוא דשרי כיון דסגי גם במחשבה בלב. אבל הפקר באמירה ודאי דאסור משום דזה דמי לאין מקדישין כדברי הרמב"ן ז"ל:

כ"ד ידידו מחו' דו"ש יו"ט ליפמן הכהן.

מפתחות

אשר עשה נכדי החו"ב מו"ה בצלאל הלוי שיחי' ישלם ה' פעלו. יעלה מעלה מעלה בתורתנו הקדושה. ויהי' לגפן אדרת. גם לשם ולתפארת כעתירת א"ז המחבר:

חובת קרקע

א. מבאר דנחלקו הראשונים על ערלה בחו"ל אם לוקין עלי' ואם מחויבין לשורפה. ומפלפל בזה הרבה. ולהתוס' רי"ד והריא"ז אינה אסורה בהנאה. ודבריהם מוקשים מפסחים (כה:) ומע"ז (כב.):

ב מבאר דלכ"ע לוקין על ערלה בא"י בזה"ז דלא כהמל"מ הש"א משום דנהגא קודם כיבוש. מפלפל בארוכה ומישב דברי הגמ' בכתובות (כה.) המוקשים מאד:

ג. מבאר דגם הרמב"ם סובר דלוקין על ערלה בא"י בזה"ז דלא כהצל"ח. מפלפל בטעה הרמב"ם דסובר דתרומה בזמן עזרא דרבנן:
ד. מבאר דלמ"ד דבטלה קדושת עזרא כלאי הכרם בא"י בזה"ז דרבנן. ומוכיח דאף לדעתו ספיקא אסור היכא דאיקבע איסורא דלא כהמל"מ:
ה. מבאר דלהרמב"ם דסובר דרבעי אינו נוהג בחו"ל יש להסתפק משמע דלהרמב"ם היא מדרבנן:
ו. מבאר דבהרמב"ם יש סתירה אם רבעי נוהג בשל נכרי שלא ברצונו. מקשה על תירוץ המשכ"י [בהמשכ"י יש ט"ס דנכתב דכונת ר"י וצ"ל דכוונת רבנן] ומחלק דאם לקטן ישראל חייב ברבעי ואם לקטן נכרי תליא ברצין הנכרי [אנ"ה עי' בפנים דמניח בצ"ע דמה מהני רצין הנכרי הא גבי תרומה לא הוי תרומתן תרומה מדאורייתא. ועוד דקשה מתוספתא ומיבמות (קכב.) דמוכח דאף אם לקטן נכרי חייב ברבעי אף אם לא רצה הנכרי. ע"כ נראה לענ"ד לישב דברי הרמב"ם בדרך אחר. דבודאי רבעי נוהג בשל נכרי אף אם לקטן הנכרי כמ"ש הרמב"ם בה' מ"ש פ"י ה"ה וכמו שמוכח מהתוספתא ומיבמות (קכב.). אך זה דוקא אם אח"כ מכר הנכרי הפירות לישראל דבשעה שהפירות הם ביד ישראל הם קדושין בקדושת רבעי. אבל בשעה שהפירות הם ביד נכרי סובר הרמב"ם דאין עליהם קדושת רבעי. והטעם בזה דכיון שברבעי עיקר האיסור לקוח מהמצוה שצונו להוליך הפירות לירושלים ומחמת זה אסור לאוכלם חוץ לירושלים. וכיון שעל הנכרי אינו חל המצוה להוליכם לירושלים להכי כ"ז שהפירות מונחים אצלו אינו חל עליהם גם איסור רבעי. ויהי' מותר לישראל לאכול הפירות כ"ז שהם ברשות הנכרי. ואף שהנכרי נתן לו הפירות מ"מ אינם נעשים שלו לפי שי' הר"ן והתוס' בנדרים (לה:). ואף לפי שי' רש"י שם וכן דעת התוס' בפסחים (כט.) דכיון שנתן לו לאכול הוה שלי מ"מ אפשר לומר הכא כיון שנתן לו רק לאכול ואינו רשאי להקדישם להכי אינו יכול לחול גם קדושת רבעי על הפירות ואכמ"ל בזה. וכן אם גזל ישראל הפירות מהנכרי מלבד איסור הגזלה אינו חל איסור רבעי על הפירות. ולהכי כתב הרמב"ם שם בה"י דיש לנכרי כ"ר שאם רצה לנהוג במצוה זו הרי היא קודש כשל ישראל. דדוקא אם רצה אבל בלא רצונו אינו חל על הפירות קדושת רבעי. ולפ"ז מיושב היטב קושית א"ז הגאון נ"י מדוע מהני רצון הנכרי הא גבי תרומה לאחר מירוח לא מהני רצון הנכרי. דשאני התם כיון דלאחר מירוח הפירות בעצמן פטורין ואף אם לקחן ישראל הפירות פטורין להכי לא מהני רצון הנכרי דהא לא עדיף מישראל. אבל הכא כיון שאם לקחן ישראל הם קדושין בקדושת רבעי להכי אם רצה הנכרי לנהוג במצוה זו חל האיסור על הפירות משום דהוי

כמו ישראל משום שמעשיהן במצות קיימין כמו שכ' הרמב"ם בפי' בתרומות פ"ג וז"ל הכותים אע"פ שאין חייבין במצות אם עשו מהם שום דבר יש להם קצת שכר וזה מן העיקר שלנו וכיון שהם משתתפין עמנו בשכר מעשיהן במצות קיימין עכ"ל. וכ"ז למד הרמב"ם ממה שכתב המשנה דין דיש לנכרי כ"ר גבי הנכרי שתרמו תרומתן תרומה דמה שייכא להתם אלא ודאי דבשעה שהם ביד הנכרי תליא ברצון הנכרי וכמו שהוכיח מזה המשכ"י. ולפי מה שבארתי מבואר היטב טעם מחלוקתן דרבנן ור"י דלפי המשכ"י תמוה באיזה סברא פליגי ומאיזה טעם סבר ר"י דלא מהני רצון הנכרי. גם תמוה דהא בירושלמי דמ"ש פ"ה מפורש דדברי דר"י תליא אם ילפינן נ"ר ממ"ש [ולפי פי' א"ז הגאון נ"י י"ל דפליגי אם לקטן ישראל ודו"ק] אבל לפי דברי ניחא שפיר דר"י סובר דילפינן נ"ר ממע"ש וגם סובר דיש קנין לנכרי באי"י וא"כ הפירות מה"ד פטורין ואף אם לקחן ישראל ולהכי לא מהני רצון הנכרי כמו גבי תרומה לאחר מירוח. אבל רבנן סברי או דאין קנין או דלא ילפינן נ"ר ממע"ש [וזה תליא במחלוקת הרמב"ן והרשב"א המבוארים בסי' ה'] וא"כ הפירות מחויבין דאם ילקחן ישראל יהי' קדושין ולהכי מהני רצון הנכרי]:

ז. מבאר בראיות דערלה נוהג בשל נכרי דלא כהמשכ"י. ומדחה ראיותיו. מפרש הירושלמי דר' יאשי' מייתי נטיעות מחו"ל בגושיהן:

ח. בענין הנ"ל מדחה ראיות המשכ"י. ומסיק להלכה דגבי ערלה אין חילוק בין של נכרי לשל ישראל רק לשי' רש"י בשל נכרי בסוריא דינם כערלה בחו"ל. ומבאר דכלאים למ"ד דלא בטלה קדושת עזרא הוה דאורייתא אף בשל נכרי. ולמ"ד דבטלה לפי שי' בה"ת בשל נכרי דינם כמו בחו"ל. וברבעי באי"י לרוב הפוסקים דינם כמו ערלה ולהרמב"ם נתבאר לעיל סי' ו'. וברבעי בסוריא ובחו"ל בשל נכרי פטורין:

ט. חוקר למ"ד דחדש בחו"ל דרבנן אי באי"י בזה"ז הוי דאורייתא, מפרש פי' חדש בגמ' דמנחות (ה.) ומזה ראי' להא"ז והפנ"י דחדש בחו"ל תלי אם עומר בא מחו"ל:

י. בענין הנ"ל. מפלפל בדעת ר"ע אם סבר דחדש בחו"ל דרבנן. מפרש באריכות דברי התוס' בר"ה (יג.) ומפרש הירושלמי דפ"ב דחלה מצאו קמה לחה כו':

יא. בענין הנ"ל. מפלפל בפי' הגר"א והש"א בסוף דברי הירושלמי הנ"ל ומסיק דבריהם בקושיא. והעיקר כפי' הפנ"י ומזה מוכח דר' ירמי' סובר דלר"ע חדש בחו"ל דרבנן. ומסיק להלכה דחדש באי"י דאורייתא משום דלר"ע נהגא קודם כיבוש ואסור לקצור קודם שהאיר המזרח דלא כהמל"מ והש"א:

יב. מבאר דבקרקע של נכרי באי"י אם אסור לקצור קודם שהאיר המזרח תליא במחלוקת הב"י והמבי"ט. ואם קנה נכרי קרקע לפירות בודאי אסור דלא כהש"א:

יג. חוקר למ"ד דחדש בחו"ל דאורייתא אם אסור לקצור קודם שהאה"מ בקרקע של ישראל בחו"ל. מביא בזה מחלוקת הראשונים ונותן טעם להיתר דקצירה ילפינן מחלה:

יד. חוקר אימתי זמן החנטה. מפלפל בדברי הרשב"א בקדושין (סב:) וברש"י שם. מהירושלמי מוכח דחנטה הוא מזמן שאסור לקצוץ בשביעית. מבאר דנחלקו הראשונים אם אחר החנטה מיקרי דבר שבא לעולם אם מכר לו פירות גמורים. מישב רש"י דב"מ (עג:):

טו. בענין הנ"ל מבאר דהרמב"ם והראב"ד סברי דחנטה הוא זמן עונה"מ. מתמה עליהם מהירושלמי. מביא ראי' מירושלמי לשי' רש"י בר"ה (יג.) ומפלפל בדברי הריטב"א שם. מקשה הרבה על פי' רש"י ותוס' בר"ה (טו.) ומפרש בשתי בריכות פי' אחר. מבאר דהרמב"ם סבר דהגמ' בר"ה פליג על הירושלמי:

טז. מבאר דאף הרמב"ם מודה דלענין ערלה זמן החנטה הוא כשי' הירושלמי. ולענין פדית נטע רבעי לכ"ע הזמן הוא משהגיע לעונה"מ. והרמב"ם והרא"ש והר"ש סוברים דלענין איסור רבעי נמי דינו כפדיונו. ומבאר דהי' להם גי' אחרת בהירושלמי. ודבריהם צ"ע מקדושין (נד.):

יז. **מבאר** דמקום שלא קדשו עולי בבל לענין ערלה וכלאי הכרם דינו כא"י. ומבאר דשי' הרמב"ם דאף לענין כלאי זרעים ולענין גיטין ומוכר עבדו ולענין כפי' ולענין סמיכה דינו כא"י. ושי' התוס' דלענין הני דברים דינו כחו"ל. ומבאר דלהרמב"ם עזה ועכו וצידון לא כבשו עולי מצרים. ומישב קושית הרשב"א בזה מחולין (ז.). מבאר דאף להרמב"ם עפרה טמא:

יח. מבאר דנטע רבעי אינו נאכל בזה"ז בירושלים מחמת טומאת הגוף. ואפשר שיש איסור דבזמן שאין בית וזה תליא בפלוגתא דזבחים (נ.). וגם אינם ניפדים בזה"ז בירושלים ודלא כהרדב"ז. ומפלפל בדברי סה"ת מובא בסמ"ג ומפרש דבריו דלא כהסמ"ג:

יט. תמי' על הכ"מ דכתב דפירות חו"ל שנתמרחו בא"י חייבים:

קל וחמור

א. מבאר דלאו הבא מכלל עשה קיל מלאו מפורש דלא כהדברי אמת ולפ"ז לכאורה שביעית קיל מנבלה ומסיק דמ"מ נבלה ושביעית שקולין משום דשביעית אסורה בהנאה:

ב. מבאר דאף לשי' התוס' דבנבלה איכא לאו הבמכ"ע דוזבחת מ"מ לא חמירא משביעית כיון דהתרי לאוין הם בחד איסורא. וטריפה וחזיר ודג טמא קילי מטבל וערלה וטבל

שקילין דלא כהד"א. מבאר דהרמב"ם והסמ"ג דמנו עשה דוזבחת הוא רק אם נוחר בהמה לאכול. ומבאר דאף לשי' אם יש בהמה וצריך לנוחרה ושביעית שקולין הן:

ג. מבאר דנבלה וטריפה שקולין דלא כהד"א. מפלפל בשי' התוס' הנ"ל. ומהרמב"ם מוכח דטריפה קיל ודבריו צ"ע:

ד. מבאר דנבלה או עריפה קיל מדג טמא ובטריפה שנתנבלה וד"ט צ"ע איזה מהם קיל. ומפלפל בתוס' חולין (לב.) ובתוס' במעילה (טז.) ומניחם בצ"ע:

ה. מבאר דדג טמא קיל מבשר חזיר. מפלפל במש"כ הנוב"י דטבל שנתמרח ביוה"כ קיל מנבלה שנתנבלה מאתמול. ומבאר דטבל על יוה"כ לא מקרי מוסיף מה דאיתוסיף איסור לחולים:

ומבאר דהדין דהנוב"י תליא בפלוגתא אם יוה"כ הותרה לחולה או דחויה. [אבנ"ה. עי' בפנים שהביא דברי המרכבת המשנה דכ' דכמו דשבת הותרה לחולה כן יוה"כ הותרה לחולה. והנה מאי דפסיקא לי' דשבת הותרה תמוה מאד דהא מבואר בהב"י א"ח סי' שכ"ח דהרמב"ם והרשב"א והר"ן סוברים דשבת דחויה אצל חולה. גם מאי דדימה יוה"כ לשבת לכאורה קשה דהא בהב"י שם מבואר בדברי הרשב"א דאי אמרינן דשבת הותרה לחולה בודאי הדין דשחטינן הבהמה החיה ולא מאכילין לי' מהנבלה. וכן מבואר בדברי הרא"ש ביומא פ"ח סי' י"ד בשם הר"מ. ואם נימא דכמו דשבת הותרה כך הותרה אכילת איסור א"כ מדוע מדחינן שבת יותר מנבילה. אלא וודאי מוכח דרק שבת הותרה ולא איסור אחר. וא"כ גם יוה"כ לכאורה כמו כן לא הותרה לחולה. אבל באמת בזה דבריו נכונים דסברתו הוא דהא דשבת הותרה הוא משום כיון דאין על הדבר שום איסור ורק הוא אסור לעשות זה להכי בחולה שהתורה התירה לו לעשות מלאכה בשבת א"כ הוה היתר ממש. אבל בדבר אסור כגון נבילה שיש איסור על עצם הדבר א"כ אף שהתורה התירה לו מ"מ לא נפיק האיסור מהדבר והאיסור במקומו עומד ולהכי לא שייך לומר הותרה רק דחויה. וזה הסברא כמעט מבואר בהרא"ש שם. וא"כ גם ביוה"כ כיון דעל עצם הדבר אין שום איסור ורק יומא קא גרים שהתורה אסרה לו בזה היום לאכול וא"כ בחולה שהתורה התירה לו לאכול דמי ממש לשבת דהותרה לחולה. וכמו מלאכת יוה"כ דודאי הותרה כמו שבת. ואין להקשות ע"ז מהרשב"א שהביא א"ז הגאון נ"י דמוכח דיוה"כ דחויה לחולה. די"ל דהרשב"א אזיל לטעמי' דסובר דגם שבת דחויה. ובזה ניחא גם מה שמוכיח מהר"מ דיוה"כ הותרה דהוא אזיל לטעמי' דסובר דשבת הותרה כמבואר בהרא"ש. אך במה שהוכיח מהמג"א דגם אכילת איסור הותרה צ"ע דהא בסי' שכ"ח מבואר בהמג"א דהטעם דשחטינן ולא מאכילינן נבלה הוא משום דשבת הותרה וא"כ

מוכרח דנבילה דחויה. ולענ"ד דע"כ צריכין לדחוק דהמג"א סבר דאף דדחויה, מ"מ מצוה לאכול ולהכי מברכין וכן הוא סברת הב"י שם. אך מהרשב"א הנ"ל מוכח דלא כוותם דאי דחויה דמי לטבל ולהרמב"ם אין מברכין. [תמוהין לי מאד דברי הרשב"א בזה דסותר דברי עצמו דבהרשב"א הנ"ל מוכח דפסק כהראב"ד ובחי' בברכות (מה.) סובר כהרמב"ם וצע"ג.] וממה שבארתי נלענ"ד דביוה"כ בודאי הדין כמו שכתב א"ז הגאון נ"י דדברי הנוב"י במחלוקת תלויה כי כמו שנחלקו הראשונים בשבת אי הותרה אי דחויה כן נחלקו ביוה"כ. אבל באכילת איסור לענ"ד כ"ע מודים דדחויה כמו שהוכחתי מהרשב"א והר"מ. ובזה ניחא הא דקשה דהא בסי' שאחר זה הביא ראי' להנוב"י וא"כ תקשה להראשונים דסברי הותרה. ולכאורה הי' מוכח מזה דאף לדעתם הדין דהנוב"י אמת ודלא כמו שביאר א"ז הגאון נ"י בסי' זה. אבל להנ"ל ניחא דשם איירי באכילת איסור ולכ"ע דחויה.]

ו. **מפלפל** לישב קושית הא"ח דלמ"ד דאין לוקין על לאו דנבלה למה צריך קרא לאשמעינן דנבלה חל על חלב. מסוגיא דזבחים (ע.) נוכל לומר דיש מחלוקת בדרשא זה בין ר"מ לר"י. ולדעת רש"י בפסחים (כג.) לא נוכל לומר כן. ומסיק דאין חולק בדרשא זה. ומזה מוכרח לומר כהנוב"י ואשמעינן קרא דטוב להאכיל לחולה כזית מנבלה ולא להאכילו ח"ז מנבלה וח"ז מחלב נבלה:

ז. מבאר באריכות דאף להרמב"ם והר"ן והריטב"א דסוברים דשבועה חל על חלי שיעור מ"מ אין איסור חל על ח"ש. ומהריטב"א מוכח דאין איסור חל אף על איסור דרבנן. הא דרצה הגמ' ביומא לומר דאיסור דרבנן מקרי מושבע ועומד הוא מהברייתא דשבועות (לט.) ומיושב התוס' בשבועות (כג:). ובזה דאין איסור חל על ח"ש אפשר דפליגי רב ולוי במעילה (טז.):

ח. מבאר דערלה ודג טמא איזה מהם קיל תליא במחלוקת הרמב"ם והרמב"ן אם יש בד"ט עשה גמורה:

ט. מבאר דערלה בא"י אף בזה"ז חמיר מנבלה. וערלה בחו"ל קיל מנבלה:

י. מבאר דכלאים בזה"ב ובשר בחלב חמירי מערלה. וכלאים בזה"ז קילי אף מנבלה. וכן תרומה וטבל ומע"ש בזה"ז קילי מנבלה:

יא. מבאר דמע"ש בזה"ז קיל מרבעי. ורבעי בירושלים בזה"ז חמיר מנבלה. מבאר דקודם ראית פני החומה מהראב"ד מוכח דיש עשה גמורה ומהרמב"ן מוכח דהוה לאו הבמכ"ע. ודעתו דיוצאין במע"ש בזה"ז בפסח ותמוה הא בעינן שלכם:

יב. מבאר דאף רבעי במדינה חמיר מנבלה משום דמרש"י והרמב"ן והריטב"א מוכח דאף חוץ לירושלים לוקין על אכילתן בטומאת הגוף:

יג. מבאר דדבר שיש בו כמה לאווין קיל מלאו שיש בו מיתה או כרת. ואם יצטרך לעבור על הלאווין בזה אחר זה להר"ן חמיר מלאו שיש בו מיתה ולרש"י והתשב"ץ קיל. אומר דבר חדש דאם תורם ע"מ להאכיל התרומה לחולה זר אינו חל התרומה ומפרש בזה הגמ' ביומא (פג.):

דיני חזקות

א. מפלפל לישב ולבאר שי' הרמב"ן והרשב"א והרא"ה בדין סמוך מיעוטא לחזקה. ומסיק דהרמב"ן והרשב"א סוברים דזה רק היכא דהמיעוט מסייע להחזקה לדבר אחד. אבל היכא דהם בשני גופים ומסייעים לשני דברים לא. והרא"ה אין מחלק בזה וסובר דרק היכא דמתחילה אנו דנין על הדבר שיש בו רובא לבד אז לא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה כשאנו דנין על הדבר השני. ורש"י ותוס' מחלקין בין רוב חשוב לאינו חשוב ומסיק לדינא בתינוק שנמצא במקום שרוב ישראל לכל הני ראשונים שחיטתו כשרה. ובמקום שרוב ישראל ומיעוט נכרים ופי' אחד ושחט לרוב הראשונים כשרה ולהרא"ה פסולה:

ב. בענין הנ"ל. מקשה על הרשב"א בנדה (כ.) מישב הקושיא על הרמב"ן מדוע הלכו אחר הרוב במקור. מפרש פי' חדש בב"ב (כד.). מבאר דמהרמב"ם מוכח דאף בתינוק שנמצא במקום שרוב ישראל שחיטתו פסולה:

ג. מבאר בהיו לפניו סכין פגום וסכין שאינו פגום ושחט באחד מהם הוה רק ספק נבלה כיון דאתחזק סכין כשר לפנינו וחייב בכיסוי ודלא כהפמ"ג. מביא ראי' לזה משני מקואות אחת כשרה ואחת פסולה דהטהרות תלויות ומקוה שנמדדה ונמצאת חסרה הטהרות טמאות דלא כהפמ"ג. מבאר במקוה שנמדדה ונמצאת חסרה לר' יוסי אף בטומאה קלה מספק טמא דלא כהשעה"מ. ובמקוה שלא נמדדה ונמצאת חסרה אף לר"מ טמא דלא כהמ"א. ומפרש הגמ' בעירובין (לו.) במקוה שלא נמדדה והוחזקה להיות מימי' מתמעטין ועתה נמצאת שלימה בזה פליגי ר"מ ור"י. ולהר"ש מפרש בדרך אחר הא דבשני מקואות הטהרות תלויות הוא ברה"ר. מבאר דלהרמב"ם ורש"י דפסקו כר"מ אם עירב עירובי תחומין בתרומה שהיא עתה ספק טמאה ובביה"ש הי' יכול לברר אם היא טהורה דהוה סעודה הראויה. העירוב כשר ולהראשונים דפסקו כר"י העירוב פסול. ואם לא הי' יכול לברר ביה"ש דהוה סעודה שאינה ראויה אף בעירובי חצירות העירוב פסול ובזה מיושב דברי הרשב"א. ואם הניח עירובי תחומין ואכלוהו עכברים

ספק מבעוד יום ספק משחשיכה אם הוה באופן שבב"א לא אכלוהו ושייך חסר ואתאי לר"י העירוב פסול:

ד. מבאר דלהראשונים דפסקו כר"י דספיקא דרבנן מוקמינן אחזקתה. אף היכא דהוה ספיקא דדינא הדין כן דלא כהכה"ג והגרע"א. ומישב קושיתו ע"ז מעירובין (לז.)

ה. מבאר באיסור דרבנן שנתערב חד בחד ונפל אחד מהם לקדירה דהש"ך אסר והשעה"מ התיר דזה תליא במחלוקת הראשונים. מבאר דלהראשונים דסברי דכולו שאוב דרבנן מוכח דאם הי' לפניו מקוה פסולה מחמת ג' לוגין מ"ש ומקוה כשירה והי' טמא טומאה חמורה אף לר"מ האדם טמא וגם הטהרות תלויות. והיכא דנפל הספק דרבנן על המקוה עצמה אף לר"י האדם טהור. מבאר דמהרמב"ם מוכח דבשני מקואות אחד יש בו מ' סאה ואחד אין בו ואינו ידוע באיזה מהם טבל דהטהרות טמאות אף ברה"ר. [אבנ"ה עי' בפנים שמגיה התוספתא. ולפי מה שביאר לעיל בסי' ג' לפי גירסתינו בהתוספתא דהל"ק סובר דהברייתא אתיא כר' שמעון דסובר דספק טומאה ברה"י הטהרות תלויות. אין צורך להגי' התוס' די"ל דאף ללישנא בתרא התוספתא אתיא כר"ש אבל הרמב"ם דפסק כרבנן להכי פוסק בשני מקואות דהטהרות טמאות ושינה את לשון התוספתא]:

ו. מבאר להר"י והרמב"ם הטעם דספק מ"ש כשר הוא משום דהמים בתחלת ביאתן לעולם בחזקת טהרה למקוה ואף אם נפל ספק פן השלימו הג' ל' מ"ש את המקוה המצומצמת כשרה דלא כהמהרי"ט. ומהר"ש מוכח דזה תליא במחלוקת ר"מ ור"י:

ז. מבאר דמה שנחלקו הראשונים אליבא דר"י דמוקמינן הטמא על חזקתו אם הטהרות שעשה טהרות או תלויות תליא בגי' התוספתא דמס' ידים. מפרש התוס' לפי גי' הגר"א. מבאר דאם הי' בכוס אחד ספק אם נעשה בו מלאכה מותר לכתחילה ליטול בו:

ח. בענין דסי' ה' מדחה ראית השעה"מ מהתוספתא דלא כהש"ך. מבאר דלהש"ך בנטמא יד אחת והיתה ידועה ואח"כ שכח ונגע באחת מידיו הטהרות תלויות. ומהפר"ח מוכח דפליג ע"ז. מבאר דאם הי' שני מקואות ונפלו ג"ל מ"ש לאחת מהן אם הי' של שני ב"א ובאו לשאול בזאח"ז שתיהן כשרות ולהרשב"א פסולות. ואם היו המקואות מצומצמות נראה דלכ"ע פסולות. מבאר דלמ"ד כלו שאוב מה"ת גם ג"ל מ"ש בתחילה פוסלים מדאורייתא:

ט. מפלפל לישב ולבאר שי' הרשב"א והרא"ה בתה"א. ומבאר דאף הרא"ה מודה באשת כהן שטען פ"פ מצאתי דאסורה לו מדאורייתא משום דאפילו אינו תחתיו נבעלה יש ספק שמא לפסול נבעלה. ואף להמ"ד דספיקא דאורייתא מה"ת לקולא הכא אסורה

מדאורייתא. מבאר דמה שכ' הר"י בכתובות (ט.) דספק אונס ספק רצון אסורה רק מדרבנן המ"ד דספיקא דאורייתא מה"ת לחומרא פליג ע"ז וכן מוכח מהירושלמי דשם ומפרש דברי הירושלמי:

י. מבאר דהרשב"א והריטב"א סוברים דהיכא דאיכא ריעותא לפנינו לא אזלינן בתר חזקה אף מדאורייתא. לפי שי' התוס' בנדה (יח.) הדין דכ' לעיל בסי' ח' להש"ך אינו. מפלפל לישב שי' הרשב"א ומבאר דכאן נמצא וכאן הי' מהני רק לגבי ממון ולגבי איסור לקולא אבל לא לחומרא:

יא. סתירות בדברי הרשב"א אם קיי"ל הסברא דכאן נמצא כאן הי' לגבי ממון. מבאר דמה שכ' הרשב"א דהיכא דבודאי נולד הריעותא שעה קודם לא אזלינן בתר חזקת הגוף היינו רק בחזקה דאתי' מכח רובא אבל בחזקה ברורה לא ומפלפל בזה באריכות:

יב. מפלפל במש"כ הטור קדשה אבי' בדרך וקדשה עצמה בעיר והיא בתוך ששה חדשים ונמצאו לה סימני בגרות הוה ספק. מקשה על תי' המשכ"י על הטור ומפלפל בדבריו באריכות. ומסיק דנראה דהטור סובר דהיכא דהחזקה דמעיקרא עשויה להשתנות מעצמה וגם איתרע לפנינו אז הדבר ספק. ונראה דגם בקדשה עצמה בלבד הדבר ספק כהח"מ ודל כהב"ש. מבאר דאף לדעת התוס' דחזקה דאתיא מכח רובא לא מהני היכא דאיתרע מ"מ היכא דאתילד הריעותא ברשות אחרת לא מחזקינן מרשות לרשות. מבאר דמהרמב"ם והרשב"א מוכח דבספק אם הי' ט' שנים לא שייך לאוקמי אחזקתי' ופליגי על התוס' ביבמות (סח.) [אבנ"ה עי' בפנים דמקשה על הש"ך דכתב דחזקה דמעיקרא עם רובא עדיפא מחזקה דהשתא אף שיש עוד חזקה המסייעת לה. מתוס' כתובות (עה:) ולענ"ד יש לישב דבריו לפי שי' הרמב"ן והרשב"א המבוארת לעיל בסי' א' דבתרי גופא לא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה. ולהכי הש"ך דאיירי בשו"ב שנטל קבלה ועתה בדקו אותו ונמצא שאינו יודע. וכיון דהחזקה דמעיקרא בודאי לא גרע מהחזקה דהשתא והוה הדבר לכל הפחות ספק להכי כיון דרוב מצוין אצל שחיטה מומחין הן שחיטתו כשרה בודאי. ולא מהני חזקת שאינו זבוחה המסיעת להחזקה דהשתא לגרע כח הרוב כיון דהחזקה היא בגוף אחרת. אבל התוס' בכתובות דאיירי היכא שהרוב והחזקה הם בגוף אחד להכי אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה והוה הדבר ספק. ואף לשי' הרא"ה י"ל כיון דלשיטתו רוב מצוין הוה ככל ולהכי לא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה כמבואר לעיל וכן מוכרחין לומר לשי' התוס' שם. להכי הש"ך דאיירי ברוב מצוין לא מגרע החזקה את כחו. אבל בהתוס' דאיירי ברובא דעלמא להכי הוה הדבר ספק):

יג. מבאר דהרמב"ם והתוס' רי"ד סוברים דבודאי מגע וספק טומאה אם אתחזק טומאה גם ברה"ר טמא מספק ומבאר בארוכה סברתם בזה. ורש"י ותוס' פליגי ע"ז. ולהרמב"ם בשדה שנאבד בה קבר הוה ספק טומאה מדאורייתא אף ברה"ר. ומבאר דבשדה שנחרש בה קבר אף ברה"י הוה רק מדרבנן. ונראה דאף לשי' התוס' מ"מ לא הקילו חכמים בשדה שנאבד בה קבר אף ברה"ר כמו שהקילו בבית הפרס:

חלק יו"ד

א. בנידון שו"ב שהי' להם כתב מהקהל שאינו רשאי שום שו"ב לשחוט אף בהכפרים אשר הם בתוך פרסה ומחצה. מוכיח מהיש"ש דהיכא דהתנו בפי' שהתקנה יהי' אף חוץ לתחום התקנה בתקפה. מפרש דברי הרמב"ן במלחמות בפסחים. מקשה על הש"ג בב"ב. מבאר דגבי מגילה הוה מיל בדוקא ולא מרבעין אותו כמו בתחום שבת. אבל גבי תקנת העיר וגבי תקיעה בירושלים וכתיבת הנהר בגיטין דעד התחום שייכים להעיר מוכח מהרשב"א והיש"ש דדינן כתחום שבת. לשי' הרמב"ם נראה דגבי ערי מקלט קולט כל השלשה אלפים אמה ומפלפל בזה. ומסיק דהכתב בתקפו אם נעשה בהסכם הרב דשם:

ב. מישב קושית המ"ח האיך מותר לשחוט בסכין של עכו"ם דאיירי ביו"ט. ונראה דזה הוה מוקצה מחמת מיאוס ומחמת איסור ומוכח דשימוש שאין בו הנאה מותר להשתמש במוקצה ביו"ט לצורך אוכל נפש:

ג. ריאה הסמוכה לדופן וקלפו הסירכא מהריאה ובצבצה הריאה. ומצאו עצם צלע אחת אדומה נגד מקום הסירכא וברחוק 1.5 וויערסקע הי' כמין גומא וסדק. מבאר באריכות דמהרמב"ם והתוס' והרמב"ן והר"ן מוכח דהבדיקה דבדיק ר"נ בדר"י בפשורי היא בעוד הסירכא על הריאה. מהתוס' מוכח דלפי שיטתם דהבדיקה היא באיכא מכה בדופן היא רק חומרא בעלמא ואם נאבדה הריאה כשרה. ולהשי' דהבדיקה היא בליכא מכה בדופן מוכח דהבדיקה מעכבת. ולשיטתם קשה מה מהני הבדיקה בעוד הסירכא על הריאה ומפלפל לישב זה. מפרש פי' אחר בהגמ' דחולין (מח.). מבאר שי' הרא"ה. ומהעיטור והא"ז מוכח דמפרקינן הסירכא מעל הריאה ואח"כ בדקינן. ומסיק דבנידון זה יש להתיר בהפסד מרובה מכמה טעמים:

ד. מבאר דברי הרשב"א בתה"א דסובר דשומן הכנתא בחתיכה ומליחה שרי והכנתא היא שומן הכנתא שסביבה הולכין הדקין:

ה. מקשה על הט"ז ביו"ד סי' קע"ב דכ' דאם הלוה חזוק בשדה וקנה אותה לפירותי' דמותר המלוה לאכול בנכיתא. מוכיח מהעיטור דדוקא בשטר מותר. והרמב"ן בש"מ

סובר כהט"ז. בדין המשכיר שדה לחבירו בי' כורים ואמר לי' תן לי ר' זוז ואפרנסנה ואתן לך י"ב בכל שנה מבאר דהבעה"מ והראב"ד סוברים דאף לאחר שהחזיק בשדה מותר. בדין עסקא שנתן הלוה שטר מלוה מישב הסתירת בתשו' הרא"ש ומחלק דבכ"י מותר ליקח רווח ובשטר בעדים אסור:

ו. בנידון אשה שפסק ווסתה כשהיתה בת נ"ה שנים. ולשנה התחילה להיות שופעת דם. ודאקטר נכרי אמר כי האם שלה נפוחה ומוכה במכות טריות וכן אמר עוד דאקטר נכרי. והאשה אומרת כי בעת שתתחיל לזוב דם הדם מעורב עם פלייגמא. אך רופא יהודי אמר כי המכה על האם מבחוץ והדם יוצא מפי האם. מבאר דנראה דהיכא שהנכרי מעיד בדבר הנראה בחוש גם הריצב"א מודה דמהימן. ועוד דהכא איכא רל"ד טובא כיון שהיא זקנה ופסק ווסתה. וגם היא שופעת כמעט בלא הפסק. ועוד דאיכא מוגלא ובזה בלבד די להתירה. ואף לפי העדאת הרופא יהודי תלינן שהמכה שלטה בפנים. מבאר דלהראשונים דסברי דע"א נאמן נגד חזקה נאמן גם נגד רובא ואף נגד חזקת הגוף. ונראה דכאן איכא רוב אלים שזקנות אין להם דם נדה והמיעוט אינו מצוי ומבאר דרוב אלים מהני להוציא ממון א"כ כ"ש דאין ע"א נאמן כנגדו לכ"ע. ועוד דכאן איכא רובא וחזקת הגוף ובודאי אין ע"א נאמן נגדם. עוד מבאר דמהרמב"ם והרשב"א מוכח דנדה הוי דבר שבערוה ומפלפל בזה הרבה. ומסיק להתירה:

ז. מבאר דיש לחוש לדברי ר"ת דפסק דימי לידה אינו עולה לספירת זיבתה וכל יולדת צריכה לספור ז' נקיים אחר ימי הלידה. ומבאר דר"ת סובר דמהני ספירת ז' נקיים אף קודם שטבלה ללידתה דלא כסה"ת. מבאר דאף אם טבלה ללידתה אם עדיין לא טבלה לזיבתה הדם מטמא לח ויבש דלא כהרש"ל והס"ט. מפקפק בהא דמוכח מסה"ת דמהני טבילה ללידתה בימי זיבתה. מפלפל אם יש להביא ראיות לדבריו מנדה (לז.) ומנזיר (סד.) ומדחה אותם. מפרש פי' אחר בהגמ' דנזיר ובזה מבואר מקור פסק הרמב"ם דתוך מלאת אין יכול להביא קרבן על הולד שלאחר מלאת:

ח. מבאר דמקור הדין דפסק הרמב"ם דטמא מת אין מקריבין עליו קרבן כלל הוא ממ"ק (טו:). ובזה מיושב הא דפסק הרמב"ם דטמא מת שחל שביעי שלו בער"פ אף לאחר טבילה והזאה אין שוחטין עליו. דקשה עליו מפסחים (צ.) ומפלפל בזה הרבה:

ט. מישב עוד באופן אחר דברי הרמב"ם הנ"ל. ומבאר דהמקור מה דמחלק הרמב"ם בין טומאה שהנזיר מגלח עלי' או לא לגבי עושה פסח הוא מנזיר (נג.) ומפלפל בזה הרבה. מבאר דהיכא דהפילה ויש בזה ספק דאולי לא הי' ולד כלל אז שבוע שני עולה לספירת זיבתה:

י. בנידון ס"ת שהסופר כוון שיהיו ראשי העמודים כשם הבעלים. מבאר דאף דלשמו ושלא לשמו פסול מ"מ כאן דחשב גם על דבר שלא שייך בו קדושה כלל אינו מבטל המחשבה דלשמו. ונראה דכן אם הי' לאחד שתי נשים ישראלית וכושית ושמותיהן שווין וכתב גט וכוון לגרש בו שתיהן דהגט כשר. מבאר דאם כתב גט אחד לשתי נשיו וכתב פלונית ופלונית דוודאי הגט פסול מטעם לה ולא לה ולחברתה דלא כהמקנה וכן אם הי' שמותיהן שוות אינו פסול רק מטעם הנ"ל. אבל לשמה מקרי שפיר. מבאר דהתוס' במנחות (מב:) סוברים דלשמו ושלא לשמו פסול אף אם חשב לדבר שלא שייך בו קדושה ומ"מ בנידון זה נראה דמודים כיון דהתוס' והרמב"ם סוברים דס"ת סתמא כשר לבד האזכרות בודאי שלא לשמה דלאו מינה אינו מחריב בה:

יא. מבאר בס"ת שנפסלו דסגי לקוברם אצל קבר ת"ח ולא בעינן תוך הקבר של הת"ח. ורק היכא דמהצד השני יהי' קבר של אדם שאינו ת"ח אז בעינן בקבר של ת"ח ממש. ובזה מיושב הסתירה משו"ע א"ח על שו"ע יו"ד:

יב. בנידון בכור שצוה ישראל אחד לעכו"ם לחתוך אזנו בלא ידיעת הבעלים. מבאר דאף אם ישראל אחר צרם אוזן בכור של חבירו ואף בזמן שהבכור ביד ישראל ואינו יודע איזה כהן יזכה בו מ"מ אין שוחטין עליו. ואף להרש"ל דמבטל איסור בשביל חבירו אינו אסור רק אם ידע חבירו מזה הכא שאני משום דמוכח כאן בראיות גדולות דקנסינן שוגג אטו מזיד. מבאר דמרש"י מוכח דזה פשיטא להגמ' דצורם אוזן בכור אסור גם בנו לשחוט על מום זה. מבאר דלהרש"ל יש להקל כאן כיון דנעשה ע"י עכו"ם ואינו אסור רק מדרבנן ובדרבנן לא קנסינן שוגג אטו מזיד. אך להריב"ש דאינו סובר כן אין להתיר מטעם זה. אך יש להתיר משום דהישראל המצוה לא ידע שיש איסור בזה ואף להסוברים דאומר מותר הוה כמזיד ומבאר דהדין אתם מ"מ זה אינו אסור רק משום הערמה והכא כיון דעשה בדבר שאינו שלו לא שייך הערמה. ונראה דגם אם עשה חבירו בעצמו מום בלא כונה לא קנסינן שוגג אטו מזיד כיון דאין אדם חוטא ולא לו:

יג. בענין הנ"ל מבאר דאם ידע העכו"ם שעושה מום זה כדי להתירו אז אסור לכל ולאחר מיתתו מותר אף לבנו. מבאר דישראל אינו חשוד להטיל מום אף בספק בכור ואף אם פשעו בו דאז הכהן אין צריך לקבלו ודלא כהט"ז. ומ"מ חשוד הוא על אמירה לעכו"ם ולהכי גזרו בעכו"ם המתכוין להתירו. מביא עוד ראיות דאם עשה ישראל מום קנסו גם לאחרים ורק אם עבר ושחטו הבשר מותר לאחרים. ואסור לו ליתן במתנה רק יפקיר ואחרים יזכו. ולשי' רש"י גם הבשר אסור לאחרים. מבאר דמבשל בשבת במזיד מותר למכור לאחרים בדמי שוי'. מבאר דברי הירושלמי דאם עבר וזרע בשדה

שנטייבה בשביעית הפירות מותרין משום דעל גידולין לא גזרו חכמים כלל ואף אם זרע באיסור דאורייתא כגון בשדה שנעבדה לעכו"ם וכן אם זרע בשביעית ויצא לשמינית מותר הפירות ורק אם גדלו בשביעית קנסו חכמים. ובזה מיושב כמה מקומות ברמב"ם. ומסיק דבנידון דידן אם לא כוון העכו"ם להתירו יש להתיר. מ"מ למעשה ירא להקל דמתשו' מהר"מ מרוטונבורג מוכח דאם נעשה ע"י צווי ישראל בכל אופן אסור. מקשה על הרדב"ז דפי' דלהרמב"ם מעשר ראשון בזה"ב דרבנן ומע"ש דאורייתא דא"כ האיך מפרישין מע"ר קודם למע"ש. וזה קשה גם על הסמ"ג דסובר דבירק מע"ש מדאורייתא:

יד. מבאר דנראה מכל שיטת הראשונים דכל מקום שקשה קצת באוזן מיקרי סחוס. ובבהמה תיכף לאחר העור מתחיל הסחוס ואם נפגם הוה מום דלא כמהרא"י והט"ז. ואף לפי"ד נראה דבמקום שמתחיל הקמטים שם בודאי פגימה פוסל. ולמעשה יש להחמיר כדבריהם. מבאר דברי התוס' חיצונות דצרימה שהצפורן חוגרת בו הוה מום מובהק להתיר ע"י שלשה בני הכנסת. רק לכתחילה בעינן יותר מכדי חגירה:

טו. מסתפק בכהן שצריך להביא ראיה שנפל המום מעצמו אם עכו"ם או קטן נאמן במסל"ת:

טז. בנידון אחד שטעה ופדה תוך זמנו שסבר שזמן הפדיון הוא ביום השלשים. מבאר דמחוייב הכהן להחזיר המעות ויפדה אח"כ בברכה משום דכיון דסבר שהגיע זמנו הוה כאמר מעכשיו ואין בנו פדוי דלא כהט"ז. ובכה"ג שמקבל האב המעות בחזרה קודם זמנו בודאי אין בנו פדוי אף להט"ז:

יז. מבאר במי שאינו ידוע לו אם הוא כהן לוי או ישראל דאינו מחייב בפדיון הבן כיון דהוה ספק חיובא לא אזלינן בתר רובא ומבאר דבפה"ב ופפ"ח ובכור לא אמרינן כלל עני ורש הצדיקו. וגם בזולחו"ק לפי מסקנת הגמרא לא אמרינן בהם עני ורש הצדיקו. כיון שמספקא לן אם בהמה זו חייבת במתנות. וכן הדין גבי לקט שו"פ אם הספק הוא אם השדה חייבת במתנות:

יח. מבאר דאם הזיק מתנות כהונה במכירי כהונה אם חייב לשלם תליא במחלוקת הראשונים אם הבעלים יכולין לחזור או לא. ונראה דגבי פה"ב לכו"ע יכול לחזור כיון דחייב באחריות ואף היורשין שמשלמין בחוב אביהם דנראה דאין יכולין לחזור לכתחילה. מ"מ אם הזיקו נראה דפטורין. ומזה מוכרח דלשי' התוס' דבס"ס מוציאין מיד המוחזק אף בממון שאין לו תובעין מוציאין משום דס"ס הוה כודאי ונראה דכן הוא שי' הרמב"ם ז"ל:

יט. מבאר באריכות דבכל האיסורין מוזהרין גדולים על הגדולים אף במקום דליכא לפ"ע אם האוכל שוגג. ובזה מיושב דברי הרמב"ם דמלביש לחבירו כלאים ומטמא כהן לוקה. גם מיושב הא דמצריך קרא לגבי מטמא נזיר דאינו לוקה. מישב הגמ' דנזיר (מד.):

כ. מבאר דיוצא דופן וטריפה לא הוה מום. ומפלפל בכלאים ובנדמה כלו אם הוו מומין ומפלפל לישב דברי התוס' בתמורה (כד.) ובב"ק (עח.) ומסיק דמהרמב"ם מוכח דלא הוו מומין דלא כהלח"מ. מבאר דמדברי התוס' חיצונות מוכח דנדמה במקצת פטור ממעשר:

כא מקשה על הרמב"ם דכתב דולד קדשים טרפה פודין אותו הא אין פודין קדשים להאכילן לכלבים. מקשה על שי' התוס' דפודין להסיקן תחת תבשילו מתמורה (יז.) מבאר דעת הראב"ד דהיכא דמותר לאכול בעצמו בודאי מותר להאכילן לכלבים. והיכא דבשעת פדיה אסורין באכילה בזה פליגי בגמ' אם מותר לפדות להאכילו לכלבים ואם בשעת הפדיה היו מותרין באכילה ואח"כ נאסרו לכו"ע אסור להאכילן לכלבים. ומיושב קושית השעה"מ:

כב. מבאר דלא הוזהרו גדולים על הקטנים היכא דהגדול בעצמו אינו מוזהר ע"ז. ומיושב דברי ר"ה בנזיר (נז:) ומישב מה דקשה ע"ז מהרוקח דמ"מ מדרבנן אסור. מישב דברי הגמ' דחשש נפל הוה מיעוט שאינו מצוי מה דקשה עליו מב"ב (צג.):

כג מישב דברי הרמב"ם דכ' דשבועה שלהבא ושלעבר חייב משום שבועת שקר. ומיושב גם הא דפסק כר"ע דשבועת בטוי חייב גם על העבר:

כד. מבאר דבחזקה דאחיות לגבי מילה נחלקו הראשונים אם בתרי זימני הוי חזקה. משום דהיא חזקה גרועה. ונראה דלגבי שור שהועד ע"י תלתא מיני גם רבי מודה דבעינן תלתא זימני משום דהיא חזקה גרועה. מישב דברי הפוסקים דפסקו כר"פ בב"ק (לז.) משום דלפי המסקנא דבתלתא מיני הוה מועד מיושב כל הקושיות על ר"פ:

כה. (א) מפלפל עם הגאון רא"מ ז"ל האיך בא אוהבו או קרובו של כה"ג בעת שהקטיר הקטורת (ב) מישב קושית הג' הנ"ל דאמאי כבוד יום קודם לכבוד לילה הא אין דוחין מצוה קלה מפני החמורה העתידה לבא דשאני הכא דהוי הדור באותה מצוה עצמה. מביא ראיה לזה מיבמות [כעת מצא א"ז הגאון נ"י שזה הראיה בעצמה מביא התה"ד בסי' ל"ה לענין קידוש לבנה]. והג' הנ"ל מפלפל בזה. (ג) מקשה על הריטב"א דכ' דתמד משהחמיץ פוסל המקוה בג' לוגין ממשנה דמקואות פ"ז. והג' הנ"ל מישב קצת ומפלפל בענין זה (ד) הג' הנ"ל מבאר דאסור להושיט אמ"ה לנכרי קטן. מפלפלים לישב דברי הרשב"א דאיסור דרבנן מותר להאכיל לקטן. ודברי הר"ן דאו"ב המדולדל מותר לנכרי דקשה עליהם מחולין (קכט:). (ה) מבאר דבכור טרפה מבטן קדוש מפלפל עם הג' הנ"ל

בבכור יתום אם קדוש או לא. ומבאר באריכות דיתום דזה פירש למיתה וזה פירש לחיים אינו קדוש בבכורה כמו שפשט הג' הנ"ל מהמכילתא. ולהמכילתא גבי מעשר פטור יתום אף אם חיתה אמו זמן רב אחר לידתו רק שמתה קודם שנכנס לדיר להתעשר וכן סובר לרבא המתני' בבכורות. ובזה מיושב הרבה קושיות בהמכילתא ובהגמ'. ובתו"כ סובר ר"י בשריב"ב דיתום דפטור גבי מעשר שוה ליתום דקדשים ומבאר דר"ח ורנב"י פליגי על רבא וסוברים דכל יתום הוא אם לא חיתה אמו שעה אחת אחר לידתו כדי שתחמם הולד וכן סובר הגמ' בבכורות. ולסברתם בבכור כה"ג הוא קדוש אך אינו נקרב:

כו. מפלפל עם הג' הנ"ל אם עופות עיר הנדחת דינם בסייף או בשרפה. הרמב"ם סובר דדינם בסייף ומרש"י מוכח דדינם בשרפה מפרש הירושלמי דהיו שם ביברין של חיה וכו'. מפרש הג' דחולין (קמ.) ונראה דלהרמב"ם נ"צ ונ"ר שהיו בשעת ג"ד בתוך העיר ובשעת קבוץ לא היו בעיר אסורין אבל אין נהרגין ואין נשרפין. ונ"צ שהיו בשעת ג"ד חוץ לעיר ובשעת קבוץ באו לעיר מותרין דלא כהפר"ח:

כז. מפלפלים בשי' הירושלמי פ"ב דיו"ט בדין תיכף לסמיכה שחיטה. מגיה דברי הירושלמי דבאשם מצורע שסמך מאתמול יצא כו' והא דקאמר עיבור זמנו נעשו כשלמי נדבה היינו שהקריב חטאתו. והג' הנ"ל מקיים הגי' והירושלמי אינו סובר הכלל דתיכף לסמיכה שחיטה רק דאין סומכין בזמן שאין ראוי לשחוט:

כח. מבאר דאם משכו הבעלים ידם מהפסח יכולין לחזור ולמנות קודם חצות הם או אחרים. ואחרים אינם יכולים להמנות בלא רשות הבעלים. ואם נאבד הפסח ונמנו על פסח אחר לא הוה כמשכו ידם מהפסח הראשון. ודלא כהמקנה:

כט. מבאר דהספק של מהר"ם מינץ באם שמע שמת לו מת ולא ידע אם הוא תוך ל' ומספק לא התאבל. ולאחר ל' נודע לו שהיה תוך ל' אם חייב להתאבל או לא. הוא נכון ודלא כהט"ז דפשיטא ליה דאינו חייב להתאבל וכן יש להסתפק אם עבר הרגל ואח"כ נודע לו שהשמועה היה תוך ל' אם הרגל פוטרתו. והתשו' פנ"י פשיטא לו להיפך מהט"ז וא"כ הרגל פוטרתו:

אבן העזר

א. מבאר במי שנמצאת אשתו מטורפת לפרקים מקודם הנשואין דמותר לישא אשה בלא השלשת כתובה. מבאר דהא דכתב הר"ן דאם דר עמה לאחר שהכיר בה שהיא אילונית חייב במזונות היינו לאחר ל' יום שבודאי בא עליה. ומסתפק להר"ן אם חייב כתובה מנה או מאתים:

ב. מפלפל לישב שיטת הרמב"ם דהלאו דלא יקח הוא שלא יבא עליה דרך אישות מה דתמוה מתמורה (ה.) מביא ראיה להרמב"ם מסוטה (מד.) מפלפל בתי' הנוב"י על קושיא זו ומדחה תירוצו:

ג. מישב מה שקשה על מש"כ בס' מיו"ט ח"ר דאשת כהן אף בר"ל אינה נאמנת לומר נטמאתי מדברי הגה' שו"ע ס"ז דשבוי' גרע מר"ל. מפלפל בדברי הפנ"י דס"ל דבשבוי' עיקר ההיתר משום ברי שלה. והניח בתימא. ומישב קושית הפנ"י בד"א:

ד. מבאר במי שנטבע במשאל"ס בעת הקרח יש לסמוך ע"ד הב"ח ושארי הגאונים שהתירו זאת. ומישב דבריו. ומבאר דלמש"ד במקומנו ליכא למיחש. ומצרף לזה מה שנאבד זכרו יותר מי"ב חודש:

ה. בנידון אחד שקידש בתולה שלא מדעת אביה והזמין שלשה עדים והעידו בב"ד. ואח"כ העידו על אחד מהם שלא בפניו שהוא פסול. מתרץ דברי הריב"ש דס"ל דלפסול לעדות מקבלין עדים שלא בפניו. ומבאר דהכא דשלחו אחריו כמה פעמים ולא בא כו"ע מודים דמקבלין שלא בפניו ומבאר דהיא יכולה להביא עדים לפסול לעדות המקדש אף שלא בפניו. ומוכיח בראיות דלהסוברים דלבטל עדותם בנמצא אחד מהם קא"פ בעינן הגדה בב"ד. אף גבי קידושין אם הגידו בב"ד נתבטלו הקידושין אף אם שניהם מודים. ודלא כהב"ש. ומבאר דגם להב"ש יש להקל כאן משום שהיא אומרת שלא היו לה אז לא סימנים העליונים ואף סימנים התחתונים. ומפלפל הרבה בזה. ומסיק להתירה:

ו. בנידון אחד ששמו יהודא ליב וכינה שמו ליעוו והמיר דתו. ואח"כ גירש אשתו ולא כתבו שם ליעוו רק וכל שום משום דגם לאחר שהמיר נקרא ג"כ בשם ליעוו. ורצה רב אחד לפסול הגט. מבאר דאף אם היה מגרש בגט זה קודם שהמיר היה בדיעבד כשר דלא כהח"ס. ומישב דברי המהרי"ק. ועתה שהמיר נראה דלכתחילה צריך לכתוב כן. מתמה על הרמ"א דכתב דאם יש לו שם ישראל ושם כותים צריך לכתוב שניהם. מדברי ר"ת וגם הרמב"ן נראה דמודה לו:

ז. בנידון אחד שנשא אשה ונודע שיש לו אשה אחרת. ולא רצה לגרשה עד שהשלישו חפצים עבור אשתו הראשונה ואחר הגירושין חטפו אותם מהשליש. מבאר דאפי' באותן שכופין להוציא ולא היה בידה לכופו עד שהשלישה מעות ביד השליש ואף אם מסרה מודעא ע"ז מ"מ אסור השליש להחזיר לה המעות לאחר הגט. ואם מסרה לידו המעות והטעה אותו במטבעות מזויפות ודאי הגט בטול. ומפלפל בזה באריכות דבגלוי דעתא בגיטא ואומדנא דמוכח דבלא"ה לא היה נותן הגט אי מהני. ומסיק לדינא דיש חילוק בין היכא שהטעתו בתנאי שלעבר ויש אומדנא דמוכח דמחמת זה נתן הגט דודאי הוה

מוטעה ממש אף שנתן הגט בלא שום תנאי. אולם אם הטעתו בתנאי שלהבא כגון שהבטיחה לתת לו מעות אף שנתנה לו ש"ח ע"ז ואח"כ לא סלקה לא בטול הגט. ואם השלישה ביד השליש צ"ע אם זה מיקרי תנאי שלעבר כיון שכבר מונח ביד השליש א"כ זה הוה כמו כבר סלקה לו או שזה מיקרי תנאי דלהבא. ונראה דזהו דעת המהרש"ל והאלשיך א"כ יש להקל בנ"ד. ועוד יש קולא בזה כיון שלא מסרה מודעא ע"ז א"כ נראה דעפי"ד שייכין החפצים להאשה הראשונה דבודאי מחלה כדי שלא יפסול הגט. א"כ מה שחטפו לא שייך להגט כלל. ומצרף עוד קולא משום דעיקר הגט לא נצרך בזה רק מדרבנן. ומסיק להתירה:

ח. מפלפל לישב דברי הטור בסי' קנ"ב דקשה עליה הא באשה שהלך בעלה למדה"י צריכה גט מהשני. מתמה על מהרש"ל שכתב דלפי' אחד אם מת הראשון אינה צ"ג מהשני מתוספתא מפורשת. ומישב הטור דבניסת במזיד אף אם נבעלה א"צ גט מהשני. ומבאר באריכות דכן הוא דעת רוב הראשונים. ונותן טעם לזה. ומהריטב"א בשם מ"ה מוכח דבנבעלה צריכה גט מהשני, ומהרמב"ם מוכח דאף דלא נבעלה צריכה גט מהשני ובזה מיושב השמטת הרמב"ם דין דרב קטנה שלא מיאנה שהגדילה כו'. וגם ביבמה בניסת במזיד אם אסורה ליבמה. נראה דתליא במחלוקת הנ"ל דלא כהגרעק"א ז"ל:

ט. מתרץ בשם רב אחד דברי הרש"ל דקיים הי' ומת שאני. ומבאר דלפי"ז נראה דאף בנתקדשה צריכה גט מהשני. וגם בנתיבמה ולאחיו היתה נשואה מ"מ צריכה גט מיבמה. וגם בבא עליה אחר שנודע נראה דלא קנה משום ביאה פסולה. ובזה מיושב התוספתא הנ"ל. מובא דברי ראשונים שמפורש בהם דבניסת במזיד א"צ גט מהשני:

חושן משפט

א. מפלפל עם הגאון ר' אלעזר משה ז"ל בדין אימורין דק"ק מחיים לריה"ג אי הוו ממון גבוה או ממון בעלים. ומבאר דבזה נחלקו ר"י ורבא בב"ק (יג.). ובזה מיושב קושית הגמ' שם על רבא. ובזה מיושב הא דפסק הרמב"ם דאינו יכול למכור שלמיו. גם הא דפסק דמוקצה אינו חל על ק"ק. והג' הנ"ל סובר דלכו"ע אימורין ממון גבוה אף מחיים. ומישב דברי הרמב"ם בדרך אחר. מפלפלים אם חסרון האימורין שהקנה אותם לגוי פוטר מן הבכורה. מבארים דהרמב"ם סובר דאין הניזק נוטל בשבח שור תם המזיק יותר מח"נ ואינו מפסיד בכחש דמי ח"נ. ומישב הסתירה לזה מגמ' ב"ק (לד.) מביא ראיה לזה מהר"ח בש"מ. מקשה על הטור מדוע הביא דין דליתא לפרה משתלם מולד. ומפלפל בזה. מקשה על דברי הר"ח הנ"ל דסותר דברי עצמו. ומישבם באריכות:

ב. מקשה על הא דאיתא בחו"מ סי' ל"ז דלוקח מהגזלן מעיד להלוקח ממנו בלא אחריות. אמאי לא ניחוש פן קנה בזול ומכר ביוקר ונוגע בעדותו דיהא צריך להחזיר המותר להמערער. ומפלפל עם הג' הנ"ל אם יכול המערער להשביעו ע"ז בטענת שמא. ומסתפק בלוקח מהגזלן לאחר יאוש אם צריך לישבע כמה נתן. מבאר היכא דהלוקח חשוד ואין לו מגו אינו נוטל מעותיו בלא עדים. מפלפל בדברי הירושלמי ב"ק פ"י. ומקשה על פי' הר"ן ומפרש הירושלמי בד"א:

ג. מסתפק אחד שתבע חפצים שאינם מצוין בשוק אם יכול הנתבע להפוך השבועה קודם שישבע שאינם ברשותו. והג' הנ"ל השיב דבודאי יכול להפוך. ומסתפק אם אחר שישלם נוכל לחייבו שבועה שאב"ר. ומביא ראיה דזה לא הוי תביעת ממון. והג' הנ"ל השיב דבודאי מקרי תביעת ממון. ומבאר דבחפצים המצוין בשוק בודאי לא נתחייבו שבועה שאב"ר. והג' הנ"ל סובר גם בזה דמחוייב לישבע שאב"ר:

ד. מפלפל עם הג' הנ"ל בלוקח שקנה חפץ במעות אם יכול הבע"ח דמוכר לטרוף אותו. וגם אם יכול הבע"ת דלוקח לגבות אותו או כנגד המעות שנתן. וטעם הספק הוא דאם לא חזרו מהמקח אם נתקיים המקח למפרע. ומפלפלים ברמב"ם ורש"י ב"מ (מח.) ומבאר דבזה נחלקו הראשונים עי' בריטב"א ע"ז (סג.):

ה. מישב השגות הגאון ר' ירוחם יהודא נ"י על ס' מיו"ט ח"ר חו"מ סי' י"א. ומחזק דבריו דהיכא דהגנבה בעין בודאי הודאה על הקרן פוטרת לפי"ד הבעה"מ והתוס'. אבל היכא דאין הגנבה בעין חוזר מדבריו דאינה פוטרת. ומה שהשיג דלחייב כפל מחמת כפירת האחריות מבאר דלפי"ד התוס' אינו חייב כפל מחמת דבר שאינו מסוים ואף להרמב"ם נראה דאינו חייב רק כפי שווי האחריות. ומבאר דאם אמרו ב"ד צא תן לו בודאי מיקרי חזרה קרן לבעלים:

ו. להג' הנ"ל. מביא ראיות כי הראב"ד בעל השגות אינו הראב"ד שבס' הזכות. מקשה על הרמב"ן דכ' דאם הודה אין הבעלים יכולין להקדישו מב"ק (קד.) ומישב דמודה דלענין שינוי ושבח יצא מרשותו. והיכא דהודה בפניו והלך לו מודה להתוס'. מקשה על התוס' בב"ק (קד.) משם (קט.) ומישב דהתוס' סוברים כשיטת הטור. [אבנ"ה לענ"ד נ"ל דהא דכתבו התוס' דהוה כנטלו וחזר והפקידו אצלו ואף בנשבע אין צריך להוליך אחריו למדי היינו דוקא אם החפץ בעין וכיון שהודה נעשה ברשות הבעלים ולהכי כיון שרצה להניח אצלו נעשה שומר ע"ז וא"כ הוה ידו כיד הבעלים כמו שביאר הרמב"ן במלחמות בב"מ פ"ב. וא"כ הוה כבא ממש ליד הבעלים. להכי אף בנשבע דבעי השבה גמורה מהני אבל היכא דהחפץ אינו בעין אף דכיון דהודה יצא מתורת גזילה ונעשה מלוה.

מ"מ לא בא ליד הבעלים הגזילה ואף דבלא נשבע מיקרי זה השבה. מ"מ בנשבע דרבתה תורה השבה מעלי' כמו שביאר א"ז הגאון נ"י לדעת הב"ח. זה לא מיקרי השבה גמורה. ובזה מיושב היטב הגמ' בב"ק (קט) דשם איירי דאין הגזילה בעין כמו דמשמע מלישנא דמעלה כספו ואשמו. ולישנא דזקפו במלוה. ולישנא דמחילה. וכן מוכח בש"מ שם. ולהכי לא מהני זקפו במלוה וחייב להוציא גזילה מתחת ידו]:

ז. להג' הנ"ל. מפלפל בדברי הרמב"ן בסה"ז סוף כתובות. מבאר דבהכיר בה שאינה שלו דהמעות פקדון. להרא"ש ולכמה ראשונים קודם שימוש אינו חייב באונסין כמו במעות מותרין. ולכמה ראשונים חייב באונסין. מבאר דבמעות מותרין סובר המרדכי דמותר ליתן ריוח להמפקיד ומהרא"ש והרשב"א מוכח דאסור משום רבית. מבאר דמהמרדכי מוכח דמעות מותרין דינם כעיסקא דאינו רשאי למישתי בהו שיכרא. וכן מוכח ממהרי"ו אבל מהרא"ש מוכח דפליג ע"ז. ומ"מ אם החזירן למקומן לאחר השימוש מוכח מהרא"ש דדינו כפקדון. ומהתוס' מוכח דפליגי אף בזה. ולענין שמיטה גם לענין אם מותר לכנוס לביתו למשכנו במעות מותרין תלוי במחלוקת הנ"ל. ובהכיר בה שא"ש להמרדכי ובצירוף סברת הרא"ש אינה משמטת ולהרא"ש בעצמו משמטת. ולפי"ד בעה"ת נראה דאינה משמטת. מבאר דהגזלן מחויב לילך אחר הנגזל להשיב לו ובלבד שלא יהי' לו הוצאות ע"ז. ודלא כהג' הנ"ל. מבאר דאף דהודה מ"מ אינו יוצא ידי השבת גזילה כיון שהוא חייב באחריות. ומ"מ חזרה קרן לבעלים מקרי כיון שיכול להקדיש ואינו קונה בשינוי. מישב קושית הג' הנ"ל ע"ז מר"ל וצנועין. ומיושב קושית הקצוה"ח על הריטב"א. ולהריטב"א נראה דבשואל שלא מדעת אף באיתבר ממילא משלם כדהשתא וגם אינו קונה בשינוי. מפלפל בשיטת הרמב"ן ומיישבו. מבאר דנ"ל דבר חדש דאף להפוסקים דמהני הודאה שלא בפניו. מ"מ אם תבעו אחר יכול לומר משטה הייתי בו. ובזה מיושב קושית הקצוה"ח עליהם מהגמ' ב"ק (קח:):

ח. מביא ראיה ברורה מהתוס' רי"ד בב"ק (סט:) לדבריו דחזרה קרן לבעלים תליא אם יכול להקדישו והגזלן אינו קונה בשינוי:

ט. מבאר היכא דגנב פרה ריקנית ונתעברה אצלו ואח"כ גנב ממנו גנב שני לפני יאוש שייך השבח להבעלים אף לשיטת הרא"ש ואם גנב לאחר יאוש לפי מה שמבאר דברי התוס' ב"ק (סט.) דסוברים דבלקח מהגזלן בע"כ הוי שינוי רשות. וכן סובר התוס' רי"ד שייך השבח לגנב ראשון. ולדעת הסוברים דזה לא הוי שינוי רשות שייך השבח להבעלים:

י. מבאר דהשבח היתר על הוצאה נוטל הגנב רק מטעם תקנת השבים. וא"כ אם גנב אחד מהגנב הראשון שפיטמה. השבח היתר על הוצאה שייך להבעלים:

יא. מבאר דלפי"ד הרא"ש והטור נראה בגנב פרה ריקנית ונתעברה אצלו וגנבה אחד וילדה אצלו דאם גנבה לאחר יאוש קנה גוף הפרה. ואם גנבה קודם יאוש להקצוה"ח והנתיבות דס"ל דגזלן שני אינו חייב באחריות נראה דלא קנה גוף הפרה. אבל מהתוס' רי"ד והרא"ש מוכח דגזלן שני חייב באחריות ולסברתם נראה דקנה גוף הפרה. [אבנ"ה ואם עשה הגזלן שני שינוי בידים הסכים הנתיבות שם שנתחייב באחריות. ותמוה לי מאד הא כל עיקר היסוד של הקצוה"ח והנתיבות דגזלן שני אינו חייב באחריות הוא משום דאל"כ מדוע הגזלן הראשון באיתבר ממילא אינו משלם אלא זוזא. ואמאי לא חשבינן לי' שנעשה גזלן חדש בהגבהתו בכל יום. וא"כ הא גם בהדין דהנתיבות יש לפשט מזה דאם נימא דבזה שעשה שינוי נעשה גזלן. א"כ מדוע הגזלן הראשין אם עשה שינוי בידים מ"מ אינו משלם כשעת השינוי. כדמוכח מהרא"ש ר"פ הגוזל עצים וכן מוכח בשו"ע סי' ש"ס סעי"ה דקתני דאינו משלם אלא כשעת הגזילה ואיירי שם בכל הסי' בעשה שינוי בידים]. מפקפק בהא דמפורש בשו"ע דאם נשתנה ברשות יורשין חייבין לשלם:

יב. מבאר דאינו יכול ליתן למי שראוי ליורשו דבר שלא בא לעולם. אבל מלוה יכול להקנות. ומישב שי' הרמ"ה. מפרש פי' חדש בב"ב (קמח.):

יג. במי שנתחייב שבועה והפך לחבירו ועברה שמיטה. מפלפל לישב דברי הר"ן דכ' דרק שבועת מב"מ נשמטת. ומישב השגת הראב"ד על הרמב"ם דהרמב"ם סובר דרק שבועה דאורייתא נשמטת. ומסיק דבנידון זה לכו"ע לא נשמט החוב כיון דהפך השבועה א"כ הוי כמלוה שלא הגיע זמנה:

יד. מישב דברי התוס' דכתבו דשוכר רשות מעכו"ם מותר בשבת משום דהוה כמתנה. דקשה הא בעירובין (עא.) מוכח דמתנה בשבת אסור. ומישב דשאני הכא דהוי לצורך מצוה. מישב שי' הרמב"ן דאסור להפקיר בשבת. מפלפל אם מותר לזכות מהפקר בשבת: