הלכה · משנה תורה · מפרשים

סדר הלכה (חידושי הלכה)

רבי דוד שלמה הכהן אדלשטיין

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

סדר הלכה (חידושי הלכה)

רבי דוד שלמה הכהן אדלשטיין

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/סדר-הלכה-חידושי-הלכה/
הקובץ נוצר ב־22 בנובמבר 2026 מגרסה v39-202611200317 של הספרייה.

תוכן העניינים

קונטרס תורת העישוי 5
פרק א 5
פרק ב 11
פרק ג 15
פרק ד 21
פרק ה 29
פרק ו 34
פרק ז 39
פרק ח 44
פרק ט 52
פרק י 56
פרק יא 63
פרק יב 71
פרק יג 80
פרק יד 92
פרק טו 99
פרק טז 99
פרק יז 107
פרק יח 114
פרק יט 124
פרק כ 131
בענין זקן ממרא 144
סוגיא דשיקור הדעת סנהדרין דף לג. 155
הלכות גניבה וגזילה 219
הלכות גוזל ונגזל 233
הלכות מעילה 253
הלכות נזירות 273
בסוגיא דחייבי חטו"א 273
הלכות יום טוב 276
הלכות שופר 289
הלכות טריפות 300

הלכות טומאת משכב ומושב 312
הלכות ביאת מקדש 317
הלכות נזקי ממון 319
הלכות שכירות 324

קונטרס תורת העישוי

פרק א

הא דתניא סוכה איני עושה לולב איני עושה מכין אותו עד שת"נ אם ר"ל מיתה ממש או דלמא אין ר"ל מיתה ממש כמו שנבאר בס"ד:

בש"ס כתובות ד פ"ו. תניא במה דברים אמורים בלא תעשה אבל במ"ע כגון סוכה איני עושה לולב איני עושה מכין אותו עד שת"נ עכ"ל ויש לחקור אי נימא שעד שת"נ אינו אלא דרך גוזמא בעלמא וכההיא שאמרו פסחים מ"ט. עם הארץ מותר לקורעו כדג מותר לנותרו וכתב הר"ן שם דכל הני מילי גוזמא נינהו וכהאי גונא בסנהדרין נח: חייב מיתה ור"ל שמכין ועונשין אותו אבל לא מיתה. וכמ"ש הרמב"ם פ"ו מהלכות מלכים דין ט' להדיא וכה"ג בכורות ד' כ"ו יכול מיתה לא ת"ל לא תחללו ולא תמותו וכתבו התוס' שם דלא לחייבו מיתה קאמר אלא קרוב לחיוב מיתה ע"ש. וה"ה הכא עד שת"נ *) הלקאה ורידוי קאמר ולא מיתה וכבר צידד כן הגאון ריה"ג בספר מ"ת ריש הלכות יסודי התורה או דלמא לאו גוזמא היא אלא הדברים כמשמען ר"ל מיתה ממש. וכ"כ הגאון ריה"ג שם שדוחק לומר דהך עד שת"נ גוזמא הוא ולא מצינו בשום מקום מי שיפרש כן בהכאה הלזו והנה בתוספתא פ"ג דמכות תניא מכין אותו עד שיקבל או עד שת"נ. משמע לכאורה דעד שת"נ דומיא עד שיקבל הוא. וכמו שאם קיבל עליו לקיים המצוה ועשה אותה ע"י ההכאה הנה לא נעשה עמו דבר נגד הדין כמו כן אם לא קיבל עליו והוכה ומת הרי זה ג"כ דבר שנתחייב בו מן הדין א"כ משמע דהדברים כמשמען ולא גוזמא. ויש לדחות אדרבא עד שת"נ דומיא עד שיקבל תניא ועד שיקבל דקאמר הוא עד ולא עד בכלל דתיכף ומיד שמקבל עליו ואומר רוצה אני נפטר מההלקאה הזאת וכמו שיתבאר אי"ה כמו כן עד שת"נ י"ל עד ולא עד בכלל ומיד שיבא לגדר מכת מות שוב אין מלקין אותו וספק פקוח נפש דוחה שבת וכל המצוות שבתורה וה"ה שדוחה הכאה זו נמצא דאפילו אם תמצא לומר שאין זו לשון גוזמא מ"מ מכת מיתה אין כאן ורצונם לומר עד שת"נ ולא עד בכלל:

והנה ראיתי בשיטה מקובצת כתובות שם בשם תלמידי ר"י ובשם בעלי התוספות בכל מקום שאמרו מכין אותו עד שת"נ ר"ל שאין שם שיעור ידוע אלא שיחלישו כחו עכ"ל נראה לכאורה דס"ל דאין כאן מיתה ממש ולא מטעם דגוזמא קתני גם אין צריך לומר דעד שת"נ ולא עד בכלל הוא אלא דס"ל דבכוונה נזהרו חכמים בדבריהם ולא הזכירו כאן מיתה כלל ולא אמרו עד שימות או כדי להמית אבל אמרו עד שת"נ מפני שענין יציאת נפש נמצא גם שלא על מיתה ממש אלא על תלישת כת בלבד וכמ"ש נפשו יצאה בדברו

וכדומה לזה בלשון מחכמים בש"ס דף ו' בבכורות ונדה ט' אין נפשה חוזרת עליה כ"ד חודש הרי שיציאת נפש וחזרתה נאמרה גם על מי שהוא חי לפנינו ומצינו במכילתא דמשפטים פ"ד שומע אני אפילו סטרו סטירו תלמוד לומר מכה כל נפש כו' עד שתצא כל נפשו עכ"ל מלשונם זה נלמד דער שח"נ יכולה היא להתפרש גם על הכאה שאין בה מיתה אבל מדכתיב כל נפש למדו מזה שאינו חייב מיתה אא"כ הכהו עד שתצא כל נפשו וכעין זה בסנהדרין ד' ע"ת כל נפש עד דאיכא כל נפש ור"י ב"ב סבר כל נפש כל דהוא נפש ע"ש נמצא דלפי זה ס"ל לבעלי התוס' ותלמידי ר"י דהך עד שת"נ אין ר"ל עד שימות אלא חלישת כת אמנם בדברי התוספות שלפנינו לא נמצא זה הפירוש בשום מקום:

ויש להוכיח גם מדברי הרמב"ם דלא ס"ל הכי שהרי כתב בספר המצות שורש י"ד בזה"ל כל מצוה מהם וכו' יש לנו שנלקה הנמנע מלעשות עד שימות או שיעשה אותם עכ"ל הרי ס"ל דער שת"נ ר"ל עד שימות וכההוא דתנן פ"ז דסנהדרין זה מושך אליו וזה מושך אליו עד שנפשו יוצאה הרי שהונח לשון זה גם על מיתה ממש (וכה"ג בכמה דוכתי) וגם עד ועד בכלל כהוראת עד בכל התורה עיין או"ת סי' מ"ג ויום תרועה ראש השנה ד' ל'. וכן מוכת מהתוספתא פ"ג דמכות הנ"ל שהרי באו שם לפרש ההבדל שבין מלקות של ל"ת למלקות הללו דשל ל"ת שיעורא ל"ט וזו שיעורא עד שת"נ. של ל"ת צריכה אומד אם יש בו כח לקבל ושל עשה אינה צריכה אומד והכי איתא בירושלמי פ"ד דנזיר להדיא ואם כצד הא' הנ"ל קשה איך ילקו אותו בלא אומד. דלמא אין בו כת לקבל כ"כ וימיתו אותו שלא נתחייב מיתה כלל. ואין לומר דזה אע"ג שלא נתחייב מיתה ממש מכל מקום כיון שאומר סוכה איני עושה לולב איני נוטל ראוי הוא לחיוב מיתה ולהכי לא חיישינן למיתתו דהא ליתא דמשמע בש"ס סנהדרין ד' יו"ד דלא אמרינן הכי דפריך שם למ"ד מלקות במקום מיתה עומדת ופירש"י ראוי הוא למות כיון שעבר על אזהרת בוראו כו' אי הכי אומדנא למה לי ואי מאית לימות ומשני אמר קרא ונלקה אחיך כו' הרי *)הג"ה וכה"ג תנן במשנה ג' פרק י"א דפרה האוכלה חייב מיתה ולאו דוקא אלא מרדות וכמ"ש התוס' בכורות ד' נ"ד ד"ה וב' מינין. ור"ה י"ב ד"ה תנא.וכ"כ הר"ש בריש מעשרות וכמ"ש התוי"ט בפרה שם:

דאפילו מי שראוי למות כל שאינו חייב מיתה מן הדין שוב אין רשאין להלקותו בלא אומד אלא ודאי דשאני הלקאה זו מהלקאות לית ושהדברים כפשוטן דשל ל"ת שיעורה ל"ט להכי צריך אומד והלקאה זו שיעורה עד שימית לכן אין צרך אומד. וכן יש להוכיח מדברי הגאון חוות יאיר בתשובתו ד' רס"ד שכתב שם בהשמט' וז"ל וכי תימא הא גופא

קשיא וכי חמיר עשה מן ל"ת דאין מצילין אותו בנפשו של עושה חוץ מן המנויים במשנה דסנהדרין וכו' יעו"ש שהוכיח שאין הכאה זו נוהגת בל"ת דאל"כ קשיא הלא אין לנו איסורי לאוין שיצילו אותן בנפשם אלא אלו בלבד השנויים בסנהדרין שם. מבואר מזה דפשיטא ליה דעד שת"נ הוא חיוב מיתה ממש כמו אלו שמצילין אותן בנפשן:

והנה הרמב"ן בפרשת יתרו כתב וז"ל לולב איני נוטל סוכה איני עושה מכין אותו עד שיקבל עליו לעשות או שתצא נפשו עכ"ל. ולכאורה תמוה למה שינה הרמב"ן לכתוב דין זה שלא כלשון הש"ס בכל המקומות שהזכירו דין זה לא אמרו מכין אותו "שת"נ" אלא "עד" שת"נ וכמ"ש בכתובות פ"ו ובחולין קל"ב ובירושלמי דנזיר פ"ד ובתוספתא דמלקות פ"ג ולא אישתמיט להו בשום מקום שיאמרו מכין אותו "שת"נ"אלא "עד" שת"נ והרמב"ן עצמו כתב בתחילה "עד" שיקבל כלשון התוספתא והש"ס בבלי וירושלמי ואחר זה תיכף בהעתיקתו סיום הדברים השמיט מלה עד לגמרי אמנם להנ"ל י"ל דכוונתו ללמדינו לאפוקי דלא נימא דהאי עד שת"נ עד ולא עד בכלל הוא דומיא דעד שיקבל דתני וכנ"ל לכן דקדק וכתב מכין אותו "שתצא" נפשו וכלומר דלא נקט בסיפא עד אלא איידי דנקט עד ברישא ור"ל שיכוהו "שת"נ" ממש:

שוב מצאתי חבר להרמב"ן בזה ה"ה הר"י בעל אור זרוע שזכינו לאורו זה קרוב שם דף ע' כתב וז"ל מכין אותו "שת"נ" או עד שיקבל לעשות עכ"ל הנה השמיט גם הוא תיבת עד אצל ההכאה ולא כתבה אלא אצל הקבלה וכמ"ש הרמב"ן וי"ל דשניהם נתכוונו לדבר אחד. אמנם בשיטה מקובצת נזיר ד' כ"ג ראיתי שהעתיק דין זה בזה"ל מכין אותו עד שת"נ או שיקבל עכ"ל הנה זה היפך דברי הרמב"ן והאו"ז.

ויש לומר דהשיטה מקובצת לטעמיה אזיל שהעלה בכתובות פ"ו דעד שתצא נפשו שאמרו ר"ל להחליש כחו ולא מיתה ממש וכנ"ל בשם התוס' ותלמידי הר"י ולפי זה הרי יפרשו דעד שת"נ ר"ל עד ועד בכלל משא"כ עד שיקבל הרי אין עד בכלל דתיכף משקיבל עליו לעשות אסור להכותו לכן מפרש איפכא דאיידי דנקט עד שת"נ נקט נמי עד שיקבל:

והגה"ג הנצי"ב בעה"מ ספר העמק שאלה בתשובתו אלי כתוב לדחות מה שהוכחתי מתשובת החוות יאיר וז"ל החוות יאיר בא ליישב הקושיא מרודף אחר עבירה שאין מצילין בנפשו אלא איזה עבירות מיוחדות ותירץ דהתם כו' ולבסוף סיים דעד שת"נ לאו דוקא אלא הכאה עד שמ"מ יוכל לחיות וממילא אזיל הקושיא מרודף עכ"ל הטהור:

וזאת תשובתי אשר השבתי ע"ד הרב נ"י אי אפשר לפרש דברי החוות יאיר כך וכמו שאברר דהנה ז"ל התוות יאיר שם וכי תימא הא גופא קשיא וכי חמיר עשה מל"ת דאין

מצילין אותו העושה עבירה ברודף לעשותו בנפשו של העושה חוץ מהמנויים במשנה דלא קשי' דגבי ל"ת אם אכתי לא עבר אפילו מבקש לעשותה הוי חסר מעשה ודלמא יחזור בו רק יתרו בו ואם יעבור יקבל עונשו ומה נעשה לו עוד דמה דהוי הוי משא"כ במ"ע בישיבתו בטל עובר ומכין אותו כדי שיקיימו. לענות גופו כדי לקיים נשמתו עכ"ל הבין הגאון נ"י דר"ל שנעשה לו ענוי הגוף אבל לא להוציא נשמתו וכן מ"ש ברירא לי דעד שת"נ ר"ל כל זמן שעדיין אפשר לקיימו כוונתו "לקיימו" לבלתי המיתו ובאופן זה הנה מבואר להדיא בדברי הגאון החוות יאיר במסקנתו שהדבר ברור דעד שת"נ לאו יציאת נפש ממש הוא:

אבל המתבונן בעין יפה יראה שא"א לפרש כן שהרי זה ברור שבראשית דבריו שם פשיטא ליה דעד שת"נ ר"ל מיתה ממש כהנך שמצילין אותם בנפשם ולכן הוקשה לו הרי אין לנו אלא אלו המנויים בסנהדרין שם ועל זה סיים וכתב ומכל מקום ברירא לי דעד שת"נ ר"ל כל זמן שעדיין אפשר לקיימו עכ"ל ואם ר"ל לקיימו שישאר חי ולא להמיתו. הרי סותר דברי עצמו שהרי ברור לו בתחילה להיפך ואם בא לחזור ממ"ש תחילה עכ"פ הי' לו לומר אי נמי או ועוד י"ל ותו מאי כל זמן דקאמר מה טיבו של זמן הכא ודי לו שיאמר שת"נ לאו דוקא שאין ממיתין אותו אבל הדבר פשוט שמ"ש כל זמן שעדיין אפשר לקיימו על קיום חיוב המצוה קאי ור"ל שיש עדיין זמן לקיים המצוה לאפוקי עבר זמן הסוכה שוב אין שם הכאה זו. וכ"כ רש"י להדיא כתובות פ"ו. וכן כתב הרשב"א בחידושיו שם בפירוש. וכ"כ הר"ן בחידושי תולין ד' קל"ב וכן מבואר בסה"מ להרמב"ם שורש י"ד וכן בתשב"ץ חלק ב' סי' נ"א שאחר הזמן תו לא מתינן לי' עד שת"נ והן הן דברי החו"י במ"ש ברירא לי דעד שת"נ כל זמן שעדיין אפשר לקיימו על חיוב הציוי קאי וכן מ"ש כדי לקיימו נמי קיום הציוי קאמר:

ומה שכתב החו"י לענות גופו כדי לקיים נשמתו אין ר"ל לבלתי המיתו שא"כ די לו שיאמר מלקין אותו אבל לא ימיתוהו. ועוד מאי כדי לקיימו דקאמר חייב לקיימו הי"ל לומר. אבל הדבר ברור דר"ל דהך ענוי ואיבוד הגוף הוא כדי שתתקיים נשמתו כלומר שחיי הנשמה וקיומה היא קיום התורה והמצוה ורצונה לקיים אלא שחומר הגוף מעכב לכן מלקין גופו עד שיתרצה הגוף או שתצא נפשו לחפשי ממנו וזה שסיים שם בזה"ל ועיין מ"ש הרמב"ם בפ"ב מהלכות גרושין שבאמת כתב הרמב"ם שם וז"ל שהוא רוצה להיות מישראל ורוצה הוא לעשות כל המצות ולהתרחק מן העבירות ויצרו הוא שתוקפו וכיון שהוכה כו' יעו"ש שהן הן הדברים שרמז אליהם החו"י בקיצור:

ומה שכתוב כ"ת בזה"ל ולבסוף סיים דעד שת"נ לאו דוקא אלא הכאה עד שמכל מקום יוכל לחיות עכ"ל תמוה לי טובא נייתי ספר ונחזו כי דברים הללו לא נמצאו שם כלל בחו"י לא בתחילה ולא בסוף. באופן שמדברי החו"י מוכת להדיא דעד שת"נ מיתה ממש קאמרינן וכן מוכח בתשובת חכם צבי סי' מ"ט שם הביא דברי הרא"מ שכתב די"ל מ"ש במילה ונכרתה הנפש ההוא ר"ל הכאה עד שת"נ *) אם מסרב לקיים המצוה והוא כבר הגיע לי"ג שנים ומעלה כל זמן שאינו בן עשרים אינו חייב כרת והחכם צבי השיג שא"כ *)**הג"ה** וכעין זה כתב הראב"ע בפרשת אחרי י"ח כ"ט מ"ש הכתוב ונכרתו הנפשות העושות שר"ל מיתה ע"י ב"ד אם עשו בפרהסיא ובסתר יוכרתו בידי שמים:

כל מ"ע יש בה כרת כזה יעו"ש על כל פנים משמע דתרווייהו ס"ל דעד שת"נ דברים כמשמען וכן מוכת מדברי הגאון הקצות שכתב במשו"נ סי' ג' וז"ל בית דין כופין לקיים המצוה ומכין אותו עד שת"נ כגון סוכה איני עושה ואלו באיסורא אין הדין כן ואין מכין עד שת"נ אלא בעבירות הידועים כגון רודף אחר נערה המאורסה או במקום שקנאים פוגעים בו וכל זה ברור עכ"ל הנה פשיטא ליה דעד שת"נ היינו להורגו ממש כאלו שקנאין פוגאין בו יעו"ש:

ובתשובה אשר שלח אלי הגאון מו"ר מו' יוסף שאול נ"י מלבוב שעה"מ מפרשי הים:

כתב וז"ל הנה בענין מכין עד שת"נ מה המכה אשר לא כתובה השיעור הקצב וגוף תכונת המכה אמנם לענ"ד שרש"י בתולין פירש הך דמכין עד שת"נ היינו שמתא כדדרשינן במועד קטן שמתא שם מיתה שנכנסת בכל רמ"ח איבריו עכ"ל הנה לפ"ז הי' נמצא לנו שיטה חדשה אשר לא נזכרה בפוסקים ולענ"ד דיש לעשות סמוכין לזה מדברי הש"ס גופא בחולין קל"ב שם דפריך אי לימא דתו לא משמתינן ליה והא תניא במד"א וכו' מכין אותו עד שת"נ הנה בא הש"ס שם להוכיח דמשמתינן ליה מהא דתניא מכין עד שת"נ משמע להדיא דהיינו הך ועוד דאל"כ קשה דעדיפא מינה הוי ליה להש"ס להקשות הא לא סגי בשמתא ואיך המתינו להם כ"ב שנין הי' להם להכותם עד שיקבלו או שת"נ וכדתניא במד"א וכו' ואין לומר דהכא במאי עסקינן בדלא אפשר כגון שידם תקופה וכדומה ולעולם בדאפשר עבדינן הכי דהרי הפוסקים כולם העתיקו דבר זה להלכה דהמעכב מתנות כהונה מנדין אותו עד שיתן משמע דזה דינו לנדותו ולא להכותו נפש. והרי בברייתא מבואר דמכין אותו עד שת"נ אבל לפי הנ"ל אתי שפיר דהכאה זו שבברייתא הוא הנידוי והשמתא:

וכן משמע לכאורה מדברי הרמב"ם שכתב בפ"ב מהלכות מלוה ולוה הלכה ד' אם יש כת ביד ב"ד לעשות עד שיפרע בעל חובו או לנדוחו שיחן יעשו וכו' שפריעת חובו

מצוה עכ"ל ולמה לא הזכיר הכאה עד שת"נ גם בפרק כ"ב שם כתב הורדה לנכסיו ונידוי והכאה לא כתב גם בסוף פרק כ"ה מהלכות סנהדרין כתב מי שבא לב"ד לקבל הדין והלך לו ולא שילם מחרימין אותו ואיך לא אישתמיט לי' בחד מהנך דוכתי למכתב בהו דמכין אותו עד שת"נ וכמ"ש בש"ס כתובות פ"ו בפריעת חוב אבל לדברי הגאון נרו דהכאה הוא היא השמתא ואיננה דבר חוץ ממנה א"כ לק"מ וכן משמע נמי מדברי הפוסקים באבן העזר סי' וא"ו בדין כהן דנסיב גרושה משמתין אותו עד שיגרש עיין משנה למלך פ' מ"ז מהלכות איסורי ביאה דפשיטא לי' דעל כל כהאי גוונא מכין עד שת"נ אבל להנ"ל ניחא דהיינו הן:

אמנם יען כי הגאון נרו שם בתשובה הלזו עצמה סיים וכתב בזה"ל אבל הוא דבר חידוש ורחוק להעמיס כן בלשון רש"י עכ"ל גם אנו נאמר שקשה להעמיס כן גם בלשון הברייתא דתני להדיא מכין אותו משמע וודאי הלקאה כפשוטה וכן מורין להדיא דברי התוספתא והירושלמי הנ"ל שבאו לפרש ההבדל שבין הלקאה של חייבי לאווין להלקאה זו, זו ל"ט וזו בלי מנין זו צריך אומד וזו בלא אומד מבואר מזה שהדברים כמשמען ומש"ס דחולין הנ"ל י"ל דאין ראיה לפי מ"ש הרא"מ והמרדכי פרק השולח דלהכאה עד שת"נ צריך דוקא דיינים שהן סמוכין בא"י ורב חסדא לא הוי סמוך דכל רב לא סמיך הוא כמ"ש רש"י כתובות מ"ג ולהכי לא עביד להו להנך טבחי דהוצל אלא שמתא משום דלא הי' שם סמוכים ועל דרך הזה י"ל מ"ש הרמב"ם בפ"ו מהלכות ת"ת דהמעכב מתנות כהונה חייב נידוי ולא כתב הכאה עד שת"נ מפני שהרמב"ם שם הקדים לזה שם באותו ענין שכל מי שמחויב נידוי כל יחיד יכול לנדותו ואפילו הדיוט ואחר זה כתב מיד איזה הם הדברים שחייבים עליהם נידוי ויחשוב כ"ד דברים שעל כל אחד מהם יכול יחיד הדיוט לנדות ולכן לא הזכיר שם הכאה עד שת"נ דס"ל כהרא"מ והמרדכי הנ"ל דלזה צריך סמוכין ועל דרך זה י"ל כוונת הטור וש"ע יו"ד סי' של"ד שהעתיקו שם דברי הרמב"ם כצורתם וכן בא"ע סי' וא"ו הנ"ל אמנם דברי הרמב"ם בפ"ב מהלכות מלוה הנ"ל שכתב אם יש כח ביד דיינים לעשות עד שיתן כו' הנה עישוי זה י"ל דר"ל הכאה עד שת"נ דא"א לומר דר"ל שמחא או נידוי שהרי כתב בפירוש מיד או לנדותו ומה שלא הזכיר הכאה בפירוש י"ל דסמך עצמו על מה שהשריש כבר בהה"מ בי"ד שרשיו וכעין מ"ש הר"י דיליא"ן בענין לאו דטריפה יעו"ש ותדע לך שהרי סוכה ולולב וציצית שנזכרו בברייתא להדיא שמכין אותו עד שת"נ והרמב"ם לא הזכיר בהם הכאה כלל, לא בחבורו הגדול ולא בפירוש המשנה ועל כרחינו צ"ל שסמך עצמו על מ"ש בסה"מ שורש י"ד בזה"ל

שכל המצות עשין בכללן משפט אחד להם להכות את הנמנע מלעשות עד שיקבל או עד שימות וכצ"ל כוונתו בהלכות סנהדרין הנ"ל:

וכן מוכח נמי מהא שכתבנו למעלה דהכל מודים דהכאה זו אינה נוהגת אחר שעבר הזמן וכמ"ש רש"י והרמב"ם ותשב"ץ והרשב"א והר"ן ושמתא הרי עיקרה אינה אלא אחר שעבר וכמו"ש בירושלמי כל שנהג שלא כשורה מנדין אותו וכן הוא בש"ס דילן בכמה דוכתי וכן מבואר בפוסקים עיין טור י"ד סי' של"ד וש"ע שם א"כ מוכח להדיא דהכאה זו לאו שמתא היא:

שוב מצאתי ראיתי בספר אור זרוע שזכינו לאורו מקרוב שם דף ע' הלכות מתנות כהונה הביא סוגיא דחולין הנ"ל בזה הלשון למאי הלכתא אי לימא דלא רמי עלן למנגדינוהו אלא לשמתינהו והא תניא במד"א במצות ל"ת אבל במ"ע כו' מכין אותו עד שת"נ עכ"ל הנה לפי גירסא זו מבואר להדיא באמת הא דמייתינן בש"ס שם ברייתא זו היינו להוכיח ממנה דלא סגי בשמתא. אלא להכותו עד שיקבל או עד שת"נ הרי מפורש דהכאה זו כפשוטה וכמשמעה:

וכן מוכח נמי בדברי הרמב"ן בספר המלחמות פ"ו דיבמות שכתב שם וז"ל מכין עד שת"נ ומשמתין ועבדינן הרדפה ועיין מג"א להר"י דיליאן סוף שורש רביעי אות ה' שכתב וז"ל שמוסיף בהן עשה כי הוא חמור מן הלאו כמו שאמרו בכתובות פ"ו בד"א במצות ל"ת אבל במ"ע כגון שאומר לו עשה סוכה ואינו עושה לולב ואינו עושה מכין אותו עד שת"נ עכ"ל מדבריהם הללו מוכח ג"כ דהכאה זו איננה שמתא ולא נגידא בעלמא ודו"ק:

פרק ב

יחקור הא דתניא מכין אותו עד שת"נ אם כך היא מה"ת או אינו אלא מדרבנן:

תניא התם בתוספתא דמכות פ"ג מכות ארבעים מן התורה אבל מכות מרדות אינו כן אלא מכין אותו עד שת"נ או עד שיקבל עליו עכ"ל והובא בשיטה מקובצת לנזיר ד' כ"ג וכתב עלה וז"ל ונראה דהיינו דוקא כשאומרים לו עשה מצוה ואינו עושה דמכין אותו עד שיקבל לעשותה או עד שת"נ מבואר דס"ל דהלקאה זו מכת מרדות הוא. וכן מבואר בפסקי התוס' במנחות סימן קמ"ג דז"ל שם עשה סוכה ואינו עושה מכין אותו מכות מרדות עכ"ל וכן משמע בירושלמי פ"ד דנזיר מלקות תורה מ' ומכות מרדות חובטין אותו עד שיקבל או עד שתצא נפשו ועיין פני משה שם. וכן משמע מדברי הר"ן פ"ד דכתובות ז"ל פירש בערוך מלקות דאורייתא כו' אבל עובר על מ"ע כגון סוכה כו' ונקראים מרדות מפני שמרד בדברי תורה ובדברי סופרים (וכן משמע מדברי המ"מ פ"א מהלכות איסורי ביאה דין ח' יעו"ש):

ויש לענ"ד בזה מקום עיון שהרי בכמה דוכתי מוכח דהכאה זו מה"ת היא. (א) בש"ס יבמות ד' פ"ח תניא מנין שאם לא רצה דפנו ופירוש רש"י הלקהו וקדשהו בעל כרחו וכו' ופריך הש"ס היכי דמי כו' צריכא למימר רדפנו ופירש"י פשיטא באיסור וכו' לא איצטריך קרא דוודאי כייפינן לי' משמע להדיא דהכאה זו מה"ת הוא דאל"כ תיפוק לי' דאיצטריך קרא למילף דהכא לקי מה"ת ועיין כתובות מ"ט בהפלאה שם שכתב להוכיח מסוגי' זו דכופין ומלקין על ל"ת כמו על מ"ע ומדאמרינן דהא מילתא דפשיטא לן ולא איצטריך קרא על זה א"כ וודאי ה"ל שכך הוא מה"ת. (ב) בפ"ק דר"ה דף ו' ע"א תניא יקריב אותו מלמד שכופין אותו וכתבו התוס' שם וז"ל כל מ"ע נמי כופין עד שת"נ והא דאיצטריך קרא משום דס"ד דאין כופין כאן לפי שכתוב כאן לרצונו ועי"ש בתוס' ואי נימא דאין הכאה זו מה"ת א"כ הא שפיר איצטריך קרא למילף לן דהכא כופין ומכין אותו מה"ת משא"כ בכל המצות עשין שבתורה (ג) כתובות מ"ט ובב"ב ח' רבא כפיי' לר"נ בר אמי ואפיק מניה ת' זוזי לצדקה והקשו התוס' והמרדכי והר"ן הא צדקה מתן שכרה בצידה ואין כופין ותירצו בכמה אנפין וחד מנייהו דכשמ"ש בצידה אין כופין על ידי הכאה גדולה שהיא עד שת"נ אלא מלקין וכופין ולא עד שת"נ וכן הובא בט"ז ביו"ד ר"ם ר"ח והנה שורש דבר זה הוא מן התורה כמ"ש בירושלמי פ"ד דב"ב מאזני צדק יהי' לכם מכאן אמרו מ"ע שמ"ש בצידה כו' [ועיין תשובת מהר"מ רוטנברג סי' תשכ"ה שפירש דר"ל מדכתיב לכם מכאן אמרו מ"ע שמ"ש בצידה כו' כלומר הדבר הזה לכם הוא מסיר לעצמיכם ואין ב"ד נענשים עליו ומפרשי הירושלמי אישתמיט להו דברי מהר"מ הללו] והשתא את"ל דהכאה זו עיקרה אינה מה"ת קשה למה לי קרא למילף שאינה נוהגת במ"ע שמ"ש בצידה והרי מה"ת אינה נוהגת בשום מצוה. (ד) לישנא דברייתא גופה דתני במד"א (דלוקה מ') במצות ל"ת אבל במ"ע מכין עד שת"נ משמע וודאי דהך הכאה מה"ת הוא דומיא דמלקות ל"ט של הל"ת ותדע לך שהרי הר"י דיליאן סוף שורש ד' הוכיח מדברי הש"ס הללו שמ"ע חמורה מלא תעשה מדלא חייב הכתוב על ל"ת יותר מל"ט מלקות ובמ"ע מכין בלתי קצבה ועי"ש (וכ"כ הגאון ר"א אזקארי בס"ח) הרי מפורש דס"ל דכך הוא מה"ת ושזהו כוונת הכתוב במקום שהוסיף לכתוב בו מ"ע (ה) בסנהדרין ס"ב אמרינן מי איכא מידי דרחמנא פטריה ואנן ניקום ונקטליה יעו"ש מוכת להדיא בסוגיא שם דאפילו דבר שהוא הלכה למשה מסיני שנהרג על זה מ"מ צריך שיהי' לו שורש מן הכתוב דאל"כ הדרינן לכללא דכל דרחמנא פטריה אנן לא קטלינן ליה והשתא אי נימא דהכאה עד שת"נ שבכל המצות איננה מה"ת א"כ הדרא קושיא לדוכתי' מי איכא מידי וכו' [וכ"מ ממ"ש הסמ"ע סי' ע"ג ס"ק י"ז דהכאה עד שת"נ

איננה מכות מרדות] (ו) הרמב"ם בסה"מ שורש י"ד כתב וז"ל והנה יפה אצלי שאצרף אל זאת הכוונה תוספת והיא בזכרי המצוה אשר יתחייב עליה העונש הן עשה או ל"ת אזכיר ענשה כו' מיתה או כרת או קרבן כזה או מלקות או חייבי מיתות ב"ד או תשלומין וכל מה שלא נזכיר בהעונש מן העונשין תדע שאם הוא מצות ל"ת הרי הוא כמו שאמרו כעובר על מצות המלך ואין לנו לענשו אמנם מ"ע בכללם כל מצות מהם כשהתחייב עשייתה יש לנו שנלקה הנמנע על עשותה עד שימות או שיעשה וכשנסתלק זמן החיוב נמנע מזה כמו שעבר ולא ישב בסוכה ע"ד משל אין לנו להכותי אחר הסוכות על עבירתו ודע זה עכ"ל הנה מדברי רבינו הללו יש ללמוד נמי דס"ל דהכאה זו מה"ת חדא מדחשיב לה בין הנך עונשין מיתה בי"ש כרת. קרבן. מלקוח. מיתת ב"ד. משמע שגם הוא מה"ת דומיא דהנך שהן מה"ת ממש ועוד שאם ס"ל שזו מרדות דרבנן קשה הרי מרדות דרבנן נוהגת גם בל"ת שאין בה ל"ט של תורה כגון לאו שאין מעשה וכמ"ש הרמב"ם בפ"א מהלכות חמץ ומצה לענין לאו דבל יראה וכן הוא עוד בכ"ד ואיך א"כ כתב בשורש זה שאם היה ל"ת הרי הוא כעובר על מצות המלך ואין לנו לעונשו עכ"ל. והרי גם הוא לוקה מרדות מדרבנן אעפ"י שאין בו מעשה:

הן אמת כי לענ"ד, דברי הרמב"ם הללו לקוחים מדברי התוספתא פ"א דכריתות [משם מקורם] דתניא התם זה הכלל כל מצות ל"ת שיש בהם מעשה לוקין ושאין בהם מעשה אין לוקין כו' כעובר על מצות המלך עכ"ל. ועל התוספתא לק"מ דאע"ג דיש וודאי מכות מרדות גם בלאו שאין בו מעשה מ"מ כוונתם שם על מלקות של תורה הוא דאין בה בלא עשה מעשה ולא דברו שם מן מרדות דרבנן כלל. אבל דברי הרמב"ם בשורש הזה אם נאמר שיחשוב שם גם עונש של מכוח מרדות דרבנן א"כ קשה טובא הרי נוהגת גם בכל ל"ת שאין בה מעשה ועוד קשה דאי נימא דהכאה זו עד שימות ר"ל מכות מרדות דרבנן איך השריש רבינו שם שעל מ"ע אחרי עברו אינו לוקה עוד והלא יש מלקות מרדות במצות עשה גם אחרי עברו וכמ"ש רבינו להדיא בפ"א מהלכות איסורי ביאה דין ח' וכ"כ הרב המגיד שם שזה נלמד ממה שאמרו סוכה אינו עושה כו' מכין אותו עד שת"נ ואין לומר דיש חילוק בזה בין ביטול עשה שיש שם מעשה בביטולה. הוא דילקה מרדות אחר עברו משא"כ כשהביטול הוא בשב ואל תעשה וכמ"ש באמת הרב בעל נחל איתן בפ"ו מהלכות חמץ ומצה:

ולענ"ד דהא ליתא שהרי לימוד ערוך הוא בידינב מדברי הר"ן בחידושי חולין דף קל"ה דמלקין אותו אחר חג הסוכות על ביטול מ"ע דסוכות ור"ל וודאי מכות מרדות הרי דגם על שב ואל תעשה נוהגת, וכן מוכח מדברי הרמב"ם גופיה שהרי יניח שם כלל גדול לכל

מ"ע בכללם שאינו לוקה אחר עברו ומדוע לא הבדיל בין מ"ע שיש מעשה בביטולה לבין מ"ע שביטולה הוא בשב ואל תעשה אבל על כרחינו צ"ל שלא דיבר הרמב"ם שם מן מכות מרדות כלל אלא מהלקאה של תורה וכדברי התוספתא שממנה מקור דבריו הללו שאינה, מדברת ממכות מרדות דרבנן א"כ מוכח ממילא דהכאה זו מה"ת הוא ומינה דכמו דהכאה זו אין הבדל בה בין עשה מעשה ללא עשה מעשה כל שעבר זמנה אין לנו להלקותו מה"ת ה"ה לענין מכות מרדות דרבנן נמי שאין הבדל בניהם ומתינן לי' מרדות דרבנן גם בלא עשה מעשה וכדברי הר"ן ז"ל (ז) בתשובת הרא"ש כלל י"א סי' ח' וששאלת למ"ד פריעת בעל חוב מצוה הוא וכייפינן ליה בגופיה האיך תתקיים לדבריו כל אותה הלכה בסוף המקבל ואותם הפרקים דניתוח ומשכון:

יראה לי דבכתובות פ"ו מיירי כגון דלית ליה קרקע אלא מעלכולי והבריחם כו' יעו"ש ואי נימא דהך הכאה דכתובות פ"ו שם אינה מה"ת מאי זו שאלה מאותם הפסוקים הכתובים בתורה. לענין כפייה והכאה של מרדות דרבנן אבל מוכח מזה דס"ל נמי דגם הכאה זו מה"ת היא. (ח) הרר"א ממיץ בספר יראים סי' רע"ח כתב המלוה יאמר משמט אני:

ואם אינו רוצה לומר כופין אותו שיאמר דתניא במד"א כו' סוכה ולולב מכין אותו עד שתצא נפשו ונראה דאין דברים הללו אמורים אלא בב"ד של ארץ ישראל. אבל בב"ד של חוץ לארץ אין רשאין לכופו כו' יעו"ש שיש שם קצת גמגום משגגת המעתיק ועיין מרדכי פרק השולח סי' שפ"ג שהביא את דבריו וז"ל והרא"מ בספר יראים כתב דאם המלוה אינו רוצה לומר משמט אני כיפין אותו כדתניא גבי אומרים עשה סוכה וכו' מכין אותו וכו' ובב"ד של חוץ לארץ אין רשאין לכופו אלא מכין אותו [ר"ל מכות מרדות דרבנן אבל לא להכותו נפש גם אין קונסין אותו בממון] דכל קנם אין דנין בחוץ לארץ א"כ מוכח ממילא דהכאה זו אינה מרדות דרבנן. דאל"כ קשה הלא הלכה היא בידוע. דמרדות מלקין גם ע"י דייני חוץ לארץ וכמ"ש כל הפוסקים עיין טור חו"מ תכ"ה סי' ב' וש"ע שם ובסי' ע"ג ובפרישה שם ס"ק ט' וש"כ ס"ק ט"ז ולא נמצא מי שיחלוק בזה כלל וכלל. (ט) בתשובת חוות יאיר הנ"ל שכתב וז"ל וכי תימא הא גופא קשיא וכי חמיר עשה מל"ת דאין מצילין אותו בנפשו של עושה חוץ מן המנויים במשנה כו' הנה יוכיח דבל"ת אין מלקין עד שת"נ את הרודף אחר עבירה ומבקש לעבור. מהא דקיי"ל דלא ניתן להצילו בנפשו אלא אלו המנויים בסנהדרין שם. והשתא אי נימא דעיקרה של הכאה עד שת"נ איננה מה"ת א"כ לא מוכח מידי דלעולם אימא לך דגם בלא תעשה תיקנו הכי והתם בסנהדרין לא חשיב אלא הנך דמצילין אותם בנפשם מה"ת וכדילפי להו הש"ס מקראי אלא וודאי ס"ל דהכאה זו מה"ת הוא כהנך דמצילין שם. (י) מהא דקיי"ל חמורה שמתא

מנגידא כמ"ש כתובות כ"ח וקיי"ל נמי דכל שנהג שלא כשורה מנדין אותו וכמ"ש הר"ן פ"ק דשבת ופ"ק דנדרים ובמו"ק פ"ג א"כ ממילא דכ"ש דיש לב"ד להכות מרדות לכל מי שנוהג שלא כשורה והיינו כשרואין דהלקאה תפעול בזה יותר משמתא. והנה לשיטת הרמב"ם כל מרדות הוא עד שת"נ וכמו שהעיד הרמב"ן בשמו ואפילו עבירה דרבנן כגון אכל מצה בערב פסח ואפילו אתר שעבר וכמו שהוכיח באורח מישור מהירושלמי פ"ד דנזיר א"כ קשה הרי כ"ע מודי דהך הכאה עד שת"נ אינה נוהגת אחר שעבר הזמן כגון אתר חג הסוכות וכדומה. ועל כרחינו צ"ל שזה לענין הכאה של תורה אבל מרדות מדרבנן מתינן ליה גם אתר התג מוכח ממילא דהכאה לכופו לקיים המצוה הוא מה"ת.

(יא) וכן מוכת מדברי החכם צבי סי' מ"ט ובדברי הרא"מ שהביא שם העתקתי דבריהם למעלה דס"ל דהכאה זו עד שת"נ כפשוטה ומה"ת ממש דאל"כ מאי מקשי מהכאה של כל עשין שבתורה הא אנן אקראי דייניין התם ועל כרחינו דס"ל דהכאה של כל המ"ע מה"ת היא. (יב) מדברי הלבוש ביו"ד סי' רמ"ת כתב שם וז"ל אעפ"י שמה"ת אין חייבים לכופו שהוא מ"ע שמ"ש כתוב בצידה מ"מ ארז"ל שכופין אותו מדרבנן עכ"ל א"כ מוכח ממילא שהכפייה שעל כל מ"ע שאין כתוב מ"ש בצידן הכפייה הוא מה"ת:

פרק ג

יחקור פשר דבר ובתחילה יבאר מקור דבר זה מניין ?

מנא הא מלחא דאמור רבנן כופין ומלקין על מניעת קיום מ"ע והרי לא מצינו מלקות מפורשת מה"ת אלא על ל"ת ואחרי שעבר אבל להלקותו על ביטול מ"ע שיש בידו לקיים עוד והוא יושב ובטל ממנה זו מנין לנו בשלמא למ"ד דהכאה זו איננה אלא מדרבנן אתי שפיר אבל לפי הנ"ל שדעת כל הנך רבוותא שהוא מה"ת ממש קשה. מהיכן למדו לומר כן והיכא רמיזא:

ויש לומר שהוא מן הכתוב ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך וכמ"ש הרמב"ן במלחמות פ"ד דב"ק דבכלהו כתב ועשית אזהרה לבי"ד [וכן מצאתי ראיתי להרא"ף אות רס"ד שכתוב וז"ל ולענ"ד הא דתניא במ"ע כגון סוכה אינו עושה ולולב אינו נוטל מכין אותו עד שת"נ ולא מצאתי לזה רמז שיהא מותר להכות ישראל עבור זה לכן נ"ל שהוא מועשית אזהרה לב"ד וא"כ צריכים לעשות כל צד שייכלו לעשות עכ"ל] ולכאורה יש סתירה לדבר מדברי התוס' שם במקומו דקשיא להו למה לי יקריב אותו ללמד שכופין אותו הלא כל מ"ע כופין כמ"ש כתובות פ"ו משמע מדבריהם דלאו מהכא ילפינן לכל מ"ע שבתורה אבל יש לדחות דאדרבה גם התוס' הכי ס"ל דהא באמת בלאו הכי קשיא כמ"ש הפ"י שם וז"ל למה לי ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך כיון דכתיבי ב' ענינים חד דאפריש ולא אקריב וחד

לאמר ולא אפריש ויקריב אותו לרצונו ללמד שכופין שיאמר רוצה אני ולמה לי ועשית תיפוק ליה בכל מ"ע כופין:

אבל להנ"ל אתי שפיר דגם התוס' ס"ל דמועשית הוא דילפינן לכל המצית שבתורה ולהכי לא קשיא להו להתוס' אלא מן הדרשה דיקריב אותו האי מילף למה לי ואם תאמר א"כ מה פריך הש"ס שם ועשית אזהרה לב"ד למה לי מן יקריב אותו נפקא והא שפיר איצטריך ועשית ללמד כפייה על כל המצות שבתורה דאין לומר דמן יקריב אותו בלחוד נמי יש ללמד כן חדא דאיצטריך לגופי' דרצון ע"י אונס לרצונו קרינן ליה או דלא נימא דהקרבן פסול וכמ"ש התוס' ב"ב מ"ת ועיין מהרש"א שם. ועוד דאי מיקריב אותו בלחוד לא שמענו כפייה אלא במקום שיש ל"ת ועשה יחד דבין אמר ולא אפריש ובין אפריש ולא אקריב הרי יש שם גם לאו דבל תאחר ובל יחל. וא"כ איצטריך ועשית ללמד כפייה במקום ביטול מ"ע לחוד ויש לומר דהגמרא הוצרכה לתרץ הכי חד לאמר ולא אפריש כו' דבהכי מתרצי כל תלתא קושיות שמקשה הש"ס וכמ"ש רש"י כה"ג במגילה ריש דף ג' יעו"ש ולעולם י"ל דלמסקנא גוף הכפייה שעל כל המצות מן ועשית נפקא:

וכן יש לפרש דברי הרמב"ן במלחמות פ"ד דב"ק שכתב שם וז"ל בכלהו ממשכנין וכופין נמי במילי ושוטין דבכלהו כתוב ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך וכענין שאמרו בשאר מצות מכין אותו עד שתצא נפשו עכ"ל וי"ל דכוונתו שענין זה שאמרו בשאר מצות מכין אותו עד שת"נ נמי מן ועשית נפקא):

*)**הג"ה** ויש לדחות זה דאדרבה מדכתב הרמב"ן בכלהו כחוב ועשית ור"ל הן בעולות ושלמים הן בחטאות **ויש** אמנם לענ"ד ראיה ברורה מדברי הר"א מזרתי בתורת כהנים שם דפשיטא ליה דכפייה והכאה של כל המצות לא ילפינן להו מן הכתוב דועשית שגם התוס' הכי סבירי להו בפשיטות שהרי כתב שם בזה הלשון ואם תאמר אכתי למה, לי קרא דיקריב וקרא דועשית הא בלאו הני קראי נמי הרי שנינו בפרק הכותב במד"א כו' אבל במ"ע כגון כו' מכין אותו עד שת"נ וכן כבר תירצו התוס' פ"ק דר"ה דאיצטריך קרא הכא משום דסד"א דא"כ לפי שכתב לרצונו עכ"ל הרי להדיא דס"ל דהך הכאה לאו מן ועשית נפקא ושגם התוספות הכי סבירי להו בפ"ק דר"ה הנ"ל ולאו דוקא מיקריב קשיא להו דה"ה מועשית:

וכן מוכח מדברי הריטב"א דקידושין דף ע"ו שכתב וז"ל ואע"ג דקיי"ל כל מצות עשה שמ"ש בצידה אין ב"ד מוזהרין עליה שאני הכא דגלי קרא ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך וכן הוא בהריטב"א פ"ק דר"ה ד"ו בשם רבינו ע"ש הרי להדיא דס"ל דלא ילפינן מן ועשית אזהרה לב"ד שיעשו ויכופו על כל המצות עשין שבתורה ודוקא התם כייפינן וכמ"ש

שם וז"ל וטעמא דמילתא משום דהכא באמירתו נתחייב לגבוה או לעניים וכשם שכופין אותו לפרוע חובו עכ"ל וטעם זה לא שייך לא בסוכה ולא בלולב וכדומה ועיין במאור פ"ד דב"ק מ"ש בשם רב האי גדולה מזו דלא איתקיש אלא לבל תאחר ולא לענין עישוי אע"ג דכתיבא בענינא דקרא שם ועיין מגדל עוז פ"א מהלכות מילה דין ב' שכתב שם וז"ל מדאשכחן דאיצטריך קרא למכתב ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך מכלל דהיכא דלא איכתב אין מעשין עכ"ל הנה ס"ל נמי דלא ילפינן מועשית לכל המצות. גם מה שהעלה הרא"ף שם שהוא מ"ע מיוחדת להמנות במנין תרי"ג הפריז בזה יתר על המדה ודבריו בזה נגד כל חכמי ישראל ראשונים ואחרונים שלא נמצא מי שימנה דבר זה למ"ע פרטית והדין עמהם דס"ל שאפילו יודו כולם דמועשית ילפינן עישוי לכל המצוות מ"מ אינו אלא חלק וענף למצוה הכוללת המפורשת בכתוב שופטים ושוטרים תתן לך ושוטרים אלו בעלי מקל ורצועה הרודים את העם לקיים המצוה ולהרחיקם מעבירה כדאיתא בפסיקתא וכמ"ש רש"י במשנה תורה גם בסנהדרין ד' ז: וד' ט"ז: וכ"כ הרמב"ם בספר המצות סי' קע"ו ז"ל שם שוטרים שיכריחו לעשות מצות התורה יעו"ש וכ"כ הרא"א בלב שמת ד' ס"ג שהוא וודאי דבר השווה בכל המצות יעו"ש. וכ"כ ורמב"ם בפ"א מסנהדרין. שוטרים אלו בעלי מקלות ורצועה והוא מן הפסיקתא כמ"ש הלח"מ שם ובסנהדרין ד' ז' ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם אלו כלי הדיינים כו' מקל ורצועה ופירש"י שם מקל להלקות בו מכות מרדות ורצועה למלקות והך דרשה לאו אסמכתא הוא אלא מיליף גמור ועיין תומים ר"ס א'. ומכאן אתה למד שכמו המלקות שלוקין לחייבי לאוין של הרצועה הוא מן התורה ממש כמו כן הרידוי שרודין במקל להאומר סוכה איני עושה הוא ג"כ מן התורה. שוב מצאתי בחכמת אדם הלכות שחיטה כלל ח' סי' ב' בבינת, אדם שם בתשובת שאלה שכתב וז"ל באם אינו רוצה לקיים המצוה כגון שאומר סוכה איני עושה ואיני נוטל לולב וכו' וכיו"ב דילפינן מדכתיב בקרבנות לרצונכם מלמד שכופין אותו עכ"ל הנה משנתו ברורה לו דמקרבנות ילפינן לכל התורה כולה דבכלהו אמרינן ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך ואפילו במקום שצריך רצונו כופין ומכין אותו שיאמר רוצה אני ואשתמיטתיה מ"ש הררא"מ והתוס' והריטב"א:

ועיין תוספות סנהדרין ד' ב': ד"ה לבעי נמי דמאשר תשים לפניהם ילפינן מילי דעישוי וכפי' משום דמאשר תשים דריש אלו כלי הדיינים (זה מקל ורצועה) וכן כתבו בב"ק ד' ט"ו ד"ה אשר תשים לפניהם וז"ל דמאשר תשים לפניהם ילפינן לכל דבר עישוי וכפייה אעפ"י שאינו דין דבעי מומחין כו' יעו"ש הנה א"כ י"ל דס"ל דמהכא ילפינן ממילא גוף העישוי שבכל המצוות וכמו שיתבאר עוד לפנינו בס"ד. ועיין ש"ס ערוכין ט"ז:

תנו רבנן לא תשנא את אחיך יכול לא יכנו פירש"י על דבר תוכחה. ת"ל, בלבבך. ועיין ים של שלמה ב"ק פ"ג סי' ע' דמכאן נלמד שיכולין להכותו על כל דבר שהוא נגד הדת אפילו בשב ואל תעשה יעו"ש היטב. ועיין לקמן מ"ש בכוונתו. [והנה הכאה על דבר תוכחה יש לה שיעור או עד הכאה. או נזיפה או קללה ומיד כשהגיע לשיעור זה שוב אסור להוכיחו עיין מג"א סי' תר"ח משא"כ הך הכאה שאיננו כן]:

ובש"ס דמכות ד' כ"ג תנו רבנן מכה רבה אין לי כו' א"כ מה ת"ל מכה רבה לימד על הראשונות שהן מכה רבה והדברים סתומים ועיין רש"י שם שגם דבריו נפלאים והתוי"ט כתב להגיה בכל כחו יעו"ש אמנם להנ"ל דהכאה זו מה"ת י"ל שלמדוה באמת מן המקרא הזה עצמו דכתוב והכהו וכתוב יכנו יכלול הכאות שתיהם. האחת להנמנע לקיים המצוה כגון סוכה איני עושה כו' והשנית לעובר על ל"ת ואותה של סוכה ולולב הנה יכו אותו בראשונה ר"ל קודם למעשה כשיש בידו עדיין לקיים אבל אחר הזמן שעבר לא וכנ"ל משא"כ מלקות של חיי"ל אינו לוקה אלא באחרונה אחר שעבר ועל השנית אמר לא יוסיף להכותו מכה רבה למד על הראשונה שהוא מכה רבה דהיינו דתניא מכין אותו בלי אומד ובלי מנין עד שת"נ ולפי"ז יש לפרש גם כן דברי רש"י שם שכתב שהראשונות, הן מכה רבה שניתן להלקותו בעל כרחו עכ"ל דר"ל שעל כן נקראה מכה רבה מפני שהכאה זו אין צריך שיתיר עצמו אליה וזה בעל כרחו משא"כ מלקות של חייבי לאוין אינו לוקה עד שיתיר עצמו להלקאה זה ויאמר על מנת כן אני עושה כש"ס סנהדרין מ"א וע"ב וכמ"ש הרמב"ם בי"ב מסנהדרין דין ב' וכל עוד שלא ירצה לקבל עליו אי אפשר להלקותו אבל כאן אומרים לו עשה סוכה ואינו עושה מכין אותו עד שת"נ אפילו אינו מתיר עצמו למיתה כלל אי נמי י"ל דהלקאה נקראה הכאת בעל כרחו מפני שאנו מכריחין אותו בה לקיים המצוה בעל כורחו אבל כל שאומר רוצה אני תיכף ומיד נפטר מהלקאה זו וכנ"ל משא"כ הכאת של חיי"ל אפילו נתרצה לפנינו אפילו, עומד וצווח רוצה אני לקבל מעתה ומעכשיו לא אעבור עוד אעפ"י כן אין בידינו לפטרו מן המלקות בשום אופן וצריך לקבל מספר כולם אעפ"י שעושה חשוב ומקבל עליו מעתה לקיים מצות התורה בכל לבבו וברצונו *) ולפי זה יתיישבו ואשמות אזהרה לב"ד שיעשוך. וכענין שאמרו בשאר מצוות מכין לשאר מצות שמע מינה דלאו מן ועשית נפקא הכאה הלזו וע"ש שממשכנין על הצדקה:

אותו עד שת"נ עכ"ל ולא כתב דמכאן למדו במלחמות בסוף דבריו במ"ש שמכאן למדו *) הג"ה שוב מצאתי בש"ר פרשה מ"ב לך רד ר' מאיר אומר מרדות הם צריכים וכו' ורבותינו אומרים ג"כ דברי התוס' בנזיר ד' כ' ע"ב בד"ה ר"י אומר אינה סופגת כו' וז"ל

ובפרק בתרא דמכות. מכות ארבעים מה"ת אבל מכות מרדות בלי מנין כו' עד שת"נ ותימה נשגבה לכאורה שלא נמצא דבר זה שם כלל. אבל מכאן ראי', שגם התוס' ס"ל דהיינו הא דקאמרינן שם לימד על הראשונות שהן מכה רבה דר"ל האומר סוכה איני עושה שמכין אותו בלי מנין ולא קצבה אלא עד שת"נ וא"ש:

ובמשנה תורה כ"ז כ"ה מצינו שסמך הכתוב אשר לא יקום. להכות נפש לומר לך השופך דם כעובר על התורה כמ"ש בה"ט שם וי"ל דה"ה לאידך גיסא לומר לך אשר לא יקום דברי תורה כשופך דם מה שופך דם במיתה אף אשר לא יקום דברי תורה כגון סוכה איני עושה מכין אותו שתצא נפשו וכבר אמרו דהכל מודים דבמשנה תורה דרשינן סמוכים:

על כל פנים יהיה איך שיהי' או מן הכתובים או מפי השמועה ס"ל שרידוי זה שרודין לאומר סוכה איני עושה רידוי של תורה היא כמו המלקות של חייבי לאוין אלא שקבלו שיש הבדל ביניהם בכמה דברים זו ברצועה וזו במקל זו במספר וזו לא וכדומה עוד וכמ"ש לפנינו. אבל שניהם הם של תורה וקשה א"כ לכאורה שהרי בכמה דוכתי בש"ס אמרינן מכות מרדות דרבנן ויש לומר שזה דוקא בעובר על איסור דרבנן אבל באומר סוכה איני עושה גם מרדות שלו של תורה הוא וכן י"ל דמ"ש הר"ן והערוך דנקראים מרדות מפני שמרד בדברי תורה ובדברי סופרים אין להוכיח מזה ששניהם מדרבנן אבל ר"ל שבזה שניהם שווין לקרותם מכות מרדות' אבל כמו דשל דברי סופרים העובר עליהם מרדות שלו מדרבנן מפני שמרד בדברי סופרים כמו כן עובר על דברי תורה כגון האומר סוכה איני עושה הכאות מרדות שלו נקראים מכות מרדות מדאורייתא מפני שמרד על דברי תורה:

ויש לענ"ד סמוכין לזה מלשון הש"ס גופי' ביבמות נ"ב תניא בעל בלא מאמר לוקה ואמרינן התם מאי לוקה דקאמר מלקות מרדות מדרבנן וכהאי גוונא בכתובות מ"ה המוציא שם רע ולא בעל לוקה דקאמר מלקות מרדות מדרבנן וכלשון הזה ג"כ בנזיר נ"ח המעביר שער בית השתי לוקה מדרבנן עיין רש"י שם ובחולין דף קמ"א הגוזז כנפי העוף שעל הקן לוקה מרדות מדרבנן והשתא אי נימא שכל מכות מרדות שבש"ס אינם אלא מדרבנן א"כ קשה למה הוצרכו חכמים ככל הנך דוכתי שהזכירו מכות מרדות לפרש לנו מיד פירושו בצידו שהוא מדרבנן ודי לנו שיאמרו מכות מרדות סתם ואנו יודעין שאין זה מלקות ארבעים של תורה:

אבל מוכח מזה שיש באמת מכות מרדות של תורה ממש והיא היא הרידוי שרודין במקל, לקיים מצות התורה וכמו שכתוב שוטרים תתן לך וכאמור למעלה ויש ג"כ מרדות שאינה מה"ת ממש אבל היא כעין של תורה [ונ"מ להצריך בה התראה גם להכותו עד

שת"נ וכמ"ש הרשב"ש בתשובה סי' תר"י וכמ"ש עוד בס"ד] ויש מרדות שהוא מדרבנן ממש. והן הם שנזכרו בש"ס בדוכתי הנ"ל שהוצרכו בש"ס לפרש בהם להדיא שהם מכות מרדות ושהם מדרבנן ונ"מ שא"צ התראה ולא שת"נ כרשב"ש שם:

והכי מוכח נמי לעני"ד מן הירושלמי פ"ד דנזירין דאיתא התם בזה הלשון מלקות של תורה ארבעים חסר א' אומדין אותו מכות מרדות חובטין אותו עד כו' ותימה לכאורה דכמו שאומר ברישא מלקות של תורה ארבעים חסר א' כמו כן היה לו לומר בסיפא אבל מלקות מרדות דרבנן חובטין אותו עד וכו' וכמו שבא ללמד ברישא דמלקות ארבעים הם של תורה כמו כן הי' לו ללמדינו בסיפא דמכות מרדות אינן מה"ת אלא מדרבנן. וכן יש לתמוה ג"כ על לשון התוספתא פ"ג דמכות דתני התם בזה"ל מלקות ארבעים מן התורה אבל מכות מרדות בלי מנין עכ"ל ומדוע לא סיים דבריו בסיפא למה שהתחיל ברישא וכך הי' לו לומר אבל מכות מרדות אינן אלא דרבנן והיותר תמוה שהרי עינינו הרואות שבכל המקומות שהזכירו בש"ס מכות מרדות פירשו מיד שהוא מדרבנן אעפ"י שבאותם המקומות שם לא באו ללמד ההבדל שביניהם. א"כ כל שכן בתוספתא וירושלמי הנ"ל [שבאו לפרש שם מה בין שני המלקיות הללו ופתחו ואמרו מכות ארבעים מן התורה אבל מכות מרדות בלי מנין] הווי להו למימר אבל מכות מרדות מדרבנן וכנ"ל אבל מוכח מזה שיש באמת מכות מרדות שהן של תורה והוא רידוי השוטרים שרודין במקל וכנ"ל. ומה שאמרו מלקות ארבעים של תורה לאו לאפוקי דמכות מרדות איננה של תורה אלא מפני שמספר המלקות של חייבי לאוין כתובים וקצובים בתורה. וכמ"ש במספר ארבעים לכן נקראו ארבעים של תורה משא"כ מכות מרדות שהשומרים רודין במקל לא נתנה תורה בהם מספר ונמסרו לחכמים לדון בהם כפי ראות עיניהם. בלי מנין ובלי אומד. וזהו שאמרו מלקות ארבעים של תורה אבל מכות מרדות אעפ"י שהוא ג"כ מה"ת הם בלי מנין ור"ל מלקות דחיי"ל מספרם ארבעים מן התורה אבל מכות מרדות בלי מנין כלומר לא נתנה תורה בהם מספר אבל הן עצמן של תורה ממש כל שאומר סוכה איני עושה לולב איני נוטל וכל כיוצא בהן:

ולפי דרך זה נמצינו למידין שהתוספתא והירושלמי וש"ס דילן כולם לדבר אחד נתכוונו דיש לנו מרדות של תורה. וממילא דכל הנך דוכתי דמוכחן דהכאה זו מן התורה והכי נמי הנך דוכתי דמוכחן דהכאה זו מרדות הוא לא קשייאן אהדדי מידי דתרווייהו קושטא נינהו ולא פליגי וכן פסקי התוס' הנ"ל כתבו שהוא מרדות אבל שם לא נמצא כתוב שיאמרו שהוא מדרבנן (וכן יתפרשו בפשיטות גם דברי האלגאזי הנ"ל יעו"ש):

פרק ד

יבאר שיש הבדל באיסורי דרבנן ויש מהן שהן בשל תורה להכותו עד שת"נ וסמוכין לזה מהש"ס.

והנה הרשב"ש שם סי' תר"י כתב דבשבות של שבת שיש בו מעשה מרדות שלו כעין של תורה. מהו לך רד מרדות הם צריכים מסייע ליה לר' מאיר תדע לך שכן הוא בוא וראה כיון שירד משה ויאמר כה אמר ד' [הרגו איש את אחיו] והיכן אתה מוצא שאמר לו כך [אלא מפי הגבורה למד שא"ל] לך רד מרדות הם צריכים עכ"ל הנה פירשו להדיא דמ"ש לך רד ר"ל שילך וירדה אותם בהכאת מרדות ולמדנו כי הכאה זו היא עד שת"נ שהרי הרגום בתורת הכאת מרדות הלזו (שלשת אלפי איש) ור"ל במי שלא היו שם עדות והתראה וכמ"ש הרמב"ן וכן כל חייבי מיתות שלא נעשה בם התראה כדינה מכין אותם מכת מרדות וכמ"ש הרמב"ם פ"ו מהלכות סנהדרין:

היא להכותו שת"נ ולהצריכו התראה. ויש לענ"ד סמוכים לדבר מדברי הש"ס שבת דף מ' ע"א המבשל בחמי טבריא בשבת חייב מכות מרדות עכ"ל ולכאורה יש לתמוה מאי שנא מרדות זה מכל המרדיות שבש"ס הנ"ל ביבמות ובכתובות ונזיר ובחולין דבכלהו אמר מרדות דרבנן והכא נקט מרדות סתם אבל להנ"ל אתי שפיר דבשבות של שבת שיש בו מעשה מרדות שלו כעין של תורה היא ולכן השמיטו כאן הך מדרבנן ללמד דמרדות זה כעין של תורה. ועיין תוס' יבמות נ"ב דיבור המתחיל אם בעל דהך מדרבנן דקאמר התם הוא לאפוקי דלא נימא שהוא כעין של תורה מובן ממילא דלהכי כשהוא באמת כעין של תורה שפיר עבדו לסתום בו ולא לפרש שהוא מדרבנן וכה"ג בקדושין כ"ח אמרינן הקורא לחבירו עבד וכו' סופג את הארבעים. אע"ג פשיטא לן שאין זה אלא מרדות דרבנן מ"מ נקט האי שנא למילף על מנין מלקיותו של זה שהם ארבעים בעין של תורה ומן הטעם שכתבו התוס' שם במקומו וכמ"ש התשב"ץ בתשובה סי' הנ"ל:

עוד נלענ"ד בא"א שיש לומר שכל גזירה דרבנן שגזרוה לעשות סייג וגדר לאיסור שיש בו חיוב מיתה או כרת העובר על גדר זה לוקה מלקות מרדות כעין של תורה דהיינו עד שת"נ ולהצריכו התראה משא"כ כשהאיסור של תורה גופיה אין בו חיוב מיתה וכעין דברי מהרש"א עירובין דף כ"א שכתב שם וז"ל העובר על דברי סופרים חייב מיתה וכעין כו' ונראה דהיינו דוקא בדבר שגזרו לעשות גדר על דבר עבירה שיש בגופה חיוב מיתה אבל גזירה בדבר שיש בו עשה ול"ת כו' לא יהא טפל חמור מן העיקר והך דר"ע דמייתי בסמוך משום כרך תרומה נגעי בה שיש בה חיוב מיתה עכ"ל:

אמת כי לפי ענ"ד יש לתמוה לכאורה שהרי ש"ם ערוך ברכות דף ד' בקורא ק"ש אחר חצות חייב מיתה אעפ"י שמן התורה זמנה עד עמוד השחר וחכמים הוא דגזרו שלא יאמר אדם אוכל קימעא ואישן קימעא ואח"כ אקרא ק"ש כו' וחוטפתו שינה נמצא ישן כל הלילה. והרי ביטול מ"ע דק"ש גופא אין בו חיוב מיתה מה"ת ואפ"ה העובר על סייג שלה חייב מיתה. והכי איתא להדיא בירושלמי פרק הנחנקין בזה"ל בוא וראה שאם לא קרא קריאת שמע כלל עובר על עשה ואין בה מיתה ואם קרא והטה חייב מיתה עכ"ל. ויש לומר דחיוב מיתה הנזכר כאן לאו חיוב מיתה ממש קאמר אלא קרוב לחיוב מיתה וכמו שמצינו ג"כ בבכורות עיין שם בתוס' ד"ה וכי תימא וס"ל למהרש"א דיש הבדל בזה שאם הוא גדר לעבירה שיש בה חיוב מיתה מה"ת הנהו חייב מיתה גם על הגדר שלה משא"כ בגדר לעבירה שאין בגופה חיוב מיתה מסתברא דחיוב מיתה הנזכר בה לא חיוב מיתה ממש אלא קרוב לחיוב זה קאמר:

וכן יש לפרש דברי הרמב"ן בסה"מ שורש ג' ד'י"ח. ז"ל שם ואין לנו בדרבנן חיוב מיתה כלל עכ"ל דר"ל במידי דרבנן שגזרו לעשות סייג לדבר שאין עליו גופי' חיוב מיתה מה"ת. ולכן שפיר הוכיח מזה דגונב את הקסווה אם לא היו בו אלא גזירה דרבנן לא הי' עליו חיוב מיתה ממש שאין זה גדר לעבירה שיש חיוב מיתה עליה גופא. וכל כהאי גוונא אין לנו בדרבנן חיוב מיתה ממש וכדברי מהרש"א הנ"ל ובהכי ניחא שלא יהי' דברי הרמב"ן הללו מופרכים מדברי הגמרא דפשיטא להו דיש מיתה לכל העובר על דברי סופרים ואיך שהוא מצאנו לפ"ז נקודה נפלאה בגמרא דבכל המרד זה שהזכירו ביבמות וכתובות ונזיר וחולין הנ"ל פירשו להדיא שהיא מרדות מדרבנן ללמד שאינה של תורה ולא כעין של תורה להכותו עד שת"נ ולהתרותו מפני שכל אלו אינם אלא גדרים לעבירות שאין בגופן חיוב מיתה. כגון לא תלך רכיל לא ילבש גבר לא תקח אם על בנים או מ"ע דקדושים תהיו לדעת בה"ג ותשב"ץ שעל ביטול המצוה גופה אין בה חיוב מיתה לכן גם על המרדיות שעל גדריהו אינם עד שתצא נפשו משא"כ באיסור בישול בחמי טברי' שהוא גדר וסייג שלא יבא לבשל באש שחייב עלי' מיתה מה"ת לכן גם הכאת מרדות שלו היא כעין של תורה עד שת"נ ולהכי שפיר דייקי חכמי הגמרא בלישנייהו ונקטו התם מכות מרדות סתם ולא אמרו בו מכח"ר מדרבנן [ומכל מקום אמרו חכמים שאין מדמין הגזירות זו לזו. ותדע שהרי הרשב"ש כתב שם דבשבות של שבת שיש בו מעשה מכין אותו עד שת"נ כעין של תורה. והרי יש לנו כמה שבותין של שבת שיש בהם מעשה ופטורים לגמרי וכמ"ש הרמב"ם בריש הלכות שבת והמ"מ שם ובכסף משנה שם ועיין שבת ד' קל"ח לענין תולה את המשמרת ובדברי רש"י שם דמשמע דפטור ממרדות וכן

בשורה את החלתית שם ד' ק"מ אמנם במגיד משנה ריש הלכות שבת נראה דיש לו גרסא אחרת בשבת ד' קל"ח וכן מצאתי להפרמ"ג בשמו בא"א סי' ש"ו ס"ק ואו]:

ונחזור למ"ש שהכאה זו אפילו יקראוה מכות מרדות אין מזה הוכחה שהיא מדרבנן. אמנם ממ"ש הרשב"ש סי' תר"י שם וז"ל שלשה מינים במכות מרדות. א' נסמכים שהם כעין של תורה. ב' שהם לגדר וסייג שנזכר בגמרא. ג' מה שלא נזכר בגמרא אבל הוא מן הסברא. והנסמכין על המקרא פירוש כגון. שניות לעריות ממ"ש ושמרתם את משמרת כו' שהם כעין של תורה ואפשר שכזה הוא מכות מרדות שמכין אותו עד שתצא נפשו או עד שיקבל עליו שלא לעשות עד כאן לשונו:

הנה מדבריו משמע שהכאה זו מרדות מדרבנן ממש לא מן התורה והמדריגה היותר גבוהה הוא כעין של תורה ולא של תורה ושכזה הוא מרדות שמכין אותו עד שתצא נפשו:

וכן משמע מדברי הרמב"ן בהשגותיו לספר המצוות דף ואו יעו"ש בלשונו שכתב שגזרו בהם מדבריהם שמכין אותו עד "שתקבל" אותם עליו או עד שת"נ כו' עכ"ל הרי דר"ל דהכאה זו לאו דאורייתא היא. אלא מדרבנן. שגזרו בהם מדבריהם. לעשות משמרת וסייג:

וכן מוכח נמי מדברי הרב המגיד פרק א' מהלכות איסורי ביאה הלכה ח' על מ"ש הרמב"ם שם שהבא על אחת מן חייבי עשה רשות לב"ד להכותו מרדות. כתב ה"ה שזה נלמד במכל שכן מן השניות שאינו אלא מדרבנן ולוקין מרדות כ"ש חייבי עשה וסיים שם וז"ל ובביאור אמרו במצות עשה כגון סוכה איני עושה לולב איני כו' מכין אותו עד שת"נ עכ"ל משמעו להדיא דס"ל דגם הכאה זו דרבנן הוא דומיא דהכאת שניות לעריות. וכן מוכח נמי מדברי הב"ח בחושן משפט סי' תכ"ה שכתב לתמוה על דברי ר"נ גאון שהביא הטור. והוצרך למחוק גרסת כל הספרים הישינים מוכח מזה. דפשיטא לי' להב"ח דהכאה זו אינה אלא מדרבנן. ולכאורה תמוה מה יענו כל הנך רבוותא לכל הנך דוכתי הנ"ל המוכיחין להדיא דרידוי זו לקיים המצוה של תורה היא ממש:

ויש לומר דהנך רבוותא ס"ל דרידוי זה להכריחו לקיים את המצוה. אמת שהיא מה"ת ממש אבל איננה אלא הלקאה ורידוי בעלמא. אבל לא להמיתו חמש ורבנן הוא דתיקנו הכי וגזרו להפקיר חייו כדי לעשות חיזוק לד"ת. ולפי"ז י"ל דמ"ש הרשב"ש דאפשר שכזה הוא מכות מרדות שמכין אותו עד שיקבל או שח"נ ר"ל ההכאה עד שת"נ רבנן הוא דתיקון הכי. אבל הלקאה לחודא לכופו על קיום מצוה מודה שהיא מה"ת. ולא בא לחשוב שם. אלא מכות מרדות דרבנן. והן הם שחלקם בשלשה מינים. אבל רידוי זה מה"ת ממש היא ואין לה מקום בחשבונו שם. שכולם מרדות דרבנן יעו"ש *):

ועל דרך זה יש לפרש גם דברי הרמב"ן הנ"ל דז"ל שם ובמקומות יש להם מכות מרדות והוא למי שעובר על מצות של דבריהם כעין של תורה והם כל הגזירות שגזרו בהם מדבריהם שמכין אותו עד שיקבל או עד שת"נ עכ"ל ור"ל דאע"ג דרידוי לקיים מצוה הוא מה"ת אבל רידוי עד שת"נ גזירה דרבנן הוא וכן דברי הה"מ הנ"ל אין כוונתו לומר דחיוב מרדות של חייבי עשה נלמד מן הך דסוכה ולולב. ותדע לך. שאם בעי ללמדו משם קשה הרי התם ב"ד מחוייבים ומוזהרים. והכא אינו אלא רשות וכמבואר ברמב"ם שם. ועוד קשה הא הך הכאה אינה אלא כשבידו לקיים עדיין המצוה והכא הרי מיירי כשכבר עבר ובא עליה ומנ"ל דלוקה גם אח"כ. אבל על כרחינו צ"ל דעיקר הדבר ילפינן במכ"ש מן השניות וכמ"ש המגיד משנה בפירוש. אבל ר"ל דלא תקשי וכי היכן מצינו הלקאה על מ"ע לזה אמר ובביאור אמרו סוכה אינו עושה וכו' מכין אותו עד שת"נ. אף אתה אל תתמה אם לוקין אותו מרדות גם אתר הסוכות. וכן כתב הר"ן להדיא בחידושיו לחולין ד' קל"ב דלוקה אחר החג כשלא ישב בסוכה ור"ל מרדות דרבנן. וה"ה וק"ו בא על חייבי עשה שעשה מעשה. וכן י"ל מה דפשיטא לי' להב"ח דאינה מה"ת היינו דוקא הכאה של מיתה אבל הכאה בעלמא לרדותו על זה מודה שהוא מה"ת לכל הדיעות **) וכן י"ל דברי הרב תפארת ישראל במשנה ג' פ"ד דנזיר ז"ל הממאן לקיים עשה מכין אותו מדרבנן עד שימות או עד שיקיים העשה עכ"ל דר"ל הכאת מיתה הוא מדרבנן משום סייג וגדר אבל הלקאה גופא הוא מה"ת ממש:

ולפי זה י"ל דמש"ס יבמות פ"ח: דפריך בפשיטות צריכא למימר ופירש"י פשיטא דכייפינן ולמה לי קרא. אינה ראי' אלא להכאה בעלמא אבל להמיתו לא שמענו והא דלא משני דאיצטריך קרא דמכין עד שת"נ. דמה"ת אינו כן בשום מצוה. והכא גלי קרא י"ל דאדרבה לא ניחא לי' להש"ס שיהא חייב מיתה מה"ת על זה יותר מן כל המצוות שבתורה. ועל דרך זה י"ל זה שכתבו התוס' בר"ה וא"ו:

דבכל מ"ע נמי כופין עד שת"נ לאו למימרא דר"ל דמה"ת כך הוא בכל מ"ע. אלא דהתוס' קושטא נקטי דכך הוא פשוט לדינא. ואם דמה"ת אין כאן אלא הכאה בעלמא מ"מ לא ניחא להו לומר דלהכי איצטריך הכא ועשית לומר דמכין עד שת"נ מה"ת. שאין סברא להחמיר במצוה זו יותר מכל שאר המצוות. ועל דרך זה י"ל דהא דילפינן בירושלמי מן הכתוב דמ"ש הכתוב בצידה פוטרתו מהכאה זו. לאו מהכאה עד שת"נ קאמר. שהרי מה"ת אין לנו הכאה עד שת"נ בשום מצוה לדעת הנך רבוותא הנ"ל אבל ר"ל דכשמ"ש בצידה גם אהלקא' בעלמא אין מוזהרין. וכן י"ל דלישנא דברייתא גופא דקאמרינן במד"א בלית אבל במ"ע כו' לאו למימרא דהכאה עד שת"נ היא מה"ת אלא דה"ק במד"א דלוקה

מ"ם ותו לא כלומר דיותר על זה עובר על ל"ת דלא יוסיף זה אינו נוהג אלא בל"ת אבל במ"ע לא נתנה תורה קצבה להלקאות הללו ואין שם מספר קצוב. אבל לא להכותו נפש וכנ"ל:

והך סוגיא דסנהדרין פ"ב דפריך מי איכא מידי דר"פ ואנן ניקום ונקטלי'. י"ל דס"ל להנך רבוותא הנ"ל דאין הלכה כרב אחא בר הונא אלא כרב ששת וכמ"ש הר"י דיליאן בשורש ג' שכן הוא גם דעת הרמב"ם ואפילו להרמב"ן שם בהשגותיו דס"ל דהלכה כר"א בר הונא. מ"מ לאו כללא הוא ותדע שהרי הרמב"ן עצמו כתב בשורש השני שזה אמת שיש מרדות דרבנן שמכין אותו עד שת"נ. וכ"כ התשב"ץ בשמו (ח"ב סי' נ"א.) להדיא ודברי הרא"ש בתשובה כלל י"א סי' ק' הנ"ל. נמי י"ל דשורש השאלה יש לה מקום כיון דעכ"פ יש כפייה והלקאה מה"ת לקיים המצוה א"כ איך תתקיים כל אותה הלכה דניתוח ומשכון. ואיך יתקיימו אותם הפסוקים שבתורה שאסרו למשכן. ועיין רא"ש פרק המקבל שלא הקשה מהפסוקים אלא מן ההלכה לבד ע"ש סי' מ"ו. ודברי הרא"מ בס"י והמרדכי פרק השולח שהצריכו להכאה זו סמוכים בא"י י"ל דלאו משום דעד שת"נ מה"ת היא אלא כיון שהיא הכאה של מיתה ס"ל דצריכה סמוכין דוקא ותדע שהרי כתב הבית יוסף בחו"מ סי' ב' דיש אומרים דהא דקיי"ל ב"ד מכין ועונשין שלא מה"ת לעשות סייג לתורה מ"מ צריך לזה דוקא דיינים סמוכין דא"י וזהו כשמלקין אותו הכאת מיתה וכ"כ בברכי יוסף סי' ב' שם. וכן י"ל בדברי רב נוטראי גאון דאפילו נחזיק לקיים גרסת כל הספרים דגרסי ולא לחבטו מ"מ אין הכרח מזה דעד שת"נ היא מה"ת דלעולם תקנת חכמים היא אלא דס"ל דכל שהיא הכאת מיתה אין דנין אותה שלא ע"י סמוכין משא"כ מרדות דעלמא. איננה עד שת"נ וכדעת הרמב"ן וסיעתו:

*)[הג"ה ולכאורה קשה להנ"ל דהכאה עד שת"נ שבסוכה ולולב וכדומה דרבנן הוא. א"כ הי' לו לחשוב עוד מין רביעי במרדות דרבנן דהיינו הכאה עד שת"נ לכופו לקיים המצוה והוא נבדלת מכל השלשה מיני מרדיות שחושב שם בהבדל רב דכל השלשה מינים מלקין אותו אחר שעבר משא"כ זו אינו לוקה אלא כשבידו לקיים עדיין וכמ"ש רש"י והרמב"ם והרשב"א והתשב"ץ וסייעתם. וי"ל דס"ל דאין מרדות עד שת"נ אלא על עבירה נמשכת וכדברי הר"ן פ' דכתובות וא"כ שוב, אין הבדל בינה לבין הכאה דשניות דכל שהיא עבירה נמשכת מכין עד שת"נ וצריכים התראה וא"כ אין לנו אלא שלשה סוגים החלוקים בהלכותיהם. והם א' הנסמכים כגון שניות וכזה הוא מרדות של קיום מצוה ושניהם מכין עד שת"נ (וצריכים התראה.) בעבירה נמשכת דוקא. הב' הנזכרים בש"ס חייבים מרדות על העבר אבל לא עד שת"נ וא"צ התראה. ושני המינים הללו ב"ד

מחויבים ומוזהרין להלקותו אבל השלישי. הוא מה שלא נזכר בש"ס. י"ל שזה המין אין בו חיוב ואזהרה לב"ד אלא רשות:

**)הג"ה ומ"מ אינה צריכה סמוכין הואיל ואינה אלא הכאה בעלמא משא"כ הכאה עד שת"נ אעפ"י שהוא מדרבנן אכל לא נמסרה אלא לכ"ד סמוכין שהיא דיני נפשות. ונמצא לפי"ז דהכאה של תורה א"צ סמוכין והכאה דרבנן כה"ג צריכה סמוכין דוקא ולמ"ש הרא"מ בס"י והמרדכי:

וכן אפי' לדעת האומרים דמכות מרדות דרבנן מכין עד שתצא נפשו אפילו אתרי העבירה מ"מ מודים שהדבר הזה איננו חובה ורשות ביד הדיינים בזה לעשות לפי ראות עיניהם להקל או להחמיר משא"כ הכאה שקודם עברו ובידו לקיים המצוה והוא עובר לפנינו בכל רגע ורגע כה"ג מחוייבין בי"ד להכותו עד שיקבל לו שת"נ והרי א"כ יש הבדל ביניהם זה רשות וזה חובה ולעולם דגם היא מדרבנן:

וכן ברי הלבוש עטרת זהב סי' רמ"ת כמוכח בריו דבכל מ"ע שאין מ"ש כתוב בצידה חייבין לכופו מן התורה לפי הנ"ל וודאי יש לומר שכל זה לענין הלקאה ורידוי בעלמא אבל ההכאה המופלגת היינו עד שימות אינו אלא של דבריהם שגזרו להפקיר חייו לעשות סייג לתורה. אמנם דברי הרמב"ם בספר המצוות שורש י"ד הנ"ל וודאי מוכיחין דס"ל דהך עד שתצא נפשו היא מה"ת ממש וכן מורין דברי הגאון בעל חוות יאיר הנ"ל להדיא דהכאה עד שת"נ מן התורה היא כענין אלו שמצילין אותם בנפשם שהיא מה"ת ממש. וכך הם דברי הגאון חכם צבי בתשובותיו סי' מ"ט וכן דברי הגאון הרא"מ. שהביא שם שדברי שניהם יעידו ויגידו דהכאה שתצא נפשו שבכל המצוות אינו מדרבנן אלא מן התורה:

וראיתי להגאון פרי מגדים באו"ח בפתיחה הכוללת ת"ד אות ת' שכתב וז"ל התב"ש בבב"ש על הא דשכר מצוה בהאי עלמא ליכא משום דעונש ליכא ג"כ בהאי עלמא ואע"ג דמ"ע מכין עד שת"נ כמו סוכה ולולב "זהו מדרבנן לא מן התורה" עכ"ל הנה הוא כמחליט דהכאה זו לגמרי מדרבנן ומשמע דס"ל דאפילו הכאה בעלמא בלי עד שת"נ נמי ליתא מה"ת (ויהיב טעמא דכמו דשכר בהאי עלמא ליכא ה"ה עונש.) ואם יש עכ"פ הלקאה בלא מיתה מה"ת הרי יש עונש גם בהאי עלמא מה"ת על מרע ג"כ והיינו דאיכפל וקאמר "זהו מדרבנן לא מן התורה" ע"כ:

וזה לכאורה תמוה טובא. שהרי לא מצינו שום חולק על זה דיש עכ"פ רידוי והלקאה מה"ת להכרית על קיום מצוה וכמ"ש למעלה. וי"ל דכוונתו דלא תקשי מהא דמצינו מכות מרדות עד שת"נ גם אחרי עב וכנ"ל. ועל זה אמר שכל הלקאה שאחרי כן היא

מדרבנן אבל מן הכאה שקודם עברו לק"מ שאין זה בגדר עונש אלא כפיי' ועישוי וכמ"ש התב"ש להדיא. אלא שהפר"מ קיצר בלשונו. ומ"ש הפרמ"ג שם ת"ג אות יו"ד. מכות מרדות כמו סוכה ולולב מכין אותו עד שת"נ או שיקבל עכ"ל וודאי י"ל כמ"ש דעל שת"נ קאי

[**השמטה** עוד ראי' דהכאה עד שת"נ היא מה"ת לפי מ"ש בדרישה ופרישה ביו"ד סי' רט"ו הובא בט"ז שם דהאומר קונם סוכה שאני יושב לולב שאני נוטל אסור לי לישב בסוכה ואסור ליטול לולב. ולא מהני בזה התרה ע"ש ואי נימא דהכאה עד שת"נ איננה אלא תקנת חכמים לעשות חיזוק לקיום המצוה שיהא מוכרת רשע זה לקיים בעל כרחו ושלא מרצונו. א"כ קשה סוף סוף הרי יכול להפקיע עצמו מחיוב מצוה ומן ההכאה ג"כ כשיאמר קונם סוכה שאני יושב. ושוב אין כאן לא כפיי' ולא הכאה אדרבה כך מורין לו שאסור לו לישב בסוכה לקיים נדרו. ואמת כי כבר נתקשו התוס' והרא"ש כה"ג בש"ס כתובות נ"ט. על מ"ש קונמות מפקיע מידי שיעבור דא"כ כל אחד יכול להפקיע ממונו של בעל חובו ע"י קונם ותרצו דאלמוה רבנן לשיעבודא דב"ת משום נעילת דלת בפני הלווין ומדלא תרצו בפשיטות דאלמוהו לשיעבודא כדי לקיים מצות התורה שהרי פריעת חוב מצוה מה"ת היא וכמ"ש הרדב"ז להדיא. ולית מאן דפליג בזה שמע מינה דדוקא משום נעילת דלת המלווין הוא דתקון הכי ולא משום חיזוק מצוה א"כ וודאי קשיא כנ"ל בסוכה ולולב דחייל נדרו. מה הועילו חכמים בתקנתם. שתקנו להכותי לרשע זה עד שת"נ או שיקבל עליו. והרי יפקיע עצמו ע"י קונה אבל מוכח מזה דההכאה זו לאו תקנת חכמים היא. אבל הוא מה"ת או הל"מ והתורה שחייבה אותו להלקותו ולכופו עד שת"נ היא עצמה שפטרתו מהכאות הללו כשאמר קונם סוכה זו שאני אשב. ואיש]:

ויש לראות הנפקא מינה בהכאה זו בין אי נימא שהוא מה"ת או שהוא רק תקנת חכמים. (א) לענין סמוכין והרא"מ והמרדכי בפרק השולח דס"ל דבעינן דוקא סמוכין להכאה הלזו. משמע דס"ל שהוא מה"ת דאלו מכות מרדות דרבנן קיי"ל דא"צ סמוכין כמ"ש הטור בחו"מ סי' תכ"ה יעו"ש ויש לדחות דהכאה מופלגת עד שת"נ שאני וס"ל דצריכה סמוכין אעפ"י שאינה מה"ת וכעין מ"ש הבית יוסף בחו"מ סי' ב' דיש אומרים דהך דב"ד מכין ועונשין שלא מה"ת רק לעשות סייג לתורה. ואפ"ה צריכה סמוכין ויש חולקין (ב) נ"מ לכאורה לענין תשלומין בשנתחייב בשעת עבירה דבמרדות דרבנן קיי"ל משלם ואינו לוקה כמ"ש הרמב"ם בהלכות נערה בתולה הי"ב וכמ"ש הפרמ"ג משא"כ אי הכאה זו מה"ת י"ל דלוקה ואינו משלם. כעין כל מלקות של תורה:

ויש לדחות דאפילו היא מה"ת מ"מ איננה בגדר עונש ואינה נכנסת תחת מה שאמרו ולא שני רשעיות או הואיל שאם עשה תשובה מוחלין לו ומיפטר מהכאה זו. (ג) אי היא מה"ת י"ל דמצד תקנת חכמים כופין גם על מצוה דרבנן שתקנו לעשות כעין של תורה משא"כ אי גם במ"ע של תורה גופה אין הכאה זו אלא דרבנן י"ל דעל מצוה דרבנן לא עבדו תקנ' לתקנ':

ויש לדחות דאפילו הכי חכמים עשו חיזוק לדבריהם כעין של תורה ועיין תוס' כתובות דפ"ו ע"א. ד) לענין כפייה על ל"ת שאם הכאה זו מה"ת א"כ כ"ש על ל"ת שהוא חמורה מעש' וכמ"ש באמת בהפלאה כתובות מ"ט: משא"כ אי הוא רק מרדות דרבנן א"כ במקום שיש לאו מתרין בו למלקות ולוקה ע"כ התראה והתראה וע"כ זית וזית. דמלקות דאורייתא דוחה מרדות דרבנן כנ"ל ויש לדחות דאדרבה אי היא מה"ת ונפקא מן הכתוב ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך משמע דווקא בעשה מעשין שיעשו ולא בל"ת שהיא שלא לעשות. משא"כ אי הוא מדרבנן להפרישו מאיסורא דעשה כ"ש ל"ת דחמיר' אי נמי י"ל דאפילו היא מה"ת. נדחות היא מפני מלקות ארבעים שאין ב"ד יכולין למחול עליהם משא"כ הכאה זו מוחלין אותו מיד כשאומר רוצה אני כנ"ל (ה) וכן אין לומר דנ"מ לענין התראה שהרי מצינו התראה גם במרדות דרבנן וכמ"ש הרשב"ש בתשובה סי' תר"י יעו"ש. (וא"ו) וכן אין לומר דנ"מ לענין פסול לעדות שאם הכאה זו מה"ת פסול לעדות מה"ת או עכ"פ מדרבנן וכדעת החכם השואל בשו"ת חוט השני סי' י"ח ד' כ"א דס"ל דיש לפסלו לעדות על ביטול מ"ע אעפ"י שלא עשה מעשה אבל בחוט השני השיב דאינו פסול לעדות על ביטול מ"ע. וי"ל דס"ל דאין הכאה זו אלא מדרבנן. דגם זה יל"ד אפילו היא מה"ת ס"ל דלא נפסל לעדות משום דאין כאן מעשה. ותדע לך שהרי חוט השני ס"ל דהכאה זו מה"ת כמ"ש בעצמו בחוות יאיר וכנ"ל. (ז) מטעם זה ג"כ אין לומר דנ"מ לכהן שנושא גרושה שלדעת הרא"מ בתשוב' סי' נ"ט הוא פסול מה"ת. והפרמ"ג כתב בקונטרס נוע"מ ד' ע"א דאינו פסול מה"ת ולומר דאזיל לטעמי' דס"ל דהכאה זו מדרבנן. דיש לדחות כדלעיל:

ו **אבל** לענ"ד דיש נ"מ לדינא במ"ע שיש בה ספק אי חשיבה מתן שכרה כתוב בצידה או לא ולשיטת רוב הפוסקים דס"ל דכשיש מ"ש בצידה רשות לב"ד לכופו. א"כ אי היא מה"ת אזלינן לחומרא וחייבים לכופו מספק משא"כ אם היא מדרבנן אזלינן להקל ורשות בידינו לפוטרו [עיין בתוס' יבמות נ"ב] ד"ה הדר שוב מצאתי כן בפתחי תשובה בחידושיו נ"ץ סי' רמ"ה יעו"ש ודו"ק *):

פרק ה

יחקור אם יש חילוק בין ביטול מ"ע וודאית הוא דכופין ולא בספק מ"ע או דילמא גם בספק כופין:

בש"ס יבמות פ"ק תניא מנין שאם לא רצה דפנו פרש"י הלקהו וקדשו בעל כרחו תלמוד לומר וקדשתו בעל כרחו היכי דמי כו' אי לימא דלא ניסת לאחד מעדיה ולא קאמרה ברי לי צריכה למימר דדפנו ופירש"י היכי דמי כו' דהא וודאי באיסור מפורסם ואפילו באיסור ספק לא איצטריך קרא יודאי כייפינן ליה עכ"ל מבואר בזה שהדבר פשוט שכופין ומלקין אותו למונעו מספק איסור תורה והרי שם לענין ספק ל"ת של טומאת כהן או נשים פסולות מכין על ספיקן וכל שכן בספק איסור עשה לשיטת הסוברים דעשה חמורה מל"ת לענין הכאה זו וכמ"ש למעלה ואפילו להחולקים שם הרי עכ"פ מודה דשקולים הם לענין הלקאה הלזו ועיין חידושי הר"ן חילין קל"ב ע"ב שכתב דמכין עד שת"נ גם בל"ת מוכח להדיא מדבריו דלעיקרה של כפייה זו מ"ע חמורה מל"ת. והנה ראיתי להרב בעל העמק שאלה ד' כ"ד עמוד ג' שכתב וז"ל ובסוף פרק נושאין על האנוסה פריך הש"ס אמאי עולה בעל כרחו במשמר של זה ושל זה ומשני משום פגם משפחה ולישני משום דמחוייב מספק לעלות בשניהם ככל ספק תורה הלא פשיטא שאין כופין על הספק כמו שאין לוקין על ספק ל"ת ה"ה נמי אין כופין על ספק מ"ע עכ"ל ואני אומר דשאני התם שהמצוה נעשית ע"י אחרים לכן אין שם כפייה ואפילו כהן המשמר כשאחיו הכהנים עוסקים בעבודה בלעדו והוא מושך ידו מלסייע עמהן אין כופין אותו שיעבוד עמהם בעל כרתו וראיה לזה מדברי מהרש"א סוטה ד"ג בתוס' ד"ה לה יטמא שכתב להדיא לענין מצות קבורת מתו דכל שיש מתעסקים בלעדו העוסקים במצוה שוב אין כופין אותו והרי קבורת מתו הוא מ"ע מפורשת בתורה לפי דעת כל מוני המצוות ומ"מ כל שיש עוסקים בלעדו שוב אין כופין וה"ה בכל המצוות הדומות לזה:

ובש"ס ביצה ד' ל"ו תנן דבר שהוא משום רשות כגון ייבום וחליצה וקידושין ודינין פריך הש"ס והא מצוה קא עביד ואמאי קרא ליה רשות ומשני לא צריכא דאיכא דעדיף מניה יעו"ש מבואר דאפילו מצוה גמורה כשמתקיימת ע"י אחר דעדיף מיניה יוצאת מגדר חיוב להקרא רשות וה"ה עכ"פ שאין כופין אותו לקיימו כשיש עוסקים במצוה הלזו ומתקיימת בלעדו אפילו לא עדיפי מניה מ"מ אין כאן כפייה שהרי אין המצוה מתבטלת גם בלעדו משא"כ מצוה המוטלת על כל אדם מישראל כסוכה ולולב ודומיהם שכל אחד ואחד מחוייב לקיימה וודאי דינא להלקות גם על ספק חיוב ולכופו לקיימה וכמו שהוכחנו מש"ס דיבמות פ"ח הנ"ל והנה הרב בעל העמק שאלה בתשובתו אלי

כתב להחזיק דבריו וז"ל הן אמת מלשון רש"י ביבמות פ"ח הנ"ל מבואר שכופין על ספק לית בכל זה מודה בספק מ"ע וראי' לזה מפירש"י סנהדרין ד' פ' ד"ה כונסין אותו לכיפה שא"צ לסוקלן שלא להטריח ב"ד כו' ובדעת ת"ק פירש"י דהא ע"כ כולהו אסורי הנאה נינהו ואין הפסד לבעלם בסקילה הלכך סוקלין אותם כדי שתתקיים מצות סקילה במחויב בה עכ"ל. הרי דאע"ג דלענין איסור הנאה אין בטל ברוב מכ"מ למ"ע דסקילה א"צ אף לת"ק אלא משום דאם יסקלו כולם תתקיים מצות סקילה במחויב בה הא אם מתו כמה ואין ברור שתתקיים לכ"ע אין להטריח ב"ד על ספק מ"ע ומזה יש לדין שאין להטריח ב"ד לכפות את האדם על מ"ע עכ"ל וזאת אשר השבתי לו מאי ענין ספק תורה להתם שנתערב השור בין השוורים דמן התורה חד בתרי בטל ואין כאן מצוות חיוב סקילה כלל מה"ת ותדע שהרי לר"י דס"ל דכונסין אותו לכיפה אעפ"י שכולם לפנינו והאיך מבטלינן מצוה בידים אבל הדבר ברור דס"ל לר"י דכה"ג שנתערב ובטל ברוב אין כאן מצווה חיוב סקילה מה"ת כלל ות"ק ס"ל כיון דעכ"פ אסורים כולם בהנאה מדרבנן הטריחו חכמים ג"כ לב"ד שיסקלו כולם כדי שתתקיים מצות סקילה להמחויב לה משא"כ כשמתו מקצתם אין כאן אלא ספיקא דרבנן ולקולא וזה ברור. והנה בחיבורו העמק שאלה כתב שאין כופין לקיים ספק מ"ע אבל וודאי שמחויב לקיימה מספק כל ספיקא דאורייתא דאזלינן לחומרא אבל בתשובתו הנ"ל הפריז על המידה לומר שאין חיוב על הב"ד לקיים ספק מ"ע ולא להטריח בכך ודברי תימא הם ואין לזה שורש כלל:

עוד כתב שם לעשות סנגוריא לדבריו לחלק דבספק מ"ע לא כייפינן ומשא"כ בספק ל"ת כופין על ספיקה הלא זה יכתוב ידו (אות באות בתשובתו אלי) בגוף הדבר דספק מ"ע קיל מספק ל"ת מבואר מדברי הרמב"ן ורשב"א שהביא הר"ן נדרים דף ז' ע"א דהאי בעיא אם יש יד לפיאה ולצדקה לחומרא והר"ן הרבה להקשות מסוגיא דחולין דספק ממון להקל אפילו במקום מצוה והיישוב על זה הוא דהתם אינו אלא מ"ע בלא ביטוי שפתיים ואין בזה לאו דבל יחל דברו מש"ה ס"ל להקל משא"כ כשאמר זה לצדקה או הדא פיאה יש בזה משום בל יחל אפילו ספק ממון להחמיר עכ"ל:

וזאת אשר כתבתי לי תמיהא לי מילתא טובא איך לא שת לבו אל דברי הש"ס במקומן שהביא בעצמי שמבואר שם להדיא להיפך שהרי סוגיא דחולין שם דברו בדין חורי *)הג"ה יש עוד נ"מ לענין הלוהו מנה והתנה הלוה על תנאי שלא יכופו בשוטין אם לא יפרע בזמנו והמלוה השיבו. הנני מוסר תנאי זה לדין תורה אם אינך בזה מתנה על מ"ש בתורה יהי' תנאך קיים. ואם לאו יהא בטל ולפי מ"ש התוס' כתובות נ"ו דעל דרבנן תנאי קיים. א"כ יש נ"מ לדינא. ויש לדחות דהרי התוס' כתובות דף ה' כתבו דבדבר

שיש לו עיקר מה"ת תנאו בטל. אפילו הוא מדרבנן ועיין אד"ר בהקדמתו. ועיין ישועות ישראל סי' ל"ט ס"ק ב' יש עוד נ"מ אם אלו שבידם שבט ההכאה נשבעו שלא להכותו לקיים המצוה ואין דכולת ביד אחר להכותו. הרי אין שבועה חלה בנשבע לבטל מצוה דאורייתא. משא"כ אם הכאה זו אינה אלא מדרבנן חלה השבועה ואסור להכותו דקיי"ל שבועה חלה לבטל מ"ע דרבנן אע"ג דעיקרה מה"ת:

הנמלים שבתוך הקמה לענין ספק לקט והרי יש שם ל"ת מפורשת בתורה מלבד המ"ע וכמ"ש הרמב"ם והסמ"ג וסמ"ק והראב"ד והרמב"ן והרא"ה כולם פה אחד דהמונע לקט מן העני עובר על לאו הכתוב בתורה לקט קצירך לא תלקט והל"ת זאת מנויה בחשבון שס"ה ל"ת במנין תרי"ג בלי חולק ואעפ"י כן אמרו שם דאזלינן בספיקה לקולא הרי דאפילו בספק ל"ת דינא הכי וזה ברור כשמש:

והנה נשוב לסוגיא דסוף פרק נושאין שרצה הרב בעל הע"ש להוכיח מינה שאין כופין על ספק מ"ע וכבר כתבתי דלא מוכח מהתם מידי ובתשובתי להרב נ"י כתבתי עוד די"ל דמצוות העבודה הוא מצוה שמתן שכרה בצידה ואין ב"ד מזהרין עליה. כש"ס חולין ק"י ע"ב והרב בעל הע"ש השיג על דברי אלה מדברי הספרי פרשת קרח דתניא התם ועבד הלוי הוא למה נאמר לפי שאמר הכתוב חלף עבודתכם שומע אני אם רצה יעבוד אם לא רצה לא יעבוד ת"ל ועבד הלוי הוא בעל כרחו ופרושו דבכהנים לא כתיב חלף עבודתכם כדתניא לעיל שם כל מצות כהונה קנאו השם ונתנו לכהן וזו חלף עבודתם (יר"ל וזו זה עבודת הלוי חלף עבודתם משא"כ מתנות כהונה אינו חלף עבודתם אלא מתנה) ואפילו בלא מצוות עבודה הי' הדין ליתן חלק גבוה וכו' משא"כ בלוויים לולי עבודתם לא הי' מצוה ליתן מעשר כלל וסלקא דעתין שיכול הלוי לומר איני רוצה בשכר ולא בעבודה ת"ל ועבד הלוי הוא בעל כרחו אבל בכהן פשיטא שהוא ככל מ"ע שבתורה שמכין עד שתצא נפשו אלו טענותיו והשגותיו:

וזאת אשר השבתי לו אין גרסת הספרי שם כמו שהעתיק במכתבו אבל גרסת הספרי שבידינו כך הוא אות באות בלי שינוי כל מתנות כהונה קנאו השם ונתנו לכהן חלף עבודתם דברי ר' יאשיה ר' יונתן אומר אף זו קנאו השם ונתנו ללוויים שנא' וכו' עכ"ל [בדפוס זילצבאך) הנה א"כ מבואר בספרי להדיא שגם לכהנים הוא חלף עבודתם אלא שקנאו השם תחילה משא"כ ללויים דברי ר' יאשי' ור' יונתן אומר אף זו קנאו השם תחילה אבל כולם מודים שגם מתנות כהונה שכר עבודה הוא:

וראיתי חדשים מקרוב באו ורצו למחוק את גרסת הספרי הישינה שבידינו ולהגיהה בזה"ל וזו חלף עבודתם יעל יסוד הגהה הזאת בנה הרב בעל הע"ש השגותיו וטענותיו

דר"ל דוקא זו חלף עבודתם משא"כ מתנות כהונה איננה שכר עבודתה והנה זה שגיאה רבה ונעלם מהם כמה כתובים הידועים לתנוקת של בית רבם (במשנה תורה י"ח זה יהי' משפט הכהנים הזרוע והלחיים והקבה ראשית דגנך ותירושך ויצהרך ראשית גז צאנך תתן לו כי בו בחר ה' לעמוד ולשרת הוא ובניו. ובתורת כהנים כתיב המחטא אותה יאכלנה וכתיב אשר יכפר לו יהי' וכתיב עוד הכהן הזורק את הדם לו יהי' וכתיב הכהן המקריב אותה יאכלנה הכתובים הללו יעודו כולם דמתנ"כ שכר עבודתם הוא וכן כתב רש"י ז"ל להדיא בב"ק דף ק"ט ד"ה עבודתה שכר עבודתה דהיינו בשרה וכן כתב הגאון תורת חיים שם וכן כתב הרמב"ם להדיא בפרק ל"ט ח"ג במורה שהתרומה ומתנות כהונה יען כי הם עובדי עבודת המקדש יעו"ש וכ"כ הרמב"ן בתורת כהנים ז' ט' להדיא וכ"כ החינוך סי' שצ"ו ותק"ז ותק"ח שהכל בשכר עבודתם יעו"ש היטב: *)

שוב מצאתי ראיתי בתוספתא פ"ב דדמאי ראשית דגנך כי בו בחר ד' לעמוד ולשרת וגומר מפני מאי תתן לו כי בו בחר ד' לעמוד ולשרת המקבל עליו שירות יש לו במתנות וכל שאין מקבל עליו שירות אין לו במתנות עכ"ל הא למדנו שלא נאמר דאפילו בלא מצוות עבודה דין הוא ליתן לו מתנ"כ והאומר כן טועה הוא והן הן דברי הגאון בעל תורת חיים ב"ק ק"ט שכתב שם וז"ל הא בהא תליא שאם אין כהן מקריב קרבן פשיטא שאינו נוטל בשרה וכן אם אינו נוטל בשרה ועורה פשיטא שאינו מקריב עכ"ל באופן שהגרסא הישינה היא העיקר ואינה צריכה שום הגה שוב בא לידי הספרי שנדפס מחדש בלבוב עם הגהות הגאון מהרי"ש נרו כתב ג"כ לקיים הגרסא הישינה שגם בכהנים הוא חלף עבודתם ושכן הוא בתשובת מהר"מ סי' קי"ב להדיא יעו"ש שהעלה שהוא שכירות גמור ועוד אני אומר שאפילו אם יש מקום לגירסא זו שגורס וזו חלף עבודתם מ"מ אין הכרח דירצה בזה לאפוקי עבודת כהנים שאין להם שכר בעבור עבודתם שזה וודאי אינו וכמ"ש אבל ר"ל לתת טעם מדוע לא כתוב שם חלף עבודתם גם במתנ"כ כמ"ש בלוויים לומר לך שדוקא בלויים תורת שכירות עליהם כשכיר הבא בשכרו לכלל עבודה וכופין אותם לעבוד בעל כרחו משא"כ כהנים שעבודתם עבודת מתנה ופירש הרמב"ן דר"ל שאין עבודת כהנים עבודת שיעבוד אבל הוא מתנה להם דרך כבוד וכמו כן שכר עבודתם הוא דרך כבוד ומתנה ואין זה שכר אלא מתן שכר [עיין תוס' י"ט פ"ב מ"א דאבות] עוד י"ל לפי מ"ש הר"א מזרחי במדבר ג' ח' וז"ל כי שכר הוא כו' עבודתם מכלל שעבודה היתה מוטלת על ישראל לפיכך צריכים נתת להם שכר מאחר שבאו תחתיהם לעבודתם עכ"ל ולפי זה י"ל שדוקא בלוויים שלא ידענו כלל שעבודת המשכן יהי' מוטלת על ישראל והי' אפשר לומר שאינה מוטלת אלא על הלוויים מגזירת הכתוב להכי כתוב רחמנא כי שכר

הוא להם חלף עבודתם למילף שמוטלת על כל ישראל ולכן צריכים כולם לשלם שכרם משא"כ עבודת קרבנות פשיטא זה אוכל חלב ונתחייב חטאת והכהן יתחייב בעבודתו חנם ופשיטא וודאי שמתנת כהונה שכר הוא לו חלף עבודתו:

על כל פנים נתבאר שמצוות עבודת כהונה הוא מצוה שמתן שכרה בצידה ואין ב"ד מוזהרין לכופו עליה ור"ל כשיש שם עוסקים בעבודה בלעדו דאל"כ הרי מצות הקרבן גופיה שאין מ"ש בצידה ויש שם כפייה ודאי ומטעם הזה בעצמו הי' בדין שלא לכוף את הלוים ג"כ כשיש שם כדי עבודה זולתו אלא שריבה הכתוב להדיא ועבד הלוי הוא שמכריחין אותו כמ"ש בספרי:

ובזה יש לתת טעם להא דקיי"ל דאין מלקין לכהן הנמצא ישן על משמרתו ולוי לוקה והכי תנן התם בפרק קמא דמידות בן לוי שנמצא ישן על משמרתו לוקה משא"כ בכהן וכמ"ש התוי"ט בשקלים בשם הש"ג ולכאורה תמוה וכי יש משא פנים בדבר שלא להלקות את הכהן על דבר שחייב עליו מלקות והא קיי"ל *)הג"ה ועיין זוהר הרקיע מ"ע ל"ד וז"ל נראה מלשון הכתובים בפרשת צו שהמתנות הם בשכר העבודות כגון שיירי מנחות וחזה ושוק ועור העולה ובשר חטאות ואשמות וראשית גז ושם תמה שלא קבע לו שכר כלום במעשר בהמה הא נמי דמסייע לן:

דאפילו כהן גדול שחטא לוקה בב"ח דין וכמ"ש בירושלמי דהוריות וכ"פ הרמב"ם פ"ד מהלכות כלי מקדש ופרק י"ז מהלכות סנהדרין וכן הדין במכות מרדות כדמוכח בסנהדרין ד' י"ח דכ"ג שעבר על עשה נידון בשלשה והרי על ביטול מ"ע ליכא מלקות מ' של תורה אלא מכות מרדות. ובש"ס יבמות פ"ח מוכח דאדרבה לכהנים מנגדינן להו אפילו על דבר שאחרים אין לוקין. אמנם להנ"ל דהעבודה עיקרה הוא מ"ע שמתן שכרה בצידה הן בכהנים והן בלוים אלא דבלוים גלי קרא להדיא דכופין אותו לעבוד בעל כרחו ושמירת המקדש בכלל עבודת המקדש היא כמ"ש הרמב"ם להדיא בפרק ח' מהלכות בהב"ח לכן בן לוי לוקה על ביטול מ"ע זו משא"כ בכהן אעפ"י שמצוה זו מוטלת גם עליו ככל מצות עבודה אבל, הרי הוא מ"ע שמ"ש בצידה. שאין כופין עליה וגם אין עליה מכות מרדות אם ביטלה כדמוכח מדברי הגהות מיימוני פרק י"ב מהלכות אישות אות כ' ובמשנה למלך פ"ג מהלכות עבדים דין ז' והנה וודאי מלקות של בן לוי זה מלקות מרדות הוא דכל שיש שם שומרים בלעדו אין שם לאו של ביטול השמירה כמ"ש המ"ל סוף הלכות בית הבחירה. דמה"ת בשומר אחד סגי מירי וודאי דכל השומרים מקיימים מ"ע של שמירת המקדש וכל אחד מהכ"ד מקומות מצוה עביד אבל איסור לאו אין שם אלא כשאין שם גם אחד ובהכי ניחא דל"ת הא כשיש ל"ת עם העשה כופין אפילו

במקום שמ"ש בצידה לחד תירוצא (אי נמי כיש אומרים דוקא תרי לאוי חוץ העשה.) וכמו שיתבאר. ועל דרך זה י"ל הא דאיתא בירושלמי דשקלים אין ממשכנין את הכהנים מפני הכבוד לפי דברי הרמב"ן הנ"ל דכל עיקרה של עבודת כהונה איננה שיעבוד אלא לחלוק להם כבוד ולכן אין כופין אותו לקיים מצוה זו כשמתקיימת מצוה של הקרבן זולתו ע"י אחיו הכהנים להכי נמי אין כופין אותם על נתינת השקלים לצורך העבודה כל שיש כדי עבודה בלעדם שוב אין שם כפייה מפני הכבוד הזה שחלק להם הכתוב בעיקר מצות עבודה וכ"ש במצוה שהוא לצורך עבודה. דוגמא לזה כתב הרא"ה בטעם הלאו דלא תשימון עליו נשך ע"ש ודוק *):

והרב בעל הע"ש יכתוב שם דהואיל ומתנות כהונה קנאם השם ונתנם לכהן מוכח מזה ממילא שאין לכהן שכר עבור עבודתו. ויש לתמוה שהרי דברי הספרי עצמו שהביא הוויין תיובתי'. דהא ר' יונתן אמר שם להדיא שגם מתנות לוים קנאו השם ונתנו ללוי אעפ"י שהוא וודאי להם שכר חלף עבודתם כדמפרש קרא להדיא ועל כרחינו צ"ל דאעפ"י שקנאו השם ונתנו לכהן מ"מ הנתינה זו הוא שכר עבודה ומדר' יונתן נשמע לר' יאשיה שהרי לא נחלקו בדבר זה כלל. עוד כתב. ראי' מדברי רש"י ביבמות שם ד"ה בעל כרחו אע"ג שאינו חולק כייפינן ליה לעבוד ור"ל שלא נאמר דתלוי עבודתו בחלקו עכ"ל ולא ידעתי מה זו ראיה הרי באמת היינו קושיין דמקשה הש"ס על זה בפשיטות בזה"ל וכי מאחר שאינו חולק למה עולה בעל כרתו מוכח מזה דפשיטא לן דעבודתו תלוי בחלקו ואם אינו חולק אינו מחוייב לעבוד והצרכו לתרץ דשאני הכא משום פגם משפחה תיקנו חכמים לכופו הא מדינא הא בהא תליא. ובש"ס סוכה ד' נ"ב איתא חלק כחלק יאכלו שחלקו באכילת קדשים כחלקו בעבודה ע"ש ומהמקרא הזה נדרש ג"כ לאידך גיסא שחלקו בעבודה כחלקו לאכילה אלא דהתם בש"ס לא בא אלא לתת טעם על חלקו בלחם הפנים לכן לא נקט אלא חלוקה זו ולעולם דה"ה איפכא. וראיה ברורה לזה מה דתניא בספרי דברים י"ח חלק כחלק חלק לאכילה כחלק לעבודה וחלק לעבודה כחלק לאכילה הרי להדיא כדאמרן והרי כבר כתבנו בשם הגאון בעל תורת חיים הנ"ל דמשנתו ברורה לו דהא בהא תליא:

פרק ו

יבאר דבר חדש בענין ארבעה ועשרים מתנות כהונה שזכו בהם בני אהרן והערה נכונה בזה הענין בדברי בה"ג:

והנה נראה לפי ענ"ד דבר חדש והוא דעשרים וארבעה מחנות כהונה שזכו בהם בני אהרן הם כולם מכוונות נגד העבודות שנמסרו לבני אהרן דכשנתבונן בהם נמצאם שמספרם

ג"כ עשרים וארבעה. כיצד חמשה עשר מהם חשיב להו בש"ס חולין קל"ב ומנחות י"ח מלבד הולכה ומלבד הקטרת החלב הרי י"ז ותרומת הדשן ודישון מזבח הפנימי והמנורה וסדר המערכה ושני גזרי עצים ושני בזיכי לבונה וסידור לחם הפנים שבע עבודות הללו דשיירינהו תנא דהתם כמו שכתבו התוס' במנחות שם דהנך שבעה נמי מסורות לכהן דוקא יעו"ש הרי אלו ג"כ עשרים וארבעה עבודות [ועיין תוספתא דמאי פ"ב דגריס התם אין לי אלא זריקת הדם והקטר חלבים מנין ליציקות ובלולות תנופות כו' ומדחשיב הקטרות לחוד והקטר חלב לחוד שמע מינה דהקטרה ר"ל הקטר הקטורת וע"ש עוד שנויים וצריך עיון מדוע לא פירש רש"י אין לי אלא אלו דקאי על זריקה והקטר כדברי התוספתא] והרי זה מורה באצבע על היסוד הנ"ל שהמחנות כ"ד הם שכר הכ"ד עבודות ובעברי על עיון הדברים הללו מצאתי דבר פלא אשר יהי לפלא, לכל מקשיב על דבר אמת והוא כ"ד מתנות הללו נמצא בהם שמקצתם הנם מצוות מיוחדות כל אחת ואחת נחשבת מ"ע בפני עצמה ומקצתם אינן מ"ע בפני עצמן אבל הם חלק מחלקי המצוות המיוחדות והם נכללות בתוכם ולעומת זה ג"כ נמצא בכ"ד העבודות בסגנון הזה ובמנין מכוון זה כנגד זה ממש כיצד מתנות כהונה. א' מ"ע שיאכלו כהנים בשר קדשי קדשים כגון בשר החטאת והדומה לה. ב' מ"ע שיאכלו שיורי מנחות. ג' מ"ע לחת להם תרומה. ד' לתת להם בכורים ה' ליתן לו בכור ו' לתת לכהן חלה. ז' תרומת מעשר ח' ליתן לו זרוע לחיים וקיבה ט' חמשה סלעים דפדיון הבן יו"ד פדיון פטר בכור י"א ראשית גז צאנך תתן לו. הרי אלו י"א מתנות שהם י"א מצוות בחשבון המצוות אמנם י"ג מתנות האחרות אין אחד מהם מ"ע בפני עצמו אבל נכללות במצוות האחרות כיצד. א' בשר האשם. ב' זבחי שלמי ציבור. ג' מותר העומר. ד' לחמי עצרת ה' לחם הפנים. ו' מותר לוג השמן של מצורע ז' המורם מתודה. ח' המותר מאיל נזיר. ט' חזה ושוק של שלמים. תשעה מתנות הללו כולם אינם נחשבין *)הגה שוב מצאתי בתשו' לר"י פיק ז"ל שהוכיח שגם כהנים לוקין והוא ש"ס ערוך יומא כ"ג אם הוציא אגודל, והרי תיובתא למ"ש התוי"ט דלא מצינו כהנים לוקין אבל פי מ"ש בפנים. א"ש שדוקא על ביטול עבודה אינו לוקה מפני שמ"ש בצידה אבל כל שאיני מסוג זה שפיר לוקה הן ל"ט והן מרדות ובהוציא אגודל אינו פורק ממנו עול עבודה אדרבה רודף לעבוד יותר אבל לוקה משום רמאות: למ"ע בפני עצמן אבל הם חלק מחלקי המצוות של אכילת קדשים ומצוות העומר ומצוות המצורע והנזיר והשלמים וכדומה וכן ארבעה הנותרים דהיינו חרמי כהנים הוא חלק ממצות לדון דין חרם דסתם חרמים לשמים. ולא לכהנים ואם פירש חרם זה לכהנים אז ינתן לכהנים וי"א דסתם חרם לכהנים אם לא שפירש לשמים. ב' גזל הגר נכנס תחת

סוג מצוות השבת הגזילה ג' שדה אחוזה חלק ממצוות דין ערכי שדות. ד' עור העולה שהוא לכהן חלק מחלקי מצוות מעשה העולה וכמ"ש הרמב"ם בשורש י"ב להדיא ועתה צא וחשיב נגד כ"ד מתנות כהונה אלו כ"ד עבודות כהונה בסגנון זה ממש כיצד. א' מצוה לכהנים לעבוד עבודה כמ"ש ועבדתם עבודת מתנה או מן והקריבו בני אהרן עיין סה"מ שורש י"ב ובהשגות שם. ב' וביער עליה הכהן עצים בבוקר. ג' והרים את הדשן. ד' להעלות נר תמיד ה' לסדר לחם הפנים. וא"ו למלוח כל קרבן. ז' לערוף העגלה ח' לטהר את המצורע. ט' להשקות את הסוטה. יו"ד להקטיר קטורת בכל יום. י"א נשיאת כפיים לברך את ישראל הרי י"א מצות פרטיות כל אחת ואחת נחשבת בפני עצמה למ"ע בתרי"ג אבל י"ג הנותרות אין אחת מהם מ"ע פרטיות אלא נכללת במצוות הי"א דהיינו קבלה. ב' הגשה. ג' הזאה. ד' מליקה. ה' יציקה. וא"ו בלולה ז' קמיצה. ח' פתיתה. ט' תנופה. כולם תולדות המצוה של והקריבו בני אהרן שהוא ההולכה כמו שפירש"י בחולין שם או הזריקה כמ"ש בתוספתא דדמאי הנ"ל וכמו כן ארבעה הנותרים. א' שני גזרי עצים חלק ממצוות וביער עליה הכהן. ב' דישון מזבח הפנימי חלק ממצוות הרמת הדשן. ג' דישון המנורה נכלל במצוות המנורה להעלות נר תמיד ד' שני בזיכי לבונה חלק ממצות מעשה לחם הפנים:

והנה א"כ הדברים מכוונים כ"ד לכ"ד י"א לי"א י"ג לי"ג אמנם טעם המנין הזה ומפני מה יחשבו הללו למ"ע בפ"ע ולא אלו ומדוע יהיו אלו כללים ואלו נכללים ומאיזה טעם יחשב בזה עיקר המצוה הנתינה לכהן או ההפרשה ובזה המצוה העקרית שיאכלנה הכהנים כל זה עדיין צריך תלמוד וכמו כן חמש עשרה עבודות המסורות לבני אהרן דחשיב להו בחולין ובמנחות שם כנגד (עיין רש"י חולין קלא עמוד א' ז"ל שם ומוציא אני) ט"ו מתנות כהונה שכולם נכסי כהן לעשות בהם כל צרכיו יעו"ש. ועיין בהלכות גדולות במנין תרי"ג שלו שחושב יציקות בלולות תנופות כל אחת למ"ע בפ"ע בתרי"ג ולעומת זה במתנות כהונה יחשוב עור העולה וחזה ושוק והמורם מתודה ג"כ כל אחת למ"ע פרטית ומכל זה נלמד דמתנות כהונה כולן מתן שכר של עבודת כהונה היא. וביורה דעה הנדפס ע"י שפרעכער בלבוב ראיתי בסי' ס"א ביד אפרים שם הגהה אחת לא נודע שם בעליה כתב להוכיח שאין מתנות כהונה מתן שכרן של עבודתם מדלא כתיב בהו שכר חלף עבודתם כמ"ש בלוים וכבר כתבנו שאין זה הוכחה. שוב ראיתי ביורה דעה השני שנדפס ע"י מענקיש בהשגחת המגיהים המופלגים שהשליכו הגהה הלזו מן הספר ושפיר עבדו *) עוד כתבנו בתשובה הנ"ל די"ל דהתם ביבמות משום טעם דפגם משפחה צריך זה הכהן הספק לעלות בעצמו דוקא משא"כ חיוב מצות העבודה

יכיל הכהן לעשות שליח לעבוד במקומו והשיב על זה בעל הע"ש וז"ל אין בזה טעם דאם מאותו משמר הרי נצרך לצאת י"ח עצמו ואם ממשמר אחר לא שמעתי שכהן יוכל לזכות עבודתו לשל משמר אחר זולת מי שיקריב קרבן עצמו כדאיתא בב"ק ד' ק"י ואפילו כהן גדול אינו יכול ליתן לשל משמר אחר אלא א"כ הוא מקריב קרבן עצמו כפירש"י בד"ה אם הי' כה"ג אונן ויש לו קרבן עצמו להקריב עכ"ל. החזרתי לו תשובה תמהני שנעלמו ממנו דברי הסוגיא הזאת עצמו שעסק בה ב"ק ד' ק"י ע"א דאמר רב ששת אם הי' כהן טמא בקרבן ציבור נותנה לכל מי שירצה מבואר מזה להדיא דיכול לעשות שליח וכן כתב הרא"ש להדיא הובא בשיטה מקובצת שם דכהן בין טמא בין טהור שניהם יכולים לעשות שליח לכהן של משמר אחר ושם כתב בשם הרשב"א דיכול לעשות שליח לכהן של אותו משמר והמעיין יראה די"ל דלא פליגי הרא"ש והרשב"א לדינא אלא מר אמר חדא ומר אמר חדא. ומה שהבין כ"ת בכוונת רש"י דלהכי פירש שמקריב קרבן שלו דאי לאו הכי אינו יכול לעשות שליח טעות הוא ולא עלה זאת על דעתו כלל. ולא נמצא מי שיאמר כן. אבל כוונתו משום דאי לאו בקרבן עצמו יקשה פשיטא מאי קמ"ל דעבודתה ועורה לאנשי משמר וכי ס"ד שיכול לתת עורה לאחרים הא קיי"ל כל שהוא עצמו איני יכול לאכול גם לאחר לא מצי יהיב וכדתניא להדיא כהן גדול אונן אינו אוכל ואינו חולק לערב דבשלמא הא דקאמר נותנה להקריב לכל כהן שירצה קמ"ל דחס רחמנא על כה"ג כדמפרש התם אבל הא דעבודתה ועורה לאנשי משמר מאי קמ"ל להכי פירש"י דהכא בקרבן של עצמו מהו דתימא דאיש קדשיו לו יהי' כתיב ואפילו כהן הדיוט מעכב אנשי המשמר מלהקריב קרבן של עצמו כמ"ש בש"ס שם קיט וא"כ כהן גדול דעדיף זכותו אפילו בקרבן שאינו שלו לדחות אנשי המשמר והוי אמינא דבקרבן של עצמו עדיפא כחו אפילו באנינות לתתו לכל מי שירצה להקריבו דה"ה אפשר שנותן בשרו ועורו לכל מי שירצה קמ"ל רש"י דליתא ודלא עדיף בזה מכהן הדיוט דכללא היא כל שאינו זכאי באכילתו בשרה ועורה לאנשי משמר:

עוד י"ל לפי מ"ש המשנה למלך פ"ב מהלכות ביאת מקדש דכהן גדול אונן אסור לו לכתחילה להקריב אלא שאם התחיל גומר והקשה א"כ היכי מצי עביד שליח ותירץ שאין בזה רק איסור דרבנן ויש שלית לדבר עבירה מדרבנן וקשה שהרי בפ"ב מהלכות רוצח העלה המ"ל עצמו דגם בעבירה דרבנן אין שליחות אמנם יש לחלק דבקרבן שלו מותר לו להקריב לכתחילה להכי מצי עביד שליח משא"כ בקרבן ציבור מסתברא וודאי דאסור לו להקריב בעצמו וממילא דלא מצי עביד שליח להכי פירש"י דהכא בקרבן עצמו מיירי וכ"כ הרמב"ם בהלכות ביאת מקדש ועיין מ"ל שם:

עוד י"ל דבקרבן שאינו שלו אע"ג דיש לכה"ג חלק בראש להקריבו וה"ה יכול ליתנו למי שירצה מאנשי המשמר אבל לא למשמר אחר דכי זכה ליה רחמנא להקריב בעצמו הוא קודם לבני משמר אבל כל שאינו מקריב בעצמו בני משמר היום קודמין לשליחות זה אם לא בקרבן של עצמו דקדשיו לו יהי' אמר רחמנא ואז הוא נותן לכל מי שירצה:

ויש לתת טעם לזה שהרי זה שהתירה תורה לכהן גדול להקריב באנינות אמרו בש"ס שם שהוא *) הג"ה שוב יצא לאור הספרי עם הגהות הגאון מהרי"ש נרו כתב שם בפרשת קרח ולבני לוי וכו' כל מצות הכהונה קנאו השם. ונתנו לכהן חלף עבודתו כו' עכ"פ מבואר דמתנות כהונה הוי נמי חלף עבודתם עכ"ל בהגהותיו:

מטעם דחס רחמנא עליו ואמרינן החם מהו דתימא כי חס רחמנא על כהן גדול לקרובי הוא אבל לשוויא שליח לא מצי משווי קמ"ל וענין חס רחמנא דקאמר הוא כמ"ש רש"י ביומא י"ג ד"ה להביא למקדש לפקת צערו עכ"ל וסלקא דעתין לומר דזהו דווקא כשעובד בעצמו אז יסיח דעתו מצערו אבל כשאינו עובד בעצמו אכתי אינו מסיח דעתו מצערו קמ"ל דמצי עביד שלית ור"ל שמח דעתו על קרבנו שנתן ביד שלוחו וזה שייך שפיר בקרבן של עצמו דדעתו עלוויה וכמ"ש הרא"ה בחינוך סי' ק"ל דיותר יתעורר אדם בקרבן עצמו משא"כ בקרבן שאינו שלו אפילו יהי לו שותפות בו לא יתעורר בו כקרבן של עצמו אבל קרבן של אחרים וודאי י"ל כל שאינו עובד בעצמו אין כאן פיקוח צער ושפיר הדרינן לסברא שאמרו בש"ס כי חס רחמנא לקרובי ה"א ולא מצי למיעבד שלית רק בקרבן שלו וקיי"ל נמי דיחיד ביום שמקריב קרבנו יו"ט שלו משא"כ בקרבן שאינו שלו כל שאינו מקריבו בעצמו אין כאן היסח דעת:

העולה מכל מיש א' דכופין ומלקין לקיים ספק מצוות עשה כל שמחוייב לקיימה כופין עליה ב' מצות עבודת כהונה מתן שכרה קבע לה הכתוב בצידה ודינה ככל מ"ע שמ"ש בצידה לענין כפיי' אם לא שאין שם כהן אחר לעביד זולתו שאז יש כפיי' מצד מצות ההקרבה של קרבן זה שהיא מ"ע שאין מ"ש בצידה. ג' שהכהן יכול לעשות שליח במקומו ממשמר זה או אחר (השמטה. ואיכא למידק מ"ש דקאמר סוכה איני עושה וכן בלולב וציצית הכי הוי לי' למימר סוכה איני יושב (לולב איני נוטל) ציצית איני לובש. שהוא עיקר המצוה. אבל עשיית הסוכה והלולב והציצית. אינו אלא מכשירי מצוה. וי"ל לפי מ"ש הב"י באו"ח תקפ"ט בשם אוהל מועד בשם הרא"ה. דלמ"ד מצוות אין צריך כוונה אפילו עומד וצווח איני רוצה לקיים את המצוה יוצא י"ח בעל כרחו. להכי א"ש דקאמר סוכה איני יושב או ציצית לא יהי על כנפות בגדי הרי בידינו להושיבו בסוכה בעל כרחו ולהסגירו שבעת ימים וכן לפשוט ממנו בגדו בעל כרחו וא"צ א"כ להכותו

נפש. משא"כ באומר סוכה וציצית ולולב איני עושה דהיינו כגון שמבריח כל ממונו ואין כאן מי שיעשה המצוה בלעדו. ואין חיוב קיום המצוה אלא עליו ועל ממונו בזה שפיר אמר להכותו עד שיעשה או עד שת"נ. (עיין רמב"ן פרשת יתרו) ומגיד משנה פ"א מהלכות איסורי ביאה דין ח' דנקטו לולב איני נוטל דלא כגרסת הש"ס שלפנינו. שלולב איני עושה וי"ל דס"ל דבנטילה והגבהה כשאינה ברצונו אלא ע"י סמיכת יד אחרים אין כאן לא נטילה ולא הגבהה של עצמו אלא של אחרים ודו"ק. ע"כ השמטה:

פרק ז

יבאר אם יש כפייה במצוות נשואי אשה ויברר דעת הפוסקים בזה:

תנן החם יבמות ס"א: לא יבטל אדם מפו"ר ושם ס"ד נשא אשה ושהה עמה עשר שנים ולא ילדה איני רשאי, לבטל וכתב הנמוקי יוסף שם פירוש אינו רשאי לבטל שכופין אותו לגרש משום קיום מצות פו"ר כמו שכופין על שאר מצות. וכ"כ הרא"ש שם שכיון שעברו עליו כ' שנה כו' יכופו אותו כמו שאר מצוות שמכין אותו שת"נ ושכן היא דעת הרי"ף וכ"כ הנמוק"י שם בשם המפורשים ושכן נראה מדברי הרמב"ם וכן פסקו הטור והש"ע והלבוש בא"ע סי' א' שאם עברו עליו כ' שנה ולא נשא. ב"ד כופין אותו לישא וכ"כ רש"י ביבמות ס"ה ד"ה היא מהימנא כו' שעלינו לכופו לקיים פו"ר וכ"כ ביש"ש שם. והנה ראיתי בתוספות יו"ט ריש סדר נשים שכתב שם בזה"ל כתב הרמב"ם התחיל במסכת יבמות כו' ולא התחיל במסכת כתובות ועיון השכל שהי' ראוי להקדים אבל עשה זה מפני שהנשואין הוא דבר עומד ברשותו של אדם ורצונו דאין לב"ד לכוף אדם עד שישא אשה אבל הייבום מוכרח לעשות ואומרים לו חלוץ או ייבם ואע"ג דאמר רב הונא בן כ' ולא נשא כל ימיו בעבירה לא משמע ליה להרמב"ם שבשביל זה יכפיהו ב"ד דא"כ הוי לי' למתני כופין אותו וכן בפרק ט"ו מהלכות אישות שהעתיק דברים אלו לא ביאר בהם שיהי' כופין אותו אבל הרא"ש סוף פ"ו דיבמות כתב שיכפוהו ב"ד לישא לקיים פרו ורבו כמו שאר מצוות שמכין אותו עד שתצא נפשי עכ"ל הנה מבואר שלדעת התוס' יו"ט חולק הרמב"ם על הרי"ף וסייעתו בדין זה וס"ל דאין כופין על מ"ע הזאת והנה כל דבריו תמוהין לי לכאורה [א] מ"ש דלא משמע לי להרמב"ם שיכופו על זה מדלא תני להדיא דכופין אותו קשה אדרבה הש"ס לא הוצרך כלל לבאר זה שהרי קיי"ל שזה כלל גדול בתורה בכל מ"ע דכופין ומכין את המונע מלקיימה וכדתניא כתובות פ"ו וחולין קל"ב וכ"כ הרמב"ם בסה"מ שורש י"ד להדיא שהוא כלל כולל כל המצוות עשין בכללן ולא עוד שאם הי' מתני בזה שכופין אותו הווי קשיא לן פשיטא מאי קמ"ל. ותדע שהרי בש"ס ר"ה וא"ו תניא יקריב אותו מלמד שכופין אותו ונתקשו התוס' שם

פשיטא מאי קמ"ל ופירשו שם בזה"ל כל מ"ע כו' מכין עד שת"נ והא דאיצטריך קרא הכא משום דסלקא דעתא דאין כופין כאן לפי שכתוב לרצונו עכ"ל [ב] מ"ש להוכיח מדברי הרמב"ם בהלכות אישות פרק ט"ו שלא כתב דכופין ש"מ דס"ל אין כופין קשה דאדרבה הרי כתב הרמב"ם שם להדיא דין יו"ד דמי ששהה יוד שנים עם אשה ולא הוליד כופין אותו להוציא ומקור הלכה זו מפני דס"ל הלכה כרב תחליפא ב"א בכתובות ע"ז ודלא כרב אסי שם דאמר אין כופין משום דלא כייפינן אפו"ר כמ"ש רש"י שם להדיא אלא כרב תחליפא דפליג עליה הרי דס"ל דכופין על פו"ר ועוד הך כופין להוציא דהתם אינו אלא על מצוה דרבנן כמ"ש רש"י במקומו שם ומ"מ כופין מחינן לי' בשוטים כ"ש על גוף המ"ע המוטלת עליו מה"ת. [ג] הנמוקי יוסף דיבמות הביא דברי הרמב"ם שבפרק ט"ו מהלכות אישות הנ"ל וכתב שנראה מדברי הרמב"ם שם שמכין אותו על מצוה זו עד שיקיימנה או שתצא נפשו והגם דיש לומר שהתוי"ט פליג עליה ושנראה לו מדברי הרמב"ם להיפך אבל תימא איך עשה א"ע כלא ידע את יוסף הלא דרכו להביא דבריו בכ"ד וכ"ש במקום שנחלק עליו מהיפך להיפך. [ד] אם כדברי התוי"ט שהרמב"ם ס"ל דאין כופין על מ"ע זו קשה איך העלימו הרא"ש והטור והב"י והלבוש והרש"ל דעת הרמב"ם הלזו ואיך לא אישתמיט חד מנייהו לתת זכר לדבריו כלל וכלל הלא תורתו של הרמב"ם כל היום בפיהם ואפילו במקום שהשיגו עליו רבים מ"מ יזכירו דבריו ויפרשום ויתרצום והיותר תמוה הלא בדבר זה לא נמצא שום מי שישיג עליו מדוע א"כ פסקו לכוף ולהלקותו היפך דעת הרמב"ם בלא טעם ובלא ראיה. [ה] תו קשיא לי דהרי הובא בפוסקים דהאידנא לא נהגו לכופו לקיים פו"ר וכמ"ש רמ"א שם סעיף ג' וכבר ביקשו טעם. וסמך לדבר זה ולא מצאו. (א) במרדכי כתב שסמכו על מ"ד הלכה כרב דאין מעשין כתובות ע"ז. (ב) אי נמי דס"ל דרב ושמואל לא פליגי אלא בא"י כמ"ש יבמות ס"ד (ג) אי נמי דסמכו על הא דאיתא ב"ב דף ס' עמוד ב' מיום שפשטה המלכות כו' בדין הוא שנגזר על עצמינו שלא לישא אשה כו' ועיין ביאור הגר"א שם בא"ע ה"ק יו"ד שכתב וז"ל כל אלו טענות דחיות הן דקיי"ל כשמואל וכמ"ש סי' קנ"ד וכן מהא דיבמות ס"ד כבר דחאה הרא"ש שם וההוא דב"ב ד' ס': כבר כתבו התוס' שם תימא הא כתיב פרו ורבו ושמא דוקא באותם שכבר קיימו פרו כו' ואם כדברי התוס' יו"ט הנ"ל קשה איך לא אישתמיט חד מהפוסקים לומר שסמכו בזה על רבינו הגדול הרמב"ם ז"ל שכתב להדיא שמצוה זו אין כופין עליה ושהוא דבר העומד ברשותו ורצונו:

ויש אמנם דרך אחד ליישב כל התמיהות הללו לע"ד ולומר שהדבר ברור דאע"ג דנראה לכאורה מפשט דברי הגמרא מו"ק י"ת דקידושין לחוד לאו מ"ע הוא שהרי אמרו לא

מבעיא לארס דלא קא עביד מצוה כו' וכן נראה לכאורה דעת הפוסקים שהביא רמ"א באבן עזר סי' ל"ד ס"ג וכמ"ש הגאון רחנ"ן בעא"ר שם מ"מ דעת הרמב"ם לא כן הוא דהוא סבור שהקידושין מ"ע בפ"ע ומצוות פו"ר מ"ע בפ"ע שהרי בתחילת הלכות אישות מנאם לשני מצוות נפרדות וכ"כ בפ"א הלכה ב' להדיא דלקוחין אלו מ"ע של תורה הוא וכן מבואר להדיא מדבריו בספר המצוות עשין רי"ב וריי"ג שמנה כל אחת למ"ע בפ"ע וכן הוא דעת הסמ"ג והסמ"ק והרמב"ן והראב"ד להדיא שכולם מנו אותם שתי מצות פרטיות א' לקדש אשה בקידושין השנית מצות פר"ו ומעתה לפי מ"ש הרמב"ן דפילגש מותרת גם להדיוט ושגם הרמב"ם ס"ל הכי לפי גרסתו בדברי הרמב"ם בפ"ד מהלכות מלכים וכמו שהביא הכסף משנה בפ"א מהלכות אישות בשמו דפילגשו המיוחדת לו מותרת גם להדיוט א"כ לפי שיטה זו חדא יש לומר דיש הבדל בין מצוות הקידושין למצות פו"ר ואעפ"י שכופין על מצוות פו"ר מ"מ על מצוות קידושין אין כופין והרי יש טעם נכון להבדל זה דשאני קידושין הואיל ולא הוציא הכתוב מצוה זו בלשון ציווי ואזהרה ולקחת לך אשה לא כתיב אבל כתיב כי יקח איש אשה לומר לך שאין כאן חיוב החלטיי אלא אם ירצה איש לקנות אשה שהיא תהי' נקנית לו ליורשה ולטמא לה אז המצוה היא שיקדשנה באחד מג' דרכים ואם אינו חפץ בקנין זה אין כופין אותו על זה כעל כל מ"ע שבתורה. ומחוייב על כל פנים לייחד לו אשה כדי להוליד ממנה וגם שאינו מחוייב לקנותה בקידושין וחופה מטעם הנ"ל:

וכל זה נכון וניתן להאמר לשיטת המתירין פי פילגש המיוחד לו גם להדיוט אבל לשיטת הפוסקים דפילגש מיוחדת אסורה להדיוט מה"ת (או עכ"פ מדרבנן) וודאי שוב אין מקים לחילוק זה כלל ובהכרח אי אפשר לנו לומר אלא שכופין אותו לישא אשה בקידושין וחופה כדי לקיים פר"ו שהרי לישא פילגש אינו יכול אפילו מיוחדת אליו לבדו אסור ועל כרחינו שכופין אותו לקיים שתי המצוות יחדיו הן של הקידושין והן על הנשואין ולפי זה יתיישבו כל הקושיות [א] מ"ש התוסי"ט דלא משמע ליה להרמב"ם שיכופו על זה כו ר"ל על מצוות הקידושין והלקוחין בתורת נשואין הוא דבר דס"ל להרמב"ם שאין ב"ד כופין על זה והרי מבואר כך בלשון הרמב"ם להדיא שכתב שהנשואין הוא דבר עומד ברשותו של אדם ורצונו דאין לב"ד לכוף כו' לישא אשה עכ"ל אבל מצוות פר"ו וודאי י"ל דמודה דכופין גם להרמב"ם ומה שכתב דהרמב"ם הוכיח כן מהא דלא תני להדיא דכופין אותו. להנ"ל אתי שפיר דמ"ע של לקוחין דלא אפקה קרא בלשון חיוב וציווי אי איתא דכופין עליה וודאי הווי לי' למתני בהדיא דאפ"ה כופין ומדלא תני התם דכופין ש"מ דקושטא הכי היא דאין כופין על מצוה זו מפני הלשון כי יקח

הכתוב בתורה וכנ"ל וכ"כ הרא"ש להדיא בפ"ק דכתובות סי' י"ב לענין טעם שנוי נוסח ברכת קידושין מכל הברכות יעו"ש ודוק וכן מוכת להדיא מלשון הרמב"ם גופי' שכתב בריש הלכות אישות בזה הלשון נצטוו ישראל שאם ירצה איש לישא אשה יקנה אותה תחילה בפני עדים עכ"ל התנה בפירוש דמצוה זו אינה אלא במי שירצה לישא ור"ל שתהא קנוייה לו בתורת נשואין אבל אם לא ירצה בקנינה אין עליו חיוב וקרוב ללשון זה ביתר ביאור כתוב בתשובת הרמב"ן שהובא בישׁ"ש פ"ב דיבמות סי' י"א ע"ש שכתב בזה הלשון שהקידושין והחופה מ"ע וכל שבא לישא אשה שתהי' אסורה לכל אדם וקנוייה לו ליורשה וליטמא לה אמרה תורה יקדש ויכניס לחופה ויברך הא אלו רצה שתהי' לו פילגש ולא קידש כלל כו' הרשות בידו עכ"ל. [ב] ובהכי אתי נמי שפיר מה שהוכיח התוי"ט מדברי הרמב"ם פ' ט"ו מאישות שהעתיק שם דינים הללו ולא ביאר בהם שכופין אותו ש"מ דאין כופין ר"ל על דרך הנ"ל שאם הי' סובר דכופין אותו לקדש אשה ולעשות בה קנין תחילה וודאי זה הי' לו לבאר חידוש בזה דאעפ"י שלא הוציא הכתוב מצוה זו בלשון ציווי מ"מ כופין עליה ותדע לך שכן הוא שהרי בפרק י"ד ממעשה הקרבנות כתב הרמב"ם שם וז"ל אעפ"י שנאמר לרצונו כופין אותו עד שיאמר רוצה אני עכ"ל הנה הבליע בנעימת לשונו לתת לנו טעם מדוע הוצרך כאן ללמדינו שכופין ומפורש כדבריו אלה בתוס' ר"ה ואו ד"ה יקריב ומדלא כתב שכופין ש"מ דס"ל דבאמת אין כופין לקדש. אבל על גוף המ"ע של פו"ר וודאי דכופין כעל כל מ"ע ולא הוצרך כלל להשמיענו דין זה אבל כתב שם דכופין את מי ששהה עשר שנים עם אשה ולא הוליד שיוציאנה בעל כרחו וזהו וודאי הוצרך להשמיענו לאפוקי ממ"ד בגמרא שם כתובות ע"ז דכה"ג אין כופין להוציא שהרי אפשר לו לישא עוד אחרת קמ"ל דכופין אותו וכפיי' זו מדרבנן וכמ"ש רש"י דגזרינן דלמא לא יהבי לי' אחרת כיון דלא אפקה להההיא ומעתה יובן מ"ש התוי"ט דהרא"ש סוף פ"ו דיבמות כתב שיכופו ב"ד לישא לקיים פו"ר כמו שאר מצוות שמכין אותו עד שת"נ עכ"ל ע"כ שהוא חולק על הרמב"ם וס"ל דכופין אותו גם על מצוות הקידושין והלקוחין דוודאי אי אפשר לומר דהרא"ש נמי הכי קאמר דכופין אותו לקיים פו"ר דוקא ולא לקדש אותה דווקא דהא ליתא שהרי הרא"ש ס"ל דהדיוט אסור בפילגש וכמ"ש הרמ"א בדרכי משה סי' כ"ו וכ"כ הב"ח שם בהדיא בשם תשובת הרא"ש דאפילו במיוחדת לו ס"ל להרא"ש דאסור.

ומה שכתב הרא"ש פ"ק דכתובות סי' י"ב בזה"ל ואם לקח פילגש וקיים פר"ו אינו מחוייב לקדש אשה עכ"ל כבר פירש הגאון הק"נ דר"ל אם לקח פילגש באיסור וקיים עמה פרי' ורבי' אינו מחוייב עוד לקדש אשה עכ"ל יעו"ש שהשיג על הב"ש שרצה להוכיח מדברי

הרא"ש הנ"ל דפילגש מותרת. [כ] אמנם דברי הנמוקי יוסף שכתב שכופין לישא אשה לקיים פר"ו ושכן נראה מדברי הרמב"ם פרק ט"ו מאישות וודאי י"ל דאין ר"ל שיכופו לקדש אלא כשישאנה בתורת פילגש דיו לשיטת הרמב"ם הנ"ל והתויו"ט נמי מודה לזה ולא אמר אלא שהרמב"ם סובר דהנשואין הוא הלקוחין הכתובים במצוות הקידושין הוא דבר הרשות ואם לא ירצה לקדש אין כופין והנמוקי יוסף ג"כ יודה לזה ולשון לישא אשה מצינו גם בפילגש כמ"ש הרא"ש פ"ק דכתובות בזה הלשון אם נשא פילגש:

וכן תמצא בלשון הרמב"ן בתשובה הובא בישו"ש סי' י"א בזה"ל הפילגש וודאי מותרת שהרי דוד נשא אותה ומצינו גדולי ישראל נושאין אותה עכ"ל וכן הוא בדברי הישו"ש עצמו שם דין י"א בזה"ל ולא ישא פילגש ומ"מ היכא דכבר עבר ונשא אין מוציאין ממנו עכ"ל. [ד] ומעתה נסתלקה נמי התמיה הד' מדוע לא הביאו הטור והרא"ש והש"ע והלבוש דעת הרמב"ם כלל דס"ל אין כופין להנ"ל שפיר עבדו דהשמיטו דבר זה שהרי הטור והרא"ש והש"ע כלהו ס"ל לדינא דאפילו פילגש המיוחדת לו אסורה וכמ"ש בסימן כ"ו באבן העזר שם וא"כ מוכרת ממילא דכמו שכופין על גוף המצוה של פו"ר ה"ה דכופין אותו שיקדשנה כדת של תורה דהרי לא סגי בלאו הכי ואין מקום לקיים פו"ר אם לא יקיים מצוות קידושין תחילה משא"כ הרמב"ם לשיטתו הנ"ל אין כופין על מצוות הקידושין והוא דבר עומד ברשותו אבל על עצם המצוה של פו"ר וודאי כופין גם להרמב"ם ובזה מסולק נמי הקושיא [ה] הנ"ל דאי אפשר לומר דסמך המנהג הוא משום שסמכו על דעת הרמב"ם שהרי נהגו שלא לכוף לא על הקידושין ולא על פו"ר גופה וזהו גם דלא כהרמב"ם:

והנה קשה לכאורה לפי גרסת הכסף משנה וסייעתו בדברי הרמב"ם פ"ד מהלכות מלכים דפילגש אסורה להדיוט אפילו מיוחדת לו איך א"כ יפרנס דברי הרמב"ם הנ"ל שהנשואין הוא דבר עומד ברשותו ורצונו. והרי לא סגי בלא נשואין וא"א לכופו על פו"ר בלתי שיכופו לקדש בתחילה. ודוחק לומר שגם הלכה זו מן החזרות שחזר בו הרמב"ם במיבורו ממ"ש בפירוש המשנה. אולם נראה לענ"ד שמכאן ראיה לדברי הגאון בעל לב שמת שגם לפי גרסא של הכ"מ הנ"ל כוונת הרמב"ם היא מדרבנן הוא דאסרוה לא מה"ת וא"כ יש לפרש דבריו שבפירוש המשנה שדבריו שם סובבין לתת טעם והבדל הענין איך הוא מן התורה ור"ל כיון שמה"ת הקידושין והנשואין רשות והייבום וחליצה חובה לכן להם משפט הקדימה בסדר הש"ס אבל לדינא בתר דתיקון רבנן דפילגש אסורה פשיטא דלא סגי בלאו הכי נמצא לפי"ז פשר דבר דלדינא לא נחלקו הרמב"ם והרא"ש כלל דהרמב"ם דיבר שם איך הוא מן התורה והרא"ש הרי מיירי איך הוא לדינא לדידן ומ"מ

אין תפישה על התויו"ט שכתב שנחלקו הרמב"ם והרא"ש לדינא להנ"ל שי"ל שדבריו על פי שיטת הרמב"ן וגרסתו גם לפי דברי הבית שמואל סי' כ"ו ס"ק ב' שכתב דלהרא"ש אין איסור בפלגש כלל. הנה לפ"ז יש לפרש גם דברי הרא"ש כמו שיתפרשו דברי הרמב"ם והנמוקי יוסף שכופין אותו על גוף מצות פו"ר וכנ"ל והרשות בידו שלא לקדש כלל. וכדעת הראב"ד וקצת מפורשים שהובא ברמ"א שם סי' כ"ו אבל דברי התויו"ט אתיין כדברי הב"ח והגאון הק"נ בפירוש דעת הרא"ש וכנ"ל דלא כהב"ש:

והנה לשיטת הב"ש הנ"ל דהרא"ש ס"ל דאין איסור כלל בפילגש ולפי מה שהעלינו דכולם מודים שהקידושין הוא מ"ע גמורה בפני עצמה א"כ יש ראיה ברורה מדברי הרא"ש גופיה דס"ל שאין כופין על מצות קידושין וכשירצה ישא פילגש ואינו מחוייב לקדש כלל והרי הוא עצמו כתב דמכין אותו עד שת"ן או שיקבל עליו לקיים פו"ר ועל כרחינו דס"ל נמי ההבדל הנ"ל שאין כפייה רק על מצוות פו"ר ולא על מצות הקידושין ומן הטעם הנזכר שם בפ"ק דכתובות סי' י"ב בדברי הרא"ש עצמו מפני שלא הוציא הכתוב מצווה זו בלשון ציווי וכנ"ל לומר לך שאין, כופין על מצוה זו וכעין דברי הרא"ה בחינוך במצוות אמה העבריה ע"ש וכן תמצא בדברי הרמב"ן לענין חיוב של כופר שאין ממשכנין עליו מדהוציא הכתוב בלשון אם כופר יושת עליו יעו"ש:

פרק ח

יבאר שמצות אירוסין היא מצוה פרטית בפני עצמה ושאין חולק בזה דלא כהגאון רחנ"ן שר"ל בזה פלוגתא חדשה:

אמנם הגאון ר' חנ"ץ במעיין החכמה דף קפ"ז אות נ"ה כתב שם וזה לשונו. וממה שכתב הרא"ש בריש כתובות כו' כי פו"ר הוא קיום המצוה כו' ומש"ה ס"ל שמברך ברכת אירוסין בשעת נשואין נראה מזה שחולק על הרמב"ם במנין מ"ע זו עכ"ל ואם אמת כי דיבר דבר חכמה והמציא מחילוק המנין הזה נפקא מינה לדינא מ"מ גוף הענין אינו מוכרח וי"ל שלא נחלק הרא"ש בחשבון מ"ע זו על הרמב"ם כלל שהרי לא מצינו מי שיחלוק עליו בחשבון מצוה זו אדרבה הרמב"ן והראב"ד והרמ"ך בעלי ההשגה שלו כולם מודים לו שזו מצוה פרטית בפני עצמה וכ"כ הסמ"ג והסמ"ק והחינוך ומה שכתב הרא"ש שם שאינו מחוייב לקדש אשה הנה אפילו לשיטה הנ"ל דר"ל שמותר בפילגש לכתחילה מ"מ אין ראיה מזה כלל ותדע שהרי הרמב"ם גופיה כתב בפ"א מאישות הלכה ב' שמצוות התורה הוא שאם ירצה איש לישא אשה יקנה אותה תחילה בפני עדים עכ"ל מוכח להדיא דמצוה זו איננה אלא אם ירצה להיות לו אשה בתורת חופה וקידושין ואם לא ירצה אינו מחוייב אעפ"י דהיא מ"ע גמורה מה"ת והרי כבר ביאר הרמב"ם

בפרק י"א מהלכות ברכות הלכה ב' וז"ל ויש מצוה שאינה חובה אלא דומין לרשות כגון מזוזה ומעקה שאין אדם חייב לשכון בבית ולעשות מזוזה או לבנות בית בשביל מעקה וכו' עכ"ל ואעפי"כ כולם מודים שהם מצוות מיוחדות בחשבון המצוות וה"ה שי"ל כן במצוות הלקוחין וכמ"ש למעלה וכן מ"ש דמצוות פו"ר היא קיום המצוה כו' לאו למימר דקידושין לאו קיום מצוה הוא אבל ר"ל שפו"ר הוא קיום המצוה שחייב וכופין עלי' בעל כרחו משא"כ הלקוחין הנה הוא כדבר הרשות נגדה וכנ"ל בדברי הרמב"ם וזהו שסיים שם ואינו חייב לקדש:

ומ"ש להוכיח ממ"ש הרא"ש שם סי' י"ו שאם לא בירך ברכת אירוסין בשעת קידושין יכול לברך אח"כ בשעת נשואין ש"מ דהקדושין לחוד אכתי לא עביד מצוה לענ"ד אין ראי' וי"ל דגם הרא"ש מודה דקידושין בפני עצמן מ"ע היא מ"מ כיון שלא נגמר היתר הבעילה עד שעת חופה לכן עדיין יכול לברך והיינו דקאתי עלה מדין בהמ"ז שמברך כל זמן שלא נתעכל וזהו שכתב הרא"ש שם וז"ל שאין ההימר נגמר אלא ע"י חופה ולמה לא כתב שאין המצווה נגמרת אלא כו' ש"מ דאדרבה ס"ל דמצוות הקידושין כבר נגמרה בשעת קידושין שהוא מ"ע בפני עצמה והוצרך לבא מטעם שאין ההיתר נגמר וזהו שכתב תיכף גם בתחילה שם שהי' לנו לברך אשר קדשנו במצוותיו וצוונו לקדש אשה מפני שבאמת הוא מצוה בפ"ע כמו מצוה של פו"ר והוצרך לתרץ דעיקר המצוה המועלת עליו בעל כרחו היא מצוות פו"ר משא"כ זו אין כופין עליה ויכול הוא שיאמר שאינו רוצה אלא פילגש אעפ"י שהקידושין הוא מ"ע גמורה וכנ"ל. אמנם המרדכי פ"ק דכתובות שם כתב וז"ל מה שאין מברכין אשר קדשנו במצוותיו וצוונו לקדש האשה משום דאין עשייתה גמר מצוותה כדאיתא פרק התכלת עכ"ל ולכאורה קשה אי נימא דכ"ע ס"ל דקידושין לחוד מ"ע בפ"ע היא א"כ הרי כבר נגמרה מצוה זו בשעה שקידש ואיך מדמה לה להא דפרק התכלת מ"ב ע"ב דמסיק התם דלהכי אין מברכין על עשיית תפילין מפני שאינה גמר מצוה ומוכת מזה לכאורה דס"ל להמרדכי דקידושין לחוד כעשיית תפילין דמי (אע"ג דהלקוחין הוא מ"ע) שאינה מ"ע רק הקשירה כמו כן הקדושין אינה מ"ע רק הנשואין ויש לומר דה"ק אע"ג דהלקוחין הוא מ"ע של תורה בפני עצמה מ"מ כיון דלא נגמר ההיתר אלא ע"י חופה לא דמיא ממש למצוות מילה דהוא גמר ממש וכן לא דמיא נמי לעשיית תפילין ממש שאיננה מצווה בפני עצמה כלל משא"כ הקידושין הרי היא מ"ע בפני עצמה לכן באמת מברכין על האירוסין בפ"ע אבל אין מברכין וצוונו לקדש האשה שכרי מ"מ אין כאן גמר בשלימות ותקנו חכמים על כן לעשות פשר דבר ע"י

שינוי נוסחת הברכה הזאת מנוסח כל הברכות באופן דלפ"ז כלהו ס"ל דהקידושין היא מ"ע בפני עצמה מה"ת:

ויש לענ"ד ראי' מהש"ס דהאירוסין היא מ"ע בפני עצמה מה"ת מהא דתנן ביצה ל"ו ע"ב במשנה אלו הן משום רשות לא דנין ולא מקדשין אשה ופריך בגמרא שם אמאי קרי להו רשות והא מצוה קא עביד ומשנינן לא צריכא דאית לי' אשה ובנים ולכאורה קשה הא קיי"ל דמצוה לישא אשה אעפ"י שקיים פו"ר כבר וכמ"ש ביבמות ס"ב וכ"כ כל הפוסקים להלכה. והרמב"ן במלחמות שם די"ל שהוא חיוב מה"ת אבל עכ"פ מצוה דרבנן יש בזה לכל הדיעות*) (וכמ"ש בא"ע סי' א' סעי' ת') א"כ אכתי הדר ק"ל אמאי קרי לי' רשות ועל כרחינו צ"ל כיון דאינה מ"ע גמורה מה"ת אעפ"י שהיא מצוה רשות קרי לה וכמו שכתב רש"י שם בקצרה א"כ מוכח להדיא דהא דפשיטא לי להש"ס דקידושי אשה מצוה היא. ר"ל מ"ע גמורה מה"ת דאל"כ תיפוק לי' אפילו באין לו אשה ובנים הרי אין כאן בקידושין מצוה מה"ת כלל אלא בנשואין. ונשואין אסור גם במועד כדתנן במו"ק ח' וי"ח. ולקדש הוא דמותר במועד וביו"ט אסור משום רשות והכא בקידושין עסקינן דאסור לקדש אשה ביו"ט תנן אבל נשואין גם בחול המועד אסור אלא וודאי דפשיטא לי' להש"ס דיש בקידושין ולקוחין לחודא מ"ע של תורה להכי פריך בפשיטות והא מצוה קא עביד ומשני לא צריכא דאית לי' אשה ובנים דכה"ג תו לא הוי הקידושין מ"ע של תורה אלא קצת מצוה ומדרבנן או מד"ק והנה בכסף משנה פ"א מהלכות אישות הביא דברי הר"א בנו של הרמב"ם שנשאל דמש"ס מועד קטן י"ח: דקאמר לא מבעיא לארס דלא קא עביד מצוה אלא אפילו לישא דקא עביד מצוה ע"כ הרי מפורש דקידושין לחוד לאו מצוה הוא והשיב הר"א ז"ל דמ"מ אין המצוה נשלמה אלא בנשואין וקידושין בלא נשואין שפיר קאמר הש"ס דלאו מצוה היא וקשה הא דבר תורה קידושין לחודא סגי ומותרת לי מיד וכמ"ש הה"מ שכן מוכת בש"ס ושזהו שנהגו ביהודה לייחד קודם החופה ומדברי סופרים הוא דאסורה הארוסה להמקדש אבל כבר היא אשת איש מה"ת וחייבת סקילה אם זינתה ועיין א"ע סי' נ"ה מפורש בטור וש"ע דכלה בלא ברכה אסורה מדברי סופרים היא וכן בלא נשואין וחופה יעו"ש בב"ש:

ויש"ל לפי מ"ש הלבוש בא"ע סי' נ"ד וז"ל מכמה פסוקים למדנו שאין האשה נקנית להיות אשתו לגמרי ע"י א' מדרכי הקידושין עד שישאנה ויכניסנה לביתו שכן כתיב במערכי המלחמה מי האיש אשר ארס אשה ולא לקתה וגומר וכן חלק הכתוב בין נערה המאורסה לאשה בעילת בעל וכן בנדרים וכו' ע"ש ולפ"ז שפיר אפשר לומר דלענין מ"ע של קידושין ג"כ איך מ"ע נגמרת עד שיכנס אותה בתורת נשואין והן הם דברי המרדכי

הנ"ל וכן יש לפרש גם דברי הרא"ש פ"ק דכתובות סי' י"ז הנ"ל אבל קשה שא"כ איך כתב הרמב"ם בה' אישות שאם לא בירך ברכת אירוסין עד אחר הקידושין שוב לא יברך עוד דהוי ברכה לבטלה דמה שנעשה כבר נעשה ועל מה יברך וכ"כ בש"ע א"ע סי' ל"ד ובלבוש שם להדיא והרי לדברי הר"א הנ"ל עדיין לא נשלמה המצוה כלל וקיי"ל כל זמן שלא נשלמה המצוה יכול עדיין לברך וכמ"ש התוס' בסוכה ל"ט ד"ה עובר לעשייתם אמנם לולי דברי הר"א ז"ל נלענ"ד דוודאי הרמב"ם ס"ל דבקידושין לבד כבר נגמרה המצוה של קידושין ולהכי תו לא מצי אברך ומה שהקשו מש"ס דמו"ק דקאמר לא מבעיא לארם דלא קעביד מצוה יש לומר דלק"מ ולא מבעיא לשיטת ר"ת ביצה ל"ו ע"ב בתוס' ד"ה והא מצווה דס"ל דהא דתנן אין מקדשין אשה ביו"ט היינו דוקא ביש לו אשה ובנים אבל באין לו מותר לקדשה אפילו ביו"ט גופי' ואצ"ל במועד וא"כ על כרחינו הא דקאמרינן במו"ק שם דלארס במועד לא מבעיא לן דאסור היינו דוקא בשיש לו אשה ובנים הוא דס"ד לומר דאסור לקדש במועד דאל"כ הרי אפילו ביו"ט גופי' מותר לקדש ולהכי שפיר קאמרינן טעמא דאסור משום דלא מצוה קעביד דכה"ג שיש לו אשה ובנים כולי עלמא מודי דתו אין כאן מ"ע דכי יקח איש אשה דהיא מ"ע של קידושין ולא מבעיא לי' למימר דוודאי אסור אלא אפילו לישא דקא עביד מצוה ופירש"י וז"ל דעוסק בפרי' ורביה עכ"ל דזהו מצוה עליו אע"ג שיש לו אשה ובנים וכמ"ש ולערב אל תנח ידך אסור באופן דמצוות נשואי אשה למי שיש לו אשה ובנים דאינו אלא ממה שאמרו בבוקר זרע זרעך ולערב וגו' וודאי י"ל דעיקר המצוה היא הנשואין לא הקדושין אמנם אפילו לפירוש רש"י שם דאפילו אין לו אשה ובנים אסור לו לקדש ביו"ט וכ"כ הרמב"ם בפיה"מ שם מ"מ י"ל דהיינו דוקא ביו"ט גופי' ומשום איסור קניה אבל במועד וודאי לית מאן דפליג דלמי שאין לו אשה ובנים מותר לארם וא"כ על כרחינו הא דקאמר דס"ד דלארס במועד וודאי אסור היינו דוקא כיש לו אשה ובנים ושפיר קאמרינן דלאו מצוה קא עביד באותן קידושין וכנ"ל דבכהאי גוונא דווקא הוא דקאמרינן שאין הקידושין בפ"ע מצוה אלא הנשואין המתירין לו לעסוק במצוות פו"ר וכמ"ש גם בערב כו' להכי כ"ע ס"ל דבכה"ג הנשואין הם משלימין המצוה ונ"מ לדינא י"ל שכה"ג גם הרמב"ם מודה דיכול *)הג"ה בש"ע אה"ע סי' א' סעיף ח' שם דיבר לענין שאסור לו לעמוד בלא אשה אעפ"י שכבר קיים פר"ו אבל ביש לו אשה אין עליו חיוב זה אעפ"י שהאשה הזאת אינה עוד בת בנים. אבל יש בו מצוה קצת מן הכתוב. בבוקר זרע זרעך וכו' וכדמוכח בש"ס ביצה ל"ז שם וכמו שפירש שם רש"י להדיא. ועיין יבמות ס"ב וברמב"ן ובעל המאור שם:

לברך גם אחר שקידש כיון שכבר קיים פו"ר ובא לישא אחרת:

ועיין רש"י כתובות דף ע"ז דבור המתחיל אין כופין דלא כייפינן על פרי' ורבי' עכ"ל ולכאורה תמוה מי הכריחו לפרש כן הא י"ל דלית מאן דפליג בזה דכופין על מצוה זו כעל כל המצוות אלא דשאני התם הואיל ויכול לישא אחרת אלא דחשו רבנן דילמא לא יהבו לי' אחרת כיון דאכתי ראשונה אגידה בי' להכי רבנן חייבוהו להוציא וס"ל לרב דלא כייפינן עלי' על ההוא חיובא דרבנן והרי רש"י גופי' לקמן פ"ו העלה לחלק דמצוה דרבנן אין כופין משא"כ מ"ע של תורה ויש לומר דאין הכי נמי דמ"ש רש"י דלא כייפינן על פו"ר ר"ל מצות פו"ר כגון זו דאיירינן התם אבל עיקר המצוה וודאי כופין כעל כל המצות שבתור'. שוב מצאתי בתשובת בגדי כהונה חלק א"ע סי' א' שם עמד ג"כ על דברי רש"י הללו והעלה ג"כ דכוונת רש"י לומר דוקא כהאי גוונא דהתם שאין החיוב דלהוציא מה"ת ע"ש דבריר לי' ג"כ דכייפינן עלה כעל כל מצוות שבתורה. עוד כתב שם לפרש דברי רש"י הללו בשם הראב"ן דס"ל לרב דשאני הכא דשמא לאו בר הכי הוא הלכך אין כופין ע"ש משמעות דבריו לכאורה דס"ל דאין כופין על ספק מ"ע אבל כבר העלינו שא"א לומור כן וכדמוכח להדיא בש"ס יבמות פ"ח אבל על כרחינו דכוונת הראב"ן כך הוא דלא דמיא למצוות סוכה ולולב ודומיהם. שודאי כופין גם על ספיקן אעפ"י שלא נתחייב במצוה זו אלא מספק כגון טומטם ואנדרוגנס שעיקר חיובו אינו אלא שמא זכר הוא וכדומה לזה כופין אותו שהכפייה תועיל ותפעיל שיקיים מה שמוטל עליו לקיים משא"כ מצוות פו"ר הנה אפילו יקח אשה עדיין אינו ברור לנו שיקיים פו"ר דדילמא לאו בר הכי הוא או היא ולא יולידו אלא דמ"מ קיי"ל דכופין דסמכינן ארובא דעלמא דבני אולידו נינהו אבל ס"ל לראב"ן דעכ"פ מי שכבר נשא אשה ושהה עמה עשר שנים ולא הולידו הרי איתברר לן דאינהו לאו מרובא דעלמא נינהו שמזדווגין ויולדין אע"ג דאכתי חיובא רמי עלי' להוליד ומחוייב לישא אחרת. אבל ס"ל לרב דתו לא כייפינן לי' על חיוב זה ורב תחליפא פליג וס"ל דאפילו כה"ג כופין והלכה כרב תחליפא וכמ"ש כל הפוסקים דלא כדעת יחידא הנזכר במרדכי פרק הבא ע"י שפוסק כרב וזהו שסיים הראב"ן שם דכשבאין לפנינו לדין כופין אותו ר"ל דהלכה כרב תחליפא. ונחזור לדברי הנמוקי יוסף הנ"ל שכתב וז"ל דנכון הוא ברווק שעברו עליו כ' שנה ואינו רוצה לישא שב"ד יכפוהו לישא לקיים פו"ר וכן נראה מדברי הרמב"ם שכתב בספר נשים פ' ט"ו כיון שעבר כ' שנה ולא נשא אשה ה"ז עובר ומבטל מ"ע וכן משמע בגמרא וא"כ הו"ל כשאר מ"ע שמכין אותו ער שתצא נפשו או עד שיקיים המצוה עכ"ל ובספר העמ"ש הביא דברי הנמוקי יוסף הללו וכתב וז"ל ואיני רואה הוכחה דוודאי הוא עצמו עובר על מ"ע כשאר מ"ע שבתורה אבל אי אפשר לכוף אותו בעל כרחו עכ"ל ועדיפא מינה הי'

לו להקשות. לו יהא דאפשר לכוף אבל איך מוכח מדברי הרמב"ם הללו דכופין אותו וכפייה מאן דכר שמה הכא והנני יותר מתמיה מה ראה הנמוקי יוסף ומה מצא הוכחה בדברי הרמב"ם בזה יתר מדברי הש"ס והפוסקים ומבואר בכמה דוכתי שיש בזה חיוב מ"ע של תורה ולא נמצא מי שיחלוק בזה ואי ר"ל דמ"מ הם לא פירשו אם כופין על מ"ע זו או לא א"כ קשה הלא גם הרמב"ם לא דיבר כאן מדין כפייה כלל ואין שם שום רמז לכפייה לא מינה ולא מקצתה.

אמנם לענ"ד דברי הנמוקי יוסף ברורין ונימוקו עמו שזה וודאי לא הוצרך להוכיח שיש כאן מ"ע של תורה שדבר זה אין בו ספק וממילא וודאי דכופין עלי' כעל כל מ"ע דקיי"ל מכין אותו עד שת"נ אלא משום דקשה לכאורה דהא לא מצינו כפייה זו אלא על ביטול מצוה התלויה בזמן וכבר הגיע זמנה לקיימה והוא עובר עלי' כגון זה כופין אותו מפני שהוא מצוה עוברת ובעבר זמנה ביטל מצוותה כסוכה ולולב ודומיהם משא"כ מצוה שאיננה עוברת ויש לו זמן לקיימה עוד הנה אין זה ביטול מצוה אלא שיהוי מצוה ולא מצינו בזה הכאה עד שת"נ [וכמ"ש מדברי התוס' והרמב"ן דקודם שעברו. ג' רגלים אין ממשכנין כיון שיש לו זמן עדיין לקיים] וקשה א"כ איך יכו אותו על מצוה זו והרי לא מצינו בתורה זמן קבוע עלי' כלל, אמנם תשובה לזה יש ללמוד מדברי הרמב"ם פ' ט"ו הנ"ל שכתב שכיון שעברו עליו עשרים שנה ולא נשא אשה הרי זה עובר ומבטל מ"ע עכ"ל מדבריו אלה מוכח דס"ל דכיון שנתנו חכמים זמן עלי' דינה כמצוה התלויה בזמן ותיכף שעבר הזמן הווי לי' ביטול מצוה ודינה ככל מצוות זמניות שכופין עליהם ומכין עד שת"נ ואחרי עשרים שנה כל רגע ורגע ביטול מצוה חשבינן לה משא"כ קודם עשרים וכן מ"ש הנמוק"י וכן משמע בגמרא י"ל דמש"ס קידושין כ"ט דאמר ר"ה כל שעברו עליו כ' שנה ולא נשא כל ימיו בעבירה משמע דמעתה כל רגע ורגע יש כאן ביטול מ"ע זו כמו מצות סוכה ולולב בזמנם אלא דפרכינן כל ימיו ס"ד כלומר מי דמי למצות זמניות דהתם וודאי עבר זמנם בטל מצוותם משא"כ הכא. הרי יכול עדיין לישא ולקיים המצווה ומשני אלא אימא כל ימיו בהרהור עבירה וכמצוות זמנית הווי:

שוב מצאתי ראי' ברורה לדברי בתשובת מהרי"ט סי' מ"ז שם כתב וז"ל דבן עשרים שאינו נושא לא מקרי "שיהוי" מצוה אלא ביטול מצוה ושעל כן נכון הדבר לכופו ולהכותו עד שת"נ או עד שיקבל עליו לקיים וכתב ג"כ שכן מוכח מדברי הרמב"ם שכתב שזה עובר ומבטל מצוה ושמחתי כי כוונתי לדבריו של גדול והן הם דברי הנמוק"י הנ"ל ועיין ש"ס יבמות ד' ל"ט דכייפינן לי' ליבם משום דכל שיהוי מצוה לא משהינן ואומרים לו או חלוץ או יבם הרי דכייפינן גם על "שיהוי" מצוה ויש לומר דשיהוי מצוה כההוא דהתם

שבשהייתו זאת הוא חב לאחרים שהוא מעגן עי"ז את אשת אחיו להכי שפיר כייפינן ליה משא"כ בשיהוי מצוה אחרת אע"ג דראוי שלא להשהותה אבל אין בזה דין כפייה זו ועיין יו"ד סי' רל"ב סעי' י"ב בהגה בנשבע לעשות דבר פלוני בתוך שנה חייב לעשותו מיד שמא אנס ועיין מהרי"ט סי' קל"א דמ"מ אין כופין אותו כשאינו רוצה לעשותו מיד יעו"ש. ועתה נשוב לדברי הספר העמ"ש שכתב בזה"ל אבל וודאי אי אפשר לכוף אותו בעל כרחו וכן הכפיל שם עוד הפעם וז"ל אלא וודאי אי אפשר לכוף על מצוה זו ומטעם הנמוק"י שאין מוכח שעושה דרך מרד דילמא ידע בנפשו שאינו ראוי להוליד אפילו אינו אומר בפירוש ראוי לדונו לזכות עכ"ל ואין אלו אלא דברי תימא ואיך לא שת לבו לתת מקום לדברי הרא"ש והנמוק"י והטור והש"ע והלבוש הרמ"א והרש"ל שהחליטו הדברים להלכה דכופין על מ"ע זו כעל כל המצוות וכן כתב הרמב"ן במלחמות פ"ו דיבמות להדיא ויסוד טענתו הוא מדברי הנמוק"י שכתב שכל שאין מוכח שעושה דרך מרד אין כופין אותו והרי תשובתו בצידו. דכל שמוכח שעושה דרך מרד וודאי כופין ותדע שהרי הנמוק"י עצמו פסק דכופין ומכין על מ"ע עד שת"ן וכן הישו"ש סי' ליב כתב שם דברי הנמוק"י להלכה דכל שאין הוכחה שעושה דרך מרד אין כופין אותו והוא עצמו פוסק שם פ"ו סי' מ"ם דכופין על מ"ע ברווק שאינו בן מורה וגם חשיד בד"א יעו"ש וכ"מ מדברי הב"י והש"ע והרמ"א והלבוש דס"ל נמי שני הסברות הנ"ל להלכה א"כ וודאי אפשר לכופו כשמוכח שאינו עושה אלא דרך מרד ומדע לך שהרי הלכה היא בידוע דפריעת ב"ת מצוה היא ומכין אותו עד שת"ן או שיקבל עליו לפרוע כמ"ש בשים ופוסקים ובטור ובש"ע חו"מ סי' ותימה איך אפשר לכופו נימא דילמא מלוה ישינה יש לו עליו ואפילו אינו טוען כך בפירוש הרי אנו דנין אותו לזכות ולהכי מהימן לן בשבועה ולא חשדינן לי' שהוא רוצה לגזול וכמ"ש בש"ס ופוסקים להדיא ואיך א"כ לא נחזיק ספק זה לבלתי הכותו מכות מות ואם תועיל סברת ספק מלוה ישינה לענין חיוב ממון ק"ו בן בנו של ק"ו נגד חיוב מיתה. ועל כרחינו צ"ל דלק"מ דהא דמכין אותו עד שת"ן או שיפרע היינו דוקא בשאי אפשר לנו למלות במלוה ישינה שהודה בעצמו או שמחל לו כל מלוה ישינה וכדומה דמוכחא מלתא שאינו רוצה לקיים המצוה. והכי מוכת בגמרא להדיא כתובות פ"ו דאמר לי' רב כהנא כו' אמר לא ניחא לו למיעבד מצוה מאי א"ל תנינא כו' מכין אותו עד שת"ן נזהרו חכמי הש"ס בדבריהם אלו והשמיענו דדוקא כה"ג שאינו משלם מצד דלא ניחא ליה למיעבד מצוה אעפ"י שיודע שהוא חייב ויש לו לשלם ואינו רוצה להכי הוא דמכין אותו עד שת"ן וה"ה בכל המצוות דינא הכי ועיין ספר המצוות שורש י"ד שכתב בזה"ל כל מ"ע בכללם כל מצוה מהם כשמתחייב

עשייתה יש לנו שנלקה הנמנע מלעשותו עד שימית או שיעשה אותם עכ"ל מה שהאריך לכפול לשונו ולכתוב עוד הפעם כל מצוה שתתחייב עשייתה. לכאורה קשה מה רצה בזה אמנם יובן להנ"ל דר"ל לאפוקי כשאפשר שאין עליו חייב לעשותו וכגון זה שאמרנו שמא מלוה ישינה יש לו עליו שמא אין לו מעות. אולי מצטער הוא ופטור מן הסוכה וכן התנה בפירוש כל מצוה כו' כל מצוה כו' ר"ל שכל זה אינו נוהג אלא באופן שברור לנו שתתחייב עשייתה:

והנה ראיתי להגאון בעל תורת חיים בחידושיו לב"ב ד דס' על מה שהקשו התוס' שם איך אפשר שנגזור שלא לישא ולא להוליד והא כתיב פרו ורבו וכתב על זה דלא קשה מידי דהא קיי"ל יש כח לחכמים לעקור דבר מה"מ בשב ועל העשה יעי"ש ולענ"ד שהתוס' ס"ל דזהו דווקא כשרצו חכמים לגזור וגזרו בהחלט על הציבור שינהגו כפי גזירתם אז לא איכפת לן אעפ"י שהוא נגד הכתוב כל שהוא בשב ואל תעשה אבל דבר זה שלא לישא אשה לא גזרו בהחלט שינהגו כן אבל אמרו בדין הוא שנגזור על עצמינו אעפ"י שלא גזרו חכמים מפני שגם הוא דבר שאין רוב הציבור יכולים לעמוד בו מצדינו כל כהאי גוונא שפיר י"ל שאין זה אלא בשכבר קיים פו"ר דאל"כ אין בנו כח לנהוג דבר שהוא עקירת דבר מה"ת אפילו בשוא"ת לכן הוצרכו התוס' לתרץ שבאמת אין רשאין לנהוג כן אלא מי שכבר הוליד בן ובת, ויש ראי' להתוס' מש"ס כתובות ע"ז שנחלקו אמוראי בדין הכפייה למי ששהה עם אשתו יו"ד שנים ולא הולידו וקיי"ל דכופין כמ"ש הפוסקים וקשה לפי הנ"ל בברייתא ב"ב הנ"ל הרי דין הוא שלא לישא ולא להוליד כ"ש שאין כופין כה"ג להוציא ועל כרחינו צ"ל כדברי התוס' דכל שלא קיים פו"ר אין בנו כת לעקור דבר מה"ת ושפיר כופין כעל כל מ"ע שבתורה אבל בשכבר קיים פו"ר דמה"ת תו לא מחייב לישא אלא מדרבנן זהו שדין הוא שנגזר על עצמינו ולאסור עלינו לישא אחרי שקיים פו"ר אלא הנח להם שיהיו שוגגין סבורים שאין איסור בדבר וכמ"ש רשב"ם משמע דבאמת יש איסור בדבר וי"ל דר"ל נמי כנ"ל כיון כשכבר קיים פו"ר וגם פשטה מלכות:

אמנם דעת אבי אסף הובא במרדכי דהלכך אין כופין האידנא מטעם הברייתא הזאת דב"ב מוכת מזה דפליג על התוס' וס"ל נמי כדברי התורת חיים הנ"ל וצ"ל לשיטת אבי אסף דההוא פלוגתא דכתובות ע"ד הוא מצד הדין או קודם הגזירה או אחרי שבטלה גזירת המלכות או באם יבטלו המלכות גזירתם ויניחום לקיים התורה והמצוה יודאי שחזר הדבר לשורת הדין ולא שייך כאן לומר שצריך מנין אחר להתירו שהרי באמת לא נאמר הדבר במנין אלא שדין הוא שנגזור על עצמינו קאמרינן ודיו לדין זה בשעם גזירות המלכות דווקא. אמנם מדברי האבי אסף הנ"ל לא משמע הכי וצ"ע ועין ספר המצוות

סי' רי"ב דמפיק למצוה זו מן הכתוב בכח ט' ז' לא משם א' וכ"כ רש"י שם ראשון לברכה והשני למצוה ובש"ס יבמות ס"ה משמע דהמצוה הוא ממ"ש לאדם א' כ"ת וכ"כ הרא"מ ומהר"ל בג"א שם בשם התוס' פרק ד' מיתות יעו"ש והנה לכאורה נ"מ לדינא דאם שורש הציווי היא מן א' כ"ח דיש שם ברכה וכמתן שכרה בצידה חשיבא (כמ"ש הרמב"ן שם) א"כ דינה כמ"ע שמ"ש בצידה לענין כפייה משא"כ אם הוא ממ"ש בנח ט' י' ויש לדחות ועיין מקנה בקידושין י"ד לענין הענקה וי"ל דהרמב"ם נמי ס"ל דעיקר המצוה מא' כ"ת שהרי העתיק שם כמ"ש ביבמות ס"ה ומ"ש קרא דנח הוא ללמד שנוהגת גם בבנ"ח וכדברי מהר"ל:

שוב מצאתי ראיתי בתשובת הרי"מ חלק אה"ע סי' ל"ו ד' ע"ז סוף עמוד ד' בד"ה עוד נראה וז"ל ומ"ש הראשונים ז"ל על הא דאין כופין [האידנא לישא אשה] הטעם בדין הוא שנגזור על עצמינו כו' שהוא תמוה מאוד. מאחר שלא גזרו וגם אם היו גוזרין הי' על זמן שהי' גזירת שמד ר"ל כמ"ש רש"י שהי' מבטלין ממילא אבל לא הי' גוזרין על זמן שאין גזירות ומניחים לקיים המצוות כמו לענין הצומות דאל"ה יקשה מה שאמרה מרים לעמרם. ולכך נראה דכוונתם דמאחר דמה שמעשין וכופין היא מטעם דשליחותי' עבדינן דהדיוטות אנן א"כ כיין שהי' אז גזרת שמד ר"ל שהי' בדין שנגזור על עצמינו א"כ לא נתנו לנו רשות לכוף ואח"כ שביטלו הגזירות אין כאן סמוכין שיתנו לנו רשות וממילא לא שייך זה רק לענין לכוף אותו. ורוב הפוסקים כמעט כולם בשהה יו"ד שנים להתיר. אך זה ע"פ דין אבל מ"מ כתבו שלא נשמע עד עתה. מי שהתיר גם בשהה ע"ש בשב יעקב. עכ"ל הטהור. ושמחתי לראות כי כוונתי לדעתו הגדולה בזה שדעת מאן דאמר דלהכי אין כופין מטעם שדין הוא שנגזור על עצמינו. והוא דעת אבי אסף הנ"ל. סבירא לי דאפילו האידנא שאין אצלינו גזירות הללו כלל אפ"ה אין כופין [וכמו שסיימתי למעלה בזה"ל אמנם מדברי האביאסף הנ"ל לא משמע הכי וצ"ע] ומדבריו למדנו עוד דפשיטא לי' דאין הדיוטות מעשין לקיים המצווה, אלא אנן מטעם שליחותייהו דקמאי מעשינן. וכבר כתבנו מזה במקומו בס"ד:

פרק ט

הא דתניא מכין אותו עד שת"נ חיובא היא ומוזהרין עליהם או אינו אלא רשות: בש"ס דר"ה דף וא"ו תנו רבנן מוצא שפתיך תשמור זו מ"ע ול"ת ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך כאשר נדרת זה נדר לד' אלקיך אלו חטאות ואשמות עילות ושלמים נדבה כמשמעה אשר דברת אלו קדשי ב"ה בפיך זו צדקה עכ"ל והנה בחושן משפט סי' כ"ו במי שנדר לתת כך וכך לעניים אם לא יעשה דבר פלוני מודיעין לו שחל הנדר וי"א שאין יורדין לנכסיו

ובסמ"ע שם הקשה מאי יש אומרים הלא אין חולק בזה ועיין ב"ח שם וראיתי להט"ז שכתב שם על הסמ"ע והב"ח שנעלם מהם סוגיא ערוכה דפ"ק דר"ה הנ"ל דמבואר דנודר לצדקה וודאי מוזהרין ב"ד לכופו מן הכתוב ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך יעו"ש בט"ז ולענ"ד י"ל דאין כאן העלמה כלל דכד מעיינין שפיר בגמרא שם חזינן דלא מוכת מהתם מידי שהרי כל הנך מילי דחשוב בברייתא שם אע"ג דמקיש להו כולי להדדי מ"מ לאו לכל מילי אקשינהו שהרי חייבי עולות ושלמים ממשכנין וחייבי חטאות ואשמות אין ממשכנין וכן לענין העשה והל"ת הל"ת אינה אלא בג' רגלים והעשה ברגל א' וצדקה מחייב עלה לאלתר ואין לומר דכל דבר שלא ביארו בש"ס שם שיוצא מן ההיקש פשיטא לן דמקיש להו להדדי דהא וודאי ליתא שהרי ש"ס ערוך בפ"ק דנדרים ז': איבעיא להו יש יד לצדקה כיון דאיתקש לקרבנות דכתיב בפיך זו צדקה כו' או דילמא לבל תאחר הוא דאיתקיש וכן כתבו הרא"ש והר"ן שם דאיכא מילי דלא מקיש להו צדקה לקרבנות יעו"ש ולא שייך בזה לומר אין היקש למחצה וכמ"ש הר"ן שם וא"כ פשוט שי"ל דלענין עישוי לא איתקיש צדקה לקרבנות ואין מעשין עליהם מפני דצדקה מתן שכרה בצידה להכי אמרינן בש"ס ערוכין ד' ל' דאע"ג דצדקה הרי היא כהקדשות לענין בל תאחר מ"מ לענין להשתמש בה אינה כהקדש ושרי לאשתמושי בה באופן דבמה שיש סברא לחלק שפיר י"ל דלא הוקש:

שוב מצאתי לבעל המאור פ"ד דב"ק בשם תשובת הגאון רב האי דאפילו כד חד נודר לצדקה לא כייפינן לי' וסיים שם בזה"ל ודאמר צדקה הרי הוא כנדר "לענין בל תאחר" עכ"ל הרי מפורש דס"ל דלבל תאחר הוא דאיתקיש ולא לענין כפייה וזהו שסיים שם דב"ד לא עבדו לי' מידי אמנם הרמב"ן במלחמות שם פליג על זה וס"ל דגם לענין עישוי איתקש צדקה לקרבנות וכופין עלי ג"כ דועשית אזהרה לב"ד שיעשוך אצדקה נמי קאי וכ"כ הר"ן בפ"ד דכתובות ד' פ"א וז"ל שם דהא אמרינן בר"ה ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך ובהאי קרא כתיב צדקה עכ"ל יעו"ש. והנה י"ל דהרמב"ן והר"ן אזלי לטעמייהו דס"ל דכופין גם בצדקה הגם דמתן שכרה כתוב בצידה מ"מ משום דיש בה נמי לאווי דלא תאמץ ול"ת וכמ"ש הר"ן שם עמוד א' והוא כתירוצו של ר"י בתוס' ב"ב ח' וכ"כ הב"י סי' רמ"ח ביו"ד שם דגם הרמב"ן ס"ל ההוא תירוצא להלכה וא"כ ממילא שדינה ככל מ"ע שאין מ"ש בצידה לכן פליגי על זה וס"ל כיון דצדקה כתיבא בהא קרא דועשית ואיתקש לקרבנות וכייפינן עלה נמצא דעישוי זו בנודר לצדקה במחלוקת הוא שנוייה דלרז"ה ורה"ג לא איתקיש אלא לענין בל תאחר ואין כופין ולהרמב"ן והר"ן כופין דאיתקיש גם לעישוי דלדידהו אין טעם לחלק בניהם מצד מ"ש שבצידה הואיל דיש ג"כ לאווין. ויש

אמנם לחקור אי נימא דעד כאן לא אמרו הרמב"ן והר"ן דמוזהרין לכופו אלא משום טעם זה שכתב הר"ן שם דבפיך זו צדקה בההוא קרא דועשית כתיב ויש כאן אזהרה לב"ד שיעשוך אבל כפיית שאר כל המצוות כגון סוכה ולולב שאין להם זכר אצל אזהרת ועשית כלל להכי כתוב. ב"ד של מטה מוזהרין עלי' וכו מוכח מדברי כפייה דידהו אינה אלא רשות ביד ב"ד להלקותו אם ירצו ולא חיוב הא וודאי לא מבעיא לן דחייבים ביד להכרית לקיים המצוה שהרי אמרו בברייתא חולין ק' מ"ע שמתן שכרה בצידה אין ב"ד של מטה מוזהרין עלי' שמע מינה וודאי דכל שאין מתן שכרה בצידה הרמ"א בתו"מ סי' צ"ז סעיף י"ז ומדברי הלבוש ביו"ד סי' רמ"ח שכתבו דבמ"ע שמ"ש כתוב בצידה אין ב"ד חייבים לכופו ש"מ וודאי דס"ל דמ"ע שאין מ"ש כתוב בצידה חייבים ב"ד לכופו אלא שיש לומר דכפיית דברים סגי ואין מוזהרין להלקותו דוקא ותדע שהרי תניא בספרא פרשת אמור קדושים הי' בעל כרחם יקדישום ב"ד לכך והדר תני התם וקדשתו בעל כרחו שאם לא רצה דפנו וכתב הרא"מ וז"ל הראשון בדברים והשני בשוטין וכן נראה מפירש"י פרק האשה רבה פ"ת עכ"ל וכן כתב בקרבן אהרן שם אות י"ג הרי להדיא דכפיית בעל כרחו שבכתוב כפיית דברים סגי עד שבא עוד הכתוב השני ולימד גם אהכאה בשוטין וא"כ פשיטא דגם הך כפייה דסוכה ולולב לו יהא דמצאו לה כתוב מה"ת שיכריחום בעל כרחם אימא דסגי נמי בכפיית דברים:

והנה בירושלמי דר"ה ואיתא התם ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך רבנן דקיסרי בשם ר' אבינא מכאן למשכון עכ"ל והובא במלחמות להרמב"ן שם פ"ד דב"ק ופירש דהא דקיי"ל דממשכנין חייבי עולות ושלמים ודמין וערוכין מן ועשית נפקא אזהרה לב"ד שיעשוך מפורש מזה דלא סגי בכפיית דברים בלחוד אלא די"ל דהיינו דוקא הנך מילי דכתיבא שם אצל ועשית ומשמע להו דועשית וודאי עשיית מעשה קאמרינן ולא סגי בדברים וס"ל דזה דווקא בכל הנך עניני דחשבינן התם וכתיבי בהאי קרא דועשית משא"כ סוכה ולולב ודכוותייהו דילמא בכפיית דברים סגי וההלקאה אינה אלא רשות ביד ב"ד כשירצו. והנה הא וודאי לא קא מבעיא לן לשיטת האומרים דגם במ"ע שכתוב מתן שכרה בצידה יש רשות לב"ד להלקותו אם ירצו א"כ מוכח ממילא דס"ל דבכל המצות שאין שם מ"ש בצידה ביד מוזהרין להלקותו שהרי ס"ל דתכונת ההכאה והכפייה שניהם שווין ואין הבדל ביניהם אלא בדבר זה בלבד דכשמ"ש בצידה הרשות ביד ב"ד שלא לכופו וכשאין מ"ש בצידה חייבים ומוזהרין כי קא מבעיא לן לשיטת האומרים דכל שיש מ"ש בצידה אין ב"ד רשאים להכותו כלל והכפיית דברים סגי מי נימא דגם לפי שיטה זו ס"ל דכשאין מ"ש בצידה חייבים להלקותו ואיננה רשות או דילמא דגם לשיטה זו ס"ל שאין הבדל

ביניהם אלא בדבר אחד דזו אין רשאין להלקותו וזו רשאין לא שנאמר דיש חיוב בדבר א"כ יהיו חלוקים זה מזה בשני דברים זו חובה להלקותו וזו אינו רשאי זו סגי בדברים לחוד וזו בשוטין דוקא. והנה בירושלמי פ"ד דב"ב כתיב מאזני צדק וכו' מכאן אמרו חכמים כל מצוה שמתן שכרה בצידה אין ב"ד של מטה מוזהרין עלי' ופריך שם מהא דתניא יהי' לך מנה לך אבר דמים על כך (פי' ממונין להלקות ולענוש את מעוות המידות רשב"ם ב"ב פ"ט) ותימר הכין א"ר בון בר חייא כיני מתניתין כל מצוה שמ"ש בצידה אין ב"ד נענשין עכ"ל והשתא אי נימא דהלקאה זו אינה אלא רשות ביד ב"ד כשירצו להלקותו לפי ראות עיניהם א"כ קשה למה לי' להירושלמי לשבש את הברייתא הא י"ל בפשיטות דחי ביה וודאי למנות אגר דמים להיות מוכנים אם ירצו ב"ד להלקותו אבל ההלקאה גופה באמת אינה אלא רשות וכדתניא להדיא בברייתא אין ב"ד מוזהרין עלי' אבל מוכח מזה דפשיטא לי' דמוזהרין ב"ד להלקותו אפילו במ"ע שמ"ש בצידה אלא שאין נענשים על זה אם לא הלקיהו ואם לא הלקיהו ב"ד נענשים על זה:

וכן מוכח בש"ס יבמות פ"ת. דתניא מנין שאם לא רצה דפנו פירש"י הלקהו לקדשו בעל כרחו תלמוד לומר וקדשתו ופריך היכי דמי וכו' צריכא למימר דרכנו ופירש"י פשיטא דבאיסור לא איצטריך קרא דפשיטא דכייפינן כו' יעו"ש והשתא אי נימא דהך כפייה של כל, המצוות אינם אלא רשות הרי שפיר איצטריך קרא למילף דמוזהרין כאן להלקהו על כך אלא וודאי פשיטא לן דיש חיוב בזה על כל המצוות כולם ומוזהרין עליהם והכי משמע נמי מדברי התוס' פ"ק דר"ה ד' וא"ו דתניא התם יקריב אותו מלמד שכופין אותו כתבו שם וז"ל כל מ"ע נמי כופין ומכין עד שת"נ והא דאיצטריך קרא הכא משום דסלקא דעתין דאין כופין כאן לפי שכתיב לרצונו עכ"ל ולמה לא תירצו בפשיטות דאיצטריך קרא הכא ללמד אזהרה לב"ד שיעשוך משא"כ בכל המצוות אבל מוכח מזה דס"ל להתוס' דבכל המצוות נמי חיובא הוא ומוזהרין על כך. אמנם אחר כ' זה יש לומר נהי דמוכת מכל הנ"ל דההלקאה זו אינה רשות ומחויבים ומוזהרין ע"ז מ"מ היינו דוקא הלקאה לייסרו בשועין ולענות גופו כדי להכריחו לקיים המצוה אבל הלקאת נפש שתצא נפשו ממש י"ל שזה אינו אלא רשות לפי ראות עיני הב"ד ולפי השעה אבל שיהיו חייבים להמיתו על מניעת קיום מ"ע בשב ואל תעשה לא שמענו והרי אפילו עובר בקום ועשה בעבירה דקנאים פוגעים בו בשעת מעשה איננה חייב אלא רשות וכמ"ש המ"ל הנ"ל ק"ו בביטול מצוה קלה ובשב ואל תעשה. אמנם מדברי הגאון מהר"מ בש"ס ב"ב ח' שכתב שם וז"ל וההוא דכל הבשר דאמר שבקיהו דתניא מ"ע שמ"ש בצידה אין מוזהרין הכי פירושו אינכם מוזהרין להכריחו להכותו עד שת"נ כשאר מצוות כו' וכן כתב שם

עוד שנית בזה"ל אין מוזהרין להכריחו ולהכותו עד שת"נ כשאר מצוות עשה אבל מ"מ כפייה קטנה חייבים לכופו עכ"ל מבואר מזה דס"ל דהך עד שת"נ נמי מחויבים ומוזהרים לעשות כן ואמת דהמתבונן בעין יפה יראה דאין הכרח שם לזה כלל ומה הי' הענין חסר אם נאמר דלעולם חיוב ואזהרה להמיתו אין כאן אבל יש כאן אזהרה ועונש אם לא הלקוהו כלל ויתפרשו ג"כ דברי הירושלמי ודברי התוס' על דרך הזה עצמו שכתב מהר"מ בעצמו שם אכל עכ"פ מדברי מהר"מ מבואר דפשיטא. דהך הכאה הגדולה עד שת"נ שבסוכה ולולב מיזהרין עליה ב"ד ונענשים אם לא קיימו לעשות כן:

גם מדברי הגאון חוות יאיר שכתב להוכיח דעל לית לא מתינן לי' עד שתצא נפשו מדלא מצינו שמצילין אותם בנפשו בשום ל"ת חוץ מהנך השנויים שם בסנהדרין והשתא אי נימא דהכאה עד שת"נ איננה מחוייבת אלא רשות ביד ב"ד אם רצו. א"כ בטלה הוכחה זו מעיקרא דמה ענין הכאה זו לענין אלו שמצילין אותם בנפשם שהם כולם חיוב גמור מה"ת וכמ"ש הרמב"ם, בפ"א מהלכות רוצח דין ט"ו אלא וודאי ר"ל דגם הכאה זו עד שת"נ דסיכה ולולב וכל המציות כלהו מוזהרין ומחוייבים עליהם כמו אלו השנויים בסנהדרין שם וכן מוכת מדברי הגאון בעל אור זרוע שבספרו שם ד' ע' כתב בזה"ל א"ר בר"ש הני טבחי דהוצל קיימא בשמתא דר"ח הא עשרין ותרתין שנין למאי הלכתא אי לימא לאשמעינן דלא רמי עלן למנגדינהו אלא לשמתינהו והא תניא מכין אותו עד שת"נ עכ"ל הנה מבואר מדבריו דפשיטא ליה דהא דתניא בסוכה ולולב דמכין אותו עד שת"נ לאו רשות היא אלא חיובא דרמי עלן למיעבד הכי וכעין מלקות דארבעים דלית שברישא דברייתא שם. וז"ל הרמב"ן במלחמות פ"ד דב"ק אבל לאחר שעברו עליו ג' רגלים בכולן ממשכנין [גם חטאות ואשמות] וכופין נמי במילי ושוטי דבכלהו כתיב ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך וכענין שאמרו בשאר מצוות מכין אותו עד שתצא נפשו עכ"ל משמע נמי דס"ל דענין הכאה עד שתצא נפשו שאמרו הוא נמי אזהרה לב"ד בכל המצוות ולא רשות נמצא שהרי זה בא ללמד ונמצא למד שענין הכאה זו נמי אזהרה לב"ד היא כמו עישוי דועשית ואפילו נאמר דמועשית זה לא נפיק עישוי דכל המצות כדמוכח בלשון הרמב"ן שם אבל עכ"פ ס"ל דחייבין בכך כענין עישוי זו דועשית:

פרק י

יבאר בעשה ול"ת שכופין אפילו מ"ש בצידה כמ"ש רוב הפוסקים. אם זה חיוב לכופו או אינו אלא רשות:

והנה הבית יוסף סימן רמ"ח העלה שהסכמת הפוסקים דהיכא דיש לאו עם עשה כופין אע"ג שמתן שכרה כתוב בצידה אלא שיש לחקור עם כל זה אם באופן זה מחוייבים

לכופו או דילמא אינה אלא רשות ויש ללמוד דבר זה. ממ"ש בדברי הבית יוסף שם שגם הרמב"ן ס"ל להך תירוצא של התוס' והר"ן דמשום הלאו שעם העשה ב"ד כופין אותו גם במ"ע שמ"ש כתוב בצידה לכן פסק הרמב"ן דכופין אותו להשיב עבוטו משום דיש שם לאו ועשה ולכאורה קשה מהיכן למד הבית יוסף לומר דהרמב"ן ס"ל דמשום לאו שעמו כייפינן הא הרמב"ן בתשובה שם כתב להדיא דאם רצו ב"ד לכוף כופין וא"כ אין צריך כלל לבא מטעם הלאו שעמה ועל כרחינו צ"ל דס"ל דזה ברור דאע"ג דחידשו התוס' והר"ן דמ"ע שמ"ש בצידה שיש עמה לאו כופין היינו לומר דרשאין לכופו אבל חיובא ליכא דלזה אהני מתן שכרה בצידה דעל כל פנים חיובא על הכפייה ליכא אלא רשות וממילא מוכח דס"ל דכשאין שם לאו גם רשות אין להם לכופו כשמ"ש בצידה וכן מבואר בדברי הגאון בעל משנה למלך פרק ז' מהלכות מתנות עניים שם עמד על דברי הב"י הללו והעלה ג"כ דס"ל דמה שהקשו התוס' ומה שתירצו הכל על רשות קאי ולא על חיובא עכ"ל והן הן הדברים שכתבנו דחיובא וודאי ליכא הואיל ומ"מ מ"ש בצידה יע"ש במ"ל דצ"ל דלפי מסקנת המ"ל דאין רשאים לכוף אלא משום דיש שם ג"כ לית הדרינן לסברא קמייתא דאע"ג דהל"ת ניתק לעשה מ"מ אהני ל"ת זו לענין שיהיו רשאין לכופו אם רצו וכדס"ד שם מעיקרא וכ"כ המיל בהלכות עברים פ"ג וכן מוכח מדברי הגהות מיימוני פרק י"ב מהלכות אישות אות כ' דלהכי כופין על מ"ע דשלוח הקן משום דאיתא בזה נמי לאו דלא תקח אם על בנים ואע"ג דהלאו ניתק לעשה והעשה מ"ש בצידה מכל מקום מהני הלאו שיהיו ב"ד כופין על מ"ע זו ומ"ש המ"ל שם דמשום דניתק לעשה הל"ת כמאן דליתא דמי זה הוא קודם שחידש סברא זו דהכל על רשות קאי אבל לבתר דמסיק דס"ל דמה דהקשו התוס' ומה שתירצו הכל על רשות קאי לא על חיובא ממילא הדרינן נמי לסברא קמייתא דהל"ת פועלת עכ"פ לענין שיהיו רשאים לכופו אם ירצו. ולפי דברים הללו נתלה לנו יישוב נכון בהא דנתחבטו גדולי המחברים ה"ה הסמ"ע והש"כ והט"ז בחושן משפט סי' ק"ו לב"ד ס' ר"מ מדוע לא כתב הרמ"א דין זה דיש רשות לב"ד לכופו הגם שמ"ש בצידה אלא בסי' צ"ז לענין השבת עבוט. ואלו בסי' ק"ז בחו"מ שם בדין דאין כופין ליתומים לפרוע חוב אביהם משום דהיא מ"ט שמ"ש בצידה ולמה לא הגיה רמ"א גם שם שמ"מ אם רצו ב"ד לכופו כופין. וכן ביורה דעה סי' ר"מ סתם וכתב דכיבוד אב היא מ"ע שמ"ש בצידה ואין כופין ומדוע לא כתב ג"כ שאם רצו כופין ועיין סמ"ע וט"ז וש"כ מ"ש בזה. אמנם להנ"ל דברי רמ"א נכונים ומכוונים. דס"ל ג"כ שדווקא במקום שיש ל"ת חוץ המ"ע אז היא דרשאין לכופו ולהכי דווקא התם בסי' צ"ז לענין השבת עבוט הוא דכתב דין זה דרשאין לכופו משום דיש שם ל"ת ועשה

משא"כ ביו"ד סי' ר"מ לענין כיבוד אב דאין שם רק מ"ע לחוד וכן בחו"מ סי' ק"ז לענין פריעת חוב אביהם דאין שם ל"ת רק מ"ע בלחוד ומ"ש כתוב בצידה ס"ל דכהאי גוונא אין רשאין לכופו כלל וזה כשיטת הב"י ממש שהרי לא נחלק עליו בדרכי משה בזה כלל ומה שאמר בירושלמי דקידושין דכופין את הבן לזון את האב ואיפסיק הכי להלכה ביו"ד סי' ר"מ שם היינו מדין צדקה דאית בי' נמי לאו דלא תאמץ את לבבך וכ"כ הש"כ שם ביו"ד סי' ר"מ ס"ק וא"ו בשם הפרישה וכבר כתב המרדכי כתובות פרק נערה דהך כופין את הבן לזונו הנ"ל לאו חיובא הוא אלא רשות ולהנ"ל דווקא כיבוד אב לזונו שיש בו גם כן ל"ת דלא תאמץ לבבך לכן רשות לב"ד לכופו משא"כ כיבוד אב שלא מצד מצוות חיובה של צדקה שאין בה לית רק מ"ע לחוד אין רשאין לכופו כלל ובהכי ניחא נמי מה דקשיא לכאורה לענ"ד לשיטה זו דהתוס' והר"ן והרמב"ן והגה"מ שפסקה הב"י להלכה דהיכא דיש ל"ת עמה כופין והלא מקור דין זה שמתן שכרה פוטרתו מן הכפייה הוא מן הירושלמי פרק הספינה דאמרינן התם מאזני צדק יהי' לך אבני צדק יהי' כו' מכאן אמרו מ"ע שמ"ש בצידה אין ב"ד מוזהרין עלי' וע"ש בפירושי הירושלמי במקומו וקשה הרי יש התם גם לאו לא יהי' בביתך אבן ואבן וגם ל"ת עול במדה ובמשקל מלבד העשה ואם כן הרי כפייה נוהגת בה אע"ג שמ"ש בצידה לשיטה הנ"ל שנפסקה להלכה אבל לפי דברינו י"ל דלק"מ דאע"ג דהל"ת פועלת לעשות כפייה מ"מ הרי זה אינו אלא רשות אבל אין מוזהרים לעשות עישוי מטעם שבאמת המתן שכר שבצידה פוטרת את הב"ד מאזהרה זו א"כ אתי שפיר דברי הירושלמי כפשוטן מכאן אמרו מ"ע שמ"ש בצידה אין מוזהרין אע"ג שיש גם ל"ת עמה דהל"ת לא הועילה אלא שיהא רשות לב"ד לכוף אבל אזהרה לא שמענו:

אמנם הא דמסיק בירושלמי שם תנו אין נענשים אבל מ"מ מוזהרין הנה שתי תשובות בדבר חדא דכבר כתב בריטב"א בראש השנה ד"ו דש"ס דילן חולק על הירושלמי בזה וס"ל דאין מוזהרין כלל וי"ל דהכי ס"ל גם לשיטה הנ"ל ועוד י"ל דמוזהרין היינו לעשות עישוי דברים אבל כפייה בהלקאה וודאי אינו אלא רשות ער י"ל מנוי אגר דמים להלקאה ר"ל דהיינו שיהי' מוכנים שמא ירצו ב"ד להלקותו לכן מוזהרין למנותם אבל אם אין רוצים להלקותו אין נענשים על זה שהרי אין מוזהרין והעונש באזהרה תליא כמ"ש מהר"מ ב"ב ח' אלא דקשה לפי זה לא הי' צריך להגיה ולמתני אין נענשין במקום אין מוזהרין ואמת שיש לומר דלישנא דאין מוזהרין סתם משמע לא על כפייה ולא על מנוי אגר דמים כלל וכעין הנחת הגאון מהר"מ בחידושי ב"ב שם וכן הוצרך לומר כיני מתניתין אין ב"ד של מטה נענשים עי' והשתא שפיר י"ל אין נענשין לפי שאין חייבים

להכותי אבל עכ"פ מוזהרים למנות אגר דמים שיהי' מוכנים כשירצו ב"ד להכותם אבל מחוורתא כדשנינן מעיקרא כמ"ש הריטב"א הנ"ל:

אמנם דעת הש"כ והסמ"ע והט"ז הנ"ל נראה להדיא דפשיטא להו דלהאי תירוצא דמשום דאיכא נמי ל"ת כופין היינו דחייבים לכופו קאמרינן אבל רשות יש אפילו במקום שאין שם לאו כלל ולהכי ס"ל דכופין על כיבוד ופריעת חוב אביהם אם רצו וס"ל דהא דהקשו התוס' והא דקא מתרצי הכל אחיובא קאי לא על רשות וזה היפך דברי המשנה למלך הנ"ל וגדולה מזו כתב הש"כ בסי' ק"ז שם דלית מאן דפליג בהא דוודאי רשות לב"ד לכופו ולכן לא הוצרך הרמ"א להזכיר דין זה לא בסי' ק"ז בחו"מ ולא בסי' ר"מ ביו"ד שם ויש לתמוה דא"כ מה יענו הש"כ והסמ"ע והט"ז לדברי הב"י שכתב דהרמב"ן ס"ל כהאי תירוצא דמשום דאיכא נמי ל"ת וכייפינן והרי הרמב"ן שם כתב להדיא שם בהשבת עבוט דאם רצו לכוף כופין אבל אין מחייבים לכוף ואי ס"ל דרשות לכופו אפיל בעשה לחודה הגם שמ"ש בצידה א"כ הרי אין צריך לבא מטעם הל"ת כלל ועל כרחינו מוכח מזה דס"ל להב"י דלהאי תירוצא תרווייהו בעינן א' ל"ת ב' רצון ב"ד וכל שיחסר א' מן ב' תנאים הללו אין שם כפייה וכנ"ל ואי ס"ל להש"כ וסיעתו דהרמ"א חולק בזה על הב"י וסובר דבחד סגי רצו כופין אעפ"י שאין שם ל"ת וכשיש לית מחוייבין לכוף א"כ הדרא קושיא לדוכתי' דזה הי' לו לרמ"א לכתוב בסי' ק"ז לאפוקי מדעת הב"י וכן בסי' ר"מ שם ועוד תימא דלמה לנו לעשות מחלוקת חנם בין הב"י והרמ"א בדבר שאין לו שום הכרח לא בש"ע ולא בדרכי משה ועיין תומים רישׁ סי' ק"ז כתב שדעת רוב הפוסקים דאין ב"ד רשאין לכוף במ"ע שמ"ש בצידה ע"ש ולכאורה תימא מי ומי המה רוב הפוסקים הללו ואדרבה הרי הש"כ שם כתב להדיא דבכל הפוסקים אין מי שסובר כן והסמ"ע שכתב שהתוס' והרא"ש ס"ל הכי כבר השיגו בש"כ שם עליו וכתב שביקש בתוס' והרא"ש ולא מצא בשום מקום שיחלוקו על זה ואם שיש מקום לסלק השגה זו ולהמציא מקום ברא"ש ותוס' שס"ל הכי אבל רוב הפוסקים מאן דכר שמייהו הכא אמנם לפי דברינו הנ"ל שלמדנו מדברי הב"י דס"ל דכי קא מקשי התוס' וכי קא מתרצי הכל על רשות קאי וכמ"ש המשנה למלך שם ועולה מזה דמה שתירצו דמשום דישׁ גם ל"ת כייפינן היינו דישׁ רשות לכוף מטעם שישׁ גם ל"ת ומוכח ממילא דאי אין שם גם ל"ת שוב אין רשאין לכוף וכבר העלה הב"י דרוב הפוסקים הסכימו לתירוץ זה הנה א"כ מצינו ראינו את רוב הפוסקים הללו אשר נעלמו מאתנו מתחילה ויובן בזה גם דרכו של הש"כ שביקש ולא מצא דלשיטתו אזיל דס"ל דלאו על רשות קאי אלא על חיובא הקשו ותירצו:

והנה יש לענ"ד ראיה ברורה לדברי המשנה למלך מדברי מהרי"ק סי' קמ"ח שם כתב וז"ל אם ירדנו למדת הדין הלא שירתו הוא לכוף על הצדקה לרוב הפוסקים מההוא דאכפייה רבא לר' נתן ואף כי פירש ר"ת דכפיית דברים הווי כו' הלא רבו החולקים עליו ריב"ש בעל התוס' וגם ריב"א כתב דאע"ג כו' מ"מ אם ירצו הרשות בידם כמ"ש המרדכי כו' וכן נראה מתוך דברי הרמב"ם וכ"פ הסמ"ק והטור בחושן משפט. עכ"ל. ולכאורה קשה. הא רוב הפוסקים ס"ל כתירץ ר"י דמשום דיש שם גם לאו הוא דכייפינן וכמ"ש הב"י והמ"ל ואי נימא דר"ל דחייבין לכוף קא אמרו ולא רשות א"כ זה דלא כתירץ ריב"א שהביא שם דריב"א הא קאמר דווקא אם רצו הרשות בידם ולא חיובא אע"ג דיש גם ל"ת ואיך א"כ עירב דעת ריב"א עם דעת רוב הפוסקים בחדא מחתא וכן קשה על הב"י סי' רמ"ח שם שגם הוא כולל יתד דעת מהרי"ק עם דעות רוב הפוסקים הנ"ל. והגם דיש לדחוק דר"ל לאפוקי תירוץ התוס' הראשון דכפיית דברים בעלמא כפאו ובזה גם ריב"א נחלק וס"ל כהנך רבוותא דלאו בכפיית דברים מיירי אבל זה דחי' בעלמא אבל לדברי המ"ל הנ"ל דהכל על רשות קאי א"ש בפשיטות דכ"ע מודי שגם לתירץ זה של ר"י נמי אינו אלא רשות אלא דלריב"א רשות גם במ"ע לחודא משא"כ לר"י גם רשות אינו אלא בשביל הל"ת עכ"פ לפי"ז דעת כולם שווה בצדקה דרשאין לכופו אלא דריצב"א מחמיר עוד יותר לפי דרך הזה משא"כ לשיטת הסמ"ע והש"כ והט"ז דלתירוצו של ר"י דמשום הל"ת שעמה חייבים לכופו א"כ הרי מחמיר ועיין מ"ש לקמן בזה:

ויש עוד ראיה, לשיטת המ"ל דהא לכאורה קשה לתירוצו של ר"י דמשום הל"ת שעמה כופין ומלקין אע"ג שכתוב מ"ש בצידה א"כ מתן שכרה בצידה דכתב רחמנא למה לי וכבר עמד בזה הרב בעל נ"ץ ביו"ד סי' רמ"ה וכתב לתרץ דמתן שכרה בצידה בא ללמדינו להקל בהלקאתו שלא להפיג להכותו עד שת"נ והטעם כיון דבשביל המ"ע אין לנו להלקותו שהרי מ"ש כתוב בצידה ועיקר ההלקאה אינו אלא מצד הל"ת והרי בל"ת אין שם כפייה עד שת"נ כדמוכח בכתובות פ"ו ודבריו תמוהין טובא דהרי כל עיקר חידושו של ר"י וסיעתו בתירוץ זה לומר דאין צריך לחלק בתכונת ההכאה ואם כדברי הנ"ץ דסוף סוף נצטרך לומר דכפייה זו בצדקה איננה עד שת"נ א"כ הקושיא מעיקרא ליתא וכמו שתירץ הר"ת באמת דכאן בדברים וכאן בהכאה או כאן כפייה עד שת"נ וכאן הכאה וכפייה אבל לא עד שת"נ וכמו שתירץ הריצב"א שם ב"ב ח': בתירץ האחרון ועיין מהר"מ שם. ועל כרחינו דלתירוץ ר"י שם הוא משום דס"ל דהכאה שווה בשניהם א"כ הדרק"ל מתן שכרה בצידה דכתב רחמנא למה לי. [ועוד קשה שאם אין כאן אלא

הכאה קטנה. ולא הכאה עד שת"נ. גם לנכסיו אין יורדין וכמ"ש הקצות בחו"מ סי' ג'. אלא שבנתיבות שם חולק על זה יעו"ש]:

אמנם לפי הנ"ל דהכל על רשות קאי ואע"ג דיש שם ל"ח הכפייה איננה אלא רשות אתי שפיר דאיצטריך מ"ש לכתוב בצידה למילף דעכ"פ ליכא חיובא לכופו אלא רשות ודוקא כשיש שם גם ל"ת משא"כ במ"ע לחוד שמ"ש בצידה גם רשות ליכא והנה י"ל לפי שיטת הסמ"ע וסיעתו דס"ל דשורש טעם במתן שכרה בצידה אינו משום יתורא דקרא אבל עיקר הטעם כמ"ש רש"י בחולין ק"י ע"ב דכל שמ"ש כתוב בצידה אמרינן זה ענשו כשיעבור שלא ישיג שכר זה ואנן לא כייפינן ליה והא תינח בעשה לחודא אבל כשיש שם גם ל"ת שפיר י"ל דכייפינן לי' נמי אנן ועונש העדר השכר על מ"ע רמינן אבל באמת גם מדברי רש"י בתולין שם משמע דמשום יתורא דקראי הוא דילפינן מניה לומר לך דזהו ענשו ולא יותר וכמו שהעלינו למעלה בפרק השמיני וא"כ הדרק"ל. עוד י"ל דלעולם מהני מ"ש בצידה שלא להכותו אלא מכין אותו הכאה קטנה וזה דוקא משום שיש שם גם ל"ת וכהנ"צ הנ"ל אבל כשאין שם ל"ת עמה גם הכאה קטנה לא כייפינן דמ"ש שבצידה פוטרו לגמרי וכמו שגם לדברי המ"ל לתירוץ ר"י תרתי בעינן ל"ת וגם רצון ב"ד כן לדברי הש"כ וסיעתו דס"ל דל"ת מחוייבים ומוזהרין נמי תרתי בעינן ל"ת וגם הלקאה קטנה ולא עד שח"ל אבל סתימת הפוסקים משמע דלא ס"ל הכי לכן נראה דס"ל דמן התורה וודאי כל שמ"ש בצידה אין כופין אעפ"י שיש שם גם ל"ת ומ"ש ר"י דמשום הל"ת כופין היינו מדרבנן שהחמירו משום תומר הל"ת ותיקנו שמחוייבים לכופו ובזה יתורץ מה שהקשינו למעלה מדברי הירושלמי הנ"ל דמוכח שאפילו במקום שיש עמה ל"ת נמי אין מוזהרין לכופו דוודאי כך הוא מן התורה אבל רבנן תיקנו שמחוייבים לכופו משום חומר הל"ת שעמה:

והנה במרדכי פרק א' דב"ב סי' ת"ל הביא דברי ריצב"א שהשיב לרב יוסף שמסכים לדברים שכתב ר' שמעיה בשם ר"י טיב עלם דאין מעשין על הצדקה להלקותו עד שיעשה אלא בנדיבות והרצאה ולא כפירוש ר"י שפירש כפייה ממש ולא כפיית דברים משום דיש שם ל"ת דלא תאמץ כי נראה בעיני דאין מוזהרין לכופו כשאר מ"ע שמכין אותו כו' והיינו אין מעשין שכתב ר"י טיב עלם ומבואר שם א"כ דהר"י מחמיר לומר שמחוייבים ומוזהרין להלקותו וריצב"א מיקל דאין מלקין אלא כפיית דברים עבדינן שיתנדב ויתרצה מעצמו שיש רשות לב"ד להלקותו הכאה קטנה אם ירצו וכן הוא במרדכי כתובות פרק נערה סי' קנ"ט ע"ש:

וקשה א"כ להמ"ל שהר"י נמי ס"ל דאין חייבים להכותו אלא רשות הוא משום הל"ת שעמה אבל בעשה לחודא גם רשות ליכא א"כ הרי הריצב"א מחמיר יותר וס"ל שיש רשות להלקות בעשה לחודא שמ"ש בצידה ואיך יעיד שם בשם הריצב"א להקל ולומר דאין מעשין ואין לוקין במ"ע שמ"ש בצידה דלא כר"י שמחמיר להלקותו וכדברים אלו ממש נמצא כתוב בב"י דהלכה דמעשין וכופין דלא כריצב"א מוכח א"כ מהב"י גופי' דריצב"א מיקל ור"י מחמיר וזה לכאורה היפך דברי המ"ל:

ויש לומר דריצב"א לא התיר אלא כפייה קטנה וכמ"ש מהר"מ בחידושיו לביב שם אבל לר"י רשות לב"ד להכותו גם מכה רבה וא"כ לענין זה ריצב"א מיקל יותר והיינו אין מעשין שכתב אליבא דריצב"א שלא להכותו הכאה גדולה וגם קטנה אינה אלא רשות ומה שאמר בירושלמי מוזהרין ר"ל כפיית דברים שיתנדב ויתרצה כמ"ש המרדכי בשמו של ר"י ט"ע אבל הכאה אפילו קטנה אינה אלא רשות דלא כמהר"מ הנ"ל בחידושיו לב"ב שכתב שחייבים לעשות הכאה קטנה עכ"פ גם מדברי הט"ז יו"ד ר"ס ר"מ מבואר דגם כלייה קטנה עושים אם רצו ע"ש והנה גם צריך לומר לדרך המשנה למלך הא דלא הספיק לו להר"י טעם רשות לבדו ונימא דהכפייה של רבא לר"נ רשות הי' שרצה והא דתניא אין מוזהרין היינו שאין חייבים טעמו משום דמשמע ליה לר"י אין מוזהרין דתניא ר"ל שאין רשאין לפי שאין מוזהרין דהא בהא תליא וכעין דברי מהר"מ שם ואכתי איכא למידק למה לו לר"י לומר שהוא רשות הא טעמא דיש שם גם ל"ת זה לבדו סגי לתירוץ הקושיא ונימא דרבא דכפאו לר' נתן משום שיש שם ל"ת והאי דאין מוזהרין היינו במ"ע לחודא *)

ויש לומר דעל כרחינו צ"ל דאינו אלא רשות אעפ"י שיש גם ל"ת עמה דהא שורש דין זה שאין

*)הג"ה שוב מצאתי בספר ברכי יוסף שהקשה כן על המשל"מ. והניח בקושיה:

מוזהרין כשמתן שכרי כתוב בצידה הוא מן הירושלמי פ"ד דב"ב מאזני צדק יהי' כו' מכאן אמרו מ"ע שמ"ש בצידה אין ב"ד של מטה מוזהרין עלי' והתם הרי יש גם ל"ת דלא יהי' בביתך אבן ואבן ואפ"ה קאמר דאין מוזהרין שמע מינה דהגם דיש ל"ת ההכאה אינו אלא רשות אי נמי י"ל דס"ל דשורש טעם שאין תכין אותו כשמ"ש בצידה כמ"ש רש"י די לך בעונש זה של העדר שכר זה וכעין קלב"מ דאין רשאין לעשות לן ב' עונשין משא"כ כשיש שם גם ל"ת מותר להכותו דלא השם המביאו לידי עונש זה מביאו לעונש השני שהרי יש כאן שני שמות עשה ולית עוד י"ל דרשות זה נלמד מקרא דיהי' לכם לכם יהי'

הדבר מסור וכמ"ש בירושלמי פ"ד דב"ב וכפירוש מהרמר"ב בתשו' סי' תשנ"ה ובמצוה הלזו הרי יש שם גם ל"ת א"כ מובן ממילא דבמ"ע לחודא אין רשות להכותו כלל:

פרק יא

יבאר כפיה הקטנה שערל מצוה שמ"ש בצדה אם היא חיוב או רשות נם מבוכה נפלאה שבשיטת הריצב"א:

הנה בש"ס פ"ק דב"ב דף ת' רבא אכפייה לר' נתן בר אמי ושקיל מניה ד' מאה זוזי לצדקה וכתבו בתוס' שם בשם ריצב"א בזה"ל ולריצב"א נראה דהא דאין ב"ד מוזהרין על מ"ע שמתן שכרן בצידה היינו דאין נענשין וכן משמע בירושלמי דהמוכר את הספינה וההיא דכל הבשר שם דלא הוה מוקיר אבוה וכפתי' ואמר להו שבקו ה"פ אינכם מוזהרין להכריחו עד שיעשה, כשאר מצות עשה דאם א"ל עשה סיכה ולולב ואינו עושה מכין אותו עד שת"נ כדאמר בהכותב דף פ"ו וכתב מהר"ם שם וז"ל ולריצב"א נראה היינו כו' ר"ל שאם לא כפאו אותו הב"ד עד שיקיים אותה המצוה אין מקבלין עונש על זה אבל מכל מקום מצוה וחיוב עליהם לכוף אותו לקיים וא"כ א"ש דרבא אכפייה לר' נתן כו' וכן סיים בזה"ל אמ"מ כפייה קטנה חייבין לכופו ולכך אכפייה רבא לר' נתן וק"ל עכ"ל מבואר דפשיטא לי' דחייביים ב"ד לעשות הכאה קטנה הגם שמ"ש בצידה אמנם במרדכי פרק א' דב"ב שם כתוב וז"ל ושאל הרב ר' יוסף את הר' יצחק בר אברהם על הצדקה שפוסקין בני העיר ויש יחידים שמסרבים וכו' שמעתי שכתב רבינו שמעיה בשם רבינו יוסף ט"ע אין מעשין על הצדקה שמתן שכרה בצידה כו' ואין הדבר תלוי אלא בנדיבות ודברי הרצאה וכו' והשיב ריצב"א יפה כתב רבינו יוסף דאין מעשין עלוה משום דמ"ש בצידה וכו' ולא כפי' ר"י דפירש כפייה ממש ולא דברים וכו' ע"ש משמע להדיא דריצב"א ס"ל שאין שם כפייה ממש כלל אלא כפיית דברים שיתנדב מעצמו וכן מבואר בהגהות מרדכי סוף פ"א דב"ב בשם ריצב"א שהסכים לדברי ר"י דאין מעשין שמתן שכרה בצידה ואין ב"ד מוזהרין עלי' ואין הדבר תלוי אלא בנדיבת הלב ובהרצאות רעים הרי להדיא דאין מוזהרין לעשות הכאה כלל לא גדולה ולא קטנה וכן יש להוכיח לענ"ד מדברי הש"כ בחושן משפט סי' ק"ז ס"ק א' שכתב שגם ר"ת ור"י ס"ל כריצב"א והא דלא תירצו כריצב"א ולא מוקמי הא דכפה לר' נתן משים שרצה רבא לכופו היינו באם הכפייה דהתם אינה אלא רשות לא הי' לו לרבא לכופו לר' נתן שהי' ת"ת יעו"ש ואי כדברי מהר"מ דגם לריצב"א מוזהרין ומחוייבים עכ"פ להכותו רק לא עד שת"נ א"כ הדרק"ל אמאי לא תירצו ר"ת ור"י דהך כפייה דר"ן הי' כפייה קטנה וזה הוא שמחוייבים

ומוזהרין אלא על כרחינו צ"ל דהש"כ ס"ל דלריצב"א אינם מחוייבים לעשות הכאה כלל ובכפיית דברים יוצאים דדי חובתם והכאה רשות אם רצו עושין לא רצו אין עושין:

וכן מוכח להדיא בדברי הטורי זהב ביו"ד ר"ס ר"מ שכתב שם וז"ל ובתוס' פ"ק דב"ב דף ח' כתבו בשם ריצב"א כו' דאין כופין כפייה גדולה עד שת"נ אבל קצת כפייה עושין וכו' וסיים וז"ל גם כאן לענין כיבוד אב רצו ב"ד עושין קצת כפייה עד שיקיים עכ"ל מבואר מדבריו דגם קצת כפייה הלזו איננה חובה אלא רשות ויש לדחות דהט"ז הכי קאמר קצת כפיי' עד שיקיים ר"ל שאם לא הועילה הכפייה הקטנה ועדיין אינו מקבל עליו לקיים רשות בידם לכופו עוד בכפיות כאלו אבל כפייה הראשונה אם שאיננה גדולה עד שת"נ אבל מ"מ מוזהרין ומחוייבים לעשותם ועיין שם:

שוב מצאתי סעד לזה בספר אור זרוע דף ז' סי' ד' בשם הריצב"א זה"ל נראה לפרש דאפילו מ"ש בצידה כופין אלא שאין נענשים אם לא יכופו ויחזירו ויכופו עד שת"נ עכ"ל משמע מזה דווקא לכוף ולחזור ולכוף אין מחוייבים אבל אם לא יתחילו לכופו כלל נענשין מכל מקום פשטות דברי הט"ז לא תשמע כן אלא דגם כפייה קטנה הלזו לא חובה אלא אם רוצין עושין ולכאורה קשה להנ"ל למה לנו לחלק בין כפייה גדולה לקטנה מה יחסר דנימא דאידי ואידי בהכאה גדולה אלא דכאן רשות וכאן חובה בכל המצוות חייבים לעשות הכאה גדולה וכשמ"ש כתוב בצידה ההכאה הגדולה אין אלא רשות והרי לריצב"א ס"ל דשפיר מתוקמא הך כפייה דרבא לר"ן כפייה של רשות מפני שרצה לכופו וכמו שכתב הש"כ בסי' ק"ז בכוונת הריצב"א דס"ל כדברי הרמב"ן בתשובה שם דיש שם רשות לכוף גם במ"ע שמ"ש בצידה וכן מוכח להדיא מדברי הט"ז להנ"ל דגם הריצב"א ס"ל כדברי הרמב"ן בזה דמ"ע שמ"ש בצידה רשאין לכוף אם רוצין ודוקא כפייה קצת ולא הכאה גדולה וכמו"ש הט"ז שם בפירוש בשם הריצב"א וקשה, א"כ למה לנו להך סברא לחלק בין קטנה לגדולה והא סגי לן לחלק כאן רשות וכאן חובה ויש לומר דכפייה הגדולה שהוא עד שת"נ שנוהגת בכל המצוות חידוש הוא ואין לך בה אלא חידושה דהיינו שאין עושין אותה אלא במצוות שאין שם מ"ש בצידה אבל במ"ע שמ"ש בצידה אסור ודי לנו לומר שיש רשות להכותו הכאה קטנה ולא יותר הנה נתבאר שיש כאן מחלוקת בין המחברים בכונת שיטת ריצב"א הלזו דיש אומרים דעכ"פ מחויבים לעשות הכאה קטנה ויש אומרים דאין חייבים אלא הדבר רשות וכעין זה לכאורה מצינו עוד מבוכה שניה בדעת הריצב"א הלזו שהב"י בסי' רמ"ח ביו"ד כתב וז"ל וכיון דכל הני רבוותא סברי דמעשין על הצדקה הכי נקטינן ודלא כרבנא יוסף וריצב"א שכתבו המרדכי והתוס' ב"ב ת' דאין מעשין ולזה נוטה דעת מהרי"ק סי' קמ"ח שכופין

על הצדקה עכ"ל הנה מבואר מדבריו שריצב"א ס"ל דאין מעשין ושתהרי"ק חולק על ריצב"א וס"ל דכופין:

ושם במקומו בדרכי משה הביא גם דברי ריצב"א וסיים שמהרי"ק סי' קמ"ח כתב כדברי ריצב"א הרי פשיטא לי' דלריצב"א נמי מעשין ושדעת מהרי"ק גם כן כריצב"א ויש גורסין שם ריב"א והיא היא ור"ל ר' יצחק כן אברהם וכמו שיראה המעיין בתוס' ומרדכי ומהרי"ק ובתשובת מיימוני שכולם נתכוונו לדברי ריצב"א הללו לא לאחר זולתו. ויש אמנם לענ"ד לומר בזה דהב"י לשיטתו דס"ל דלר"י דתירץ דכופין משום הל"ת הך כפייה נמי אינה אלא רשות וכמ"ש למעלה בשם המ"ל א"כ ממילא הריצב"א שבא להקל בדין העישוי כמבואר במרדכי שם על כרחך ס"ל דאפילו רשות ליכא ואין רשאין לכופו כלל לכן שפיר כתב הב"י דלא כריצב"א שכתבו התוס' והמרדכי אבל הרמ"א נראה דפליג על הב"י וס"ל דלתירץ ר"י יש חיוב לכופו בהלקאה משום הל"ת שעמה וא"כ הגם דאמת הדבר דריצב"א מיקל בעישוי הלזו אבל די לנו שנאמר שמיקל לומר. דאין לו בו חיוב להלקותו אבל רשות מודה גם ריצב"א דרשאין וא"כ דברי הריצב"א שהובא בתוס' ומרדכי דבריו יכולים להתפרש ממש כדברי המהרי"ק שם בשמו ולכן שפיר כתב רמ"א דמהרי"ק ס"ל כריצב"א שהרי רשות בידם לכופו גם לריצב"א ולא נחלק על הר"י אלא על הא דס"ל דמשום הל"ת מחוייבים לכופו וריצב"א חולק בזה וס"ל דאין הל"ת פועלת בזה שיהי' חיוב אבל אין הדבר אלא רשות ודאפילו במקום שאין שם ל"ת רשאין לכוף:

ולפי זה מצינו יישוב להקושיא שהקשינו למעלה דמנ"ל להט"ז והש"כ והסמ"ע לומר דהרמ"א פליג על הב"י בזה וס"ל דבמקום שיש לאו עמה חייבים לכופו די"ל דלמדו כן ממחלוקת הב"י והדרכי משה בכוונת שיטת הריצב"א ומהרי"ק הנ"ל דהב"י ס"ל דדברי מהרי"ק דלא כריצב"א והדרכי משה כותב דמהרי"ק ס"ל כריצב"א נמצא א"כ שנחלקו בדבר זה דהב"י ס"ל דלתירץ ר"י שהסכימו בו הנך רבוותא נמי אינו אלא רשות וממילא דלהריצב"א דמיקל גם רשות ליכא א"כ ס"ל דלא כריצב"א ורמ"א חולק וס"ל דלר"י יש חיוב להלקותו וגם להריצב"א יש רשות עכ"פ א"כ אין דברי ריצב"א נגד דעת הסוברים דרשות להכותו לכן שפיר העלה רמ"א בדרכי משה שם שמהרי"ק ס"ל כדברי ריצב"א שהרי באמת לא כתב שם מהרי"ק אלא דרשות להלקותו ושזהו דעת הריצב"א שכתבו התוס' והמרדכי שפירשו מה דאמר שבקוהו ר"ל אינם צריכים לטרוח יותר אחר שביישתם אותו לכפותו על העמוד אבל אם רצו שאין וממילא נלמד מזה דרשאין להלקותו אפילו במ"ע שמ"ש בצידה הגם שאין שם ל"ת רק עשה לחוד לכן הוצרכו הט"ז והש"כ לתרץ דהרמ"א סמך עצמו על מ"ש בחושן משפט סי' צ"ז או כמ"ש הסמ"ע דרק

בהשבת עבוט שהלוה חשוב כמוחזק משא"כ בכיבוד אב וכדומה אין כופין ואין רשאין כלל לכוף ע"ש בדברי הסמ"ע ר"ס ק"ז והנה הגם שהדברים נכונים בס"ד ונתגלה לנו לפי זה דרך סלולה ליישב בזה דברי רבותינו הסמ"ע והט"ז והש"כ בכל זאת הדברים שכתבתי למעלה בכוונת הרמ"א נכונים הם מצד עצמם להשוות בזה בכח הרמ"א לדעת הב"י דגם משום ל"ת שעמה אינה אלא רשות וכדברי הגאון המ"ל ובמקום מ"ע לחוד שמ"ש בצידה גם רשות ליכא. ואין ראיה ממחלוקת הדיעות בשיטת הריצב"א דסוף סוף לא פלטינן ממחלוקת אליבא דריצב"א וכמ"ש למעלה. והמתבונן בעין יפה בתשו' זו שהשיב ריצב"א לרבנא יוסף שהובא במרדכי פ"ק דב"ב יראה שהריצב"א עצמו בתחילה כשראה שנחלקו עליו חביריו ביטל דעתו נגד דעת ר"י וסייעתו או שצידד עכ"פ לעשות כפייה קטנה. אבל אחרי כן שנתגלה לו דברי ר"י טיב עלם דס"ל דהכל תלוי בנדיבות לבו ובהרצאת, דברים הנה הסכים לדברי ר"י ט"ע ודלא כר"י בעל התוס' וזה שכתב שם בזה"ל שמחתי בדברים כי עכשיו מצאתי גאון כדברי ולא כפירוש ר"י שפירש משום ל"ת והנה א"כ אם ימצא מחלוקת אליבא דהריצב"א בדברי המחברים לק"מ ודברי שניהם הריצב"א אמרם אלא שזו משנה ראשונה וזו אחרונה:

שוב מצאתי ראיתי בספר אור זרוע שזכינו לאורו מקרוב שם בהלכות צדקה סי' ד' הביא תשובה הנ"ל בזה"ל וריצב"א השיב הלכה למעשה כדברי ר"י בר שמואל דכופין אותו משום הל"ת דלא תאמץ ולא תקפוץ ולעצמו נראה לפרש כו' אלא שאין נענשין כו' עכ"ל מבואר לפנינו שביטל דעתו נגד דעת ר"י והורה הלכה למעשה כר"י והרי במרדכי מבואר שנשאל הלכה למעשה על דברי היחודים המסרבים ליתן והשיב דאין כופין אלא בדברים והרצאת חבירים שינדב מעצמו ועל כרחינו צ"ל שאחר שמצא תנא דמסייע לו פסק דלא כר"י וכדאמרן:

והנה לכאורה עדיין יש מבוכה יותר נפלאה בשיטת הריצב"א עצמה במשנה האחרונה הלזו שפוסק דלא כר"י ושההבדל שבין מ"ש בצידה לאין מ"ש בצידה הוא נוהג אפילו במקום שיש ל"ת עמה שמצאנו בה לכאורה ארבעה חילוקי דעות לא ראי זה כראי זה (א) בתוס' ב"ב ד' ח' בשמו שענין הקולא של מ"ע שמתן שכרה בצידה אינו אלא שאין נענשין הב"ד אם לא כפו אבל עכ"פ מוזהרין וכ"כ במרדכי וכן מבואר באור זרוע סי' הנ"ל בשם ריצב"א דחייבין לכוף (ב) כמרדכי פ"ק דב"ב דהקולא הוא דאין כופין אלא בדברים ובהרצאת ריעים שיתנדב מעצמו ושכן כתב הר"ש והר"י ע"ע והריצב"א שמח על הדברים שכיוון בזה לדעתם. (ג) במהרי"ק סי' קמ"ח בשם הריצב"א דהקולא הוא שחין ב"ד חייבין לכופו אלא שיש רשות בידם לכופו אם ירצו וכן כתב הש"כ בחו"מ

סי' ק"ז בשם ריצב"א וכ"כ הרמב"ן בחשובה. (ד) בטורי זהב ר"ס ר"מ ביו"ד שהתוס' והמרדכי כתבו בשם ריצב"א דבמ"ע שאין שם מ"ש בצידה מכין הכאה גדולה דהיינו עד שת"נ משא"כ כשמ"ש בצידה מכין הכאה קטנה וכ"כ מהר"ם בחידושיו לב"ב שם ובאמת המעיין בגוף החשובה דמר ריצב"א חתום עלה הובאה בתשובת מיימוני ספר קניין סוף סי' כ"ו לא נמצא שם מכל הארבעה דרכים אלא האחד והיא הוזכר גם בתוס' ב"ב ובמרדכי ובאור זרוע דכאן נענשין וכאן אין נענשין ולא נזכר שם מענין כפיית דברים כלל ולא הפרש של רשות וחובה ולא של הכאה קטנה וגדולה והרי באמת כל אחד מן הדרכים שבדברי הפוסקים הנ"ל לבדו יספוק לתרץ הקושיא מהא דרבא דאכפייה לר"נ ולמה להם להעמיס בכוונת ריצב"א דברים שאין בהם צורך. ונראה לענ"ד דס"ל להפוסקים הנ"ל דאע"ג שדרך אחד לבדו וכל אחד בפני עצמו הי' מספיק, לתרץ הקושיא מ"מ קושטא דמלתא הכי הוא לריצב"א בכל מ"ע שמ"ש בצידה כל הדרכים האלו בה.

א' דברים לחוד סגי לצאת ידי חוב אזהרת ב"ד. ב' והלקאה קטנה אינה אלא רשות. ג' הלקאה גדולה אסורה ד' ואם לא כפאוהו כלל אין נענשים וס"ל דהא בהא תליא כיון דאין נענשים ב"ד אם לא כפאוהו כלל כדיליף בירושלמי מקראי ממילא ש"מ דאין מוזהרין אלא על כפיית דברים ושאסור להכותו עד שת"נ ואפילו קטנה איננה אלא רשות וכעין דברים אלו תמצא במהר"מ שם אלא דהוא אומר שהכאה קטנה מוזהרין וחייבים ואינו מוכרח וכבר כתבנו דחלוקין עליו הט"ז והש"כ והכל מן השורש הנ"ל דתירוש הוא והבו דלא לוסיף עלה ואם תאמר א"כ מנ"ל דרשות להכותו כלל ויש לומר דהוציאו כן מהירושלמי פ"ד דב"ב דהתם יליף מקרא דמ"ע שמ"ש בצידה אין מוזהרין ורמינן עלה מהא דתניא יהי' לכם מנה לך אגר דמים הרי דמוזהרין להיות ממונים להלקות ולהעניש אפילו במ"ע שמ"ש בצידה ומשני כיני מתניתין אין ב"ד נענשים ולכאורה קשה הא י"ל לעולם דאין מוזהרין דקאמר היינו שאין ב"ד מחוייבים להכותו אבל מ"מ מוזהרין למנות אגר דמים שיהי' מוכנים להכותו שהרי יש רשות בידם כשירצו להכותו לפי ראות עיניהם ועל כרחינו צ"ל דפשיטא לי' דכל דתני אין מוזהרין משמע אין מוזהרין כלל לא על כפיי' ולא על מנוי אגר דמים וכעין הוכחת הגאון מהר"מ שם ב"ב ת' יעו"ש לכן הוצרך לומר כיני מתניתין אין נענשים דהשתא שפיר יש לפרש דר"ל אין נענשים אם העלימו עיניהם אין עליהם עונש אבל עכ"פ מוזהרין להיות ממונים אגר דמים שיהי' מוכנים להכותו אם ירצו הב"ד להכותו א"כ מוכח ממילא דיש רשות לב"ד להלקותו ושזהו אזהרה לב"ד מנה לך אגר דמים להעניש ולהלקות מעוות המדות שאם נאמר דגם רשות ליכא וגם הלקאה קטנה אסורה א"כ אין כאן מקום לאזהרה זו כלל שהרי מאזני צדק היא מצוה

שמ"ש כתוב בצידה וכמפורש בירושלמי שם ומצאתי סמוכין לדברינו בתשובת מהר"מ מרוטינבערג סי' תשנ"ה שכתב וז"ל אין לנטות ולדחות ר"ל שאין לדחות ולומר דיש רשות גם במ"ע שמ"ש בצידה לכופו בשוטין שאם הי' רשאין לכופו הי' כופין אותו ונענשין עכ"ל ור"ל כנ"ל שאם הי' רשאין וודאי הי' מחוייבים דהא בהא תליא ועיין מ"ש ביאור דבריו בדף מיוחד בשני אופנים:

זה לשון מהר"מ רוטינבערג סי' תשנ"ה כי הא דממשכנין על הצדקה היכא שפסק כבר לעניים ונעשה חוב גמור ואעפ"י כן אי לא אמיד אין כופין עד שימצא השיג ידו עכ"ל נ"ל די"ל דמיירי שלא נתן זמן לדבר אבל אם אמר בפירוש שעד יום פלוני ישלם מה שפסק מודה מהר"מ דאע"ג דלא אמיד ר"ל כפי ערך עשרו אינו מחייב ליתן כל כך וכגון שהוא יותר מחומש וכדומה לזה מ"מ כופין אותו מצד נדרו לשיטת האומרים דכייפינן בנודר לצדקה ודו"ק:

שם עוד בתשובה הנ"ל ז"ל כי הא דר"נ בר אמי שכפאוהו דהוי אמיד בא עליו בעקיפין והכוהו בדברים עד דמפיק מניה ד' מאה זוז כי ההוא דכפי' רפרם לרב אשי כו' כלומר דשם נמי לא הוי אלא כפיית דברים:

עוד שם וז"ל ובכל הבשר כל מ"ע שמ"ש בצידה כו' ר"ל להכי וודאי הך כפייה דרנב"א לא היתה אלא בדברים וכמו שתירץ ר"ת ואין לנטות ולדחות לכאורה נ"ל דר"ל שאין לנטות מתירוצו ולדחות דלעולם גם במ"כ שמ"ש בצידה כופין בשוטין אלא שאינו אלא רשות אם רצו ב"ד ולא חיוב ושאם אין רוצין להלקותו אין ב"ד נענשין על כך כמו שתירץ הרמב"ן וריצב"א שהובא בש"כ ר"ס ק"ז על זה השיב וכתב טעם דלא ניתא לי' למימר הכי ומדוע לא תירץ כן וז"ל שם שאם הי' רשאין לכופו הי' כופין אותו ונענשין פירוש לדבריו דס"ל דכל שרשות לב"ד להכותו על זה ממילא חייבין ב"ד לעשות כן לחיזוק הדת וכל שלא עשו כן נענשין ואיך אמר להם שבקוהו ש"מ דאין רשאין לכופו ובדברים לחוד הוא דכפאוהו לר' נתן כנ"ל לכאורה בכוונת דבריו ונמצא לפ"ז ראי' נכונה לשיטת הסמ"ע דהנך בעלי התוס' שתירצו דלא כר"ח משום דס"ל דאין רשאין לכופו כשיש שם מ"ש בצידה:

שם סיים וז"ל בירושלמי מפרש יהי' לכם מנה אגר בתים מיהו אם עוברים על ציוויים ואין נשמעין להם אין לב"ד לכופו ולהענישם שהעונשם ומהן שכרן כתוב בצידן עכ"ל דברים אלו אין להם מובן ועוד קשה שהרי מהירושלמי הלז מוכת להדיא שלא כדבריו הנ"ל שהרי אומר שם דאע"ג דמוזהרין להכותו ולכופו מ"ע אנן נענשין אם לא כפאו. ועוד תמוה לפי דבריו הנ"ל מה פריך הירושלמי מהא דתניא מנה לך אגר דמים אל הא

דתניא אין ב"ד מוזהרין הא התשובה הנ"ל אומרת דשניהם אמת מצווה למצות אגר דמים להשבית על זה שיקיימו המצוה כדת של תורה ואגר דמים הרי רשות בידם להכותם על זה שזהו ענין האגר דמים כמ"ש רשב"ם ב"ב ד' פ"ט ע"ש מ"מ אם העם עוברים על צוויים ואין נשמעין להם אין לב"ד לכופם ולהענישם מפני שעונשם ומ"ש כתוב בצידם א"כ מ"ש אין ב"ד נזהרים הדברים כמשמעם ולמה לנו לומר כיני מתניתין אין ב"ד נענשים אבל מוזהרים נימא בפשיטות אין מוזהרין להענישם אם מסרבין נגד האגר דמים אבל מחוייבים למנותם כדברי התשובה **הנ"ל**:

עוד י"ל בא"א דס"ל ג"כ דרשות לכוף גם בשוטין וכדברי הש"כ ריש סי' ק"ז דלית מאן דפליג בזה והכי קאמר ואין לנטות ולדחות שאם הי' רשאין לכופו הי' כופין אותו ונענשים פירוש ותוכיח מזה מדאין נענשים ש"מ שאין רשאין לכופו על זה קאמר דהא ליתא דבירושלמי מפרש יהי' לכם מנה לך אגר דמים דהיינו להלקות את המעוות מדות ואפילו הכי אם עברו על צוויים ואין נשמעים להם אין ב"ד נענשין נמצא שכוונת התשובה באמת כך הוא כמ"ש בירושלמי וכמו שפירש במהר"מ לובלין דיסוד הענין דס"ל דאין מוזהרים משמע דאין מוזהרין כלל לא למנות אגר דמים ולא להכותו כלל לכן משני כיני מתניתין אין נענשין אבל מוזהרין. אמת שדבר זה חידוש היא מדוע לא יענש כשעובר על האזהרה ועיין נדה מ"ז ובמעדני יו"ט שם אות ד' שכתב וז"ל אין אזהרה שאין בה עונש עכ"ל וצ"ע, אמנם לפי מה שהעלינו דלריצב"א אין מוזהרין אלא על על כפיית דברים והכאה קטנה רשות והכאה עד שת"נ אסורה יש לקיים הפירוש הראשון דהכי קאמר שאין לדחות ולנטות ולומר דרשות יש להכות עד שת"נ דהא ליתא שאם הי' רשאין להכותו עד שת"נ וודאי שהי' הדבר חיוב והי' נענשין אם לא עשו כן דהא בהא תליא והביא ראי' מן הירושלמי דמפרש דאין נענשין ב"ד וע"כ דאין מוזהרין אלא על מנוי אגר דמים שהי' רשאין להכות הלקאה קטנה אם ירצו ואם לא הועילו בהלקאתם הקטנה הלזו שוב אין ב"ד מחוייבים להענישם משום דמתן שכרה בצידה ואין מוזהרין אלא על כפיית דברים וגם למנות אגר דמים שיהי מוכנים להלקות הכאה בעלמא אם ירצו לפי ראות עיניהם נמצא שמכאן ראי' לשיטת הריצב"א. והנ"ל בכוונתו דר"ל דהא בהא תליא כיון שאין נענשים ש"מ דאין מוזהרין אלא על כפיית דברים ושאפילו הלקאה קטנה איננה אלא רשות והכאה עד שת"נ אסורה לגמרי כיון שמ"ש כתו' בצידה:

[השמטה ואיכא למידק בהא דתניא בתוספתא זו מכות ארבעים מן התורה אבל מכות מרדות אינו כן אלא מכין אותו עד שת"נ או עד שיקבל עליו עכ"ל וכן הוא בירושלמי פ"ד דנזיר בשל"ק ז"ל מלקות של תורה מ"ס חסר א' אומדין אותו מכות מרדות חובטין

אותו וכו' ע"כ מאי שנא הך מלתא דוקא דנקט תנא, והא איכא טובא דאיכא בינייהו (א) מלקות של תורה צריכה התראה ומרדות אינה צריכה התראה וכמ"ש הר"ן בכתובות פרק נערה. (ב) של תורה צריכה דיינים סמוכין וזו אינה צריכה וכמ"ש הרמב"ם פ' ט"ז מהלכות סנהדרין וכ"כ בטור ח"מ סי' ב' וסי' תכ"ה וש"ע שם (ג) מלקות של תורה אין ב"ד יכולים למחול לו וחייבים להלקותו דוקא. משא"כ מרדות דרבנן ב"ד יכולין למחול כדמוכח בש"ס נזיר נ"ט יעו"ש. (ד) מלקות של תורה אינו לוקה עד שיעידו עליו ב' עדים כשרים משא"כ מרדות לוקה ע"י עד אחד. ואפילו עד מפי עד ואפילו קרוב וכמ"ש הב"י בתו"מ סי' ב'. (ה) ארבעים של תורה כשיש שם עוד לאו ם אחר לוקה ארבעים שנית משא"כ מרדות דרבנן אם נלווה אליהם לאו של תורה לוקה מ"ם של תורה ונפטר מן המרדות וכדתנן במשנה דמכות י"ג גרושה וחלוצה לוקה מ' וכמ"ש התוס' שם:

וי"ל דהכא בתוספתא וירושלמי במרדות של עבירה נמשכת מיירי כגון סוכה איני עושה שגם היא צריכה התראה וכמ"ש הרשב"ש סי' תר"י וצריכה ג"כ סמוכין כיון שמכין אותו עד שת"נ וכמ"ש הרא"מ והמרדכי בפרק השולח. וגם היא אין ב"ד יכולים למחול אותה דועשית אמר רחמנא אזהרה לב"ד שיעשוך ונענשים אם לא עישו. וי"ל שהואיל והיא הכאה מופלגת עד להמיתו להכי, אם נלוה אלי' עוד לאו של מלקות אינו לוקה מ"ם אלא מכין אותו עד שת"נ בלא אומד ובלא מנין משא"כ מרדות של חלוצה וודאי נדחות מפני מלקות של איסור גרושה שהיא של תורה. וחמורה מן מכות מרדות דרבנן שעל עבירה שכבר עשה שזו אינה עד שת"נ. אלא י"נ או יותר וכמ"ש האחרונים. ויובן ממילא כיון דאיירי בעבירה נמשכת כגון סוכה איני עושה. אין זה נהרג על, ידי עד אחד. דאנן סהדי כל זמן שלא יאמר רוצה אני. הרי זה עומד ברשעתו לפנינו. הרי א"כ מבואר לפנינו שכל חמשה הדברים הנ"ל נוהג בהכאת מרדות כבהכאת ארבעים של תורה. ואין ביניהם אלא שזו יש לה מספר ל"ט וזו אין לה קצבה. זו צריכה אומד וזו לא:

עוד י"ל דהך תנא כולל בשם מרדות גם מרדות דעבירה שעבר כבר ולא חשיב הבדל שאינו נוהג בשני המרדיות ואתיא כמאן דאמר שגם מרדות על עבירה שעברה מחינן לי' נמי עד שת"נ כשהיא כעין של תורה וכמ"ש הרמב"ן והתשב"ץ והרשב"ש סי' תר"י או כדברי הרמב"ם לגירסא שלפנינו. מיהו נ"ל דעל כרחינו צ"ל נם הכא תנא ושייר דאכתי איכא בינייהו, (א) לענין תשלומין דבמלקות של תורה קיי"ל לוקה ואינו משלם אבל מכות מרדות מוחלין לו ומשלם ואינו לוקה וכמ"ש הרמב"ם בפ"א מהלכות נערה בתולה הלכה י"ב. (ב) לענין נתכווין לאכול בשר נבלה ועלה בידו בשר שחיטה אעפ"י שאין כאן מלקות מים של תורה מכל מקום סופג מכות מרדות וכדתנן להדיא פ"ג דנזיר

דף. (ג) לענין ספק כגון כהן הנושא ספק גרושה אעפ"י שאין לוקה מ"ם של תורה מ"מ לוקה מרדות וכמ"ש הרמב"ם בפרק י"ז מהלכות איסורי ביאה (ד) לענין מכה משולשת, (ה) לענין רצועה ותנאיה וכמ"ש הר"ן בכתובות הנ"ל (ו) לענין הלקאה לאשה וכמ"ש הראב"ד, פרק ב' מהלכות אישות. אלא תני ושייר וכן במלקות של תורה קיי"ל לאו שאין בו מעשה אינו לוקה משא"כ מרדות וכמ"ש הרמב"ם לענין ביטול חמץ ול"ת דבל יראה. במלקות של תורה. אם אין שם אזהרה מפורשת בפסוק אינו לוקה. משא"כ מרדות לוקה גם על ביטול מ"ע. אלא שאלו ההבדלים שניהם בכלל לשון הברייתא דמיירי באומר סוכה איני עושה ואין כאן אלא שב ואל תעשה. ואין שם לאו רק מ"ע לחוד ודע דהא דכתבנו לעיל דמכות מרדות רשות לב"ד למחול עליהם אמת שכן מוכת בש"ס נזיר נ"ט ההוא גברא דאיתחייב נגידא קמי דר' אמי כו' אחר להו שבקוהו דמן חבריא הוא משמע להדיא שיכול ב"ד למחול המרדות אע"ג שנתחייב. [אלא שיש לומר שזהו דוקא בחבר] וכן מוכח מדברי הרמב"ם פ"א מהלכות א"ב דין א' דבעבר על מ"ע אעפ"י שעשה מעשה רשות לכ"ד להלקותו מרדות. יעו"ש. אבל קשה מדוע לא כתב כן בשאר חייבי מרדיות במקומות הרבה שהזכיר דין מכות מרדות לא נמצא בשום מקום שיכתוב לשון זה "רשות לב"ד להלקותו". רק סתם וכתב דלוקה מרדות משמע דחיוב יש. [שוב מצאתי להפרמ"ג בספרו שושנת העמקים. שרצה לחדש דיש חילוק בזה על ביטול מ"ע המרדות רשות משא"כ על ביטול דברי סופרים חייבים להלקותו. אלא שהודה בעצמו שמדברי המגיד משנה בפ"א, ה"ח הנ"ל מוכח דאדרבא ביטול מ"ע חמור מד"ס] ועוד קשה מ"ש הרמב"ם שם בזה"ל ואם הכו אותו ב"ד מכות מרדות [ומשמע דבדיעבד מיירי שכבר הכו אותו אכל לכתחילה לא יכו. ואיך סיים על זה] הרשות בידם. משמע דלכתחילה קאמר וי"ל על דרך שפירש הסמ"ע דברי הש"ע בסי' כ"ז שם שכתב אם רצו ב"ד להלקותו דר"ל אם רוצים להלקותו יותר. רשות בידם על דרך זה עצמו יש לפרש לשון הרמב"ם ור"ל דהגם שהכו אותו מרדות. רשות בידם להכותו עוד יותר וזהו שכתב שם "להרחיקו מן העבירה" דתמוה לכאורה. פשיטא דכל הלקאות של מרדות הוא כדי "להרחיקו מן העבירה" אבל להנ"ל ניחא דר"ל דהכא בענין שנראה בעיני הדיינים שצריך להלקותו עוד להרחיקו מן העבירה הרשות בידם:

ובקונט' מנהמלת"א ד' י"א הארכתי בזה בס"ד ע"ש):

פרק יב

יבאר הא דתניא כל מ"ע שמ"ש בצידה אין ב"ד מוזהריו לכוף ואיך א"כ ממשכנין על צדקה:

בש"ס חולין ק"י ע"ב תניא כל מ"ע שמתן שכרה בצידה אין ב"ד של מטה מוזהרין עלי' והקשו התוס' שהרי בצדקה מתן שכרה בצידה בגלל הדבר הזה יברכך כו' ואמרינן ב"ב חי. רבא אכפיי' לרנב"א ואפיק מניה ד' מאה זוזי לצדקה וכן הקשו בתוס' ב"ב שם ובכתובות מ"ט: וכן הקשו הר"ן והמרדכי והריטב"א והרבה תירוצים נאמרו ליישב קושיא הלזו וראיתי להגאון בעל יד שאול שהביא תירוץ חדש בשם בעל המאור שלא הזכירוהו הפוסקים כלל וז"ל ביו"ד סי' רמ"ח ס"ק א' מצאתי בבעל המאור פ"ד דב"ק שכתב הא דכפי רבא לר"ן הוא רק שיאמר רוצה אני אבל בעל כרחו אין מוציאין. והנה זה שיטה חדשה והוסיף שם עוד וז"ל והא דאמר בחולין ק"י: שבקיהו ולא כפו אותו עד שיאמר רוצה אני והוא קושיא גדולה להרז"ה אמנם י"ל דשם קאי לענין כיבוד אב ומהו הכפיי' שיאמר רוצה אני ואין זה כבודו של אב דהא לא רצה לכבדו עד שכפו אותו עכ"ל: **ולענ"ד** דבריו תמוהין חדא דאיך נפרנס לפ"ז דברי הש"ס במקומן דקאמר שבקוהו דתניא כל מ"ע שמ"ש בצידה אין מוזהרין ומה ענין זה לכאן אפילו נימא דמוזהרין לכופו גם על מ"ע שמ"ש בצידה מ"מ שאני הכא דאפילו יאמר רוצה אני אין זה כיבוד אב והכי הו"ל למימר שבקוהו דכיבוד כהאי לאו כיבוד הוא ומדלא הזכירו טעם זה כלל אבל יהיב טעמא לפוטרו משום דתניא מ"ע שמ"ש בצידה אין כופין עלי' א"כ הקושיא הגדולה להרז"ה הדרה לדוכתי' הא גם כשמ"ש בצידה כופין שיאמר רוצה אני ועוד קשה שהרי עיקר דין זה נמצא, בש"ס בשני מקומות האחד כתובות פ"ו ושם פירשו להדיא באיזה מצוה דברו כגון סוכה ולולב והשני בתולין קל"ב וביארו גם שם בפירוש כגון מה כגון סוכה ולולב וציצית לאפוקי מ"ע שמתן שכרה כתיבה בצידה ומעתה לפי שיטה החדשה שמצא להרז"ה כאן הרי אין צריך לחלק בענין מהות הכפייה וההכאה כלל ואין הפרש ביניהם אלא לענין להוציא מנכסין שלא מרצונו. דבמ"ע שאין מ"ש בצידה כגון להשיב את הגזילה או העושק או פריעת חוב יורדין לנכסין וגובין מהם אעפ"י שעומד וצווח איני רוצה משא"כ כשמ"ש בצידה כגון צדקה ודכוותה צריך שיאמר רוצה אני ואז לוקחין ממנו וכל זמן שאומר איני רוצה או שאינו אומר רוצה אני אין כת בידינו לגבות מנכסין כלל ונמצא לפ"ז דלענין כפייה והלקאה תמורה מ"ע שמ"ש כתוב בצידה שמכין אותו עד שיאמר רוצה אני אעפ"י שנכסיו לפנינו. משא"כ במ"ע שאין מ"ש בצידה כל שיש לנו ממה לגבות אסור להכותו כלל וכן מבואר להדיא בתוס' ר"ה ד' וא"ו בד"ה יקריב שכתבו שאם אין מוציאין במה למשכנו אז כופין עכ"ל וא"כ קשה טובא שהרי הברייתא לא הזכירה כאן כלל מענין ירידה לנכסים אלא מענין ההלקאה וכפיית גופו עד שת"נ ועלי' פירשו כגון מה כגון סוכה ולולב וציצית שהם, כולם מצוות שאין מ"ש כתוב בצידן

א"כ מוכרת ממילא דיש הבדל בתכונת ההלקאה גופא בין מ"ע שמ"ש בצידה לאין מ"ש בצידה ועוד דבסוכה ולולב וציצית אין בהם הוצאות מנכסיו ולא שייך בה עניני גבייה של ממון והרי זה ג"כ קושיא גדולה להרז"ה ותו קשה דהרי מקור דין זה שלא לכוף על מ"ע שמ"ש כתוב בצידה מבואר בירושלמי פ"ד דב"ב מאזני צדק יהי' לך מכאן אמרו מ"ע שמ"ש בצידה אין ב"ד מוזהרין ומקשינן שם מהא דתניא יהי' לך מנה לך אגר דמים [ממונים להלקות מעוות המידות רשב"ם ב"ב פ"ט] ומשני כיני מתניתין אין נענשין אבל מ"מ מוזהרין והשתא לשיטה חדשה הנ"ל שאין הפרש ביניהם בענין ההלקאה אלא לענין הוצאה בעל כרחו בלי שיאמר רוצה אני קשה שאין זה ענין למצוות צידוק מאזנים כלל ואין כאן ירידה לנכסין אלא כפייה לקיים המצוה והרי זה נוהג גם במ"ע שמ"ש בצידה לשיטה הנ"ל והיותר תמוה דלפ"ז מאי מקשינן בירושלמי מהא דתניא מנה לך אגר דמים אדרבה הא אנן נמי ס"ל הכי דצריך אגר דמים שכופין אותו עד שיאמר רוצה אני והא וודאי תיובתא להרז"ה:

אמנם לענ"ד שלא כיוון הרז"ה לשיטה חדשה הלזו כלל שהרי עינינו הרואות שהרז"ה בא שם לפרש דברי הגאון רב האי שהביא בזה"ל דאפילו נודר ליתן לצדקה לא מצי ב"ד למעבד ביה מידעם וכן סיים שם הרז"ה בשמו בזה"ל לית ליה לב"ד למיעבד בי' ולא מידי ואי כשיטה הנ"ל דכופין אותו עד שיאמר רוצה אני איך יאמר לא עבדינן לי' ולא מידי והלא אין לך עישוי גדולה מזו והיא היא העישוי הכתובה בתורה ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך ובה אמרו ג"כ שהיא כפיי' עד שיאמר רוצה אני וכמ"ש בש"ס להדיא אבל לענ"ד ברור שלא בא הרז"ה כאן ליישב הקושיא מהא דקיי"ל מ"ע שמ"ש בצידה אין מוזהרין שהרי לא נמצא שם בדבריו רמז מענין מ"ע שמ"ש בצידה כלל וכלל ובלי ספק שיכול להיות דעת הרז"ה ביישוב קושיא זו כדברי התוס' ב"ב ח' שתירצו בכמה אופנים ולא דיבר כאן מענין הקושיא הלזו אלא שהרז"ה בא כאן ליישב קושיא אמרת גדולה ממנה ומירוצי התוס' שם לא כולם יספיקו לתרצה והיא שלפי דברי רב האי דאפילו כד מד נודר לצדקה לא מצי ב"ד למיעבד לי' מידי. א"כ קשה איך כפה רבא לר"נ ואפיק מניה ד' מאה זוזי והרי אי אפשר לתרץ זה כמו שתירצו התוס' שם דמשום לאו דלא תאמץ ולא תקפוץ. או דשאני התם דמיירי בנדר רנב"א ליתן שהרי הגאון נמי בצדקה מיירי שע"י נדר. וכן תירוצי הריצב"א והריב"ש והר"י שאין נענשין אבל מוזהרין או שאין מוזהרין אבל רשות בידם להכותו שהרי הגאון קאמר דלא מצי למיעבד בי' מידעם וממילא נמי דאי אפשר לתרץ כאן דכפייה גדולה הוא דאין עושין אבל חייבים לכופו בהכאה בעלמא וכן לא יועילו כאן תירוץ הריטב"א ולא תירוץ רבנו אליהו שהרי בנודר לצדקה וודאי

ראוי לכופו לפי דברי שניהם וכן מ"ש דשאני תקנת בני העיר שקבלו עליהם שהגבאי יוכל לכופם הנה לא ניחא ליה לבעל המאור לאוקמא הך דרנב"א בהאי גוונא שאין סברא לומר שר' נתן יפרוש עצמו מן הציבור וכן מוכת להדיא בבעל המאור שם שכתב הא דאמר ממשכנין על הצדקה לא אמרו אלא בדבר שהוא תנאי בני העיר ותקנתא ואלו הך כפיי' דרנב"א לא רצה לאקומי בהכי. ועל כרחינו שהיא מן הטעם שאמרנו. הנה א"כ מבואר שמכל התשעה דרכים הנ"ל לא נשאר לו לבעל המאור אלא דרך אחד והיא דהך כפייה דרנב"א לא היתה אלא כפיית דברים שיתרצה בעצמו ויאמר רוצה אני וזהו כוונת הרז"ה שם שכתב וז"ל מאי דאמרינן אכפיי' רבא לרנב"א עישוי הוא שעשאו וכפאו עד שיאמר רוצה אני אבל ליטול ממנו בעל כרחו בדלא אמר רוצה אני אין לו לב"ד לעשות כן עכ"ל והוא תירוץ ר"ת וסייעתו דעישוי דברים הוא דהווי התם ואין כאן שיטה מרשה כלל:

שוב מצאתי בשיטה מקובצת דב"ק פ"ד שם בשם המאירי שהביא ג"כ שיטת רב האי גאון הלזו והוקשה לו ג"כ מהך דרנב"א וז"ל ומה שאמרו ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך פירושו עישוי בדברים עד שיאמר רוצה אני ועל דרך זה אמרו אכפיי' רבא לרנב"א אבל כל שלא אמר רוצה אני אין ב"ד מוציאין ממנו עכ"ל הנה מבואר להדיא שגם הוא סבר כן דכל שלא אמר רוצה אני, אין ב"ד מוציאין ממנו ומ"מ הוצרך גם לזה לתרץ שלא הי' שם רק עישוי דברים דאל"כ הדרא קושיא לדוכתה הרי ב"ד לא מצי למיעבד בי' מידי והן הן דברי הרז"ה שכתבנו אמנם המאירי רוצה לתרץ בדרך זה דמה שאמרו אזהרה לב"ד שיעשוך נמי ר"ל עישוי דברים ולסלק בזה השגת הרמב"ן והר"ן על רה"ג אבל יש סתירה לדבריו מהירושלמי פ"ק דר"ה דאמרו להדיא ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך רבנן דקיסרין בשם ר' אבינא מכאן למשכון הרי דפשיטא להו דועשית עישוי ע"י מעשה משמע אבל כבר כתבנו דרב האי גאון בעצמו סילק ההשגה הזאת שם בתשובתו בדרך יותר פשוט וכמ"ש במקומו:

והנה הרציתי דברים הללו לפני הגאון המחבר נרו וכתב לי תשובה אעתיק פה קצתה הנוגע להנ"ל בזה"ל אני לא הבנתי דברי הרז"ה רק דמה דכפיי' רבא לר"נ הי' רק שיאמר רוצה אני ולא שיוציא בע"כ ועיקר החידוש דאף שכפה רבא לר"ן יהי' הטעם איך שיהי' והכפי' איך שיהי' אבל לא כפיי' להוציא בע"כ רק עד שיאמר רוצה, עכ"ל ועל זה כתבתי לו שנית זו קשה יותר מן הראשונה שאם כן מה היא המציאה שמצא ברז"ה ומהו השיטה חדשה שהביא לנו בזה מה שלא נזכר בפוסקים והלא דבר זה לימוד ערוך בידינו מדברי רבותינו בעלי התוס' בכתובות מ"ט ונשנה בפ"ק דב"ב ד ת' ומשולש במולין דף ק"י והיא

התירוץ הראש והראשון שתירצו בשם ר"ת דהא דכפה רבא לר"נ לא כפה אלא בדברים כי הא דכתובות נ"ג אכפייה ועל שלא הי' אלא כפיית דברים להטות דעתו שירצה א"כ פשיטא שאם לא ירצה לשמוע אלו הדברים הרי לא יוציאו ממנו בעל כרתו וכבר הזכירו דברי ר"ת הללו הר"ן והמרדכי ומהרי"ק שורש קמ"ח והגהות מיימוני פרק י"ב מהלכות אישות והבית יוסף סי' רמ"ת ויש לכאורה לומר שדעת הגאון נ"י לחלק בין עישוי הגוף לעישוי ממון ולומר דהך תירוץ דר"ת דכפאו בדברים ר"ל לאפוקי דלא מחיני' בשוטין אבל ממון מוציאין ממנו על כרחו אפילו עומד וצווח איני רוצה. אבל קשה מנא לן למימר הכי והרי מצינו להדיא דאפילו במקום שמכין אותו עד שת"נ כגון פרעון חוב מ"מ יש אומרים דלא נחתינן לנכסין וכמ"ש הרמב"ן בסוף פרק גט פשוט ואפילו לסברא השנית בשיטה זו שם דה"ה דיורדין לנכסיו היינו דוקא מטעם דעד שאתה פוגע בגופו פגע בממונו תחילה וכן מבואר בר"ן פרק מי שהי' נשוי להדיא שהוא רק מתורת כפיי' וכשאינו לפנינו שא"א להלקותו גם לנכסיו אין יורדין וא"כ בזה שאין כופין אלא בדברים וודאי לכולי עלמא ס"ל שאין מוציאין ממנו בעל כרחו אם לא שיאמר רוצה אני:

ועוד תימה איך אפשר לומר דלתירוץ זה של ר"ת מוציאין ממנו בעל כרחו א"כ למה לו לר"ת לומר דהך כפיי' דר"נ לא היתה אלא כפיית דברים שתירוץ זה באמת תמוה וכמו שהתפלא הר"ן בכתובות שם דא"כ אפילו בלא אמיד נמי וכבר נתחבטו בזה מהרש"א ומהרמ"ש. ועתה אם הנחה זו אמת דר"ת ס"ל דמוציאין ממנו ממון בעל כרחו א"כ הי' לו לתרץ בפשיטות אע"ג דאין מעשין גופו ברידוי הגוף ובהלקאה אבל מ"מ מוציאין ממנו ממון בעל כרחו והיינו דקאמר ואפיק מני' ד' מאות זוזי אבל על כרחינו צ"ל דהדבר ברור דס"ל לר"ת וסיעתו דאין מוציאין ממנו ממון בעל כרחו כמו שאין מלקין אותו והוכרח לתרץ דכפיי' היינו בדברים שיתרצה ליתן בעצמו וכ"כ המרדכי בפרק השותפין שם ושכ"כ ר' יוסף טיב עלם ושכ"כ רבינו שמעיה ושכן פסק ריב"א דאין מעשין על הצדקה אם מסרב ליתן וז"ל ואין הדבר תלוי אלא בנדיבות ובדברי הרצאה עכ"ל וכ"כ עוד בהגהות סוף פ"ק דב"ב בשם ר"ש ור"י וסיים וז"ל אין ב"ד של מטה מוזהרין ואין הדבר תלוי אלא בנדיבות הלב ובהרצאת ריעים עכ"ל הרי מפורש דכולהו ס"ל דאין מוציאין ממנו בעל כרחו וכבר נזכרו דברי הפוסקים הללו בבית יוסף סי' רמ"ח ועיין ר"ן פרק נערה שנתפתה שם אחר שהעלה דכפיי' זו איננה כפיית דברים אלא הכאה בשוטין ומכל מקום כתב שם בשם הרשב"א דלא נכסינן לנכסי' להוציא ממנו בעל כרחו וכ"כ הב"י בשמו בסי' הנ"ל ובדרכי משה שם אות ב' אם מוציאין ממנו בעל כרחו עיין תשובת הרשב"א שהביא הב"י סימן רנ"ט ושם מבואר דבצדקה הואיל ויכול ליתנה למי שירצה

לכן אין מוציאין ממנו בעל כרחו וכ"כ במחנה אפרים הלכות צדקה סימן א' ושם ס' ב' כתב דגם הרי"ף ס"ל דאין מוציאין ממנו בעל כרחו אפילו נדר לצדקה אם לא שאמר סלע זו לעניים יעו"ש:

והנה גם דברי עצמו בספר יד שאול שכתב וז"ל והא דאמר בחולין שבקיהו ולא כפו אותו שיאמר רוצה והוא קושיא גדולה להרז"ה עכ"ל הנה דבריו הללו סותרים את דבריו הנ"ל שבתשובתו וכבר נרגש הגאון נר"י בעצמו בזה וכתב אלי מכתבו בזה"ל וכפי הראות מה שחשב מעלתו בדברי הוא מה שהקשתי מהך דחולין דשבקיהו והרי שם שפיר אמר שבקיהו שלא להלקותו. אבל באמת כוונתי היתה כיון דעכ"פ רבא כפה לר' נתן יהי' בדברים וכדומה עכ"פ כפיי' עד שיאמר רוצה אני ולמה אמר כאן שבקיהו נהי דאין מלקין בשביל שהיא מ"ע שמ"ש בצידה אבל לשון שבקיהו משמע דלא יאמר לו כלום אף בדברים ועל זה תמהתי דהי' להם לכופו בדברים עד שיאמר רוצה עכ"ל אות באות:

ועל זה כתבתי להגאון שניה הרי בתוס' ב"ב ח' ע"ב מבואר להדיא דס"ל דהך שבקיהו אינו ר"ל לפוטרו לגמרי אלא שלא להכותו עד שתצא נפשו וכ"כ המרדכי שם וכן מבואר בדברי הגאון מהר"מ שם וכ"כ הט"ז ביו"ד סי' ר"ח דשבקיהו היינו מן הלקאה רבה אבל כפיי' קטנה וודאי עושין וא"כ מה היא הקושיא גדולה להרז"ה אם יפרש גם הוא כהתוס' והמרדכי וסייעתם ותגדל התימה שאם יסוד הקושיא הגדולה הלזו בנוי על שורש זה שהשריש הגאון נרו דשבקיהו לגמרי משמע דגם מכפיית דברים שבקיהו א"כ מדוע תלה קושיא זו על הרז"ה דווקא ולא על התוס' והמרדכי וסייעתם הנ"ל ומה גם לשיטת הריצב"א דס"ל דמלקין אותו רק לא עד שת"נ ומדוע לא יתמה גם על הרמב"ן במלחמות שם שכתב להדיא דהך כפיי' דרבא לר' נתן לאו עישוי דברים בלחוד קאמר אבל עישוי ממש הווי התם ומלבד כל זה קשה אחרי שבאנו לידי סברא זו דתכונת הכפיי' של מ"ע שכתוב מ"ש בצידה אינה חזקה כמו הכפיי' דסוכה ולולב ולעולם דיש כפיי' בשניהם א"כ ממילא אזדא לה הקושיא מעיקרא ומה לנו א"כ לחדש בזה שיטה חדשה כלל אם לא שנאמר לקיים השיטה החדשה הלזו שהביא הגאון נ"י אבל לא מטעמיה שכתב במכתבו אלא דנימא דלעולם אין הבדל בתכונת איכות ההכאה כלל וכן לענין חיוב הב"ד לעשות כפיי' שניהם שווין ואין הפרש בניהם אלא בדבר זה בלבד שמ"ע שמ"ש בצידה הכפיי' היא עד שיאמר רוצה אני וכשעומד במרדו וצווח איני רוצה אין ב"ד מוציאין מידו בעל כרחו משא"כ כשאין מ"ש בצידו ב"ד מוציאין מנכסיו לקיים המצוה אעפ"י שעומד וציוח איני רוצה ומה שהקשינו למעלה מה ענין הוצאה בעל כרחו בסוכה ולולב וציצית והרי אין שם אלא הלקאה וכפיי' שיעשה המצוה והרי זה נוהג גם במ"ע שחש"כ בצידה:

ויש לומר דגם במצות הללו שייך הוצאות ממון מנכסיו וכאותה ששנינו בתוספתא פ"א דתרומות ופ"ח דב"ב אפוטרופסין מוכרים בתים ושדות לעשות להם סוכה לולב וציצית ושם ביתומים מיירי ואצ"ל בנכסי גדול שב"ד מוציאין ממנו בעל כרחו ומוכרין נכסיו לעשות לו סוכה ולולב וציצית. אבל כשהיא מ"ע שמ"ש בצידה כופין אותו עד שיאמר רוצה וכל זמן שאינו רוצה אין מוציאין ממנו בעל כרחו וכן יש לומר לענין מצות מאזני צדק אבני צדק הואיל ויש שם מ"ש כתוב בצידה כל זמן שלא יאמר רוצה אני אין מוציאין ממנו ממון לעשות לו מאזני צדק אלא מכין אותו עד שיאמר רוצה אני. גם מה שהקשינו מדנקט בש"ס כתובות פ"ו וחולין קל"ב סוכה ולולב וציצית משמע דר"ל לאפוקי מ"ע שמ"ש בצידה אין עלי' הך הכאה א"כ מוכת לכאורה דיש הבדל בתכונת הכפייה גופה ואיכותה:

יש לומר דזה וודאי היתה הוכתה אם הי' שונה שם התנא ההפרש שיש בין מ"ע שמ"ש בצידה למ"ע שאין מ"ש בצידה אבל הרי לא דיבר שם בברייתא זו מענין זה אבל באו שם ללמד ההפרש שבין הלקאה של ל"ת שאינה אלא ל"ט משא"כ הלקאה להמבטל מ"ע שהיא שתצא נפשו וי"ל דלהכי נקט סוכה ולולב וציצית דפסיקא לי' מלתא דמכין עליהם עד שת"ן כיון דלית בהו חסרון כיס כולי האי וכמו שפירש"י בחולין שם להדיא משא"כ מצות הצדקה וכדומה לא פסיקא מלתא דבדלא אמיד למיהב כולי האי וודאי לא כייפינן ליה ולעולם דיש הלקאה זו גם בצדקה אי אמיד אע"ג דמ"ש בצידה אלא שאין מוציאין ממנו בעל כרחו עד שיאמר רוצה אני הואיל שכתוב מ"ש בצידה משא"כ במ"ע שאין מ"ש בצידה כגון השבת גזל או עושק או פריעת חוב ב"ד מוזהרין לירד לנכסיו ולהוציא מהם ולקיים מצות הללו אעפ"י שהוא עומד וצווח שאינו רוצה. וכן יש לומר גם במצות התלויות בגופו דכל שיש מ"ש כתוב בצידה אעפ"י שיש בידינו להכריחו לקיימה מ"מ הכפיי' איננה אלא שיאמר רוצה אני וככפיית הבאת קרבנו דכתיב בהו לרצונו מה שא"כ כשאין מ"ש בצידה מכריחין אותו לעשות המצוה אעפ"י שעומד וצווח אינו רוצה ועיין טורי אבן ר"ה ד' כ"ת דלמ"ד מצות אצ"כ אם כפאוהו ליטול לולב ונטלו בעל כרחו יוצא ידי מצוה בעל כרחו אפילו עומד וצות אינו רוצה לצאת בו אפ"ה יוצא בו בע"כ ע"ש שכ"כ בשם הר"ן בשם הר"א וי"ל דכשמ"ש בצידה כ"ע מודי דאינו יוצא עד שיאמר רוצה אני וכאלו כתוב בו לרצונו ועיין קינ"ת ד' ל"ט ודף קט"ו מ"ש שם בשם התוס' בשם התורת חיים והמהרש"א וספר קרבן ראשית על ר"ה ודו"ק:

אמנם הקושיא שהקשינו למעלה אי נימא דמלקין גם במ"ע שמ"ש בצידה א"כ מה מקשה הירושלמי בפרק הספינה שם מהא דתניא יהי' לך מנה לך אגר דמים והרי שפיר

הוצרכו הממונין להכות ולכוף עד שיאמר רוצה הא ודאי לכאורה תיובתא היא וי"ל דהירושלמי באמת לא ס"ל הכי ופליגי בזה הירושלמי והבבלי דלהירושלמי ההפרש שביניהם אינו אלא שזו ב"ד נענשין וזו לא, ולהבבלי ההפרש שביניהם רק לענין אמירת רוצה אני וכנ"ל ולדברי הריטב"א פ"ק דר"ה ד' וא"ו יש ביניהם מחלוקת יותר דלירושלמי מוזהרין להכותו אלא שאין נענשין ולבבלי אין מוזהרין כלל משא"כ לשיטה הנ"ל כ"ע מודי דשניהם כופין עליהם במילי ושוטין אלא דלבבלי איכא בינייהו שיאמר רוצה אני ולירושלמי א"ב שאין נענשין במ"ע שמ"ש בצידה. והנה א"כ נמצא למידין דיש מקום לקיים שיטה הלזו לפום ש"ס דילן אבל עדיין נשאר לנו הקושיא הגדולה הנ"ל שהעיר עלי' הגאון נ"י מהך דחולין ק"י דאמר להו שבקיהו דתניא מ"ע שמ"ש בצידה אין ב"ד של מטה מוזהרין עלי' והרי לשיטה זו כופין ומלקין גם במ"ע שמ"ש בצידה עד שיאמר רוצה אני:

ויש לענ"ד ליישב גם קושי' זו ולומר דעד כאן לא אמרו לשיטה זו שמלקין גם על מ"ע שמ"ש בצידה אלא לענין הכאה שקודם המעשה דהיינו כשבידו לקיים עוד אבל לענין מכות מרדות שאחר שעבר על המצוה הלזו כלהו מודו דאין מלקין אותו אח"כ כשעבר כבר מ"ע שמ"ש בצידה ועיין הגהות מיימוני פרק י"ב מהלכות אישות אות כ' מוכת להדיא דס"ל דעל מ"ע שמ"ש בצידה אין לוקין מרדות על לשעבר ועיין מ"ל פ"ג מהלכות עבדים ה"ז ומתוקמא הך עובדא דחולין ק"י לענין מרדות על מה שעבר לא שעובר לפנינו אלא דלא הוי מוקיר כבר וכפתיהו על העמוד להענישו על העבר להכי שפיר אמר להו שבקיהו דתניא מ"ע שמ"ש בצידה כו' אבל רש"י שם לא פירש כן ומשמע ודאי דלא ס"ל הכי וי"ל דכל זה בהעדר הכיבוד בשב ואל תעשה וזהו שאמר דלא הוי מוקיר אבוהו אבל המבזה אביו בדברים או אפילו ברמיזה בזה י"ל דלית מאן דפליג דמלקין אותו מרדות וכמ"ש הרמב"ם והטור והש"ע ביו"ד סי' רמ"א סעיף ו' ובספר נחל איתן פ"ו מהלכות חמץ ומצה הלכה י"ב כתב דאין לוקין מרדות על שום ביטול מ"ע כשלא עשה מעשה אבל בחידושי הר"ן לחולין קל"ב מבואר דלוקה אחר הסוכות אם לא ישב בסוכה מוכח דלא כנ"א וכ"כ הפר"מ בפתיחה לאו"ח חלק אות כ"ה וכן מוכרח לפי שיטה הנ"ל דאמר שבקיהו על דלא הוי מוקיר דהיינו העדר כבור בשוח"ת ויהיב טעמא משום דמ"ש כתוב בצידה מכלל דכל שאין מ"ש בצידה לוקה מרדות גם שוא"ת וגם על העבר ובהכי ניחא נמי ליישב מה שהקשה הריטב"א דבירושלמי קאמר דמוזהרין גם על מ"ע שמ"ש בצידה ובש"ס דילן אמר שבקיהו משמע דאין מוזהרין כלל דלא כהתוס' והמרדכי הנ"ל והעלה מזה דפליגי הירושלמי והבבלי בזה ולהנ"ל י"ל דאפילו נימא שבקיהו לגמרי משמע מ"מ

זה לא אמרו אלא לענין מרדות על מה שעבר בשוא"ת וכנ"ל דכל שמ"ש בצידה אין מלקין אותו אח"כ כלל אבל בירושלמי הרי מיירי במנוי אגר דמים להלקותם שלא יעשו עוול במדה ומשקל שלפנינו בכל עניני המו"מ ובזה גם הש"ס דילן יודה ותדע לך שהרי ש"ס ערוך הוא ב"ב ד' פ"ט דמעמידין אגר דמים למדות וכפי' רשב"ם שם דמפקינן לה מקרא יתירא דאזהר רחמנא לב"ד להעמיד ממונים להלקות ולהעניש את מעוות המדות הרי דמוזהרין ב"ד גם על מ"ע שמ"ש בצידה ולשיטת הריטב"א הנ"ל דלש"ס דילן אין מוזהרין כלל דשבקיהו לגמרי משמע קשה א"כ מש"ס דב"ב הנ"ל ויש לומר דס"ל דמינוי אגר דמים שהזהרו למנותם היינו להיות מוכנים אם ירצה ב"ד להכותם וס"ל דרשות לב"ד להלקות הגם שמ"ש בצידה אם ירצו אבל גוף הכפיי' אין מוזהרין כלל והא דלא מוקי להו הא, דממשכנין על הצדקה דרשות קאמר י"ל משום דקאמרו בש"ס שם ממשכנין על הצדקה בדאמיד כי הא דכפיי' רבא לרנב"א ואי לא הוי אלא רשות לא הי' לו לרבא לכוף לר' נתן וכמ"ש הש"ך בחו"מ ר"ם ק"ז אי נמי י"ל דס"ל סתם ממשכנין שאמרו חיובא היא כי הא דתנן חייבי ערכין ועולות ושלמים ממשכנין דר"ל מוזהרין על כך כמ"ש, ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך וכן מה דתנן חייבי חטאות אין ממשכנין פירש הריטב"א שם דאין חייבים למשכן אבל אם ירצו ממשכנין גם חייבי חטאות יעו"ש בדבריו על כל פנים זכינו לדין שיש לקיים שיטה חדשה הנ"ל מצד עצמה ואם שלא כיון עלי' הרז"ה. שוב מצאתי ראיתי בספר המקנה בקידושין ד' ל"ב שכתב שלולי דברי התוס' הי' נ"ל לתרץ דהך כפיי' דרוב"א היינו כפיי' שיאמר רוצה אבל כל שאינו רוצה אין יורדין לנכסיו להוציא ממנו שלא מדעתו ומצאנו לפי זה תבר להגאון בעל יד שאול בשיטה החדשה הנ"ל גם מצאתי מזה ראי' ברורה לדברינו הנ"ל בכוונת הרז"ה שלא כיון הרז"ה לשיטה הלזו והגאון המקנה שחידשה מדנפשי' ויכולה היא שתתקיים על פי הדברים שפירשנו למעלה ועיקר חידושה דאעפ"י שכופין ומלקין ומוזהרין גם במ"ע שמ"ש בצידה מ"מ אין המצוה נעשית בעל כרחו עד שיאמר רוצה אני ובאופן זה היא באמת שיטה חדשה ולא נמצאה לא בתוס' ולא ברמב"ן ולא בבעל המאור ולא בר"ן והמרדכי ומהרי"ק וריטב"א והנה הר"ן בכתובות פרק נערה ד' פ"א כתב בשם רה"ג בזה"ל כתב רה"ג דבנודר ועברו ג' רגלים עובר בבל תאחר אבל אין ב"ד חייבין לעשות לו כלום עכ"ל מדכתב אין חייבים משמע דחיוב ליכא אבל אם רצו ב"ד מצי למיעבד עישוי וזהו דלא כמ"ש הרז"ה בשמו דלא מצי ב"ד למיעבד לי מידי וקשה לפי זה מה הקשה הר"ן מהא דאיתא התם דיורדין לנכסיו דילמא באמת רשות קאמר ולא חיוב וכן פירש להדיא המרדכי בכתובות שם מ"ש בירושלמי פ"ק דקדושין ברירא לי דכופין את הבן לזון את האב דר"ל רשות לכופו

ולא חיוב והמקנה קידושין ל"ב אישתימיטותי' דברי המרדכי הללו וי"ל דס"ל להר"ן דעכ"פ מחוייבים לעשות עישוי קצת וכמ"ש מהר"מ ב"ב ח' הנ"ל לכן שפיר הקשה על מ"ש רה"ג דאין חייבים לעשות לו כלום:

פרק יג

יבאר הכאה זו אם נוהגת גם בלא תעשה או דילמא רק במצות עשה לבדה אבל בל"ת אפילו רודף לעבור אין מ"א

תניא התם במד"א בל"ת אבל במ"ע כגון סוכה ואינו עושה לולב ואינו עושה כו' משמע ודאי דאינו נוהגת רק במצות עשה וכבר כתבו הס"מ להוכיח מזה דעשה חמורה מל"ת והובאו דבריהם במשו"נ להגאון הקצות בסי' ג' וכן הוכיח מהר"י דליאן במג"א ד' וכ"כ הגאון מהר"מ רוטנבערג הובא בתשובת הרשב"ץ סי' ת"ט זה לשונו ראי' מפרק הכותב דאין כופין אותו על מצות לא תעשה עכ"ל וכן כתב התשב"ץ בתשובות חלק שני סי' נ"א וז"ל ואם ר"ל בעודו אוכל מכין אותו עד שתצא נפשו לא מצאנוהו באיסורי תורה וכו' ובאומר סוכה איני עושה לולב איני נוטל הוא דאמרינן הכי אבל, לאוין לא מצינו אלא מלקות ארבעים על כל התראה ועל כל כזית עכ"ל. וכ"כ ביד המלך פ"ו מהלכות חמץ ומצה דבל"ח לא אמרי' להכותו עד שת"נ אבל בספר הפלאה כתובות מ"ט ראיתי שכתב וז"ל בתוס' ד"ה אכפי' רבא לר' נתן משמע דפסיקא להו דהיכא דאיכא לאו כופין אותו שלא יעבור והא דאמרי' במד"א בל"ת וכו' צ"ל דלא אמר התם קודם שעבר על ל"ת דודאי כופין דל"ת חמיר מעשה וכדאיתא יבמות פ"ח אם לא רצה דפנו עכ"ל הנה מה שהוכיח מהתוס' לענ"ד אינה הוכחה אדרבה מדכתבו התוס' שם דלהכי כופין על הצדקה משום דאיכא נמי לאו א"כ משמע דוקא משום דיש שם גם לאו נלווה על העשה אבל בלאו לחוד לא שמענו. ומ"ש בפשיטות דל"ת חמור מעשה גם הא לאו כללא וכמו שנברר עוד בס"ד ואדרבה הרי הוכיחו מזה בעצמו דעשה חמורה מל"ת וכמ"ש למעלה ועוד אם תמצא לומר דלית חמורה נמי לא קשי' דלאו משום קולא דל"ת אמרו שאין מכין עלי' עד שת"נ אלא דכל זמן שלא עבר עבירה אכתי לאו בר הכאה הוא. וכן כתב להדיא הגאון הרשב"ץ בשם רבו מהר"מ רוטנבערג שם ת"ט וז"ל מהר"מ אומר כו' ואין כופין וראי' מפרק הכותב פ"ו דאין כופין אותו על מצות ל"ת הכא נמי מת:

יכופוהו קודם הזמן אין לכופו ואחריו אין לכופו כיון שעבר הזמן עכ"ל וכן כתב להדיא בחות יאיר ד' רס"ד בהשמטות וז"ל, וכי תימא הא גופי' קשיא וכי חמיר עשה מל"ת דאין מצילין את הרודף לעשות עבירה בנפשו של עושה רק אלי המנויים במשנה דלא קשיא דגבי ל"ת אכתי לא עברו ואפילו מבקש ורודף לעשות הוי חסר מעשה ודילמא יחזור בו

ואם יעבור יקבל ענשו ומה נעשה לו עוד מה דהוי הוי משא"כ מ"ע בישיבתו בטל עובר ומכין אותו לקיימו עכ"ל והמתבונן בעין יפה ימצא שהן הם דברי מהר"מ רוטנבערג והרשב"ץ ממש ומ"ש להוכיח מיבמות פ"ת מנין שאם לא רצה דפנו י"ל דודאי הלקאה ורידוי בעלמא נוהג גם בל"ת אבל הכאה עד שת"נ לא שמענו וכ"כ הגאון קצות במשו"נ סי' ג' שם דהכאה בעלמא ישנה גם בל"ת עוד י"ל לפי דעת רשב"ג דמ"ע יש לפרוש מטומאה ומנשים הפסולות וז"ש לכהנים בפ"ע קדושים יהיו א"כ הרי יש שם ל"ת ועשה ושפיר כופין וראיתי בחידושי הגאון רבינו עקיבא אייגר ז"ל שם כתובות פ"ו וז"ל קשה הא פשיטא דגם בל"ת אם בא לעבור כופין אותו עד שת"נ שלא לעבור ובעבר גם בעשה אם עבר ולא ישב בסוכה אין מכין אותו וא"כ אין הפרש בין עשה לל"ת עכ"ל ויש לתמוה דנעלמו ממנו דברי הנך רבוותא הנ"ל דפשיטא להו דיש באמת הבדל בזה בין עשה לל"ת וכמו שאמרו מלתא בטעמא שוב מצאתי בחידושי הר"ן על חולין ד' קל"ב כתב וז"ל במד"א במצות ל"ת נ"ל דמ"ע ול"ת לאו דוקא אלא הכי קאמר במד"א דלוקין אותו ארבעים ותו לא במצות ל"ת ר"ל שמכין אותו ואומרים לו לא תעשה עוד מה שעשית ואז כיון שהעבירה עשוי לא מלקינן לי' תו כו' אבל אם הי' בפסח והוא אוכל חמץ כו' מחינן לי' עד שיאמר רוצה אני או עד שת"נ עכ"ל הנה מדבריו למדנו סיוע לעיקר סברות רע"א דגם בל"ת מכין עד שת"נ ולמדנו מדבריו עוד דמה שהקשה רע"א דא"כ מה הפרש בין עשה ללית דלק"מ דהך עשה ול"ת דקאמרינן הכא לאו דוקא ור"ל ל"ת שעבר כבר על לית שזה שתה מלקות של תורה על עבירה שכבר עשויה משא"כ הלקאה שקודם המעשה הוא נוהגת בכל מ"ע וה"ה בל"ת כל עוד שבידינו להפרישו ולמשל באוכל חמץ לפנינו מלקין אותו שיפלוט החמץ מפיו ויצא בליעתו מגרונו הלקאה זאת על העתיד כלומר עשה כך והרי כמו עישוי של ע"ע נמצא דס"ל לר"ן להדיא דכייפינן גם על ל"ת להפרישו מאיסורא וזה לכאורה דלא כמהר"מ ולא כחו"י:

איברא די"ל דלא פליגי דעד כאן לא אמרו הגאונים הנ"ל דבל"ת אין מלקין עד שת"נ אלא כה"ג דלא התחיל עדיין לעבור אעפ"י שרודף ומבקש לעבור אפשר שמ"מ ישוב ויתחרט בזו הרגע ולא יעבור משא"כ באוכל חמץ לפנינו דבהכי מיירי הר"ן שם כה"ג י"ל דכ"ע מודים דמחינן לי' להפרישו או עד שת"נ ולפי זה יתיישב נמי מה דקשיא לכאורה לדברי הר"ן הללו דבכל ל"ת מכין עד שת"נ והרי ש"ס ערוך בסנהדרין ע"ד דאין מצילין אותו בנפשו אלא בענינים המנויים שם דגלי בהו רחמנא להדיא אבל להנ"ל אתי שפיר דבאמה בכל עבירות שבתורה חין מן השנויים בסנהדרין שם אעפ"י שרודף אחריהם ומבקש לעבור מ"מ כל זמן שלא עשה עבירה לא ניתן להצילו בנפשו משא"כ עבירות

הללו דחשבינן בסנהדרין שם מכין אותו מכת מות אעפ"י שעדיין לא עשה כלום וממיתין אותו על אשר מבקש לעבור ועל רדפו אחר העבירה נמצא שזה חומר הנך דמצילין המנויים בסנהדרין יותר מכל שאר איסורים ונמצא ג"כ חומר בכל שאר איסורין יותר מן הנך דמצילין דאלו התם אמרינן כיון דפגמה איפטיר לי' מקטלא הרי אע"ג שעודנו עוסק בעבירה שוב אין מצילין אותו בנפשו משא"כ הך הכאת העישוי להפרישו מאיסורא הרי נוהגת בשעת העבירה דוקא וכמ"ש הר"ן להדיא באוכל חמץ לפנינו מתינן לי' עד שיפרוש או שת"נ. והנה קשה לכאורה לפ"ז הא דאמרינן בש"ס דסנהדרין שם כיון דפגמה איפטר לי' מקטלא ממונא לא משלם עד גמר ביאה והרי להנ"ל דגם בל"ת כל זמן שעוסק בעבירה ניתן להכותו בנפשו וא"כ הדרק"ל הבא על אחותו אך ישלם נס ועוד קשה בסנהדרין פ"א הגונב את הקסוה והמקלל בקוסם והבועל ארמית קנאים פוגעים בו ואם כדברי הר"ן הנ"ל הרי בכל לאוין שבתורה כך היא ומאי שנא הנך ג' דתנן התם במשנה והגם די"ל דהנך נ' דנקט משום דחלוקים בהלכותיהם ויש בזה מה שאין בזה כגון קנאים פוגעים דארמית אינו נוהג אלא דוקא בפני עשרה מישראל ובשעת מעשה וגונב את הקסוה נוהג גם אחר המעשה עיין מרג"ט מ"ב נסתפק בזה והמקלל בקוסם אעפ"י שאינו מגוף ממש אבל אינו אלא נראה כמגדף וכמ"ש בש"ה שם ואפ"ה נהרג וכן לענין הבא לשאול או לענין אם נהפך הנרדף והרגו לזה או לענין רשות או מצוה וכדומה. אבל קשה דמ"מ איך לא אישתמיט בשום דוכתי להשמיענו דקנאים פוגעין בם בכל ל"ת שבתור':

וכן קשה הלא במ"ע כ"ע מודי דמכין עד שת"נ והא תנן ב"ק פ"ו החובל בחבירו ביום הכפורים חייב לשלם והחובל בשבת פטור מפני שהוא נידון בנפשו והרי גם ביוה"כ יש בו ביטול עשה חוץ הלאו והרי ניתן להמיתו עכ"פ מצד ביטול העשה וכן יקשה משנתינו דשבועו' ל"ג דמדליק גדיש ביוה"כ חייב בתשלומין דכרת לא פעור לי' מתשלומין והרי עכ"פ ניתנין להכותו עד שת"נ מצד ביטול עשה שבו ואם שיש לומר דבהך הכאה לית מאן דפליג דביכול להצילו באחד מאיבריו שוב אין בו חיוב מיתה אבל קשה לפלוג וליתני בדידי' ביוה"כ גופי' בין יכול להצילו באחד מאיבריו או לא. והנה למאן דאמר דהכאה זו אינה נוהגת אלא בסמוכים או שאין הכאה זו מה"ת אלא מרדות דרבנן או דס"ל שאינו נוהגת אלא במורד להכעיס או למ"ד דבעבירה שיש בה כרת קים לי' בדרבה מניה ונדחית הכאה זו כמ"ש לפנינו בס"ד הנה כל אחד מן הסברות הללו תיספוק ליישב כל הקשיות הללו אבל לדעת החולקים (הנ"ל) על כל תנאים הללו הדרק"ל וי"ל לפי מ"ש למעלה דהך הכאה עד שת"נ איננה בגדר עונש אבל היא עישוי וכפיי' וכל שאינו

בגדר עונש לא דיינין ביה דין קלב"מ דמקרא דכדי רשעתו ילפינן דמשום רשעה אחת אתה מחייבו ולא שני רשעיות ר"ל שני עונשין לא ענשינין משא"כ הך עישוי ולהכי אינה פוטרת מן התשלומין כלל או י"ל לפי מ"ש הר"י דיאלין שורש ג' ד' י"ח אות ב' ז"ל לדעתי כי הרב לא חשבו לזה מיתה בידי אדם מאחר שאין בידם לפגוע בו כי אם בשעת מעשה ולא לאחר מכאן עכ"ל ע"ד זה עצמו י"ל דכל אלו שמכין אותם עד שת"נ לא חשיבה מיתה בידי אדם לדין בו קלב"מ הואיל ואין נוהגין רק בשעת עבירה:

והנה הרמב"ם פ"א מהלכות רוצח כתב הבא על הערוה אחר שהערה בה שוב אסור להצילו בנפשו אעפ"י שעדיין לא גמר ביאתו עכ"ל ולסברא הנ"ל קשה הרי גם אתר שהערה כל זמן שעסוק בעבירה מכין אותו עד שת"נ וכן יש בפרק י"ב מהלכות איסורי ביאה הבא על הנכרית בין דרך זנות בין דרך חתנות קנאים פוגעים בו והיא שיש שם עשרה מישראל עכ"ל והרי דרך חתנות יש בו לאו מפורש מה"ת וכמ"ש שם בפירוש ולמה לי עשרה מישראל והלא להנ"ל בכל עבירה שיש בו חיוב לאו מכין אותו בשעת העבירה עד שת"נ ובשלמא בא עלי' דרך זנות שאין בזה לאו מפורש בתורה רק יש בזה הל"מ וכך נתקבלה שדוקא בפני עשרה מישראל הוא דקנאים פוגעים בו אבל דרך תתנות קשיא. וכן מ"ש בפ"א מהלכות רוצח הלכה י"א מחלל שבת ועובד כו"ם אין ממיתין אותם עד שיביאוהו לב"ד וימית עכ"ל ולהנ"ל הרי תיכף בשעת עבירה יכוהו עד שת"נ וצ"ל באחד מן הדרכים הנ"ל או דס"ל דהכאה זו אינו אלא במורד או דצריכה דיינים סמוכים או דאינו נוהגת בל"ת כלל כדברי התשב"ץ או דבמקום כרת קלב"מ וכנ"ל:

והנה נחזור למ"ש דלפי המבואר י"ל דגם מהר"מ רוטענברג וסייעתו יודה דבעובר לפנינו גם בל"ת מחינן לי' עד שת"נ אמנם בדברי הגאון התשב"ץ הנ"ל מבואר להדיא דאפילו בעובר לפנינו לא מצינו להכותו עד שת"נ אלא מתרין בו ולוקה על כל התראה והתראה ויש סיוע לדבריו לענ"ד ממשנה ערוכה במכות כ"א תנן התם נזיר שהי' מטמא למתים כל היום או שהי' שותה יין כל היום אינו לוקה אלא אחת ע"ש והשתא קשה הא בכה"ג בשותה יין או מתטמא לפנינו מכין אותו עד שת"נ אמאי סתם ותנא דאינו לוקה אלא מלקות מ' של תורה הא הותר דמו לגמרי כל שאינו מקבל להיות פורש מן האיסור מכין עד שת"נ וכמ"ש הר"ן וסיעתו להדיא אבל להתשב"ץ ניחא דכל שאינו עשה כסוכה ולולב לוקה על כל התראה והתראה ותו לא וי"ל ג"כ לפי אחד מן הדרכים הנזכרים בתנאי ההכאה הלזו אי נמי דאין ה"נ אלא דמתניתין לא מיירי כאן אלא מדין המלקיות מ' של תורה שלוקה מ' אחרי העבירה וקמ"ל דאע"ג שעבר כמה פעמים אינו לוקה אלא אחת כיון שלא היתה שם אלא התראה אחת לכולם אלא שיש לחקור בשיטת התשב"ץ

טעם דבר זה מאי היא אי נימא דס"ל דהכי גמירי להו דחמירא בזה עשה מל"ת ושדוקא במ"ע מכין עד שת"נ לא בל"ת ולפי זה בדבר שיש שם מ"ע ולית במקום אחד מכין אותו עד שת"נ עכ"פ מצד חומרת המצות עשה גם לתשב"ץ או דלמא דטעמא אחרינא הוא דס"ל אדרבה היא הנותנת הואיל ויש כאן לאו של תורה שלוקין על מ' של תורה לכן מלקות הללו פוטרים אותו מהכאה זו ולא מבעיא למ"ד שהכאה זו מרדות דרבנן א"כ דין היא שמלקות של תורה דוחה את המרדות דרבנן וכדתנן בריש אלו הן הלוקין גרושה והחלוצה אינה לוקה אלא אחת ע"ש בתוס' אלא אפילו למ"ד דהכאה זו מן התורה היא הלמ"מ מ"מ י"ל דמלקות של תורה היא ארבעים דוחה את הכאה הזאת מפני שקלה היא במה שיכול לפטור עצמו ממנה בדיבור בעלמא כשיאמר רוצה אני משא"כ, מלקות מ' של תורה אין בידו להפטר מהם בשום אופן וכענין שאמרו במכות י"ג דחייבי כריתות ישנן בכלל מלקות ארבעים שאם עשו תשובה ב"ד של מעלה מוחלין להם וכמ"ש במלחמות הרמב"ן שם וז"ל אלא ר"ע הכי קשי' לי' חייבי כריתות אמאי ישנן בכלל מלקות מ' ואין אומרים שלא ילקה ויעמוד בחיוב כרת דחמור הדר אמר לפיכך דנין אותו במלקות שאם עשה תשובה ב"ד של מעלה מוחלין לו הכרת וכיון שכן עונש מלקות עיקר וחמור בעינו עכ"ל י"ל דה"ה והוא הטעם דס"ל להתשב"ץ דבמקום שיש מלקות מ' של תורה נדחית הכאה זו ומתרין אותו ולוקה על כל התראה והתראה והיא החמורה וכמו שחמורה מן הכרת היה מן ההכאה הזאת דבשניהם בידו להתפטר מהם בתשובה ובזה מצינו יישוב נכון לתמיהת המפורשים דאיך לא יכו עד שת"נ על ל"ת רק על עשה הא לא תעשה חמירה מעשה דלהנ"ל לק"מ דלא מצד קולא אמרינן הכי אדרבה הואיל ול"ת חמורה נידון בחמורה וקלב"מ וכענין שאמרו בש"ס לאו משום דפטור הוא אלא דקם לי' בדרבה מנה (ולמ"ד דכרת חמור מהכאה זו וכמו שיתבאר לפנינו בס"ד א"כ כ"ש שיש לדון כן מתורת קל וחומר ומה כרת דחמורה שדוחה ההלקאה שעד שת"נ מ"מ מלקות דוחין אותה הכאה עד שת"נ דקילא שנדחית מפני הכרת אינו דין שיהי' המלקות דוחין אותה עיין רש"י חולין קל"ב ודו"ק] ובחידושי כתבתי עוד לפי מ"ש הר"ן בר"ה בשם הר"ש דאפילו מצוות אינם צריכות כוונה מ"מ כשמתכוין שלא לצאת וכ"ש כשאומר להדיא איני רוצה לצאת ידי מצוה כ"פ מודי דלא יצא י"ח מצוה כלל [ודלא כאהל מועד שהובא בבית יוסף באו"ח סי' תקפ"ט. ועיין יום תרועה וטורי אבן בר"ה שם] א"כ שפיר יש לנו טעם לחלק בין עשה לל"ת דבעשה מכין אותו עד שיאמר רוצה אני דלא סגי בלאו הכי דאפילו נושיבנו בסוכה בעל כרחו ונסגירנו שבעת ימים הנה כל זמן שאומר אינו רוצה לצאת ידי מצוה אין כאן מצוה כלל. משא"כ בל"ת כגון אוכל נבלה או

חלב וכדומה הרי בידינו למנעו ולקחת בלעו מפיו ומה כבר אכל אין שייך בו כפיי' אלא עונש ואין בכה"ג מציאות כלל להכותו נפש ברודף לעבור ל"ת. ולא גרע מאלו שמצילין אותם בנפשם דקיי"ל כשיכול להצילו באחד מאיבריו שוב אסור להמיתו וכ"ש באפשר להרחיקו מן האיסור בעל כרחו:

והנה כבר כתבתי שיש נפקא מינה בין שני הטעמים הנזכרים דהיינו לפי טעם א' כל שיש שם מ"ע בלעדי הלאו מכין אותו עד שת"נ מצד העשה, משא"כ לפי טעם שני המלקות מ' של תורה שלוקה על כל התראה דוחין הכאה זו דקלב"מ ויש נמי נפקא מינה לפי טעם הא' דהכי גמירי לה שאין זו נוהגת בלית א"כ אין כאן הכאה עד שת"נ משא"כ לפי טעם השני דהמלקות דוחין אותה הכא שאין כאן מלקות דינה כמ"ע ממש ומכין אותו עד שת"נ. עכ"פ מבואר מזה דאיכא למאן דאמר דבל"ת אינו נוהג הכאה זו אפילו בעובר לפנינו. ועיין יד המלך פ"ו מהלכות חמץ ומצה הלכה י"ב ז"ל שם לא נמצא דבר זה דמכין עד שתצא נפשו רק בקיום עשה אבל בעבירת ל"ת לא מצינו בשום מקום בגמרא בשום ענין שיהיו מכין כו' עכ"ל אלא שכתב שם דהירושלמי פ"ג דנזיר חולק בזה על ש"ס דילן וכן התוספתא דמכות דאמר התם מכין אותו עד שיקבל ולא נאמר עד שיקבל עליו לעשות המצוה מורה דבין עשה ול"ת שניהם שוין בהכאה זו ודעת הרמב"ם כהירושלמי לכן כתב בפרק ו' מהלכות חמץ ומצה דין י"ב מי שאוכל מצה בע"פ מכין אותו עד שתצא נפשו:

והנה ב' הטעמים הנ"ל לא הוצרכו אלא לתת טעם למ"ד דאפילו אוכל איסור לפנינו אין מכין אותו עד שת"נ אבל אם עדיין אינו עובר אלא רודף ומבקש לעבור על ל"ת ודאי י"ל דכולי עלמא מודי דבלאו כל הנך טעמא אין שם הכאה עד שת"נ ומן הטעם שכתב מהר"מ רוטנבערג והחו"י דכל עוד שלא עבר הוי חסר מעשה ודילמא יחזור בו רק יתרו בו ואם יעבור יקבל ענשו ומה נעשה לו עוד ומה דהוה הוה משא"כ במצות עשה בישיבתו בטל עובר ומכין אותו כדי שקיימו עכ"ל. ונלענ"ד דלפי זה ה"ה בלית שתלויה בזמן שבישיבתו בטל עובר עליה בכל רגע ורגע כגון לאו דבל תאחר אחר ג' רגלים וכדומה לזה דינה כמ"ע ממש וכ"ע מודי דמכין על ל"ת כזו עד שת"נ או שיקבל, אמנה מדברי הגאון יד שאול שהקשה מה הועילו הל"ת דל"ת ולא תקפוץ להיות כופין מחמתו הא על ל"ת אין מכין עד שת"נ וכן הקשה בנחלת צבי סי' רמ"ה נראה מזה שתפסו הדברים כפשוטן דכל ל"ת אפילו נעקרת בשב ואל תעשה ובכל רגע ורגע אפ"ה אין בה דין הכאה זו. אבל לפי המבואר בדברינו דלית כזאת דינה באמת כמצות עשה ממש אם כן אתי שפיר ולק"מ:

וכן י"ל להיפך במ"ע שאינה תלויה בזמן ויכול עוד לקיימה כלא תעשה ממש. ואפילו רודף לעבור על עשה כזו כגון שמבקש לאכול פירות הללו והן פירות שביעית שאיסורן איסור עשה אין מכין אותו עד שת"נ ומטעם האמור דשמא יחזור בו והוי חסר מעשה ואם יעבור ילקה מרדות (כמ"ש בש"ס יומא פ"ו:) וזה שאמרו בלולב ואינו עושה דמלקינן אותו עד להיפך כשעובר לאו שאין בו מלקות מאין עשה עמו שת"נ צ"ל גם כן כגון בשעה שאין לו עוד שהות לקיימו בישיבתו בטל עוקר המצוה וכדומה לזה. ולפי זה יובן דבאמת היה יכול התנא למתני וליפלוג בדידיה ר"ל בעשה או בל"ת גופייהו בכל חדא מנייהו בין עובר עבירה שבישיבתו בטל נעקרה המצוה בכל רגע לבין עבירה שלא נעשית עוד וחסירה מעשה אלא דהתנא מלתא דפסיקא נקט ברוב עשין בישיבתו בטל יתבטלו וצריכים מעשה. משא"כ לא תעשה רובן לא יתבטלו אלא בקום ועשה. וכל עוד שאינו קום ועשה אינו עובר. אבל לקושטא דמלתא ודאי יש לך לאו שדינו כעשה ויש לך עשה שדינה כלאו באופן שדברי הר"ן בחידושיו לחולין הנ"ל שכתב דעשה ול"ת דתני הכא הוא לאו דוקא יכולים להאמר גם לשיטת מהר"מ מרוטענבערג והתשב"ץ וכדאמרן:

וכן לפי הטעם שכתבנו למעלה לפי דברי הר"ן בר"ה בשם הר"ש דהטעם שמכין במ"ע עד שת"נ משום דלא סגי בלאו הכי דאפילו נושיבנו בסוכה בעל כרחו ונסגירנו שבעת ימים. הנה כל זמן שאומר אינו רוצה לצאת ידי חובת מצוה אין כאן מצוה כלל משא"כ בלית כגון אוכל נבלה או חלב וכדומה הרי בידינו למנעו ולקחת בלעו מפיו הנה גם לטעם זה משכחת לה גם בעשה שדינה כל"ת כגון אוכל פירות שביעית וכן בל"ת שדינה כעשה כגון בל תאחר ודכותה הכל ממש כנ"ל:

והנה אעפ"י שאמרנו דכל שלא עבר עדיין אפילו רודף אחרי העבירה תלינן לי' לומר דשמא מ"מ יתחרט ושמא לא יעבור זהו דוקא לענין שלא להכותו נפש אבל הכאה בעלמא למונעו מן העבירה ודאי עבדינן ליה והיינו דתניא יבמות פ"ח מנין שאם לא רצה דפני ר"ל הכאה בעלמא וכן הך דכתובות ע"ז דמעשין לפסילות י"ל דג"כ אינו אלא עישוי וכפיי' בשוטים אבל לא עד שת"נ:

שוב מצאתי ראיה נכונה לזה בדברי הרמב"ם בפירוש המשנה סוף פ"ח דסנהדרין על הא דתנן התם אלו שמצילין אותם בנפשם כתב וז"ל אבל שאר עבירות אצ"ל שאין מצילין אבל אנו צריכים להזהירו ולמנעו ולהצילו בכל מה שנוכל זולת מיתתו שהוא אסור כו' וסיים וכן שאר העבירות מלבד עריות ורוצח עכ"ל. הנה ילמדינו הרמב"ם ז"ל בזה למוד מפורש שאין איסור אלא להמיתו אבל צריכים אנו להצילו בכל מה שנוכל ברידוי והלקאה כדי למנעו מעבירה:

וכן מוכח לענ"ד מהא דתנן בערכין חייבי עולות ושלמים ממשכנין אותו וכתבו התוס' ר"ה ו' דלא מתוקמא מתניתין אלא בשלא עברו עדיין ג' רגלים ולא עבר עדיין בבל תאחר אלא דהכא במאי עסקינן במתעצל להביא וממשכנין אותו שמא יעבור ואם אין מוציאין לו משכון כופין ומלקין אותו וכ"כ הרמב"ן במלחמות פ"ד דב"ק ולכאורה קשיא הלא הדברים ק"ו ומה רודף ומבקש לעבור לא מחינן לי' מטעם שמא ישוב ויתחרט עוד בזו הרגע ולא הותר דמו. זה שאינו רודף לעבור אלא מתעצל ובודאי שאפשר שיקיים עוד המצוה אעפ"י שאינו מן הזריזו המקדימין אינו דין שלא נכנו אלא ודאי כדאמרן דדוקא להכותו נפש הוא דמחלקינן הכי אבל הלקאה בעלמא מלקין להצילו ולהפרישו מן העבירה:

והנה כבר כתבנו דהא דקיי"ל בסוף המדיר מעשין לפסילות אפילו בשוטין אעפ"י שאין שם רק איסורי ל"ת וכן הא דיבמות פ"ח מנין שאם לא רצה דפנו הרי דמעשין גם בל"ת. ולתשב"ץ וסיעתו דאין הכאה עד שת"נ בל"ת צריך לומר דס"ל דהך עישוי הוא הלקאה בשוטין אבל לא עד שת"נ וכנ"ל:

ועוד י"ל דבל"ת כזו יש ג"כ מצות עשה של גרושין ולא מבעיא למ"ד דמ"ע מיוחדת מה"ת לגרש אשה הפסולה לו א"כ ודאי כופין על זה כמו על סוכה ולולב אלא אפילו למ"ד שאין זה מ"ע מיוחדת אבל מודי דמצוה לגרש ונכללת הוא במצות עשה דגירושין וגדולה מזו נראה מדברי הרשב"א בחידושיו סוף המדיר שם דאפילו אשה הפסולה לו מדרבנן כיון דעכ"פ אסורה לקיימה מדרבנן מצוה מה"ת לגרשה יעו"ש שכתב וז"ל כיון דאסורה לו בין של תורה בין של דבריהם קרי להו דאורייתא וגרושין מצוה עכ"ל ואפילו את"ל שהוא רק מצוה דרבנן הנה כבר הוכיחו התוס' דכתובות פ"ו שם דהכאה עד שת"נ ישנה גם במ"ע דרבנן ועיין פיה"ו שם שגם רש"י מודה לזה ועיין פרמ"ג בפתיחה כוללת חלק א' אות כ"ד חקירה זו ואות כ"ח שם בנר חנוכה ומגילה דלתוס' מכין עד שת"נ ולרש"י אינו נוהג הכאה זו אלא במצוה של תורה. אמנם בספר מגיני שלמה מבואר דגם רש"י הכי סבירא לי' ולית מאן דפליג בזה וכן דעת הפני יהושוע שם:

והמשנה למלך פרק י"ז מהלכות איסורי ביאה דין ט"ו כתב בפשיטות דכהן הנושא חללה מכין אותו עד שת"נ עד שיוציא ולכאורה קשה שהרי לשיטת מהר"מ רוטענבערג והתשב"ץ אינה נוהגת הכאה זו בל"ת אבל להנ"ל י"ל דס"ל דכה"ג מצוה לגרש וכופין לגרש מצד מ"ע זו שעובר עליה כל רגע ורגע כמ"ע של סוכה ממש שוב מצאתי כעין דברים אלו ממש במשו"נ להגאון הקצות חו"מ סי' ג' עיין שם. דכתב דהא דכופין להוציא הוא מצד מצוה לגרש כה"ג. אמנם בתוס' זבחים דף ב': בד"ה סתם אשה לאו לגירושין

ע עומדת כתבו וז"ל ואפילו זינתה אשתו אם לא ירצה הבעל לא יגרשנה אלא שלא תשמשנו עכ"ל. וי"ל דזינתה שאני שכל שפורש ממנה לעגן אותה לבלתי גרשה די ועכ"פ לא אמרינן כהאי גוונא גרושין מצוה א"נ י"ל דמ"ש התוס' דאם לא ירצה לא יגרשנה זהו מה"ת אבל מדרבנן מצוה לגרשה. גזירה שמא יבא עליה *) ועיין מגן גבורים סי' קכ"ח סעיף קטן ל' לענין כהן שנשא גרושה אינה מצוה מה"ת כלל לגרשה ויכול להשהותה בלי גט אלא מדרבנן חייב להוציאה שמא יבא עליה עכ"ל. וכבר מצינו הכאה עד שת"נ גם בשב ואל תעשה של מצוה דרבנן כגון מניעת נר חנוכה ומגילה וכמ"ש הפר"מ שם ולכאורה קשה אטו חמירה עשה דרבנן מל"ת של תורה שאין מכין עלי' עד שת"נ לשיטה הנ"ל אפילו עובר עלי' לפנינו ובשלמא לפי טעם השני י"ל לאו משום דפטר בל"ת הוא אלא דקלב"מ וכנ"ל. אבל לטעם הא' אפילו באין שם מלקות של תורה פטור נמי מהכאה זו קשיא וי"ל דלטעם הא' הוא דהכי גמירי להו וזהו מה"ת אבל מדרבנן תקנו כפיי' זו גם על מ"ע דרבנן כעין של תורה. ולפ"ז מוכח מכאן ג"כ דכפי' עד שת"נ במ"ע הוא מה"ת ממש ולפי דברי מהר"מ והחו"י הנ"ל דבל"ת תלינן לומר שמא לא יעבור משא"כ בעשה שהגיעה זמנה ואם לא יקיים ויושב ובטל יעבור זמן המצוה הנה זה שייך גם במ"ע דרבנן בנר חנוכה ומגילה:

ויש לומר עוד דגם הר"ן מודה להא דס"ל לתשב"ץ דכל שיש מלקות מ' של תורה תו לא מחינן לי' עד שת"נ אלא מתרין אותו ולוקין על כל התראה והתראה. ומ"ש הר"ן באוכל לפנינו מחינן לי' עד שת"נ היינו כשלא קיבל עליו התראה וכיוצא בזה שאין בו מלקות מ' וכה"ג גם התשב"ץ וסיעתו מודים דאף בל"ת מחינן לי' עד שת"נ לפי טעם השני הנ"ל אבל לטעם הראשון דהכי גמירי להו דבל"ת אין שם הכאה עד שת"נ אף על פי שאין בה מלקות א"כ ה"ה אפילו לא היתה שם התראה. דהיינו הך. וי"ל עוד טעם לפי מ"ש הפרמ"ג בספרו תבת גמא דף ע"ד עמוד ד' דעיקר מצות הוכח תוכיח אינה אלא כשחבירו עובר על ל"ת משא"כ כשחבירו עובר על מצות עשה אין עליו חיוב מה"ת להוכיחו ע"ש מלתא בטעמא א"כ י"ל דמטעם זה הטילה תורה חיוב ואזהרה לב"ד שיעשוך וקולו חומרו משא"כ בלית דחמירה שחייב כל אדם מישראל להוכיחו ולהכותו ולהפרישו מאיסורא להכי חומרו קולו ואין כאן חיוב על ב"ד ועיין תשובת מהר"מ רוטנבערג סי' תשנ"ה:

והנה הסמ"ע סי' צ"ז ס"ק ט"ו כ' בחובל כלי אוכל נפש או בגד אלמנה אין בה כפייה משום דמתן שכרה בצידה. ולכאורה תימה מדוע לא יכופו כה"ג הרי עובר בכל רגע ורגע על לאו של תורה. וכבר השיגו על הסמ"ע בזה האו"ת שם ס"ק ט"ז והקצות. והחליטו לדחותו בשתי ידים. אמנם לפי הסברא הנזכרת בשם התשב"ץ דבמקום שיש שם ל"ת

של מלקות שוב נדחה הכאה זו אלא מתרין אותו ולוקה על כל התראה והתראה א"כ מעיקרא לק"מ דאדרבה היא הנותנת הואיל ויש שם מלקות של תורה ממילא נדחית הכאה הלזו והאו"ת שם כתב וז"ל אם חבל משכון באיסור פשיטא דכופין אותו לקיים העשה שלא יהא כל ימיו באיסור וכן מוכח בתוס' דמכות ד' ט"ו דכתבו להדיא למ"ד דקיימו ולא קיימו אם התרו ב"ד להשיב העבוט. ולא השיב חייב מלקות הרי דב"ד מתרים בו ואי לא משגיח לוקה ארבעים וא"כ פשיטא דכופין עכ"ל. ולהנ"ל אין זה הוכחה כלום דמלקות ארבעים לחוד והכאה לקיים המצוה לחוד והבדל רב ביניהם מלקות ל"ט לוקה על מה שעבר כבר והכאת הכפייה הוא על העתיד המלקות ל"ט אין יכול לפטור עצמי אחרי שקיבל ההתראה ולא השיב עבוטו בשעה זו אעפ"י שישיבנו היום הנהו לוקה על העיכוב של אמש למ"ד קיימו ולא קיימו כמבואר בש"ס שם משא"כ ההכאה על העתיד תיכף כשקיבל על עצמו נפטר מההכאה הלזו ובזה נדחה גם ההוכחה השני' שכתב האו"ת שם וז"ל מאי אין כופין איך יתרו וכו' עכ"ל:

והנה אדרבה אנן הכי קאמרינן הואיל ואין כאן כפיי' ובידו הברירה לשמוע להשיב מיד או לבלתי שמוע ולקבל עלי' התראה א"כ שפיר מתרין בו כדת של תורה, וכן מ"ש האו"ת שם וז"ל וגם הא חייב מלקות כשאין שומע בקולם עכ"ל לק"מ ואין זה מכריח שיש כפיי' על העתיד דידאי חייב מלקות על לשעבר אבל הרי יש קצבה להלקאה זו ארבעים יכנו ולא יוסיף משא"כ ההכאה הלזו על העתיד הוא בלא אומד ובלא *)הג"ה אלא דיש אומרים דאשתו שזינתה מותר להשהותה בביתו ואינו חשוד עליה דשנואה לו ומאוסה עליו וכמ"ש הרמ"א בהגה, באבן העזר סי' קי"ז סוף סעיף אי ע"ש. אבל לדעת המחבר שם כופין אותו להפרד ממנה לגמרי דחיישינן שמא יבא עליה וכמ"ש הבית שמואל שם סק"ג אלא דיש לומר דבזינתה דמאוסה עליו גם להמחבר מותר לדור בשכונתה ולא ילך אצלה אלא בעדים. אבל בלא עדים יש מחלוקת בזה וכמ"ש הבית שמואל כק"ח ועיין שי למורה שם ובהגהות הרב"פ ז"ל. מספר נמצא דמטעם חיוב המלקות ל"ט של תורה נפטר מההכאה של כפיי' אלא דהא תינח כשמישכן באיסר והתרו בו דיש כאן חיוב ל"ט של תורה אבל כשמישכן בהיתר או כשלא קיבל התראה דשוב אין כאן מלקות של תורה הוי אמינא דכופין ומכין עד שת"נ וכאמור למעלה לזה בא הסמ"ע ולימד דאין כאן כפיי' זו משום דמתן שכרה בצידה ואע"ג שיש כאן גם לאו חוץ העשה כבר תירץ המ"ל בפ' מהלכות עבדים דכל שהלאו ניתק לעשה דינה כמ"ע לחוד והקצות שם לא ראה דברי המ"ל הללו. אמנם דעת האו"ח לפי הנראה דהוא סבור דאפילו במ"ע שמ"ש בצידה כל שיש בביטולה לאו של מלקות כופין אותו לקיים העשה ואין כח במ"ש שבצידה

לפוטרו מכפיי' אלא בעשה גרידא או אפילו יש עמה לאו כגון לא תשכב בעבוטו שהוא לאו שאין בו מעשה ואין בו מלקות להכי לא כייפינן לי' מטעם מ"ש שבצידה והנה זה סברא מחודשת שלא נמצאת בשום מקום אדרבה הרי דעת רוב הפוסקים דלהכי כייפינן לצדקה משום הלאו דלא תאמץ ולא תקפוץ הרי דאפילו בלאו שאין בו מעשה כופין אע"ג שמ"ש בצידה ויש לחלק דלא תשכב בעבוטו וכדומה דניתק לעשה שאני וכמ"ש המ"ל [באופן דס"ל להגאון באו"ת דכשיש שם לאו של מלקות כגון חבל משכון באיסור כה"ג לית מאן דפליג דכופין כי פליגי בלאו שאין בי מעשה ולא ניתק לעשה לחד תירוצא בתוס' והר"ן כופין משום הלאו וס"ל דלא תקפיץ לא ניתק לעשה ועיין הפלאה כתובות מ"ט ולאידך תירוצא אין כיפין ואם ניתק לעשה כ"ע מודי שאין כופין. אבל מ"מ כבר הוכחנו דאית מאן דפליג דאפילו יש שם לאו של מלקות אפיה אין כופין וכמ"ש בתשב"ץ ובזה יבואו דברי הסמ"ע על נכון] אלא שקשה איך יהא הבדל הענין הכאה זו בין עושה מעשה ואינו עושה מעשה והלא כל עיקרה של הכאה זו ומקור דין זה איננה אלא על העדר המעשה כגון אומרים לו עשה סוכה ואינו עושה לולב ואינו נוטל אלא שלמדו ממנה דה"ה העושה מעשה אבל שנקל בהכאה זו מצד טעם זה שאינו עושה מעשה זו לא שמענו אלא במלקות ל"ט של תורה:

על כל פנים עלה בידינו פירוש נכון לדברי הסמ"ע דמ"ע שמתן שכרן בצדה אין נוהג בה הכאה זו אע"ג שיש שם לאו של מלקות ולכן צריך לפרש דמ"ש הרמב"ם דמחזיר בעל כרתו ר"ל לאפוקי דלא נימא דעביד מהני ואין עליו שום חיוב להחזיר קמ"ל דעביד לא מהני וחייב להחזיר אבל הכאת הכפייה שהיא עד שת"נ אין נוהג בה אלא או ל"ט מלקות אם התרו בו ובלא התרו בו או שלא קיבל התראה אין כאן לא מלקות ל"ט ולא הכאה של כפייה מפני שכתוב מ"ש בצידה ואין עליה אפילו מרדות דרבנן וכמו שהוכחנו מדברי הגהות מיימוני פ' י"ב מהלכות אישות והמ"ל בהלכות עבדים פ' ומדברי הסמ"ע הללו יש ללמוד עוד דס"ל דמ"ע שמ"ש בצידה אין עליה אפילו כפייה קטנה ודלא כמהר"ם בבא בתרא דף ח' ע"ב שאם כדברי מר"מ לא הי' צריך לדחוק אלא דמ"ש מחזיר בעל כרחו ר"ל שכופין אותו עכ"פ כפייה קטנה אלא ודאי סבירא ליה דאין שם אפילו כפייה קטנה:

וכן מוכח מדברי הט"ז ביו"ד ר"ם ר"מ וכן מוכח מדברי הש"כ בחו"מ ק"ז ס"ק א' וכמו שנכתב לקמן בס"ד ומתוך הדברים הנזכרים אנו למדים דשורש ענין מצוה שמתן שכרה בצידה שאין כופין עליה איננה כטעם יש מי שאומר דהואיל ומתן שכרה כתוב בצידה אין מן הצורך לכופו דכמו ששנינו חייבי חטאות ואשמות אין ממשכנין אותו משום דלכפרה באין ומעושה ועומד הוא מפני שרוצה להתכפר כמו כן כשמ"ש בצידה רוצה

הוא במתן שכרה וא"צ עישוי שאם הי' כטעם הזה הי' בדין דרמו בחייבי חטאות אעפ"י שאין מעשין מ"מ זהו דוקא קודם שעברו ג' רגלים אבל אחר ג"ר ממשכנין ומעשין מפני שבכל רגע ורגע עובר בב"ת וכמ"ש התוס' פ"ק דר"ה דף ו' דיבור המתחיל יקריב אותו וכן כתב הרמב"ן במלחמות פ' ארבעה וחמשה שסברא נכונה הוא ע"ש הרי כל שעומד באיסור לפנינו מעשין אותו אפילו בחייבי חטו"א ולפי טעם הנ"ל הוא הדין במ"ע שמ"ש בצידה דחד טעמא הוא ואיך א"כ ברירא לי' להסמ"ע דאין כופין אותו להחזיר משכונו שמשכן באיסור משום מ"ש הכתוב בצידה והרי עובר לפנינו בכל רגע ורגע וכה"ג אפילו חייבי חטו"א גופייהו ממשכנין אלא ודאי עיקר טעמא דאין כופין במ"ע שמ"ש בצידה הוא כמ"ש רש"י בחולין קי"ז וכדבעינן למכתב לקמן בסייעתא דשמייא:

העולה מזה הרודף אחרי ל"ת כגון לאכול נבלה וטריפה או אפילו רודף לחלל שבח שיש שם לאו מעשה לא מלקינן לי' עד שת"נ ומטעם הנ"ל דשמא יתחרט בזו הרגע האחרונה ולא יעבור. (ב) עובר לפנינו אחת מהעבירות הנ"ל לדברי הר"ן מכין אותו עד שת"נ ולהתשב"ץ גם בזה אין מכין עד שת"נ אלא לוקה מ' של תורה על כל התראה אלא דלפי טעם השני הנ"ל י"ל דכהתרו בו וקיבל התראה גם הר"ן מודה דנידון במלקות והר"ן מיירי שם בלא קיבל התראה שכה"ג גם התשב"ץ יודה כיון שאין שם מלקות של תורה נידון בהכאה זו אבל לפי טעם הראשון דהכי גמירי להו דבל"ת אין שם הכאה זו דקילא בזה ל"ת מעשה א"כ אפילו כה"ג שעובר לפנינו נמי לא מחינן לי' עד שת"נ. (ג) לטעם א' אם יש שם עשה ול"ת בדבר אחד מכין עד שת"נ בשביל העשה משא"כ לטעם הב' מלקות שעל הל"ת דוחין הכאה הזאת (ד) יש מצות עשה שדינה כלא תעשה כגון אוכל פירות שביעית אפילו רודף לאכלן לא מחינן לי' עד שת"נ מטעם הנ"ל דשמא יתחרט ולא יאכל. (ה) ויש ל"ת שדינה כמ"ע כגון לא תלין פעולת שכיר אחר שעבר זמנו או בל תאחר אחר שעבר ג' רגלים שבישיבתו בטל עובר על לאו בכל רגע ורגע ומכין עד שת"נ. (ו) כל זה לענין הכאה עד שת"נ אבל הכאה בעלמא להפרישו מאיסורא נוהגת אפילו רודף אחר ל"ת ואפילו איסור קל ממנה. [ויש לומר עוד טעם חדש לפי מ"ש הפרמ"ג בספרו תבת גמא דף ע"ד עמוד ד' דעיקר מצות הוכח תוכיח אינה אלא כשחבירו עובר על ל"ת משא"כ כשעובר מ"ע ע"ש הטעם וי"ל דלכן קולו חומרו הואיל ואין חיוב על יחיד להוכיח על עבירות מצות עשה לכן ב"ד חייבין לכופו עד שת"נ משא"כ בל"ת דחייב כל יחיד להוכיח את חבירו ולהכותו ולהפרישו מאיסור לכן חומרו קולו שאין רשאי להמיתו ואין כאן חיוב על הב"ד כלל יותר מן כל אדם וכעין דברי מהר"מ בסי'

תשנ"ה דאין ב"ד מוזהרין לכופו במצות מאזני צדק דכתיב יהי' לכם לכם הדבר מסור ולא לב"ד יעו"ש]:

פרק יד

הא דתניא מכין אותו עד שתצא נפשו עישוי זאת אם נוהג גם בעבירה שיש בה כרת או מיתה או לא.

גרסינן בגמרא חולין קל"ב אמר רב חסדא האי כהנא דלא מפריש מתנת' ליהוי בשמתא דא"י אמר רבר"ש הני שבתו דהוצל קיימי בשמתא דר"ת הא עשרין ותרתין שני' למאי הלכתא אילימא דתו לא משמתינן להו והא תניא במד"א בל"ת אבל במ"ע מכין אותו עד שת"נ ופירש"י במה דברים אמורים דתו לא משמתינן להו במצות ל"ת דאית ביה מיתה או כרת דקם ליה בדרבה מיניה עכ"ל. משמע מדברי רש"י הללו דכל עבירה שיש בה חיוב מיתה או כרת תו לא משמתינן לי' ותו לא מחינן עד שת"נ וקשיא לי' דהא בסנהדרין ד' פ"ט תנן להדיא דהכובש נביאתו מיתתו בידי שמים ואמרינן התם תני תנא קמי' דר' חסדא הכובש את נביאתו לוקה והלקאה זו פירשו התוס' שם וז"ל לית ביה לאו ועוד דאין בו מעשה אלא מכין אותו עד שת"נ כמו עשה סוכה ואינו עושה עכ"ל הרי להדיא דגם בעבירה שחייב עלי' מיתה נוהגת הלקאה זו:

וכן מוכח להדיא מדברי הר"ן בחידושיו לחולין קל"א. דאפילו באוכל חמץ מכין אותו עד שת"נ והרי יש שם כרת. ולא אמרינן קלב"מ ובש"ס ב"ב פ"ת יליף מקרא למעוטי מדות מעונש כרת וקשה תיפוק לי' מדאיצטריך קרא למעוטי מדות מהכאה עד שת"נ כמפורש בירושלמי ביב שם א"כ ממילא מוכח שאין שם כרת גם לא מיתה בי"ש דאל"כ הרי אין מכין עד שת"נ מטעם קלב"מ להנ"ל אלא ודאי דהכאה זו נוהגת גם במקום כרת] וכן מוכח מהא דערובין ס"ג כך מקובלני כל המורה הלכה בפני רבו חייב מיתה והרי קיי"ל דמ"ה ב"ר משמתינן לי' כמ"ש בשבת י"ט: וכ"פ ביו"ד סי' רמ"ב ס"ד ושל"ד סי' מ"ד ולהנ"ל קשה הא קלב"מ. ותו קשיא הא קיי"ל דכל שנהג שלא כשורה משמתינן לי' וכמ"ש ביו"ד ר"ס של"ד ואיך לא אישתמיט לן תד מהפוסקים ללמד לנו דבר זה דבאיסור שיש בו חיוב כרת או מיתה בי"ש תו לא משמתינן ולא מנגדינן אדרבה יש להוכיח להיפך. מדברי הר"ן נדרים ז': כתב וז"ל והקשו בתוס' מאי אריא שומע הזכרת השם מפי חבירו. הא אמרינן בירושלמי דכל שאינו עושה כשורה צריך לנדותו (וכמ"ש בש"ס דילן ג"כ קדושין ל"ט בזורע בין הגפנים ובמו"ק י"ז בלית דל"ע ל"ת מכשול יעו"ש) ואי כסברא הנ"ל הא מעיקרא לק"מ דשפיר איצטריך להשמיענו איסור הזכרת ש"ש דאעפ"י

שיש שם עונש חמיר כמיתה. לא אמרינן בי' קלב"מ כיון דמ"מ אינו חייב מיתה ממש משמתינן ליה:

וכן מוכח מתשובת מהר"י ברונא סי' קפ"ח ז"ל שם בימי התלמוד היו מנדין על עבירות וכו' אבל עכשיו אנו רואים ושומעים תמיד העוברים על כריתות ומיתות ב"ד ואין בידנו למחות ולנדות לכבוד שמים ואיך ננדה לכבוד ב"ו עכ"ל מבואר מזה דפשיטא לי' דמדינא דגמרא מנדין על חייבי כריתות ומיתות בי"ד וכ"ש בי"ש. ועוד קשה לי דהך קם לי' בדרבה מיני' דקאמר הכא משמע דעונש כרת תמור מעונש הלקאה שבידי אדם ושלכן נדחית הכאה זו מפני הכרח והא קיי"ל כל חייבי כריתות לוקין ונפטרים מן הכרת הרי דהלקאה בידי אדם תמורה. והיותר קשה לענ"ד בהך קלב"מ. הא הכאה זו של עישוי איננה על העבר אלא על העתיד ומלקין אותו שמעתה ומעכשיו יעשה כפי התורה. וחיוב הכרת או המיתה בי"ש אינו בא אלא כשעבר כבר והרי אין באים כאחד ומאי קלב"מ שייך הכא ואפילו למ"ש דאין להכאה זו מקום אלא באופן שכבר עובר ועוקר את המצוה לפנינו דאל"כ אין מלקין אותו מטעם שמא לא יעבור שמא יחזור בו בזו הרגע אבל מ"מ קשה הרי ההלקאה זו איננה על רגע זו שעברה כבר. [שהרי הכל מודים שאחר שעבר הזמן בטלה הכאה זו]:

העתק דברי הגאון המפורסם כבל קצוי ארין האב"ד דקיק לבוב יע"א כקיש מו' יוסף שאול הלוי נ"י.

והנה הצעתי קושיא זו לפני כבוד הגאון מהרי"ש האב"ד דלבוב בעל מפרשי הים ומגן גבורים ועוד ה"ת וזה העתק מכתבו מכ"י ממש במה שנוגע לקושיא הנ"ל. מה שכתב לתמוה על דברי רש"י חולין קל"ב באמת שהדברים תמוהים ומה גם שסותר דברי עצמו למ"ש בכתובות פ"ו דקאי לענין מלקות. והנני יוסיף לתמוה דבכרת לא שייך קלב"מ דאנן לא קיי"ל כרנביה ולחומר הנושא אני אומר הנה לענין מכין אותו עד שת"נ מה המכה אשר לא כתובה השיעור והקצב וגוף תכונת המכה והנה רבו בזה השיטות. אמנם לפענ"ד דרש"י בחולין פירש הך דמכין אותו עד שת"נ היינו שמתא כדדרשו במועד קטן שמתא זו מיתה שנכנסת בכל רמ"ח איבריו ע"ש וזה דוקא במ"ע כו' אבל בל"ת שיש מיתה או כרת דהיא חמורה משמתא דנכרת בידי שמים וחמיר טפי לא שייך שמתא דקלב"מ ואינו דומה לקלב"מ רק דחמירא מהשמתא ובזה יסירו הרבה קושיות שהקשה מעלתו אבל הוא דבר חדש ורחוק להעמיס כן בדברי רש"י ועיכ הדבר צריך עיון גדול עכ"ל והנה כבר כתבתי בפ"א מה שיש לפלפל בדבריו אכן מ"ש בכוונת רש"י הרי הודה ובעצמו שרחוק לומר כן:

ויש לכאורה לומר שדבר זה תלוי בפלוגתא דרב ששת ור' אחא בר הונא בסנהדרין פ"ב: דלרב ששת פשיטא לי' דהיכי דחייב מיתה בידי שמים אמרינן לישבקא דליקטול בידי שמים והכי ס"ל דה"ה והוא הטעם לענין הכאה זו דתו לא מחינן לי' אנן בעבירה שיש עלי' חיוב מיתה או כרת דאמרינן נמי לישבקא דלימות בידי שמים והן הם דברי רש"י בחולין שם משא"כ לר' אחא בר הונא שם דס"ל להיפך ואדרבה הואיל וחייב מיתה לשמים להכי קטלינן לי' אנן דאל"כ מי איכא מידי דרחמנא פטרי' ואנן נקטלי' להכי סבור נמי לענין הכאה זו בעבירה שיש בה חיוב מיתה או כרח כל שכן דמתינן ליי אנן. ולפ"ז י"ל דרש"י סיל דהלכה בזה כר' ששת וכמ"ש הרמב"ם וכדברי הר"י דיליאן ובשורש ג' דף יית ולהכי ס"ל דבמקום כרת או מיתה תו לא מחינן לי' דלישבק דלימות בידי שמים ולפ"ז י"ל דהא דתני תנא קמי' דר' חסדא סנהדרין בכבודו בכבודו פ"ט דהכובש נבואתו לוקה ס"ל כר' אחא. משא"כ לדידן דקיי"ל כ' ששת הדרינן למימר לישבקא וכו' דקלב"מ: וזה הי' דרך נכון ל לישב מה דקשיא לכאורה מדוע השמיט הרמב"ם הך דינא דתני תנא קמי' דר"ח והרי באמת יש חידוש בדין זה עד דס"ד בש"ס שם דלא לקי משום דמנא ידעינן ומשום דלא אפשר למיעבד בהו התראה וכמ"ש התוי"ט בפרק הנחנקין שם והוו לו להרמב"ם להביא דין זה ולבאר ענינו כמו שביארו בש"ס שאפשר שיתרו בו ע"י נביאים חביריו אבל להנ"ל י"ל דהרמב"ם לשיטתו דס"ל הלכה כרב ששת דבכה"ג אמרינן לישבקא דלימות בי"ש ולכן ס"ל דנדחה דין זה מהלכה אבל הר"ן בחידושי חולין הנ"ל י"ל דס"ל כהרמב"ן בשורש ג' שם דהלכה כרב אחא ושפיר מחינן לי' גם בחייבי כריתות ומיבי"ש ובהכי ניחא נמי דברי הרמב"ן בפרשת בהעלותך שביקש טעמים מדוע לא הכריחו משה רבינו ובית דינו את ישראל לעשות את הפסח במועדו ואיך הניחו אותם באיסור כרת זה ארבעים שנה. והרי במ"ע קלה כסוכה מכין עד שת"נ וכ"ש מ"ע שיש בה כרת ולשיטת הרמב"ם הנ"ל דהלכה כר' ששת א"כ י"ל דאדרבה היא הנותנת הואיל ויש כאן עונש כרת שוב אין כאן הכאה עד שת"נ דשבקינן לי' לדרבה מינה. אלא דהרמב"ן לשיטתו אזיל דה"ל הלכה בזה כרב אחא וא"ש. ובזה יובן נמי דברי הרא"ה בספר החינוך סי' ה' וסי' ו' שני מ"ע א' שחיטת הפסח ב' אכילתו ובמצות אכילתו כתב שאם לא רצה לאכול. כופין אותו ומכין עד שת"נ ומדוע לא כתב כן בסי' הקדום. אם לא רצה לעשות הפסח *). שכופין ומכין עד שת"נ. ולהנ"ל י"ל דס"ל נמי כשיטת הרמב"ן בזה לכן דוקא במ"ע דאכילה שאין על ביטולה כרת הוא דמכין עד שת"נ משא"כ ביטול עשייתו דחייב כרת קלב"מ. וכה"ג י"ל ביורה דעה סי' רכ"א דהמונע מילת בנו כופין אותו ומלין אותו בעל כרחו ושם באותו סי' כשהגדיל ולא נימול חייב למול עצמו לא

מל את עצמו חייב כרת ולא כתב שם דמכין אותו מד שת"נ וי"ל ג"כ דס"ל דמילת עצמו שיש בו חיוב. כרת תו לא מחינן לי' דקלב"מ. משא"כ באביו דיש עליו חיוב עשה לחוד ולא כרת:

וי"ל בא"א לפי מ"ש רש"י בחולין ק"י: ד"ה שמתן שכרה בצידה. וז"ל לכך פירש מ"ש בצידה לומר אם לא תקיימנה זהו עונשו שלא תטול שכר זה עכ"ל נמצא דכך היא המדה דכל שרמז לך הכתוב עונש עבירת דבר זה בצידה אין לנו לכופו עוד וכ"כ בלבוש יו"ד סי' ר"מ בשורש טעם הדבר וז"ל שכל מ"ע שמ"ש בצידה כ' כיון שגלתה התורה במצוה זו את שכרה בפירוש הרי פעולתו לפניו ושכרו ועשו אתו דמכלל הן אתה שומע לאו. ומה לנו לכופו עוד הוא רשע בעונו ימות אם לא יקיים עכ"ל וא"כ י"ל דכ"ש כשמפורש עונשה בצידה כרת או מיתה דסגי בהכי ומה נעשה לו עוד הרי עשו אתו נמצא דמ"ש רש"י דבמקום כרת או מיתה קלב"מ הוא רק מטעם. שדין מצוה כזו כדין מ"ע שמתן שכרה בצידה וא"כ מאן דלית לי' לחלק בין מ"ע שמ"ש בצידה או לא ה"ה דלא מחלק בין עבירה שיש בה כרת או לא ולפ"ז י"ל לפי מה דמשמע בחולין ק"י להדיא דר' חסדא לא שמיע לי' הך סברא וס"ל דאפילו מ"ש בצידה מחינן לי' עד שת"נ וכמ"ש בזה בס"ד. להכי ס"ל נמי להלכה דהכובש נבואתו לוקה משא"כ למ"ד דמ"ע שמ"ש בצידה אין כופין ומטעם הנ"ל כ"ש במ"ע שמפורש עונשה בצידה. ולפי דרך זה י"ל דכמו שאמרו במ"ע שמ"ש בצידה לפי חד תרוצא דאין מכין עד שת"נ אבל מ"מ כופין ומלקין גם עלי' [או אפילו עד שת"נ אם ירצו כלומר שאינו אלא רשות וה"ה בעונשה בצידה דחד טעמא הוא וכן י"ל לאידך תרוצי בהא דכפיי' רבא לר"נ ב"א כלהו שייכי נמי הכא] וא"כ י"ל דלוקה דכובש נבואתו ר"ל הלקאה ולא עד שת"נ או רשות קאמר ואפילו עד שת"נ וכן י"ל בהא דערובין ס"ג דמשמתינן למורה הלכה בפ"ר ר"ל רשות ולא חייב. והכי נמי מתניתין דעדיות פ"ה מ"ו שנידו את אליעזר בן חנוך שזלזל בנטילת ידים אע"ג דחייב מיתה כמ"ש בסוטה ד' היינו דחיובא ליכא לנדותו דקלב"מ אבל רשות ביד ב"ד אם ירצו:

והנה איך שהוא עדיין קשה איך לא אישתמיט חד מהפוסקים להביא דין זה דעבירה שיש בה כרת או מיתה בי"ש תו לא מחוייבין ב"ד להזדקק לו לא לשמתא ולא להכאה עד שת"נ. וכן בעיקר הך קלב"מ שהקשינו הרי לא אתיין כהדדי. והרי עונש בידי אדם חמור לענין קלב"מ הנה לזה עדיין לא תירצנו כלום:

ועוד קשה שהכי כתבו להוכיח דבל"ת אין מכין עד שת"נ אפילו ברודף אחריה. מהא קיי"ל דאין מצילין בנפשם אלא אלי השנויים בסנהדרין שם דף ע"ג דגלי בהו קרא להדיא [וכמ"ש החוי"א וכ"כ המשו"נ] והשתא אי נימא דכל שיש שם כרת או מיתה תו לא

מחינן עד שת"נ. א"כ בטלה הוכחה זו מעיקרא. דאדרבה לעולם אימא לך דיש הכאה עד שת"נ בכל רודף אחר כל ל"ת. חוץ מחייבי כריתות ומיתה דקלב"מ ולהכי הוצרך קרא לגלות בהדיא בכל הנך דסנהדרין ד' ע"ג שם ללמדינו דאלו אעפ"י שהם חייבים מיתה אפ"ה מצילין אותו בנפשם ולא אמרינן דעונשם אתם מפורש בכתוב בכל אחד מהם. אבל מוכח מזה שאין העונש הזה פוטרם וה"ה לענין הכאה זו בכל חייבי כריתות ומיתה בי"ש:

לכן נלענ"ד אחרי ההתבוננת בלשון הברייתא הזאת שזה מ"ש במה דברים אמורים במצות ל"ת היא סיפא של איזה ברייתא המדברת בדיני הלוקין ומלקייתן וכ"כ להדיא בשטמ"ק כתובות פ"ו שם אבל מה המה דיני המלקיות שנשנו ברישא שם. לא נשנו בפירוש בגמרא. אבל הם מתנוצצים מתוך דברי מאור עינינו רש"י ז"ל בפירושו בחולין שם. שכך הי' דברי הברייתא שם בתחילה בסגנון לשון זה או קרוב לזה "עבר אדם עבירה פעם א' לוקה. חזר ועבר פעם ב' לוקה שנית עבר פעם שלישית שוב אין מלקין ולא משמתין. אלא מכניסין אותו לכיפה להמיתו ועל זה סיים בסיפא במד"א בל"ת אבל במ"ע כגון סוכה ולולב מלקין אותו עד שת"נ ובהיות כן דברי רש"י מאירים ושמחים ונסו כל הקושיות וסרו כל התמיהות. ומה שפירש"י במד"א דתו לא משמתינן לא בא לסתור פירושו בכתובות שפירש לענין מלקות די"ל דמשניהם דברו ברישא שם. דשוב אין מלקין ואין משמתין אלא משום דבחולין שם דברו משמתא לכן נקט רש"י שם שמתא. ויובן מעתה מ"ש רש"י בד"א בל"ת שיש בה כרת או מיתה. דבריו ברורין שהרי כך מבואר להדיא בסנהדרין דף פ"א: דדוקא במלקות של כריתות הוא דמכניסין לכיפה. והיה חייבי מיתות בי"ש דגברא בר קטלא הוא משא"כ בלאו של מלקות לחוד אפילו יעבור אלף פעמים אין מכניסין אותו לכיפה וכמ"ש הרמב"ם בפיה"מ שם להדיא. ולפ"ז מ"ש רש"י דתו לא משמתינן לי' משום דקם לי' בדרבה מינה ר"ל עונש כיפה. דהיא חמירא ודאי ממלקות ומשמתא שהרי יומת שם. אבל כרת אינה פוטרתו מהכאה זו כלל [ולפ"ז י"ל דמינה שמעינן נמי דהכאה עד שת"נ נמי הל"מ כמו מיתת כיפה וענין אחד לשניהם]:

וי"ל בא"א לפי מ"ש בתשב"ץ דאפילו אוכל נבלה לפנינו אין מלקין אותו עד שת"נ אלא מתרין *)**הג"ה** עיין בדברי הגאון בעל קרבן העדה סוף פ"ו דפסחים בשירי קרבן. דלפי דבריו ז"ל מוכח מש"ה שם דכופין אותו ע"י ב"ד לעשות את הפסח. ולהכי תנן השוחט פסח בי"ד שחל להיות בשבת ונמצא טריפה פטור מחטאת ומוקמינן לה כר' שמעון ור"ש ס"ל ביבמות פ"ז: דמאי הוי לי' למיעבד חייב חטאת וצריך לתרץ דשאני הכא דב"ד

כופין אותו לעשות את הפסח במועדו אפילו בשבת הוי אונס גמור יעו"ש בירושלמי בדברי הש"ק שם:

אותו ולוקה מ' על כל זית וזית ועל כל התראה והתראה ולפי מ"ש טעמא הוא משום דחמורה מלקות של תורה מן הכאה עד שת"נ הואיל שאם אמר רוצה אני מוחלין לו וכעין שאמר בש"ס מכות דלהכי חייבי כריתות לוקים ולא אמרינן קלב"ם. דהיינו הכרת הואיל ואם עשה תשובה מוחלין לו וכמ"ש במלחמות הרמב"ן שם. ולפ"ז י"ל סגנון לשון הרישא שם בזה"ל. מלקות של תורה ארבעים. מכות מרדות בלא מנין עד שת"נ נתחייב בעבירה ש"ש בה ב' חיובים הללו [כגון כהן שבא על גרושה והיא חלוצה ג"כ] לוקה ארבעים של תורה. ופטור מן המרדות. (דקבל"מ אעפ"י שהמרדות היא עד שת"נ מ"מ כיון שיש ביד ב"ד למחול לו על המרדות [כמ"ש בנזיר נ"ט. שבקיהו דמן חבריא הוא] להכי מלקות ש"ח חמיר מינה וכמ"ש בחייבי כריתות כולם שלוקה מ"ם דנפטר מהכרת דקלב"מ ועל זה סיים ותני) במד"א בל"ת. אבל במ"ע אפילו מצוה קלה כסוכה ולולב מכין אותו עד שת"נ [וכ"ש בתמורה שיש בה חיוב כרת או מיתה] ועיין תוס' מכות י"ג ד"ה גרושה וחלוצה. ועיין נחל איתן פ"ו מהל' חמץ ומצה. ומ"ש על דבריו:

לשון אחר. כל חייבי מלקות שלקו נפטרו מן הנידוי ומן השמתא ומן נגודא במה דברים אמורים בל"ת אבל בעשה מכין עד שת"נ אלא דקשה מאי קמ"ל דתו לא מנגידנן או משמתינן פשיטא כיון שלקה הרי הוא אחיך וי"ל דלא נצרכו אלא לענין לאו שיש בו כרת או מיתה בי"ש ואתא כחביריו דר"ת ב"ג דאע"ג שלקו לא נפטרו מכרת כשלא עשו תשובה והוי ס"ד למיעבד לי' שמתא תו עד שיעשה תשובה קמ"ל דתו לא משמתינן להו דקלב"מ ר"ל המלקות של תורה פוטרתו מזה וכמ"ש. וכל שכן בלאו של מלקות לחוד דפשיטא דאין רשאין להוסיף להכותו ולא לנדותו שהרי נתכפר לו עונו אעפ"י שלא שב בתשובה וכמ"ש הרמב"ן ובעל המאור בשלהי מכות נמצא דקם לי' בדרבה מינה דקאמר ר"ל המלקות של תורה. ומטעם הנ"ל. ובזה יש לתת טעם מדוע השמיט הרמב"ם דברי הברייתא הזאת דס"ל נמי דלא נצרכא אלא לחביריו דר"ח בן גמליאל והרמב"ם לשיטתו דהלכה כר"ת ב"ג וכמ"ש בפ' י"ז מסנהדרין:

וי"ל כיון שבאנו לזה דמ"ש רש"י בל"ת שיש בה כרת או מיתה לרבותא נקט הכי וכ"ש ל"ת דעלמא א"כ אין אנו אחראין לדברי נביאות בסגנון לשון הרישא שלא הובאת בש"ס ויתפרשו דברי רש"י בפשיטות וכפי סברא הנ"ל דמלקות של תורה תמורה ודוחה את הכרת וכן הכאה ושמתא נדחין מפני' ומ"ש רש"י במד"א בל"ת שיש בה כרת ר"ל אפילו

בלית שיש בה כרת תו לא משמתינן לי' דקם לי' בדרבה מינה וק"ו בל"ת דעלמא, ולפ"ז גם רש"י ס"ל דאין כרת פוטרת מן הכאה זו ולא מן השמתא וכסתימת כל הפוסקים:

בא"א י"ל לפי מ"ש התוס' יבמות כ"ב דתשובה לא מהני לפוטרו מנדוי וי"ל דזה דוקא הנדוי הראשונה. אבל עמד בנדויו ל' יום דמנדין אותו פעם שני כמ"ש ביו"ד סי' של"ד בזה י"ל שאם לא הספיקו לנדותו פ"ב עד שעשה תשובה פטור וי"א דמהני תשובה גם בראשונה עיין סדר משנה פ"ו מהלכות ת"ת וי"ל דבאמת להכי דייק רש"י וכתב ת"ו ל"א משמתינ"ן. ר"ל נידוי השני. אבל נידוי ראשון לא נפטר מטעם קלב"מ. דהיינו הכרת אעפ"י שחמור מן הנדוי דהואיל ואם עשה תשובה ב"ד ש"מ מוחלין לו לא כן נידוי ראשין להכי חשיב הנידוי רבה מינה. משא"כ נידוי השני שגם היא נדחית ע"י תשובה א"כ הדרינן לכללא דקלב"מ דהיינו הכרת. שהיא ודאי חמורה מינה כיון דחשובה מהני בשניהם. [הג"ה שייך לעיל ובש"ס נדה י"ג המשחית זרעו חייב מיתה ועל הקישוי חייב נידוי ועיין תוס' ורא"ש ושם בדברי חמודות אות ח' הביא מ"ש הרמב"ם פרק כ"א מהלכות איסורי ביאה דין הנידוי על השחתת זרעו. וקשה דהוי לי' לכתוב דין הנידוי על הקישוי עצמו דהוא רבותא טפי ונראה דס"ל דאין שום נידוי על הקישוי אלא על ההשתחה דוקא. ע"כ דבריו:

ולענ"ד דבריו תמוהין טובא שהרי מפורש בדברי הרמב"ם פ"ו מהלכות ת"ח דהמקשה עצ"ל הוא אחד מן הכ"ד דברים שמנדין עליהם אמנם לפי דברי רש"י הנ"ל י"ל דאדרבה על השחתת זרעו שחייב מיתה תו לא מנדינן לי' דקלב"מ משא"כ הקישוי שאין בו חיוב מיתה חייב נידוי בב"ד וכמ"ש הרמב"ם בפ"ו מת"ת שם אבל מ"ש בכ"א מא"ב הנ"ל המשחית זרעו יושב בנדוי י"ל דר"ל דחיוב נידוי לשמים. דנהי דאין חייב נידוי בב"ד משום דקלב"ם. מ"מ כל קלב"מ חייב בדיני שמים כש"ס ב"מ צ"ג. ובזה יובן דלהכי שינה הרמב"ם לשונו ולא כתב יהא בנידוי וכלשון הגמרא שם. מפני שלשון זה יהא בנידוי שבש"ס פירושו שחייבים ב"ד לנדותו כמו שהוכיחו התוס' שם וכ"כ המגיד משנה בשם הרמב"ן והרשב"א שם בפ' כ"א. וזה החיוב ע"י ב"ד אינו נוהג אלא על הקושי וכמימרא דרב שם ודין זה כבר כתבו רבינו בפ"ו מח"ת משא"כ בהלכות א"ב שם פ' כ"א ילמדינו הרמב"ם סברא מחודשת וכדאמרן. ומתוך הדברים הללו למדנו שגם דעת הגאון בעל דברי חמודות משנתו ברורה לו דמשמתינן גם באיסור שיש בו חיוב מיתה, ולא אמרינן קלב"מ. ועל כרחינו דיפרש גם הוא דברי רש"י באחד מהאופנים הנ"ל:

פרק טו

יבאר דין הנידוי ועל כמה דברים מנדין ופירוש כ"ד דברים שהביאו הפוסקים התמוהים לכאורה טובא:

וז"ל הירושלמי פ"ג דמועד קטן ד' ט' ביומי דזעירי הוון מרחקין ומקרבין (אם חזר בו) אמר ר' אילא לא השתא מרחקין והשתא מקרבין (בתמיהא) הא אין נידוי פחות מן ל' יום. אמר ר' יונה חזרו ונמנו לכשיחזור בו יהיו מקרבין ועיין ק"ע שם [ועיין רא"ש שם סי' נ"ג שפירש ביומי דזעירי הוי מקרבין לאלתר אפילו לא חזר בו] ויש להסתפק במ"ש לכשיחזור בו יהו מקרבין ר"ל להתיר נדויו מיד אבל עכ"פ צריך נידוי או אפשר דכשלא הספיקו לנדותו והוא חוזר ושב מקרבין אותו מיד ולא מנדינן לי' כלל. ומדברי הרא"ש שם באותו פרק סי' נ"ה מוכת דס"ל דעכ"פ מנדין. אפילו אחר שנמנו. וכן מוכח ממ"ש התוס' יבמות כ"ב: להוכיח דלא מהני תשובה לפוטרו מן הנדוי ובריייתא דסנהדרין פ"ה ואי נימא דאחר שחזרו ונמנו מהני תשובה. הרי יש לאוקמי הך דסנהדרין קודם שחזרו ונמנו:

ועל פי דרך הזה יש ג"כ ליישב דברי רש"י בחולין הנ"ל דמ"ש דתו לא משמתינן דקלב"ם היינו למשנה אחרונה שנמנו וגמרו דמהני תשובה לפוטרו מהנידוי נמצא דמהני בהא תשובה כמו על כרת לכן שפיר הדרינן לכלל דכרת חמורה עכ"פ וקלב"מ. משא"כ הנך דוכתי במשנה וגמרא דמוכחי דמשמתינן אפילו במקום שיש בו חיוב מיתה. היינו למשנה ראשונה דלא מהני תשובה לנידוי אבל כבר כתבנו לבאר כוונת רש"י בא"א *) וראיתי בסדר משנה פ"ו מהלכות ת"ת שם שדורש ק"ו ומה המנודה כבר כשחזר בו מתירין לו, כשעדיין לא נתנדה כלל אינו דין שתועיל לו חזרתו שלא ינדיהו. ואיכא למפריך מה למנודה כבר שכן קיבל עונש והרי הוא אחיך תאמר בזה שלא חל עדיין הנידוי כלל. אי נמי י"ל דמעיקר הדין הרי לא מהני חזרה כלל אלא דחכמים תקנו לקבל את השבים למנוע מחלוקת אבל לעקור הנדוי מעיקרא. זו לא תקנו ולמ"ד בש"ס דלאפקרותא בעינן ל' יום אבל לממון טוט אסור וטוט שרי. הרי חזינן דזמן זה. הוא נגד חטאו לשמים אבל נגד חטא שבין אדם לאדם טוט אסור וטוט שרי. וא"כ שפיר יש לחלק דחזרה אין כחה אלא נגד עונש שמיימי משא"כ בעונש שנגד חבירו דהיינו עיקר הנדוי לזה לא מהני חזרה]:

[ועיין לעיל בא"ר מה' ח"ת עוד מענין זה].

פרק טז

הך הכאה עד שת"ג אם אינה נוהגת אלא במורד להכעיס או אפילו באינו מורד.

ז"**ל** הרמב"ן בפירושו עה"ת בפסוק זכור את יום השבת. ומפני זה יהי' העונש במצות ל"ת גדול ועושין בו דין כגון מלקות מיתה ואין עושין בו דין במ"ע כלל אלא במורדים כמו לולב וציצית שמכין אותו עד שתצא נפשו מדבריו הללו מוכח דס"ל שדין זה אינו נוהג אלא במורד וכן משמע מדברי הר"ן דכתובות הנ"ל שפירש בשם הערוך טעם שנקראה הלקאה זו מרדות מפני שמורד בדברי תורה עכ"ל:

ולכאורה קשה הא אשכחן בכמה דוכתי דמנגדינן אפילו באינו מורד כלל ואם ר"ל דמזיד קרוב למורד הוא ור"ל מזיד לעבור א"כ קשה הא גם חייבי לאוין של תורה כך הם אבל משמע דס"ל דהכאה עד שת"נ איננה נוהגת אלא במורד להכעיס משא"כ נגידא וכן משמע מדברי הריב"ש בתשובה סימן צ' שכתב וז"ל אלא במ"ע של תורה שיכולין לקיימה ומתרין בו לקיימה והוא מעיז פניו ואמר אינו רוצה עכ"ל מה שהוסיף על דבריהם וכתב והוא מעיז פניו לכאורה קשה מה רצה בזה אבל משמע דס"ל ג"כ שזה אינו נוהג אלא במעיז למרוד להכעיס וכדברי הרמב"ן. ויש סיוע לסברא זו מדברי רש"י בחולין קל"ב ד"ה סוכה אינו עושה שאין בהם חסרון כיס כולי האי עד כאן לשונו:

ולכאורה תמוה דפשיטא דאפילו במצוה שיש בה חסרון כיס נמי כופין וכדמוכח מדברי רש"י עצמו בכתובות צ"א גבי קטינא דארעא וכבר עמד בזה הגאון בעל לב אריה וכן מוכח מסתימות דברי הש"ס והפוסקים דלא אישתמיט להו בשום דוכתא להוכיח תנאי זה שהלקאה זו לא תהי' נוהגת אלא במצוה שאין בו חסרון כיס כולי האי ועיין תשובת חכם צבי סי' ק"ה לענין מצות חמש סלעים דפדיון הבן שכתב וז"ל לא ידענא מאי מספקא לך מ"ש מצוה זו מכל מצות שבתורה שמכין אותו עד שת"נ עכ"ל הנה מוכח מזה דפשיטא לי' להגאון חכ"צ דנוהגת אפילו במצוה שיש בה חסרון כיס עד שאין מקום להסתפק בזה כלל וכו' אמנם משמע מזה דגם רש"י ס"ל דאין זה נוהג אלא במורד ור"ל דלהכי איכפל דתני תנא להשמיענו סוכה לולב וציצית לומר דוקא כהאי גונא שהדברים מוכיחים שהוא מורד להכעיס כיון שאין כאן חסרון כיס כ"ה וה"ה בשאר מצות כל שמורד ומבעיט במצוה דינא הכי אלא דתני מלתא דפסיקא ואשמעינן דכל שיש לומר שאינו עושה להכעיס שוב אינה נוהגת הכאה זו:

אבל קשה דא"כ שאינו נוהגת אלא במורד להכעיס הרי בכל עבירות כך הוא וגם בלא תעשה וגם אחרי העבירה וכדאיתא בטור וש"ע יו"ד סי' קנ"ח וחושן משפט סי' תכ"ה דאם אכל כזית נבלה להכעיס מצוה על כל אדם להמיתו ובהכאה זו הרי כולם מודים דאחר שעבר תו אינה נוהגת ואי במורד להכעיס הרי מצוה להמיתו גם אחר כן וכנ"ל וכן מבואר ברמב"ם פ"ד מהלכות רוצח דין יו"ד וכ"כ הכ"מ שם שאפילו לא הורגל לעשות כן

תמיד ומקור דין בש"ס עכו"ם דף כ"ו ע"ב ויש לומר דמצוה להרגו דהתם אינה אלא מצוה בעלמא אבל אין עליו דין חיוב מיתה ואין ב"ד מוזהרין ואין נענשים אם לא המיתוהו וכאותה ששמענו במי שקנאים פוגעים בו אעפ"י שאם הרגו הרי זה משובח מ"מ אינו אלא רשות וכמ"ש המ"ל בפ"ד הנ"ל משא"כ הך הכאה עד שת"נ בנמנע מליטול לולב וכדומה ביד מוזהרין עלי' לעשות עישוי ונענשים על כך אם לא עישו ועיין פיה"ו כתובות פ"ו דבמקום שאמרו מצוה לעשות כך וכך ש"מ דאינו חיוב גמור אלא מצוה בעלמא ואין בה חוב מן הדין אמנם מדברי הרמב"ם בסה"מ שורש י"ד שכתב וז"ל מ"ע בכללם כל מצוה מהם כשתתחייב עשייתה יש לנו שנלקה הנמנע מלעשותה עד שימות או יעשה אותה עכ"ל הנה כולל כל מ"ע בכללם מבלי תת הבדל בין מ"ע שיש בה חסרון כיס לאין בה חסרון כיס כולי האי או בין מורד להכעיס לעובר לתיאבון משמע דס"ל דכלהו שוין לענין הכאה זו וכן מוכח מדכלל עונש זה בין עונשי מיתה וכרת ומלקות ותשלומין וקרבן דנוהגין גם בעוברי לתיאבון לומר דכלהו שוין בזה וכן מוכח נמי מדברי הרע"ב במשנה ג' פ"ד דנזיר שכתב וז"ל מכות מרדות האמורה בכל מקום כפי מראה עיני הדיין ודוקא בעבירה שכבר נעשתה אבל גבי מ"ע כגון סוכה ואינו עושה כו' מכין אותו עד שת"נ משמע להדיא דכמו מרדות שעל עבירה שכבר נעשתה לוקה אפילו בעובר לתיאבון כדמוכח בכ"ד בש"ם ופוסקים כעין זה במצוה שעדיין בידו לקיימו אעפ"י שאינו מורד מכין עד שת"נ:

וכן מוכח בתוס' מנחות דף מ"א בד"ה ענשיתו על עשה ופירש שם עשה כי האי שאין אדם חייב לקנות טלית המחויב בציצית אם אין לו אבל עשה גמור כגון שהוא לבוש בבגד של ד' כנפות ואין בו ציצית אפילו ב"ד של מטה מכין אותו עד שת"נ עכ"ל והרי הא דאמרי שם שעונשי' בידי שמים בעידן ריתחא על מי שנתרשל (לקנות טלית המחוייב בציצית) מיירי ובזה דברו שם ולא מיירי שם במורד כלל וכלל אלא במי שאינו מהדר להיות חל עליו חיוב זה שפטור באמת מן הדין של עונש ב"ד אבל עונשין אותו בי"ש בע"ר *)הג"ה שוב בא לידי ספר עין זוכר להגאון חיד"א מערכת מ"ם אות כ' שגם הראב"ד פ"ד דע"ז דין ו' ס"ל דלא מהני תשובה לפוטרו ממלקות ולא מנידוי ושכן פסק הפנים מאירות חלק א' סי' צ' ודלא כשבות יעקב ח"ב סי' קי"ג שרצה לומר דהרא"ש והרי"ף ס"ל דמהני תשובה שלא לנדותו דליתא דכ"ע ס"ל דלא מהני תשובה לא על מלקות ולא על שמתא יעו"ש. ועל זה פירשו התוס' דוקא עשה כי האי אבל שה גמור מכין עד שת"נ הרי דאפילו באינו מורד דינא הכי והכי משמע נמי מדברי הטור והב"י והש"ע בחושן משפט סי' ע"ג סעיף ה' שמי שאינו רוצה לפרוע מכין אותו עד שת"נ או שיפרע וכן

כתבו בסי' צ"ז סעי' ט"ו אלא שחילקו שזה דוקא ביש לו ואינו משלם אבל אין לו לשלם פטור וכמ"ש רמ"א שם. ומדוע לא ליפליגי וליתנו בדידיה אפילו ביש לו באמת לשלם ואינו רוצה שמכין אותו עד שת"נ במד"א במורד להכעיס אבל לתיאבון ולאהבת בצע אין מכין עד שת"נ ולא אישתמיט להו בשום מקום להזכיר חילוק זה ש"מ דלא ס"ל:

ויש עוד ראיה לזה מדברי הדרכי משה בסי' צ"ז שם שעל מ"ש הב"י שאין ראיה מן הש"ס דשבת דהוי מצערי לי' לאבא בר מניומי לפרוע חובו ולמד מזה באגודה דיש לב"ד לחבוש את הלוה בבית האסורין וכתב על זה הב"י דאין ראי' משם דשאני עבדי דר"ג דפריצי הוי והדרכי משה השיב על זה שדין זה אין צריך ללמוד מעובדא דאבא בר מניומי שהרי קיי"ל דמכין את הלוה עד שת"נ או שיפרע. וכ"ש לחובשו בבית האסורין. והשתא אי נימא דאין מכין עד שת"נ אלא במורד ומבעט במצוה א"כ ודאי צריכה רבה למילף מהא דאבא בר מניומי דיש לחבשו אפילו באינו מורד דבלי ספק דלא נחשד אבא בר מניומי שאינו משלם מצד המרד אבל הנך דבי ר"ג תשבו שאם ירצה למיעל ולמיפק להדורי אזוזי יהי' ביכלתו לשלם ומשום הכי היו מצערין אותו א"כ הרי ודאי נלמד מכאן חידוש דין דחובשין אפילו לבלתי מורד כלל אבל על כרחינו מכאן ראי' ברורה דס"ל להדרכי משה דהא דמכין עד שת"נ הוא ג"כ אפילו באינו מורד כלל. ודו"ק:

והנה בשים דכתובות פ"ו אמר לי' רב כהנא לרב פפא לדידך דאמרת פריעת ב"ת מצוה הוא אמר לא ניחא לי למיעבד מצוה מאי אמר לי' מכין אותו עד שת"נ דתניא במד"א בל"ת כו' מכין אותו עד שת"נ כך הוא גרסת הרא"ש ע"ש. ולכאורה תמוה טובא וכי ס"ד דרב כהנא לומר דלר"פ לא כייפינן לי' דהא עיקר מלתי' דר"פ בערכין דף כ"ב שם מבואר להדיא דלנכסי יתומים גדולים נזקקין וכייפינן להו לשלם וכבר הרגישו התוס' שם בזה ופירשו וז"ל אלא הכי קאמר לא ניחא לי למיעבד מצוה מאי והלא פשיטא דכופין ומה שייך לקרותו מצוה אמרי לי' תניתוה דהיכא דאיכא מצוה כופין עכ"ל ואי נימא שזה שמכין עד שתצא נפשו אינו אלא במורד א"כ מה זו תשובה הא דתניא. התם דהיכא דאיכא מצוה מכין עד שת"נ זה אינו אלא במורד להכעיס אבל כל שאינו מורד להכעיס אלא דלא ניחא לי' למיעבד מצוה. [כלומר שאין לו קורת רות כ"כ בקיומה] כה"ג הרי לא אמרו בזה שמכין עד שת"נ כלל:

עוד כתבו התוס' דרך ב' וז"ל אי נמי י"ל דבעי מניה אם כופין אם לאו אע"ג דפשיטא דלנכסי יתומים גדולים נזקקין הני מילי היכא דלא אמרו לא ניתא לן למיעבד מצוה אבל היכא דאמרו מאי עכ"ל. והשתא בשלמא אי אמרת דמכין עד שת"נ אין הבדל למורד ולאינו מורד שפיר, השיב לו ר' פפא דמכין אותו עד שת"נ דתניא כו' אבל אי זה אינו אלא

במורד אכתי לא איפשט לי' כלום דלעולם אימא לך דאין נזקקין לנכסי יתומים גדולים אלא משום דאמרינן מסתמא ניחא להו למיעבד מצוה אבל אם גילו דעתם ואומרים ממונינו חביב לנו יות' לעולם דשוב נזקקין והא דתניא מכין עד שת"נ זה אינו אלא במורד: **ויש** להתוס' שם עוד דרך שלישי. דשאלת רב כהנא הי' אמאי יכופו אותו לשלם מעות והלא אין שיעבוד על הנכסים כלל דמה"ט ס"ל דאין כופין ליתומים גדולים לשלם מעות בעין ודקאמר לא ניחא לן למיעבד מצוה היינו לא ניחא לן לשלם מעות בעין וס"ד לומר דכמו דאין כופין ליתומים גדולים ליתן מעות ה"ה ללוה עצמו ועל זה השיב ר' פפא דמכין אותו עד שת"נ או שיתן מעות דמצוה היא ומכין עד שת"נ (ועיין שם במהרש"א) ואם נימא דהלקאה זו עד שת"נ אינה, נוהגת אלא במורד א"כ קשה דשאלת ר' כהנא היא אמאי יכופו לשלם והלא אין שיעבוד על זה כלל והוא אינו אלא מצוה ולא שיעבוד ור' פפא השיב לו דתניא דגם על המצוה מכין עד שת"נ והלא זה אינו אלא במורד להכעיס מה שלא דיבר בזה רב כהנא כלל באופן שלא נמצא דרך אחד מכל הדרכים הנ"ל שלא יוכיח דהלקאה זו נוהגת אפילו באינו מורד כלל:

וכן מוכח עוד מדברי הגאון חוות יאיר שהובא לעיל שכתב וז"ל וכי תימא הא גופא קשיא וכי תמור עשה מל"ת דאין מצילין את העובר עבירה ברודף לעשותה אפילו בנפשו של עושה חוץ מהמנויים במשנה דלא קשיא כו' יעו"ש הרי זה כבא להוכיח דרודף אחרי ל"ת לעבור עלי' אין מצילין אותו בנפשו מדלא חשיב בסנהדרין שם רק הנך דנפקו להו מקראי ואי נימא דאין הכאה זו נוהגת אלא במורד א"כ הרי בטלה הוכחה זו לגמרי דלעולם יש לומר דבכל ל"ת כשעובר להכעיס מצילין אותו בנפשו משא"כ אלו השנויים בסנהדרין שם אין חילוק בין מורד לאינו מורד וכדילפי' להו מקראי יעו"ש. והנה יש לדחות דהתו"י אין כוונתו להוכיח אבל כוונתו בא"א כמש"ב. וכן י"ל דבמקום הפסד ממון של חבירו אין הבדל בין מורד לאינו מורד אבל כל אלה דחייות דחוקות הן דסתימת דברי הרמב"ן והתו"י אינו כן:

והנה יש לומר דמ"ש הרמב"ן דאין עושים כן אלא במורדים אין ר"ל שהוא מורד להדיא אבל רצ"ל כל שנראה כמורד וכעין מ"ש בכוונת רש"י תולין קל"ב הנ"ל דלהכי נקטי סוכה ולולב דכל כהאי גוונא שאין בו חסרון כים ונראה כמתכוין למרוד. ומודה ג"כ הרמב"ן שיש הכאה גם בעובר לתיאבון אבל לא הותר להכותו בהאי גוונא תיכף בהכאת מיתה אלא הלקאות בעלמא. וזהו שאמרו מכין אותו עד שת"נ ר"ל כשסובל ההכאה ועודנו מסרב הנה ממילא שנראה כמורד והותר דמו לגמרי. באופן דלפ"ז לא משכחת לה שיומת ע"י הכאה זו אם לא שימרוד קודם מוחו דודאי המכות והיסורין מבטלין

תאותו והדבר מוכיח שאינו עושה אלא להכעיס ונמצא דמ"ש הרמב"ן דאין עושין כן אלא במורדין ר"ל הכאת מיתה לא משכחת לה אלא א"כ מרד בתחילה ואפילו היתה תחילתה לתיאבון ולהנאתו מ"מ אחרי כן כשמלקין אותו לצערו והוא עודו מחזיק ברשעתו ומקבל יסורי הגוף כדי שיעבור כבר יצא מגדר תיאבון ונכנס לגדר מורד. דכל אשר לאדם יתן בעד נפשו כתיב. וכ"ש זה שיוכל להציל נפשו בדיבור קל שמיד שיאמר רוצה אני הרי מושכין ידם הימנו ואם הוא עדיין עומד במרדו אחרי מכה רבה אין לך נראה כמורד יותר מזה. ולפ"ז יש לומר שאין חולק בזה. וכ"ע ס"ל בזה כהרמב"ן דהכאה זו אעפ"י שתחילתה נוהגת באמת אפילו באינו מורד אבל אינה הכאה כדי להמית ולא בא עדיין לגדר חייבי מיתות עד שעה זו שנתברר לנו שמקבל הכאות ויסורי הגוף לפנינו ואינו שב מרשעתו בההוא שעתא הוא דאתיא חיוב מיתה ומקמי הכא לית כאן חיוב מיתה כלל וכלל. ולפ' יובן נמי דמה שהקשינו לעיל פ"ד דאמאי לא ידונו הדין קלב"מ מצד חיוב הכאה שמכין עד שת"נ יעו"ש דלדברינו אלה לק"מ דכל זמן שלא הוכה אין כאן חיוב מיתה כלל. ומתוקמי כל הנך דוכתי בשלא הספיקו להכותם ולמונעם מן העבירה והרי כבר עבר לפנינו ולא בא לכלל חיוב מיתה זו כלל:

ומה שלא התנה הרמב"ם בסה"מ שזה אינו אלא במורד. להנ"ל י"ל מפני שלא הוצרך להתנות כן שאי אפשר כלל שיבא לידי חיוב מיתה זו אם לא שימרוד בתחילה ועיקר ההכאה ותחילתה הרי איננה כדי להמיתו מיד אלא לכופו לדבר מצוה ונוהגת גם באינו מורד. וגם דברי התוס' במנחות וכתובות פ"ו ודברי הטור והש"ע והדרכי משה והרע"ב כלהו י"ל דעל עיקר הכאה ותחילתה הוא שאמרו שנוהגת גם באינו מורד. ולהכי ודאי בלוה שיש לו לשלם ואינו רוצה כופין אותו ומלקין מרדות אעפ"י שאינו מורד. אבל מכת מיתה אי אפשר שיומת בלעדי שיעיז פניו לקבל הכאה המופלגת ולעמוד במרדו וכנ"ל. וכן מ"ש מדניתן להכותו כ"ש לחבשו ר"ל שהרי הלקאה יש גם באינו מורד וכ"ש לחבשו. גם דברי החו"י י"ל דס"ל ג"כ כרמב"ן בזה אלא דס"ל דבכל לית אפילו רודף אחרי' להכעיס דשביק היתירא ורודף אחרי האיסור מ"מ כל זמן שלא התחיל בעבירה אין ממיתין אותו דאל"כ היו בנמצא עוד הרבה שמצילין אותם בנפשם שלא הוזכרו בשום מקום, לא במשנה ולא בברייתא. וכן י"ל בכוונת הגאון הקצות במשו"נ סי' י"ג ודו"ק:

וכבר כתבנו דהא דתניא מכין אותו עד שת"נ אין ר"ל להושיט לו הכאה כדי להמית מיד בהתחלה שזה אינו אלא בחייבי מיתה ממש אכן בכאן מכין אותו מעט מעט כדי שיתייסר וישוב ואם יקבל ההכאה ועדיין עומד מצות סוכה איני עושה הרי הוא מתחייב בנפשו מצד שנראה כמורד להכעיס. ויש לומר לענ"ד שגם כוונת תלמודי ר"י שהובא

למעלה פרק א' שכתבו דמכין אותו להחלישו ולהתיש כחו. אין ר"ל דעד שת"נ שאמרו גוזמא הוא שהרי באמת מוכח בכמה דוכתי שהדברים כפשוטם אבל תלמודי הר"י הכי קא אמרי דתחילת ההכאה והכפיי' הזאת איננה כדי להמית כל עוד שאינו נראה כמורד אלא דלא ניחא לי' לכרוע ממון דבהכי מיירי התם אלא מכין אותו לייסרו ולהחלישו כדי שישוב ואם עודנו מחזיק בטומאתו ורשעתו וההכאה לא הפעיל עליו לבטלו מסרבנותו אז הוא דמתחייב בנפשו מטעם שנראה כמורד:

ויש לתרץ לפ"ז דעת האומרים דהכאה זו כולה מדרבנן וקשה למ"ד דהך סברא דאמר בסנהדרין פ"ב מי איכא מידי דרחמנא פטרי' ואנן ניקום ונקטלי' היא סברא המקויימת להלכה א"כ איך יכו עד שת"נ על ביטול מ"ע מכח תקנת חכמים די"ל לפי מה דמוכח בש"ס שם דכל שעושה דבר הדומה לדבר שחייב עליו מיתה שפיר קטלינן לי' אנן אע"ג דרחמנא פטרי' שהרי מקלל בקוסם אינו נהרג אלא משום דמחזי כמברך השם וכן הנכנס למקדש שלא רחוץ ידים אינו להרג אלא משום שנראה כנכנס לעבוד שם וכמו שכתב הר"ש בסוף פ"ק דכלים להדיא יע"ש וא"כ גם אנו נאמר כל שמלקין אותו הכאות הללו והוא עודו עומד במריו הנהו ודאי נראה כמורד אעפ"י שתחילתו לתיאבון עשה וכנזכר ובמורד להדיא הרי התורה התירה דמו כמ"ש בש"ס עכו"ם כ"ו וכ"כ הפוסקים בחו"מ סי' תכ"ה להדיא:

עוד י"ל בדרך אחר. דמ"ש הרמב"ן דזה אינו אלא במורדין ר"ל להכותו שתצא נפשו ממש וכמ"ש הרמב"ן שם דהיינו עד ועד בכלל וכמו שהוכחנו למעלה פ"א מדבריו אלו זהו אינו אלא במורדין אבל בעובר לתיאבון מכין אותו עד שת"נ ולא עד בכלל שאין כאן חיוב מיתה כל שאינו מורד להדיא ובזה יסתלקו ג"כ כל הראיות הנ"ל ונאמר דכל הנך דוכתי דמשמע דמכין עד שת"נ גם באינו מורד היינו עד ולא עד בכלל דלהמיתו ממש י"ל דכל הפוסקים נמי ס"ל שאין זה אלא במורד להדיא ודברי תלמודי ר"י הנ"ל כפשטן דמכין אותו להחלישו קאמרי. ובזה יסתלק ג"כ הרבה מן הראיות שכתבנו להוכיח דעד שת"נ הוא עד ועד בכלל דיש לומר דכל זה לא אמרו אלא במורד וכבר רמזנו לדרך זה בסוף פ"א ע"ש. ולדרך זה י"ל שדוקא במורד להדיא הוא שדנין כן לא בנראה כמורד. ואיך שהוא כבר נמצא פשר דבר באופן שי"ל שאין לנו מי שיחלוק על דברי הרמב"ן הללו:

ועיין מור וקציעה באו"ח סי' תרנ"ו נראה שלא ראו עיניו דברי הרמב"ן הללו יעו"ש שכתב כן מסברא דנפשי' דיש לומר שזהו שאמרו מכין אותו עד שת"נ לא הפקירו חייו אלא במזלזל במצוה שלא מדוחק כאפיקורס שמותר להרגו עכ"ל. ומדבריו אתה למד דיש לומר גם לאידך גיסא שהורגין אותו אפילו אינו מזלזל. והגם שעושה לתיאבון מדוחק

תאותו והרי הוא כמסתפק בזה אבל מדברי הרמב"ן מבואר דמשנתו ברורה לו שאין דין זה אלא במורדין. וכבר כתבנו שי"ל שאין חולק עליו בזה:

ויש לענ"ד סמוכין לזה מש"ס סנהדרין פ"א תנן מי שלקה ושנה כונסין אותו לכיפה ומוקמינן לה במלקות של כריתות דגברא בר קטלא הוא משום דמתמהינן שם בגמרא משום דלקה ושנה כונסין אותו לכיפה בתמיהא ולכאורה תימה לתמיהתם הא קיי"ל דמכין עד שת"נ אפילו על מצוה קלה כסוכה ולולב וגם בל"ת כמ"ש הר"ן אלא דבל"ת כל זמן שלא עבר עדיין הוא שאמרו דאין להכותו נפש מטעם שמא יתחרט עוד ולא יעבור וכמ"ש למעלה בשם המהר"מ והחו"י וא"כ מה כל החרדה הזאת אם נאמר דזה שהוחזק ב' וג' פעמים לעבור עבירה זו ואינו מתחרט אחרי המלקות לכן כונסין אותו לכיפה שהרי זה הוחזק שלא יתייסר עוד וכמ"ש התוס' שם וכדי שלא יעבור עוד והרי לר"ן וסייעתו ל"ת ועשה שווין בזה להכותו נפש בשעובר לפנינו ולמה הוצרכו לאוקמי במלקיות של כרת דוקא אבל מכאן ראי' נכונה שאין הכאה שת"נ נוהגת אלא במורד משא"כ הך דינא דכונסין אותו לכיפה היא אפילו בעובר לתיאבון ואין בו מציאות היתר להכות נפש על עבירה כזו ושפיר מתמהינן וכבר כתבנו דסמוכין הללו אתיין כמ"ד דהכאה עד שת"נ היא מה"ת וכמ"ש לעיל פרק ג':

עוד י"ל משום דקשיא ער שאתה מכהו עד שת"נ הלא מוטב לכופו ולהושיבו בסוכה בעל כרתו וכדומה לזה בשאר מצות נלבישהו בציצית בעל כרחו ועל כרחינו צ"ל דהב"ע באומר איני רוצה לקיים המצוה ולהרמב"ן לשיטתו דפוסק בר"ה כ"ח דמצות צריכות כוונה אי נמי לא קאמר הכי כל זמן דלא מתכוין לצאת אינו יוצא] אלא דקשי' על זה שהרי כשהכופה מתכוין כאלו כיון הוא עצמו דמי כש"ס חולין ל"א וכמ"ש הש"כ והט"ז ביו"ד סוף סי' קצ"ח ס"ק ס' וס"ק מ' וכן הדין בכל המצות כמ"ש הר"מ חביב בר"ה כ"ת וא"כ הדרק"ל וי"ל דהב"ע בצוח איני רוצה לצאת ידי מצוה דבזה ודאי מסתברא דאינו יוצא ע"י כפי' וכמ"ש מהרמ"ת ובהיות כן אין לך מורד להכעיס גדול מזה א"כ שפיר הוכרח הרמב"ן לומר דאין מכין עד שת"נ אלא במורד. כלומר דלא משכחת לה אלא במורד אבל פשט דברי הרמב"ן מוכיחין להדיא דלאו משום דלא משכחת לה. אלא שאין עושין דין בשום מ"ע אלא במורדין:

אלא די"ל דזה מעיקרא לק"מ דלא תניא סוכה איני יושב לולב איני נוטל אבל דייק תנא ותני סוכה איני עושה לולב וציצית איני עושה והב"ע במבריח ממונו ואינו רוצה לקנות לו לולב או לעשות לו סוכה וציצית וכה"ג שוב אין חכמה ואין עצה אלא להכותו עד שיקנה או עד שת"נ *) ומה גם למ"ש דתלוהו וקני לא קני. א"כ גם להקנות לו לולב בעל

כרחו אי אפשר. כשאומר איני רוצה לקנות. וכמבואר במקומו [הערוך כתב שנקראו מרדות מפני שמרד בדברי תורה ובדברי סופרים. וקשה חדא הא אשכחן מרדות בש"ס גם באינו מורד כלל ואם ר"ל מזיד קרוב למרד. א"כ קשה גם מלקות מ"ם אמזיד הוא ומ"מ לא נקראו מרדות בשום מקום ולענ"ד שנקראו מרדות לא על שם המרד. אלא מפני שרודהו הדיין לפי ראות עיניו להכותו עד רדתו וכמ"ש המפרשים שהכאה זו לפי ראות עיני הדיינין להכניעו שלא ירגיל לעבור משא"כ מלקות מ"ם של תורה אפילו עומד במרדו אחר הלקאתו ואומר עברתי ואעבור עוד ולא נכנע ולא נרדה כלל בכל זאת אסור לנו להוסיף על המספר ועל האומד ואפילו הכאה אחת עובר בלאו של תורה לא יוסיף להכותו]:

פרק יז

בעזהי"ת יבאר הכאה זו אי צריך ב"ד דוקא או לא ואת"ל ב"ד דוקא אבל סמוכין לא צריך או דילמא צריך סמוכין דוקא ואי סגי' בשלשה דאית בהו חד דגמיר ומטעם שליחות דקמאי עבדינן או דילמא דינה כמו קנם שאין דנין בלא סמוכין ולא עבדינן בזה שליחותייהו:

תניא התם בש"ס סנהדרין י"ת כהן גדול שהרג את הנפש במזיד נהרג בשוגג גולה. ועובר על עשה ועל ל"ח. והרי הוא כהדיוט לכל דבריו וכו' ופריך הש"ס עובר על עשה ול"ת לא סגי דלא עבר ומשנינן הכי קאמר אם עבר על עשה ול"ת הרי הוא כהדיוט לכל דבריו לידון בשלשה סד"א דליבעי ב"ד של שבעים ואחד קמ"ל דסגי בשלשה יעו"ש, ולכאורה קשה הא תינח עובר על ל"ת דיש שם עונש מלקות ונידון בב"ד וקמ"ל דסגי בשלשה אבל עובר על עשה מאי דין הלקאה יש שם שיהי' נידון בב"ד ויהי' סברא שיהי' צריך ב"ד של שבעים ואחד אבל על כרחינו צריך לומר דר"ל הכאה זו כגון סוכה אינו עושה וכו' דמכין וכופין אותו עד שת"נ וסד"א דצריך ב"ד של שבעים ואחד קמ"ל דסגי ב לשה אבל על כ"פ צריך ב"ד סמוך כסתם ב"ד של תורה [ודייקא נמי דקתני. עובר. ולא עבר דהב"ע בעובר לפנינו] **):

וכן מוכח נמי מהא דתניא ר"ה דף וא"ו ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך דלכאורה קשה אם כל אדם יכול לעשות עישוי לחבירו הווי לי' למימר סתם מכאן לעישוי וב"ד מאן דכר שמי' הכא הא כל הנך ילפותא דמפקינן התם מהאי קרא לאו בב"ד משתעי אלא בכל אדם אבל וודאי משמע דס"ל דאין עישוי בלא ב"ד וכן מוכח מש"ס גיטין פ"ת תניא לפניהם ולא לפני הדיוטות יעו"ש בתוס' ד"ה לפניהם ובתוס' ב"ק דף ט"ו פירש"י יותר

וז"ל דלפניהם איצטריך לכל דבר עישוי וכפיה אעפ"י שאיני דין דבעי מומחין עכ"ל הרי לפנינו דעישוי זו צריך ב"ד מומחין דהיינו סמוכין ככל ב"ד של תורה:

אמנם עישוי זו אם נוהגת גם בח"ל. דליכא סמוכין ומדין שליחותייהו דקמאי כהלוואות והודאות או דילמא דין עישוי זו מתורת קנס הוא וקיי"ל ב"ק דף פ"ד: דבקנס לא עבדינן שליחותייהו:

ויש לכאורה ללמוד דין זה מש"ס דגיטין הנ"ל אביי אשכחיה לרב יוסף דיתיב וקא מעשה אגיטי אמר לי' והא אנן הדיוטות אנן ותניא לפניהם ולא לפני הדיוטות א"ל אנן שליחותייהו קא עבדינן. מידי דהווי אהודאות והלוואות ופריך אי הכי גזלות וחבלות נמי ומשני כי עבדינן שליחותייהו במלתא דשכיחא ופירש"י הלואה וכן גט. מוכח להדיא דאביי סבר דעישוי זו מתורת קנס היא ולגזילות וחבלות דמיא ולא עבדינן שליחותייהו בהא ורב יוסף השיב לו דלהלוואות והודאות דמיא ועבדינן בה שליחותייהו דקמאי ויש לומר דעד כאן לא פליגי אלא בעישוי של גט דס"ל לר' יוסף דמלתא דשכיחא הוא שאין אדם ממהר כל כך לגרש אשתו החביבה לו ולא ניחא ליה לגרשה וצריך לכופו ולמיעבד שליחותייהו מה שאין כן סוכה איני עושה או לולב וציצית מילתא דלא שכיח היא שיאמר אינו רוצה לקיים המצות הללו ובפרט שאין בהם חסרון כיס כולא האי כמ"ש רש"י בחולין קל"ב: להכי לא עבדינן שליחותייהו בעישוי דידהו ודינה כמו קנסא ממש וכן נראה לפע"ד להוכיח מש"ס דחולין דף קל"ב: בהני טבחא דהוצל דקאמרינן התם הני טבתי דהוצל קיימא בשמתא דרב חסדא הא עשרין ותרתין שנין ופרכינן למאי הלכתא. אי לימא דתו לא משמתינן להו והא תניא במד"א בל"ת אבל במ"ע כגון סוכה וכו' מכין אותו עד שת"נ ומשני אלא דקנסינן להו בלא אתרייתא. משמע דלא קשיא להו אלא אמאי לא משמתינן להו תו. ואהא שפיר סגי לן בההוא שנויא ואכתי קשיא דעדיפא מינה אית לן לאקשויי איך הניחו אותם לעמוד במרדם שנים הרבה והא תניא דמכין אותו עד שת"נ ואהא לא שייך

*) **הג"ה** עיין מגיד משנה פ"א מהלכות איסורי ביאה דין ח' כתב וז"ל ובביאור אמרו סוכה איני עושה לולב איני נוטל וכו' עכ"ל ולא ידעתי אם כך היתה הגרסא לפניו בש"ס. או שהעתיק הענין ולא התיבות להוכיח שיש הלקאה על ביטול מ"ע:

) **הג"ה בתשובות מהר"ל בן חביב סי' קמ"ז דף ע"ה ע"ד דמכות מרדות צריך ב"ד של שלשה גם בזמן שאין סמוכין ולכן העתיק הרי"ף בסוף"ק דסנהדרין הא דתנן מכות בשלשה דנפ"מ גם בזה"ז שאין לנו סמוכין לענין מרדות. וי"ל דבזמן שיש סמוכין גם מרדות בעי סמוכין וי"ל דהא דתניא דעבר על עשה ול"ת דנין בשלשה היינו מרדות

שלוקה גם בשעבר על עשה. אבל רש"י במשנתינו שם ריש סנהדרין פירש להדיא מכות בשלשה היינו מכות ארבעים מוכת דלא ס"ל הכי. גם הרא"ש לא העתיק משנה זו כלל גם בפוסקים לא הובאה סברא זו. גם המהרלב"ח עצמו כ' נפ"מ אחרת לענין בעל תשובה שבא ללקות כעין של תורה:

תירוץ הש"ס שם כלל אבל מוכח מזה דעישוי זו תורת קנס יש לה ולא עבדינן בה שליחותייהו והתם לא הווי להו סמוכין דרב חסדא ורב שילא גופייהו לא הווי סמוכין [לפירש"י בכתובות דף מג: דכל רב לאו סמוך הוא, ע"ש גבי רב זירא ורבי זירא] ולהכי שפיר משכחת לה שיעמדו בשמתא כ"ב שנים. וקמ"ל דמעתה קנסינן להו בלא התראה:

שוב ראיתי שכך מבואר להדיא בדברי הר"א ממיץ בסי"ר שלו אות רע"ח ז"ל שם המלווה יאמר משמט אני ואם אינו רוצה המלוה לומר כופין אותו דתניא במד"א בל"ת אבל במ"ע כגון סוכה ולולב וכו' מכין אותו עד שת"ן ונראה לי דאין דברים הללו אמורים אלא בב"ד של ארץ ישראל אבל בבית דין של חוץ לארץ אין רשאין לכופו דהא דתניא מכין אותו קנסא כו' דאין דנין דיני קנסות בחוץ לארץ עכ"ל וכן כתב במרדכי פרק השולח סי' שפ"ג בשמו להדיא וז"ל והרא"ם בספר יראים כתב כו' כופין אותו כדתניא סוכה ולולב מכין אותו עד שת"ן ובב"ד של חוץ לארץ אין רשאין לכופו אלא מכין אותו (מכת מרדות בעלמא) דכל קנס אין דנין בחוץ לארץ עכ"ל מבואר מזה דברירא להו דהכאה זו מתורת קנס של תורה היא ולא עבדינן בה שליחותייהו ולא דמי לעישוי דגיטי דשכיחי וכהודאות והלוואות דמו:

והנה בש"ס דב"ק ד' כ"ח גבי נרצע דמשמע דרבו רשאי לחבול בו וכמ"ש רש"י שם וז"ל ורשאי להלקותו להפרישו כו' יעו"ש וי"ל דהיינו דוקא הלקאה וחבלה בעלמא אבל לא הכאה עד שת"ן שלדבר זה צריך סמוכין דוקא אמנם ראיתי בים של שלמה ב"ק פ"ג סי' ט' שם כתב וז"ל ומכאן הביא הגאון מהרי"א בתרומת הדשן סי' רי"ח שמותר לאדם להכות את אשתו שהיא מקללת אביה ואמה וא"צ להביאה לב"ד כמו גבי נרצע ולאו דוקא כה"ג אלא כל מה שהיא עושה נגד דת התורה מכה אותה עד שת"ן ואפילו עוברת במצות שב ואל תעשה ולאו דוקא הרב לעבדו ואיש לאשתו דה"ה כל בר ישראל יכול להכות את חבירו להפרישו מאיסור. עכ"ל הנה משמעות דבריו לכאורה שגם להכאה עד שת"ן אין צריך סמוכין:

אבל יש לומר דלכאורה קשה מפני מה כתב בתחילה הכאה סתם ואח"כ כתב הכאה שת"ן. והיותר תמוה שבעבירה שאינה רק בכלל עוברת על דת כתב הכאה שת"ן ועל מקללת אביה ואמה שהיא עבירה חמורה ומפורש בה מיתה בתורה לא כתב בה הכאה

שת"נ אלא הכאה סתם אבל צ"ל מפני שבא שם לומר דא"צ להביאה לב"ד לכן לא הותר אלא הכאה בעלמא משא"כ הכאה עד שת"נ צריך ב"ד דוקא ולכן בעובר על דת שהתיר לו להכותה עד שת"נ לכן לא כתב שם שאין צריך להביאה לב"ד דבאמת צריך לזה ב"ד סמוכין באופן דרבותא קמ"ל בכל חד דאפילו במקללת אביה ואמה איני רשאי להכותה נפש בלא ב"ד ואפילו בעבירה בעלמא יכולים להכותה עד שת"נ אבל לזה צריך ב"ד סמוך דוקא ובהיות כן אין סתירה לדבריו מדברי הרא"מ והמרדכי הנ"ל **) עוד י"ל דכוונתו בהוראת שעה דוקא ותדע שהרי סיים שם וז"ל לא מסרה תורה מקל ורצועה אלא לדיין או לאדם חשוב לפי שעה יעו"ש וכ"כ בלוח קיצור פסקי הרא"ש להתוי"ט פ"ט דב"ק סי' ה' ע"ש שכתב לקנוס לצורך שעה:

והתבוננתי בספרים ***) ומצאתי בזה מחלוקת בין שני גדולי המחברים ה"ה הגאון בעל קצות החושן בחו"מ סימן ג' כתב דלמ"ד שיעבודא לאו דאורייתא והב"ד כופין אותו לשלם צריך ב"ד דוקא דהדיוטות לאו בני עשוי נינהו. והגאון בעל נתיבות המשפט שם השיגו וז"ל נלענ"ד דליתא כיון דדמי לעשה סוכה ואינו עושה אפילו אינו בכלל ב"ד כדמוכח בב"ק ד' כ"ח. ע"ש. והקצות במשו"נ שם השיב וז"ל ומ"ש בב"ק כ"ח היינו להפרישו מאיסורא כגון אוכל נבלה וטריפה וכו' אבל לכופו לקיים מ"ע כגון סוכה ולולב לזה צריך ב"ד דוקא ואנן שליחותייהו דקמאי עבדינן וגם להפרישו מאיסורא אינו אלא הכאה בעלמא אבל ב"ד שכופין לקיים מ"ע מכין עד שת"נ כגון סוכה עכ"ל:

ופליאה רבה על שני גדולי הדור הללו שנעלם מעיני שניהם דברי הרא"מ והמרדכי הנ"ל שכתבו להדיא דסמוכים בא"י דוקא הוא דעושין עישוי זו בסוכה ולולב וכדומה. וגם שליחותייהו דקמאי לא עבדינן בה. וקשיא על הנתיבות בתרתי דאיהו ס"ל דלא בעי סמוכין ולא שליחות ולהקצות קשיא חדא דס"ל דעושין עכ"פ שליחותייהו גם בסוכה ולולב והרי הרא"ם והמרדכי משנתם ברורה להם דעישוי זו צריכה להעשות ע"י סמוכין דוקא. וגם שליחות לא מהני בה:

*)**הג"ה** אמנם לפי גרסת האור זרוע בש"ס דחולין שם הובא למעלה ספ"א יש להוכיח מדברי הש"ס הללו גופייהו להיפוך דעישוי זו נוהגת גם בדיינים שאינם סמוכין:

)הג"ה** ועיין יש"ש פ"ח דב"ק סי' ה"ה שכתב וז"ל פשיטא שיש רשות ביד ב"ד לכופו כו' וראי' מהכותב כו' כגון סוכה אינו עושה מכין אותו כו' עכ"ל התנה להדיא שזה ע"י ב"ד הוא שיש להם רשות אבל בלא ב"ד לא ותדע לך עוד כי איך אפשר לומר שכל יחיד יכול להכות את חבירו עד שיפרשו מעבירה או עד שתצא נפשו. והא מפורש בש"ס דערכין מ"ז: דלית מאן דפליג דאחר הכאה ר"ל כשהחוטא הכהו והמוכיח שוב אינו

רשאי להוכיחו כלל וכמ"ש המג"א סי' תר"ח. והכאה זו אפילו כל שהוא כמ"ש מהרי"ו סי' קנ"ז. וי"א נזיפה או קללה, לחוד פוטרתו מלהוכיחו ואסור להוכיחו ואינו רשאי להחמיר בזה הרי א"כ מבואר שאין כח בשום אדם להכריח את החוטא העומד במרדו שהרי בידו להציל עצמו מיד מוכיחו. ע"י הכאה בעלמא או נזיפה באופן דלהכות עד שת"נ צריך ב"ד דוקא:

***)**הג"ה* יצא לאור חידושי הרי"מ על חושן משפט שם סי' ג' כתב שמצא דברי הרא"מ בסי' הללו. שאין הכאה זו נוהגת אלא בסמוכין בא"י. וכל הפוסקים לא מצינו מי שחולק עליו בזה. דלא כרש"ל ביש"ש פרק החובל סי' וא"ו לענין המאנס דאפשר אף בימי התלמוד בבלי היו דנין לכופו למ"ע ולו תהי' לאשה כשאר מ"ע ול"ת שבתורה הרי דאפילו אונם דלא שכיח ס"ל דעבדינן שליחותייהו. אמנם לפי מ"ש למעלה בכוונת הרש"ל פרק המניח סי' ט'. א"ש דגם אם דנין לעשות עישוי וכפי' אבל להכותו נפש. לא אמר בלית ב"ד סמוך:

בעזר השי"ת בא לידי תשובת מהר"ל אבן חביב שם בסופו ויכוח בענין סמיכה בזה"ז. מדבריו ומדברי הר"י בי רב איש ריבו. יש ללמוד גם נדון הכאה עד שת"נ דתרווייהו ס"ל שיכולה להעשות **ועל** פי דברים אלה. יצא לנו לאור תעלומה. להבין דברי רב נוטראי גאון הובאו בטור חו"מ סי' חכ"ה וז"ל כל חייבי מיתות ב"ד אין בידינו להלקותו ולא להגלותו ולא להורגו ולא לחבטו אלא מנדין אותו ומכין אותו מכות מרדות עכ"ל וכבר תמה הב"ח שם וז"ל ואיכא לתמוה מאי האי דקאמר ולא לחבטו הא כתב אח"כ מכין אותו מכות מרדות ואיזה חבטה דאורייתא יעו"ש שהעלה מכח תימה זו שנפל כאן טעות בכל הספרים הישנים ואחריהם נשתבשו כל ההעתקות. אמנם להנ"ל יש לומר שאין כאן לא טעות ולא שיבוש. והחבט"ה שהזכיר רב נוטראי כאן היא היא החבטה שחובטין אותו עד שתצא נפשו או שיקבל עליו. ובשם זה של חבט"ה נקראת גם בפי רז"ל בתלמוד ירושלמי פ"ב דנזיר וז"ל שם חובטין אותו עד שיקבל או עד שח"נ עכ"ל ועל חבטה זו אמר רב נוטראי כיון שהיא מכת מיתה אין בדייני חוץ לארץ כח לחבטו. ולא עבדינן בזה שליחותייהו וכדברי הרא"מ והמרדכי ממש:

ויש לענ"ד ראי' ברורה לפירוש זה מדברי רב נוטראי גאון עצמו שהביא הבית יוסף באבן עזר סי' ואו ז"ל שם כהן דנסיב גרושה או מהפסולות משמתין לו לעולם עד דפריש מינה ומגרשה עכ"ל ולכאורה תמוה וכי סגי לי' בשמתא וזה שעומד בשמתא ואינו פורש ולמה לא כתב דמכין אותו עד שת"נ או שיפרוש [וכמ"ש המשנה למלך פרק י"ז בהלכות איסורי ביאה בענין זה יעו"ש] אבל להנ"ל ניחא וודאי שורת הדין כך הוא אבל רב נוטראי

גאון לטעמיה דס"ל דחבטה אינה נוהגת אצלינו כלל. משא"כ מרדות בעלמא או שמתא עבדינן גם האידנא. [ועיין רי"ף ורא"ש לבבא קמא ד' צ"ו ע"ב שהעתיקו הא דתניא שמעתי שב"ד מכין ועונשין שלא מה"ת ופירשו דר"ל לעשות הלקאה שלא בדיינים סמוכין יעו"ש בלשונם. ועיין ברכי יוסף חו"מ סי' ב' דיעות בזה. ועיין שטה מקובצת ב"ק ב' צ"ז ועיין נודע ביהודה מ"ת חלק יו"ד סי' קנ"ח דאשה אינה יכולה לכוף את בעלה ליתן צדקה משום דאשה פסולה לדין יעו"ש ועיין בקיצור לוח פסקי הרא"ש להתוי"ט שם פ"ט דב"ק סי' ה' שכתב וז"ל מי ראוי לקנוס לצורך שעה עכ"ל]. ונראה עוד שכן הוא גם דעת שני המאורות הגדולים הב"י בש"ע והרמ"א בהגהותיו שהרי לא נמצא בכל ד' חלקי הש"ע שיעתיקו דין זה של הש"ס להכותו עד שת"נ לא בהלכות ציצית ולא בסוכה. ולא בלולב. זולת בחושן משפט סי' ע"ג סעי' ה' וסי' צ"ז סעי' ט"ו לענין פרעון חוב משום דס"ל שדוקא בדיני הודאות והלוואות ודכוותייהו *) דקיי"ל דעבדינן בהו שליחותייהו דקמאי הוא דנהגינן נמי עישוי ע"י הכאה זו. משא"כ סוכה ולולב וציצית וכל הדומה להם. ואפשר לומר דמ"ש הנתיבות שם בזה"ל גם מ"ש דאי של"ד והב"ד כופין בעי ב"ד דוקא לכופו דהדיוטות לאו בני עישוי נינהו נלפע"ד דליתא דכיון דדמי לעושה סוכה ואינו עושה דכופין אותו לקיים המצוה כל אדם מצווה להפריש חבירו מאיסור אפילו מי שאינו בכלל ב"ד עכ"ל אין כוונתו לומר דכל אדם אפילו מי שאינו בכלל ב"ד יכהו עד שתצא נפשו. דהא ליתא **) דכ"ע מודו דלזה צריך ביד סמוך [או מתורת שליחותייהו כנ"ל] אבל ר"ל דדמי לסוכה איני עושה שכופין אותו בהכאה בעלמא גם בלא ב"ד דכל אדם מצווה אפילו מי שאינו בכלל ב"ד. ולא צריך ב"ד אלא לעישוי גדולה דהיינו להכותו נפש. אבל להכאה בעלמא לא. וה"ה לירד לנכסיו מתורת כפיי' למ"ד של"ד אין צריך סמוך ולא שליחותייהו כלל. אבל הקצות ס"ל דירידה לנכסיו בתורת כפיי' לקיים המצוה לבד [דהיינו למ"ד שעבודא לאו דאורייתא] צריך לזה סמוכין או שליחותייהו דסמוכין. ובהא וודאי פליגי שני גדולי המורים הללו. והנה קשה לכאורה כיון דעישוי קטנה גם הדיוטות מצי עבדי אמאי יהא גט מעושה על ידי הדיוט פסול מה"ח ואפילו שלשה אי לא הווי בינייהו חד דגמיר דלא מצי למיעבד שליחותייהו הגט פסיל מה"ת [וכמ"ש במשו"נ שם.] וכדמוכח בש"ס דגיטין שם:

ויש לומר דעישוי אגיטי שאני דכל שאין שם ב"ד מומחים אין עליו מצוה לשמוע אליהם וכמ"ש הלח"מ בפ"ב מהלכות גירושין. דדוקא לדיינים מומחין מצוה לשמוע ולהכי כפייה דידהו שיאמר רוצה אני הווי רצון גמור. אבל ההדיוטות שכפוהו אעפ"י שאמר

רוצה אני. אין זה רצון אלא אונס ואין כאן גט מה"ת משא"כ בסוכה ולולב וכדומה דיוצא ידי חובת מצוה אעפ"י שאינו רוצה. וגדולה מזו דעת הרא"ם

בלי סמוכין יעו"ש ד' כ"ט עמוד ב' ובדף ע"ה עמוד ד' דמה שהביא הרי"ף בהלכותיו משנה זו דכמה מלקין מם חסר א' משום דנ"מ לענין מכות מרדות. שלא יוסיפו על ל"ט אם לא בעובר מ"ע לפנינו כמ"ש סוכה אינו עושה כו' מכין אותו עד שת"נ עכ"ל הרי להדיא דאף בלא סמוכין דנין הכאה זו. דאל"כ. גם באומר סוכה איני עושה אין מכין עד שת"נ בלתי סמוכין. ושם ד' ע"ה עמוד ד' מה שהביא הרי"ף המשנה דסנהדרין מכות בשלשה ר"ל ללמוד ממנה בזה"ז לענין מכות מרדות להצריך בה ב"ד של שלשה. אעפ"י שאין האידנא סמוכין אבל ג' צריך. דהיינו ב"ד עכ"פ:

וכן מוכח להדיא מדלא אמר הר"י בי רב דתועלת הסמיכה כדי שיהיו לנו ב"ד סמוכין לרדות את המונעים מלקיים מ"ע כגון סוכה אינו עושה לולב אינו נוטל. ולהכותו נפש ועל כרחינו דס"ל דלזה אין צריך סמוכין וגם דייני חו"ל מכין אותו עד שימית או יקיים המ"ע כדת של תורה:

)**ה*ג"ה** וה"ה גזילה כשהוא בעין כמ"ש הטור בסי' ש"ס והלבוש והש"ע שם בגזל שני אגודות בפרוטה דמכין אותו עד שישיב השנית או עד שת"נ ועיין סמ"ע שם ס"ק ט. ועיין חו"מ פי' א' דבגזילות שהן בעין עבדינן שליחותייהו וה"ה בריבית קציצה שיוצאה בדיינים כמ"ש בש"ע יו"ד סי' קס"א:

) **הג"ה שהרי ש"ס ערוך בעירוכין ט"ז. דאע"ג דיכול להכות את חבירו על דבר תוכחה. אבל מ"מ יש שיעור לדבר דהיינו הכאה או קללה או נזיפה. שמיד שעמד החוטא לנגד המוכיח והכהו אפילו הכאה כל שהוא [ריו"ו סי' קנ"ז] או נטפו או קללו שוב לא יוכיחנו. ואסור להחמיר עליו בזה וכמ"ש המג"א סי' תר"ת להדיא. הרי שביד החוטא להציל עצמו מתוכחת חבירו וכ"ש מהכאתו באופן שאין מקום להכאה עד שת"נ אלא ע"י ב"ד דוקא. ושגם הנתיבות מודה לזה אבל יש בכל זאת קושיא שא"כ איך ירד ההדיוט לנכסיו לכופו לשלם בעל כרחו. והרי אם יעמוד כנגדו להדפו. בהכרח יצא בחרפה ולא יפתח פיו עוד. ואין עצה ואין תבונה להכריחו ולגבות מנכסיו אלא על ידי ב"ד שמכין עד שת"נ וא"כ דברי הקצות מוכרחין וברורין כשמש:

דאפילו עומד וצווח אינו רוצה ועושה ע"י כפיי' יוצא ידי מצוה (משא"כ בניטי נשים וקרבנות) לכן גם הדיוטות מעשין עישוי בעלמא להפרישו מאיסורא. וה"ה לקיים המצוה:

אבל מדברי התוס' ב"ק ט"ו הנ"ל שכתבו דלפניהם איצטריך לכל דבר עישוי וכפיי' אעפ"י שאין דין דבעי מומתין עכ"ל משמע להדיא דאין חילוק וצריך סמוכין בכל עניני עישוי של כל המצות:

ויש להקשות לכאורה דא"כ אמאי לא תנן בריש סנהדרין דעישוי בשלשה וי"ל שהוא בכלל מה דתני מכות בשלשה וכולל גם הכאה זו אבל בש"ס שם דף י' לא משמע כן דמפרש טעמא מן הכתוב ושפטים וזה הכתוב לא מיירי אלא במלקות ארבעים אם לא לפי מ"ש למעלה דגם הכאה זו מן הכתוב זה ילפינן הוה א"ש ורש"י במתניתין פי' מכות מכות ארבעים וי"ל משום דר' ישמעאל דפליג וס"ל דמכות בעשרים ושלשה וזה דווקא במלקות ארבעים א"נ י"ל דלא חשיב שם, אלא מה שדנין אותו ואין בידו להפטר מדין זה משא"כ עישוי זו מיד שאמר רוצה אני פטור וכן צ"ל לשיטת הקצות דפשיטא לי' דמהני שליחותייהו לעישו אלא שצריך שלשה וחד דגמיר ביניהו א"כ קשה ליתני עישוי בשלשה כמו הודאת והלוואות דצריך ג' אעפ"י שאין צריך סמוכין כמ"ש בגמרא שם אבל להנ"ל ניחא שאין זה בגדר עונש ודין רק כפיי' ובידו להפטר ממנה להכי לא חשיב לה החם אי נמי י"ל דיני ממונות בשלשה הכל בכלל שצריך לכופו לקיים את הדין זהו ג"כ בשלשה אעפ"י שאינם סמוכין דאל"כ מה כח ב"ד יפה וה"ה לכל מיני עישוי ועיין בתוס' שם שגם י"ל תני ושייר. וע"ש בקצות שכתב וז"ל למ"ד שיעבודא לאו מה"ת. יורדין לנכסיו כו' מתורת כפיה כו' וא"כ מוכה דשליחותייהו עבדינן עכ"ל ש"מ דאע"ג דכ"ע מודי להכאה בעלמא אין צריך טעמא דשליחותייהו וכ"ש ל ל"ג שעובר גם בלא תעשוק מ"מ לירידה לנכסים צריך שליחותייהו דירידה לנכסים כהכאה עד שת"נ היא וזה דלא כדעת בעל פתחי תשובה ביו"ד סי' רמ"ח בחידושיו שם לענין מ"ע שמ"ש בצידה יעו"ש:

פרק יח

הא דתניא מצות עשה שמתן שכרה בצידה אין ב"ד ש"מ מוזהרין עליה אי כ"ע הכי ס"ל או יש בו מחלוקת.

קשיא לי לפי מה שנראה מדברי גדולי הראשונים שדין זה שיש הבדל בין מצות עשה שמתן שכרה בצידה למצות עשה שאין מ"ש בצידה הוא דין מוסכם ואין בו מחלוקת לא בש"ס ולא בפוסקים ושיש נ"מ לדינא במ"ע שמ"ש בצידה א"כ מדוע לא הביא הרמב"ם בחיבורו דין זה דתניא מ"ע שמ"ש בצידה אין ב"ד כו' כי באמת לולי דברי הגדולים הנ"ל היה אפשר לומר דהא חזינן בירושלמי פ"ד דב"ב דמייתי הך דינא דברייתא הזאת ומקשה עלה מברייתא אחריתא דתניא יהי' לך שב"ד מוזהרין להעמיד אגרדמין ומשני עלה כיני מתניתין אין ב"ד נענשין אבל מוזהרין וא"כ יש לומר דס"ל להרמב"ם דלפ"ז אין שום

חילוק בין מ"ע שמ"ש בצידה למ"ע שאין מ"ש בצידה לענין דינא כלל שבשניהם ב"ד מוזהרין לכופו ולהכותו גם תכונת ההכאה שוה בשניהם ואין הבדל ביניהם לדינא כלל אלא לענין עונש שלמעלה דהיינו שהב"ד שהעלימו עיניהם ולא כפאו על מ"ע שמ"ש בצידה אין נענשים בידי שמים אבל לענין ב"ד של מטה אין נ"מ כלל. לכן לא הוצרך הרמב"ם להביא דברי הברייתא הזאת כלל. כיון דלא נ"מ לדינא מידי. אבל קשה לכאורה לפ"ז איך קאמר בחולין שם שבקיהו הלא מוזהרין להכותו כבכל מ"ע של תורה וי"ל דס"ל לרבינו דבאמת פליגי בזה רב חסדא ורמי בר דקולי דרמי בר דקולי ס"ל דברייתא דתניא אין מוזהרין כפשטא ואין מוזהרין לכופו כלל ור' חסדא ס"ל דמשבשתא הוא ותני אין נענשין אבל מוזהרין והלכה בזה כר"ח דסתמא דירושלמי מסייע לי'. ועוד דסוגיא דש"ס דילן נמי כוותי'. בהא דאכפיי' רבא לר' נתן ואפיק מני' ד' מאה זוזי לצדקה וחולק הרמב"ם בזה על הצרפתים שביקשו תירוצים שונים דלפי דעתו הנ"ל הקושיא מעיקרא ליתא דהכי קיי"ל דמוזהרין לכופו גם במ"ע שמ"ש בצידה אלא שאין נענשין. והנה לכאורה הי' אפשר לומר שגם כונת הריצב"א בתירוצו כן הוא לפי הלשון שנמצא בתוס' ב"ב ח' : אבל לשון תשובתו לרבינו יוסף המובא במרדכי יעיד להדיא דס"ל דאין מעשין על הצדקה מטעם שמ"ש בצידה וכן מתשובתו שבהגהות מיימוני ספר קנין סי' מבואר דשבקיהו ר"ל שאין צריכין לטרוח יותר ודי במה שכפיתם אותו הרי שמחלק בתכונת ההכאה עצמה ובהכרח צריך לומר דכונתו או כדברי מהרמ"ל או כדברי הט"ז והש"כ והנ"ל והי' נמצא לפ"ז שיטה חדשה שלא הוזכרה בשום מקום ואדרבה מוכח להדיא מדברי הב"י להיפך שהרי כתב דהרמב"ם סובר נמי כתירוצא בתר' דהתוס' בכתובות דמשום ל"ת הוא דכייפינן על הצדקה אבל בעשה שמ"ש בצידה אין כופין וכן מוכח מדברי הסמ"ע סי' צ"ז להדיא שכתב שם ס"ק ט"ו דמ"ש הרמב"ם גבי משכון דמחזיר בע"כ אין ר"ל דכופין אותו דז"א משום דמתן שכרה בצידה. אלא לאפוקי דלא נימא דעביד מהני וכן מוכח מדברי הרמ"א שסתם וכתב לדינא ביו"ד סי' ר"ח ובחושן משפט סי' צ"ז שאין כופין על מ"ע שמ"ש בצידה ולא הזכיר כלל דיש אומרים דכופין או על כל פנים הי' לו לכתוב על מ"ש המחבר לשון הרמב"ם דמחזירין בעל כרחו וי"א דאין כופין משום דמ"ש בצידה אלא ודאי דס"ל שגם הרמב"ם הכי ס"ל ויפרש הך מחזיר בעל כרחו כמ"ש הסמ"ע וכן מוכח מדברי מהרי"ק בתשובה סי' קמ"ח שדעת הרמב"ם שוה בזה לדעת כל הפוסקים:

וא"כ הדרק"ל מדוע לא הביא הרמב"ם דין זה כלל ולכאורה יש ליישב זה דסמך עצמו על מ"ש בפ' י"א מהלכות מלוה ולוה הלכה ח' דאין כופין את היתומים לפרוע חוב

אביהם ואזיל בשיטת התוס' כתובות פ"ו שכתבו דלהכי אין כופין את היתומים לפרוע חוב אביהם מפני שזה מ"ע שמ"ש בצידה וכ"כ הרא"ש שם והטור בסי' ק"ו אבל קשה שא"כ הי' לו להרמב"ם לכתוב שעל שהוא מ"ע שמ"ש בצידה לכן אין כופין כדי ללמוד משם דין זה לכל התורה כולה ועוד הרי באמת לשיטת רש"י וסיעתו לאו משום מ"ש בצידה נגעו בו בדין זה אלא שאין כאן מצוה לא דאורייתא *)הג"ה שוב מצאתי בתשובת מהרל"ח ד' ע"ה דהא דתנן מכות בשלשה זה ג"כ לענין מכות מרדות בזה"ז דצריך ג"כ שלשה ולכן כתב הרי"ף הך דינא בהלכותיו דאע"ג דאין לנו מלקות של תורה בזמן דליכא סמוכין אבל מכות מרדות יש לנו ג"כ וקמ"ל דצריך שלשה עכ"פ:

ולא אפילו חובה דרבנן רק מצוה בעלמא וכמ"ש (הפיה"ו שם להדיא בראיות ברורות) רש"י כתובות צ"א ועוד קשה שאם רצה הרמב"ם לקבוע דין זה בהלכות מלוה ולוה. א"כ יותר הי' לו מקום לכתבו בפרק ג' שם במצות השבת עבוט שהוא מ"ש בצידה ויכתוב שמה שאין כופין עלי' ולא די שלא כתב שם דאין כופין אבל אדרבה כתב דמחזיר בעל כרחו והסמ"ע פירש דר"ל לאפוקי דלא נימא דעביד מהני ולא נהירא דא"כ די לנו שיאמר דלא הועילו מעשיו וצריך להחזיר וכמ"ש הרמב"ם בלאו דלא ימכר אעפ"י שאין כופין להחזיר בעל כרמו אבל מדכתב מחזירין בעל כרחו יותר משמע דכופין להחזיר בעל כרחו ומה הי' חסר אם יכתוב חייב להחזיר וממילא ש"מ דלא הועילו מעשיו מדחייב להשיב וראי' מיבמות ק"א עולה בעל כרחו פירוש רש"י כייפינן לי' לעשות הרי דסתם בעל כרחו היינו לכופו על כך:

ועוד קשה שהרמב"ם בשורש י"ד משרשי המצות שם הניח הקדמה יקרה כוללת לכל המצות איזה היא שעונשין עליהם בב"ד ואיזהו שאין עונשין ושם סיים בזה"ל אמנם כל מצות עשה בכללם כו' יש שנלקה את הנמנע מלעשותה עד שימית ומדוע כולל בזה כל מ"ע בכללם והלא כל מ"ע שכתוב מ"ש בצידה יוצאה מן הכלל הזה ולמה חיסר עיקר הזה מן הספר ללמדינו שהלקאה זו אינה נוהגת במ"ע שמ"ש בצידה וכמו שביאר שם בל"ת שיש מהם שאין לוקין ומסר לנו כלל מונח שכל מה שלא יזכיר בה עונש נודע שאין עונשין עלי' והא ניחא בלא תעשה אבל במצות עשין במה יודע לנו איזה הוא שלא נלקה עליה והרי הרמב"ם שם נותן סגנון אחד וכלל אחד לכולם. אבל מוכח גם מזה דהרמב"ם ס"ל דהלכה כר"ת וכדרבא בר נתן דכופין ומוזהרין אלא שאין נענשין בי"ש וכפשט דבריהם בירושלמי ולכן השמיט גם בחיבורו הגדול דין זה לגמרי וס"ל שאין הבדל לבית דין שלנו בין מ"ע שמ"ש בצידה או לא ומוזהרין לכוף על כולם כמו שהקדים בשרשיו. ויש לומר שהלך בזה בעקבותיו של רבו הרב אלפסי ז"ל שגם הוא השמיט

ברייתא זו מהלכותיו לגמרי ולא הביא דין זה כלל בשום מקום גם שם בפרק הכותב שכתב דין שמכין עד שת"נ לא חילק בזה בין מ"ש בצידה או לא וכן הא דכפה רבא לר"נ שבש"ס כתובות מ"ט: וב"ב חי:

העתיק דבר זה בהלכותיו הן בכתובות והן ב"ב שם ולא רמז לשום חילוק שיש בכפיי' של מ"ע שמ"ש בצידה להקל בזה. יותר משאר העשין וכל זה יורה דס"ל להרי"ף ז"ל דמוזהרין הגם שמ"ח בצידה והנה גם הרא"ש העתיק לדינא הא דכפה רבא לר"נ ואפיק מני' ד' מאה זוזי שם פ"ד דכתובות סי' י"ד וכן בפ"א דב"ב סי' ל' ושם העתיק להלכה הך דינא דממשכנין על הצדקה אפילו בערב שבת:

ויש לתמוה מדוע לא פירש לנו הרא"ש שם כפיי' זו איך הוא ומה הוא אם רק כפיית דברים כר"ת או כפיי' קטנה כריצב"א רשות או חובה כדברי ר"י והלא נפקא מינה טובא לדינא ונתחבטו בו בעלי התוס' בכמה דוכתי' בש"ס באופנים שונים והיותר תמוה שהרי ידוע דרכי הרא"ש בחיבורו דלא זז מדברי בעלי התוס' וכל היום תורתם בפיהו ונותן להם חלק בראש תמיד ולמה לא הזכיר בענין זה דבריהם בשום מקום לא מנה ולא מקצתה (והגהות אשרי אינו מהרא"ש) ואין לומר דהרא"ש נמי אזיל בזה בשיטת הרי"ף והרמב"ם דמוזהרין אפילו במצות עשה שמ"ש בצידה שהרי בפרק הכותב סי' י"ד כתב להדיא דהא דאין כופין לשלם חובת אביהם משום דמ"ע שמ"ש בצידה הוא ע"ש ואפשר לומר שדברי הרא"ש בפרק הכותב הם דברי התוס' בסוגיא שם ולא העתיק דבריהם שם אלא ללמוד דכופין גם על המצוה דרבנן דלא כדברי רש"י שם אבל בגוף ענין של מ"ש בצידה לא ס"ל כהתוס' רק כהרי"ף והרמב"ם ויתומים דלא כייפינן להו בלאו הכי ניחא כמ"ש למעלה דמצוה בעלמא הוא וכמ"ש הפיה"ו שם ולכן גם בפרק כל הבשר השמיט הרא"ש הך דינא לגמרי כמו שעשה הרי"ף שם:

יצא לנו מזה דשיטה החדשה הנ"ל שלא הוזכרה עדיין בשום מקום מפורש יכולה הוא להתייחס אל גדולי המורים ה"ה הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ואחריהם גם אל הטור והש"ע שהרי באמת יפלא מפני מה לא נמצא דין זה מפורש בכל ארבעה הטורים והלא בטור חו"מ סי' קיז משמע להדיא דלהכי אין כופין ליתומים על חוב אביהם מפני שמ"ש בצידה ולמה לא כתב דין זה במקומו ביו"ד סי' ר"מ כמו שכתבו הרמ"א שם באותו סימן במקומו ואם בא לכתבו בטור חו"מ מדוע לא הקדים עצמו לקבעו בסי' צ"ז בדין השבת עבוט ושם מקומו שהוא באמת מצוה מהתורה ומ"ש בצידה ואין כופין עלי' כמ"ש הרמ"א משם הרמב"ן להדיא בתשובה והיותר תמוה על הב"י שהוא עצמו הביא דברי הש"ס דחולין ק"י שם בסי' ר"מ ולמה א"כ לא נמצא דין זה בכל ד' חלקי השלחן ערוך שלו רק בהגהות

רמ"א ביו"ד סי' ר"מ וחושן משפט סי' צ"ז והמחבר השמיט זה לגמרי אבל להנ"ל אתי שפיר שהב"י עצמו למסקנא כשבא להעלות בפ"ע הלכה לדינא נטה גם הוא אחרי דעת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש וכשיטה הנ"ל הגם שבחיבורו ב"י לא כתב כן מ"מ דרכו בכך בכמה דוכתי שלפעמים נוטה בש"ע ממ"ש בב"י וכמ"ש גדולי האחרונים וכן הוא גם טעם דברי הטור ודבריו בסי' ק"ז הנה העתיק דברי אביו הרא"ש בפרק הכותב סי' י"ד וכמו שיתפרשו דברי הרא"ש יתפרשו גם דבריו וכמ"ש למעלה [ומ"ש הסמ"ע סי' כ"ו כבר השיגו האו"ת] לפי זה מצאתי יישוב נכון על קושיית המשנה למלך בהגהות על החינוך סי' ל"ג דעל מ"ש החינוך שם דכופין על כיבוד אב כמו שכופין על כל המצוות וז"ל במ"ע שמ"ש בצידה לא מצינו כפיי' כמו שמוכרח מכמה מקומות כו' וצ"ע עכ"ל ולפי מ"ש כאן לק"מ ואזיל החינוך בזה בשיטת הרמב"ם והרי"ף וסייעתו ודו"ק:

אבל לדינא דברי הרמ"א שפסק להקל במ"ע שמ"ש בצידה בתו"מ סי' צ"ז וביו"ד סי' ר"מ הנה דבריו בנויים על יסוד חזק ה"ה רוב עמודי ההוראה דס"ל הכי ה"ה רבינו תם והר"י וריצב"א ורבינו שמשון אחיו כמו"ש באו"ז ורבינו שמעיהו ור"י טוב עלם ורבנא יוסף הובא כולם במרדכי וכן דעת הרמב"ן להדיא בתשובה סי' פ"ח והר"ן פרק נערה שנתפתתה והריטב"א בחדושיו פ"ק דר"ה ופ"ק דקדושין וכן משמע מדברי רש"י ב"ב ד' יו"ד בד"ה שקיל מנייהו. וכ"כ בהגהת מרדכי סוף פ"א דב"ב בשם רש"י להדיא וכן דעת האור זרוע הלכות צדקה סי' ד' והגהות מיימוני פרק י"ב מהלכות אישות. וכ"ד מהרי"ק סי' קמ"ח ודעת ר' אליהו המובא שם ותשובת רשב"א סי' תשמ"ה ולכן נתקשו כלהו הנך רבוותא לתרוצי האיך כפה רבא לר"ן על הצדקה ותירוצים רבים מצינו שנאמרו בו. (א) כפיית דברים כייפינן (ב) תנאי בני העיר הוי התם. (ג) התם נדר הוא שנדר כ"כ במרדכי בשם ר"ת. (ד) משום דאיכא גם ל"ת תוס' ב"ב ח'. (ה) משום דיש שם שני לאוין לא תאמץ ולא תקפוץ תוס' כתובות מ"ט עיין הפלאה שם דלתירוץ זה דוקא ב' לאווי אבל חד לא מפני שהעשה מבטלו ע"ש. (ואו) הגם שמ"ש בצידה מ"מ מוזהרין ועושין כפייה. קטנה ומכין אותו אבל לא עד שת"נ. (ז) רשות להכותו הגם שמ"ש בצידה אבל חיובא ליכא ולפ"ז אפילו הכאה גדולה רשאין אם רצו ב"ד. (ח) י"א דמוזהרין לכופו עד שת"נ גם כפיי' גדולה כשאינו מקבל ואין מוזהרין ר"ל אין נענשין. (ט) שאני צדקה דכתיב בה ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך לפיכך מכין עלי' אפי' עד שת"נ ריטב"א פ"ק דקדושין ד' ל"ב ופ"ק דר"ה ד"ו. (יו"ד) מה דכתוב בגלל הדבר הזה דלא מקרי מ"ש בצידה אא"כ כתוב בה למען יאריכון ימיך מהרי"ק קמ"ח בשם ר' אליהו יעו"ש. (י"א) בגלל הדבר הזה יברכך קאי על לא ירע לבבך בתתך לו הסמוך לי' ולא על העשה משנה למלך פ"ג

מהלכות עבדים הי"ד. (יב) כייפינן על הצדקה היינו להכותו עד שיתרצה אבל כל זמן שלא אמר רוצה אני אין להוציא ממנו בעל כרחו משום דמ"ש בצידה מקנה קדושין ד' ל"ב יעו"ש. (יג) שאני צדקה דיש שיעבוד נכסי לכן כופין אע"ג שמ"ש בצידה קצות סי' ר"ל והנתיבות חולק ופשיטא לי' דלא שייך שיעבוד נכסי בצדקה שעל ידי נדר. (יד) כל שסבור שאינו מחוייב בדבר כייפינן לי' אע"ג דמ"ש בצידה והיינו דכפי' רבא לר"ן ב"א משום דר' נתן ב"א סבור שאין צריך ואינו מחוייב ליתן ת' זוזי [יד שאול סימן רמ"ח]:

ויש לתמוה לכאורה מה כל החרדה ולמה להו להנך רביותא כלהו לבקש תירוצים שונים הא י"ל דוודאי קושטא היא דאין הכאה זו נוהגת במ"ע שמ"ש כתוב בצידה אבל חכמים תקנו לכופו ולהכותו אע"ג שמ"ש בצידה ומדרבנן הוא ותדע שהרי בלבוש עט"ז סי' ר"מ כתב וז"ל אעפ"י שמן התורה אין חייבים לכוף על כיבוד אב שהוא מ"ע שמ"ש בצידה מ"מ אמרו רז"ל כופין אותו מדרבנן עכ"ל ומדוע לא יתרצו הכי גם במצות צדקה והלבוש עצמו בסי' רמ"ח העתיק תירץ של ר"י דלהכי כופין על הצדקה משום ל"ת דלא תאמץ כו' יעו"ש ולמה לא הספיק לו תירץ זה גם בצדקה:

ואפשר לי לומר דמכאן ראיה ברורה דס"ל לכל הנך רבוותא דעיקרה של הכאה זו דסוכה ולולב איננה אלא מדרבנן וכסברא הנ"ל בפ"ב ומוכח ממילא דבמקום שמ"ש כתוב בצידה גם מדרבנן אין כופין והוצרכו לבקש טעמים בצדקה משום דיש שם ל"ת וכדומה שאר תירוצי הוא דההחמירו חכמים לכופו. ובכיבוד אב. שאין שם לית הוצרך בלבוש לתרץ דההחמירו במ"ע זו וכלומר מפני שהחמיר בו הכתוב יותר מכבוד המקום ומה שכתב בלבוש שם דמן התורה אין חייבים לכוף שהוא מ"ע שמ"ש בצידה דמשמע מזה דכשאין מ"ש בצידה כופין מן התורה י"ל דר"ל בהכאה בעלמא אבל מ"ש מכין עד שת"נ רבנן הוא דתיקנו הכי:

וכן מוכח נמי מדברי הגהות מיימוני פרק י"ב מהלכות אישות אות כ' שהקשה מש"ס חולין קמ"ב דנגדיה ר' יהודה להההוא דגזינהו לגדפה והרי שלוח הקן מ"ש בצידה ותירץ משום דיש שם גם ל"ת דלא תקח האם על הבנים יעו"ש ולכאורה תמוה הא מבואר בש"ס שם דהאי נגידא דנגדי' מכות מרדות דרבנן הוא דלקי ומה צריך א"כ לבוא מטעם הל"ת ולימא דמדרבנן לוקה הגם שמ"ש בצידה וכדברי הלבוש הנ"ל אלא וודאי דס"ל דגם עיקרה של הלקאה זו בסוכה ולולב איננה אלא מלקות מרדות דרבנן ומוכרח ממילא דבמקום שכתוב מ"ש בצידה גם מדרבנן אין לוקה:

והנה לא רחוקה הוא לפ"ז לומר דמה שכתב הרמב"ם בפ"ז מהלכות מתנות עניים בזה"ל ומי שנותן פחות ממאי שראוי לו ליתן ב"ד כופין אותו ומכין אותו מכות מרדות עד שיתן

כו' עכ"ל י"ל שהבליע בנעימת לשונו כאן תירוץ חדש לקושיית הראשונים למה כופין והלא מ"ש בצידה כי כבר כתבנו כי נראה מדבריו בספר המצות דרבינו ס"ל דהלקאה זו מה"ת הוא וממילא הא דאין כופין במ"ע שמ"ש בצידה ס"ל דזהו מן התורה אבל מ"מ לוקה מרדות דרבנן וזהו שביאר וכתב דמכי"ן אות"ו מכו"ת מרדו"ת עד שת"נ או עד שיתן [וכל זה לדברי האומר דגם הרמב"ם ס"ל להקל במ"ע שמ"ש כתוב בצידה. וכ"כ דאינו מוכרח ושיש מכוה מרדות שאינן מדרבנן] אכן לפי מה שכתבנו למעלה דמירושלמי פ"ד דב"ב דקאמר דמ"ע של מאזני צדק שאין ב"ד מוזהרין עלי' מפני שמ"ש בצידה אע"ג דאיכא התם גם ל"ת דלא יהי' בביתך ולא תעשה דלא תעשו עול במשקל. מוכח מזה דמן התורה אין כופין ומלקין במקום שמ"ש כתוב בצידה אע"ג שיש שם גם ל"ת ועל כרחינו צ"ל הא דתירצו התוס' דמשום הל"ת כופין הגם שמ"ש בצידה ר"ל דרבנן תיקנו להחמיר בזה מפני הל"ת ובהיות כן הנה אין כח בהוכחה הנ"ל אלא להוכיח דמן התורה אין הלקאה זו נוהגת במקום שמ"ש בצידה הגם דיש שם גם ל"ת [אבל במ"ע שאין מ"ש בצידה כסוכה ולולב לעולם יש לומר דהלקאה שאצלה היא מה"ת ממש] ורבנן הוא דהחמירו במקום ל"ת שעמה ולכן הוצרכו לתרץ משום הלאו כייפינן הגם שמ"ש בצידה אבל במ"ע לחוד שמשיב ממילא דגם מדרבנן לא כייפינן. וכלומר דס"ל דהכאה במ"ע שמ"ש בצידה חידוש היא דרחמנא פטרי' ואנן ניקום ונקטלי' ודי לנו שנחמיר במקום שיש שם גם לית לא בעשה לחודה שמ"ש בצידה אבל כשאין מ"ש בצידה רחמנא חייבי' וזהו לתירוצו של ר"י דמשום ל"ת הוא שהסכימו בו ברוב הפוסקים וכמ"ש המ"ל וה"ה לאינך תירוצי י"ל על דרך זה:

ולכאורה קשי' לענ"ד הא דפשיטא להו להתוס'

*)**הג"ה** שיב מצאתי בספר פרדס דוד. שהקשה כן דמ"ש שבצידה בהלואה לעני כתיב לא בצדקה גופה והר"י אברבנאל פירש דהך קרבה שנת השמטה ורע עינך באחיך האביון כו' נתון תתן לו וכו' כל המקרא הזה במעשר עני שנוהגת בשנה הששית ידבר. שירצה לעכב המעשר עני של שנה הששית מפני שקרבה שנת השמיטה ויהי' הכל הפקר ובא הכתוב להזהירו ואמר נתון תתן לו להעני המעשר של שנה הששית כי בגלל הדבר הזה יברכך אבל מדברי הברייתא בספרי שהביא רש"י שם מקץ שבע שנים יכול שבע שנים לכל מלוה ומלוה ת"ל קרבה שנת השבע ואם אתה אומר ז' שנים לכל מלוה ומלוה האיך היא קריבה עכ"ל ואם נאמר דקרבה שנת השבע לענין מעשר ידבר א"כ בטלה הוכחה זו לגמרי באופן דמוכח מזה דפשיטא להו לרבותינו ז"ל דלענין הלואה לעני ידבר הכתוב.

וי"ל דרבנן פליגי על ר' יוסי הגלילי ודרשו דבר זה מג"ש ע"ש פיסקא קי"א וס"ל דקרבה שנת השבע נתון תתן הכל במעשר עני מיירי כדברי האברבנאל ודו"ק:
והרמב"ן והרשב"א והר"ן וסייעתם דמצות עשה של צדקה היא מ"ע שמ"ש כתוב בצידה מן הכתוב כי בגלל הדבר הזה יברכך ד' והלא מקרא זה לא כתוב בצידה של צדקה אבל הוא בצידה של המקרא נתון תתן שהוא צווי לתת כספו בהלואה לישראל הגם שקרבה שנת השמיטה אבל מ"ע של צדקה הוא קדומה בפסוק השלישי למפרע וכן מבואר להדיא בדברי הרמב"ם סוף פ"ט מהלכות שמיטה דנתן תתן הוא אזהרת עשה לתת הלוואה לישראל הגם שהשמיטה קרובה לבא וסיים הרמב"ם שם וז"ל והבטיח הקב"ה שכרה בעוה"ז שנאמר כי בגלל הדבר הזה יברכך עכ"ל והרי בפ"ז מהלכות מתנות עניים שם כתב הרמב"ם מצות הצדקה והפליג ג"כ בגודל מעלתה וענשה ולא כתב שם שהבטיח עלי' הכתוב שכרה בעוה"ז שנא' בגלל הדבר הזה יברכך ולכאור' זה יורה דס"ל דאין מ"ש שבצידה קאי על מצות הצדקה, אלא על מצות הלוואה הסמוך לשמיטה ועיין ש"ס ב"מ ל"א מה שדרשו על נתון תתן לענין מתנה מועטת ובספרי שהביא רש"י כי בגלל הדבר הזה ואפילו אמרת ליתן אתה נוטל שכר האמירה עם שכר המעשה וכן מ"ש רש"י בתחילה נתון תתן אפילו מאה פעמים ודו"ק והרי זה לכאורה ג"כ כדמות תירוץ חדש על קושיית הראשונים הנ"ל ועיין אמ"ל הלכה י"ד הנ"ל אות י"א:
*)
ויש לומר דפשיטא להו מדאפקי' קרא בלשון מתנה ולא בלשון הלוואה ש"מ דהכי קאמר קרא שלא תירא להלוותו מפחד השמיטה שמשמשת ובאה. אבל ונדב לכך שנתן תתן לו במתנה אם ח"ו לא יוכל להחזיר לך ממונך קודם השמיטה תן לו בתורת הצדקה ויש ראי' לזה מש"ס כתובות שדרשו גם ולא תתן לו הכתוב שם בתחילה קרבה שנת השבע כו' ולא תתן לו שר"ל שמעלים עיניו מן הצדקה וכן מבואר בדברי הרמב"ם בפ"י מהלכות שמיטה להדיא שבמעלים עיניו מן הצדקה הכתוב מדבר ועוד ראי' שאלו הי' זה המקרא נתון תתן רק לענין לתת לו בהלואה הגם שקרבה שנת השמיטה א"כ הי' להם למנות זה למ"ע פרטית וכמו שחשבו ל"ת פרטית שלא לירא להלוותו מפחד השמיטה יחשבו ג"כ למ"ע הך נתון תתן אלא וודאי דס"ל כדאמרן דנתן תתן לענין צדקה הוא וכן משמע מש"ס ב"מ ל"א וכן דברי רש"י במשנה תורה נתון תתן אפילו מאה פעמים וכן דברי הספרי שהביא שם על בגלל הדבר הזה משמע נמי דלענין צדקה ידבר ובש"ע של הרז"ש ח"ה ריש הלכות הלוואה כתב וז"ל מ"ע להלוות לעני ישראל שנא' אם כסף תלוה כו' ואף ליתן לו מתנת חנם שהרי נאמר נתון תתן לו עכ"ל [אלא שצריך לעיין אם מקור דבריו שם

מן המכילתא שציין עליה בצידה של הלכה זו בגליון או לא [שוב תפשתי במכילתא שם ולא נמצא לשון זה. אבל בשים ב"מ ל"א ושבועות כ"ה משמע הכי] מבואר מזה להדיא דהך נתן תתן במתנה לצדקה ידבר לא בהלואה וכפשטות דברי התוס' וסיעתם הגם דהתוס' כתובות מ"ט וחולין ק"י נקטי קרא דפתוח תפתח. אבל במרדכי פ"ד דכתובות נקט להדיא קרא דנתן חתן למען יברכך ללמוד דצדקה מתן שכרה בצידה וכן הוא בהגהת אשרי שם ועיין נחלת צבי ביו"ד סי' רמ"ה:

שוב מצאתי בתשובת תפארת צבי סי' ל"ו דף מ"ה עמוד ד' על שאלת הגאון ר"י בערלין על מ"ש הרמב"ם מצות צדקה ממ"ש פתוח תפתח ובשבועות כ"ה יליף מנתן תתן והשיב דבב"מ דף ל"א דריש תרווייהו לענין צדקה תתן למ"ע ותפתח לעניי עיר אחרת ובשבועות כ"ה מיירי נתן תתן לומר דמושבע ועומד גם על מתנה מועטת ולא חש לאתויי פתוח תפתח כו' דסתם משנה משמע דבעני עירו מיירי וזה ברור עכ"ל. עוד נלענ"ד די"ל דהלואה לחבירו הוא גופה צדקה ואדרבה הוא הוא המדריגה הגבוהה שבמצות צדקה דצדקה גדולה מכל המצות והלואה גדולה ממתנה וכמ"ש הפוסקים להדיא ושניהם נאמרו במקרא אחד במשנה תורה פתוח תפתח זו צדקה והעבט תעביטנו זו הלואה וכמ"ש במכילתא להדיא והובא ברמב"ם הל' כ"א ממלוה ולוה גם האזהרות לא תאמץ לבבך ולא תקפוץ את ידך שנאמרו שם בתחילה גם שניהם יזהירו על הלואה כמו על הצדקה ואם שלא נמצא מפורש בדברי מוני המצות שיש לאו דלא תאמץ ולא תקפוץ במונע להלות י"ל דלא הוצרכו לבאר זאת דק"ו הוא מן צדקה שהוא אינה גדולה כמו הלואה הוזהר בל"ת כ"ש הלואה גופה וכעין זה כתב רבינו יונה לענין הלאו שלא לירא להלותו מפני פחד השמיטה הנלמד ממנו בק"ו במונע להלות אחר השמיטה כי יגדל חטאו בהקשותו את לבבו שלא להלותו ויש לומר שעל כן לא כתב הרמב"ם באמת ריש הלכות מלוה ולוה שהמונע מלהלות עובר בלא תאמץ ולא תקפוץ וכבר הרגיש הלח"מ כעין זה יעו"ש וי"ל דס"ל דלא הוצרך להזכירו פה דנלמד הוא בק"ו ואין זה בכלל אין מזהירין מן הדין דהכל ענין אחד ויש בכלל מאתים מנה וכמ"ש לענין אזהרת בתו דיליף בק"ו מבת בתו ויובן ממילא דלפ"ז יתפרשו דברי הכתוב שסיים שם נתן תתן לו כי בגלל כו' הך נתן תתן כולל שניהם בדיבור אחד הן נתינה בתורת הלואה והן נתינה בתורת מתנה ועל שניהם אומר כי בגלל הדבר הזה יברכך ד' נמצאו דשניהם מתן שכרם כתוב בצידם ויובן לפ"ז שגם מה שהרמב"ם לא הזכיר שקבע הכתוב מתן שכרו בצדקה כמו שהזכיר בהלכות שמיטה דהיינו הלואה היינו צדקה ומקרא אחד לשניהם. והנה יש נפקא מינה לדינא דלדרך הראשון שכתבנו דנתן תתן אינו מדבר רק בצדקה ומתנת חנם

הנה לפ"ז מצות אם כסף תלוה לא נמצא בה מתן שכרה בצידה ודינה כסוכה ולולב להכות עלי' עד שת"נ אפילו לשיטת הפוסקים שאין מעשין על הצדקה משא"כ לדרך השני דנתן תתן כולל הצדקה והלואה יחד א"כ מצינו מ"ש גם בהלואה ודינה כצדקה:

*)**הג"ה** והר"י אלבו בעקרים מאמר ד' פרק כ' כתב שם וז"ל וזה שכל מצוה מצד עצמה תתן שכר מיוחד כמו שתמצא בצדקה למען יברכך ה' בכל מעשה ידיך (דברים י"ד כ"ט) ובשלוח הקן למען ייטב לך עכ"ל ומתן שכר זה כתוב בצד ואכלו בשעריך ושבעו. שדרשו ממנו שצריך ליתן כדי שביעה מכאן אמרו אין פוחתין לעני בגורן וכו' והגם שפשט הכתוב שם לענין מעשר שני ומעשר עני ידבר מ"מ מעשר עני היינו צדקה. ולכאורה תמוה למה לא נקט קרא דבגלל הדבר הזה יברכך הכתוב בצדקה גופא. ולפי מ"ש בפנים יש לישב שוב נזכרתי דלפי מ"ש הר"י אלבו במאמר ג' פרק נ"ג. דמ"ש בגלל הדבר הזה יברכך קאי על מ"ש לא ירע לבבך לא על עיקר המצוה א"כ ממילא יתישב לשיטתו:

ולשני הדרכים מדיין נשאר קשה מדברי הרמב"ם בפרק י' מהלכות מתנות עניים שכתב שם הלכה ב' וז"ל לעולם אין אדם מעני מן הצדקה ולא דבר רע והיזק מתגלגל על ידה שנאמר והיה מעשה הצדקה שלום עכ"ל וכן העתיק הטור וש"ע סי' רמ"ז סעיף ב'.*) ולכאורה תמוה למה לן למילף מד"ק והלא הדבר מפורש בתורה נתן תתן כי בגלל הדבר הזה יברכך ואי נימא דר"ל אפילו נותן יותר מחומש נמי לא יבא לידי עניות הנה זה היפך דברי הש"ס כתובות דף נ' שלא יבזבז יותר מחומש שמא יצטרך לבריות וכמ"ש שם בגמרא בפירוש וכ"כ רש"י שם וכן הוא ברמ"א סי' רמ"ט אבל מדברי הרמב"ם הללו נראה ראי' אל הסברא שכתבנו למעלה דעיקר הכתוב הזה בהלואה ידבר ולא בצדקה ומתנה וא"כ גם מתן שכרה שבצידה על הלואה קאי והיא גדולה מן הצדקה וכמ"ש בש"ס ופוסקים לכן מן בגלל הדבר הזה לא מוכח אלא על מצות ההלואה לכן איצטרך לן למיליף מן דברי קבלה דגם על צדקה יבטיחו עכ"פ שלא יעני ולא יתגלגל לו על ידה שום הפסד ועיין דט"ז ע"ב בשם הסמ"ג אם לא רצה לקבל יתן לו בהלואה ועל זה נאמר והעבוט תעביטנו כמ"ש אח"כ השמר לך פן יהי' דבר עם לבבך בליעל ועוד נתן תתן לו אחר השמר לך על הלואה עומד עכ"ל יעו"ש הנה ס"ל להדיא דנתן תתן בהלואה קאי וכן מוכח מדברי הרמב"ם בספר המצות מ"ע קצ"ה שכתב וז"ל שצונו לעשות צדקה ולחזק החלושים ולהרחיב עליהם וכבר בא הציוי במצוה זו במלות מתחלפות כו' פתוח תפתח את ידך והחזקת בו ואמר וחי אחיך עמך והכונה באלו הלשונות כולם אחת היא כו' ולמה לא הביא הכתוב נתן תתן ש"מ דס"ל דנתן תתן עיקרו לענין שמיטה וכן מוכח ממ"ש בפ"ו מהלכות שביעית דין י"א ור"כ בפ"ח מהל' מתנות עניים דין ט' ופ"ז הלכ' א'

שהם דברים אחדים וכדבריו בספר המצות כן דבריו בחיבורו הגדול דנתן תתן במצות השמיטה מדבר וכנ"ל:

פרק יט

יבאר הא דאיתא ממשכנין על הצדקה אפילו בערב שבת אם הוא דוקא כשיגיע זמנה בע"ש ע"י נדר או לא.

הב"ח ביו"ד סי' רמ"ח ז"ל (על מ"ש שם ממשכנין על הצדקה אפילו בערב שבת) ומשמע דאיירי כצדקה שכבר קצבו עמהם בני העיר ונדר כ"א ליתן לחודש כך וכך ביום פלוני והגיע הזמן אפילו בע"ש התם הוא דממשכנין עלי' בע"ש כיון שנדר. אבל היכא דלא נדר מעיקרא אלא שכופין אותו ליתן מה שראוי ליתן לפי ערכו אין כופין בע"ש כיון שהוא טריד. ולפי זה הא דכתב רבינו וממשכנין אינו מקושר עם מ"ש תחילה שאינו רוצה ליתן אבל מלתא באפי' נפשי' הוא עכ"ל וקשה לי שהרי דברי הטור הללו הן הן דברי הרמב"ם בפ"ז מהלכות מתנות עניים ומוכח שם שאי אפשר לפרש דבריו כן דהרי שם בפרק זה לא דיבר עדיין מן הצדקה שבאה ע"י נדר אבל ידבר שם מן חיוב הצדקה שחייבתו התורה (ובפרק שאחר זה הוא שהתחיל לדבר מן הצדקה שהוא מכח נדר וכמ"ש בריש פ"ח ז"ל הצדקה הרי הוא בכלל נדרים לפיכך האומר סלע עלי לצדקה כו' חייב ליתנה לעניים ואם איחר עבר על בל תאחר) ועל עיקר חיוב הצדקה פסק שממשכנין אפילו בע"ש אעפ"י שלא נדר כלל וכן מוכח להדיא בדברי רש"י בקידושין דף ע"ו: כל הא דממשכנין על הצדקה אפילו בע"ש ופירש"י דהיינו צדקה שיפסקו עליו ואינו נותן עכ"ל משמע להדיא דאע"ג דאיהו לא נדר כלל אלא שיפסקו עליו הגבאים או ראשי העיר שיתן כך וכך והוא אינו רוצה ליתן וכן מוכח מדברי בעל המאור פ"ד דבבא קמא שכתב דהא דממשכנין על הצדקה אפילו בע"ש מיירי בדבר שהוא תנאי בני העיר מוכח להדיא דמפרש לה בצדקה שלא ע"י נדר דאי ע"י נדר והגיע זמנה פשיטא דאפילו בלא שום תנאי ובלא תקנה ממשכנין אותו. ונדר בלא זמן אין ממשכנין לשיטת רה"ג שם:

וכן מוכח להדיא בדברי הרמב"ן בחידושי ב"ב דף ח' שם הקשה על הא דפריך הש"ס מהא דאמרו ופקדתי על כל לוחציו זה גבאי צדקה הרי שאין ממשכנין והכא קאמר דממשכנין ומשני הא בדאמוד הא דלא אמוד ולא משני אידי ואידי בדאמוד אלא הא דממשכנין מיירי בשנדר ליתן והא בשלא נדר ותירץ דלהכי לא משני כן דאי בשנדר ומעשין אותו לקיים נדרו עישוי זה לאו משום שררותא הוא ושנים למה לי יעו"ש הרי להדיא דפשיטא לי' דהא דאמרו ממשכנין על הצדקה אפילו בע"ש לאו בנדר מיירי

ולהכי לא סגי ביחיד וצריך שנים דוקא ע"ש. והכי מוכח נמי מדברי המרדכי בפ"א דב"ב שכתב שם להוכיח דכופין על הצדקה

*)**הג"ה** ועיין פרישה שנדחק מאוד. עוד י"ל דבש"ס ב"ב ט' למדו מכתוב זה דגדול המעשה יותר מן העושה שנאמר והי' מעשה הצדקה שלום והעתיקו הרמב"ם ג"כ שם באותו פרק הלכה ו'. וכדי שלא יחוש זה "המעשה" שמא טועה באומדנא לכוף שלא כדת ולא כפי ערך יכלתו ויתגלגל א"כ ע"י עישוי זו היזק ועונש וכמ"ש ופקדתי על כל לוחציו זה גבאי צדקה שם דף ח' ורמב"ם פ"ז שם. אולם כשעוסק באמונה אינו בא לידי מכשול וזהו כונת הרמב"ם במ"ש ול"א דב"ר ר"ע והיז"ק מתגלג"ל על ידה שנאמר והי' מעשה הצדקה שלום עכ"ל שהרי אמרו רז"ל שמקרא זה ידבר מן העישוי שמעשין על הצדקה בעל כרחו והרי זה הבטחה שלא יתגלגל לו שום ד"ר מן העישוי ושלום יהי' לו. אי נמי לפי מ"ש בש"ס קדושין ע"ו דגבאי צדקה הממשכנין מנצו בהדי אינשי וכמ"ש רש"י שם שעל ידי שנוטלין משכנות מריבין עמהן ומבזין אותן וא"כ אפשר הי' לחוש שע"י עישוי הלזו יתגלגל להם דבר רע בזיון וקצף. לזאת הבטיחן הכתוב שסוף סוף שלום ישיגו וכמ"ש והי' מעשה הצדקה שלום. אי נמי י"ל ע"ד שאמרו ב"מ דף נ"ג אמר"י אמר רב כל המקיים בעצמו כך סוף בא לידי כך ופירש"י דבא לומר דלא ידקדק הרבה וילך לפנים משורת הדין ולא ירא שמא יבא ע"י זה לידי עניות וכן פסקו בש"ע חו"מ סי' רס"ד בש"ע ולבוש ועוד שם. ועיין סמ"ע וזה י"ל בכונת דברי הרמב"ם דלא יעני מצד זה אעפ"י שיכנס בה לפנים מן השטה קצת ודו"ק:

) **הג"ה שוב מצאתי בשטה מקובצת כתובות דף נ' ד"ה אל יבזבז יותר מחומש דמ"מ בדיעבד לא יעונש שיבא ע"י זה לידי עניות ע"ש שפיר' שזהו כוונת ר' טרפון ור' עקיבא בשמות רבה פ'. וא"כ שפיר שזהו שכתב הרמב"ם לעולם אין אדם נעשה עני מן הצדקה ור"ל אפילו עבר ונתן יותר מחומש מ"מ לא יעני ע"י זה וי"ל שהוציא כן מדברי רבותינו בש"ר שם ולפ"ז בטלה הוכחה הלזו ומוציאין ממנו בעל כרחו מהא דאפיק רבא מר"נ ד' מאה זוזי וכתב דדוחק לומר דהתם מיירי דכבר נדר מעיקרא ולהכי אכפיי' מדלא אידכר לי' תלמודא עכ"ל ואי כדברי הב"ח הרי אדרבה מדאמרו שם אפילו בע"ש על כרחך דבנדר מיירי והרי זה שאמרו ממשכנין כו' אפילו בע"ש כי הא דכפיי' רבא לר"נ בר אמי ואפיק מני' ד' מאה זוזי מוכח מלשון זה דהך עובדא דר"ן בר אמי והאי דינא דממשכנין כו' אפילו בע"ש תרווייהו בחדא גונא מיירי ולמדו זה מזה וכן כתב להדיא הרמב"ן במלחמות פ"ד דב"ק שם אבל מוכח מזה דפשיטא לי' דבלא נדר מיירי דנדר מאן דכר שמי' הכא:

וכן יש ג"כ להוכיח מהא דתירצו התוס' דהא דכפה רבא לר"נ ב"א פירושו כפיית דברים ולכאורה תמוה דא"כ גם בלא אמוד כייפינן בדברים כדמוכח בש"ס שם וכבר הקשה כן הר"ן בכתובות שם ועל כרחינו צריך לומר כמ"ש מהרש"א כתובות מ"ט דכפיית דברים בדאמוד מקרי כפיי' שאומרים לו שעובר על מצות עשה משא"כ בלא אמוד אין שם אלא דברים בעלמא. יעו"ש ואם כדברי הב"ח דהך דממשכנין כו' בער"ש מיירי בנודר ליתן היום ואינו נותן א"כ אפילו באינו אמוד חייב לשלם ועובר בעשה ול"ת. ויכולין אנו ללחצו ולעשות עישוי דברים דהיינו שיאמרו לו שעובר בעשה ול"ת. ואיך א"כ נפרנס דברי הש"ס דקאמר לא קשיא הא דלא אמוד הא דאמוד כי הא דרבא דאכפיי' לר"נ ב"א כו' לשיטה הנ"ל דרבא בדברים הוא דאכפיי' וכן מיש ממשכנין על הצדקה ר"ל משכוני' ע"י דברים וכמ"ש להדיא בשטמ"ק ב"ב ח': בשם גליון] והרי בנודר אפילו בלא אמוד מעשינן ע"י דברים וכנ"ל. והכי מוכח נמי מדברי הריטב"א בחידושי ר"ה דף ו' ז"ל שם ממשכנין על הצדקה ואפילו בערב שבת וחמיר מחוב דעלמא דלא קבעינן זמן בערב שבת. עכ"ל ואי בנודר לפרוע היום הזה עסקינן פשיטא דגם כן חייב לפרוע בזה היום דוקא אפילו בערב שבת. וגדולה מזו אפילו בשבת כמ"ש בחו"מ סי' ע"ג סעיף ז' הנשבע לפרוע לחבירו ביום פלוני ואירע אותו יום בשבת חייב לפרוע כו' משכון בתורת פרעון ועיין תומים שם דאם נשבע לתת מעות דוקא ישלם בשבת ע"י נכרי. או מקנה לו החדר שהמעות בתוכו יעוי"ש:

והנה בעיקר דברי הריטב"א שכתב בזה"ל ממשכנין על הצדקה אפילו בערב שבת משא"כ בשאר חוב דעלמא לא קבעינן זמן במעלי שבתא עכ"ל קשה לכאורה מה ענין קביעת זמן למשכון דבש"ס ב"ק ד' קי"ג אמרינן לא יהיבינן זימנא במעלי שבתא. ור"ל כמ"ש הר"ן בריש כתובות הובא בבית יוסף חו"מ סי' ה'. דלמקבע זימנא ולדון בלחוד אסרו לפי שהדין צריך מתון ועיון ואתי לאמנועי מצרכי שבת עכ"ל אבל למשכנו ע"י שליח ב"ד על חובו שכבר נפסק דינו לשלמו ואין כאן עיון ומתינות דין כלל בזו לא שמענו שיהא אסור בערב שבת ותדע לך. שהרי בש"ס שם בההוא מימרא גופא אמרי' לא יהיבינן זימנא ביומא דניסן וביומא דתשרי. וכ"פ בחו"מ סי' ה' להדיא והרי קיי"ל דכופין ע"י ב"ד לפרוע חובו ביומא דניסן ותשרי ואפילו בחול המועד וכמ"ש באו"ח סי' תקמ"ה להדיא וכמ"ש האו"ת שם ס"ק ז' ח' דבדלית לי' שום משפט רק מבקש לכוף לב"ח שישלם לו וכזה יכול לעשות עכ"ל ופשוט דה"ה נמי בערב שבת שהרי כל הנך יומא בחדא מחתא נקטינהו. בש"ס שם יומא דניסן ויומא תשרי ומעלי שבת ויומא טבא:

וי"ל דס"ל לריטב"א דבצדקה אפילו כשצריך עיון ומתינות הדין אי מחוייב לתת כל כך וכדומה. (שיש עלי' טענה ודין ודברים. דנין אותו אפילו בערב שבת. וכי היכי דחמורה צדקה לענין משכוני בביתו ה"ה לזה לדונו ולאפוקי מני' אפילו בערב שבת) והיינו דמייתינן עלה כי הא דכפיי' רבא לר"נ בר אמי ואפיק מני' ת' זוזי דפשיטא שהי' שם סברא שלא לחייבו כל כך. ולהכי לא נתן רנב"א בעצמו. ורבא ביטל סברתו וחייבו וכפאו. לקיים דברי רבא:

והנה ביו"ד סימן רנ"ח סעי' י"ג בהגה אם חשב בלבו ליתן איזה דבר לצדקה חייב לקיים מחשבתו ואין צריך אמירה אלא דאם אמר כופין אותו לקיים. וכתב על זה הגאון ר"ב פרענקיל וז"ל מלשון המרדכי פ"ק דקדושין דין תנ"ה נראה שהטעם דעל מחשבה ליכא כפיות ב"ד דהא אין הב"ד יודעים מחשבתו עד שיאמר לפי"ז י"ל דהיכא שמודה בעצמו שגמר בלבו יכולין לכופו ואפשר שגם רמ"א נתכוון במש"כ עד שיאמר כלומר שיאמר שגמר בלבו ואז כופין אבל לכאורה יש סברא לומר דאף דנלמד מכל נדיב לב שהחיוב לקיים מה שגמר בלבו ליתן צדקה אף שהוא בעצמו מודה שגמר בלבו מ"מ אין הב"ד מחוייבי' לכופו דהא אזהרת ב"ד לכוף ילפינן בר"ה ד' וא"ו מפסוק מוצא שפתיך ועשית אזהרה וכו' הרי שבאזהרה זו נאמר על הנדר שהי' במוצא שפתיו וכשחז"ל בפיך זו צדקה עוד שם לענין ב"ת חד דאמר ולא אפריש כו' יעו"ש עכ"ל בהגהות אמרי ברוך ולכאורה קשה דהא קיי"ל דכופין על הצדקה גופה מטעם הב' לאווין דל"ת ולא תקפוץ וכמ"ש הב"י בסי' רמ"ח ובש"ע שם וכמ"ש הש"כ סק"ג דלהכי כופין אעפ"י שמ"ש בצידה הרי שבעיקר חיוב הצדקה שלא מצד נדר כלל כופין אותו. ואמת דלחד תירוצא שהוזכר במרדכי בשם ר"ת דדוקא בנדר לצדקה הוא דכופין ולפי שיטה זו שפיר יש לקיים סברא הנ"ל דהיינו טעמא דאזהרה לב"ד שיעשוך הוא נלמד מפסוק מוצא שפתיך וכו' בפיך זו צדקה. אבל הרי כבר העלה הב"י דאפילו בלא נדר כלל כופין דהלכה דמשום האללווין דלא תאמץ ולא תקפוץ הוא דכייפינן וא"כ פשיטא דגם בחיוב צדקה מצד נדיבת לבו שחייב ליתן מן התורה והוא אם מונע מליתן הרי הוא עובר ב' לאווין דלא תאמץ ולא תקפוץ אעפ"י שלא נדר במוצא שפתיו כלל ועוד קשה שהרי התוס' והרשב"א והרמב"ן והר"ן והריטב"א ועוד הרבה ראשונים הקשו על הא דכפה רבא לר"נ למיהב ת' זוזי לצדקה ויסוד קושייתם מהא דחולין ק"י דקיי"ל מצות עשה שמ"ש בצידה אין כופין משמע להדיא דלא קשיא להו אלא מטעם מתן שכרה שבצידה והשתא לסברא הנ"ל דכל שלא הוציא משפתיו ליתן אין כאן. עישוי כלל והרי כל הנך רבוותא לא רצו לאוקמי הך דר' נתן בר אמי בנודר כלל וא"כ בלא"ה הי' להם

*)**הג"ה** וי"ל דדוקא על עיקר חיוב מ"ט דצדקה הוא דיש בו ב' לאוין דלית ולא תקפוץ משא"כ מי שנותן צדקה כפי חיוב ערך ממונו אלא שהתחייב עצמו ע"י מחשבת נדבת לבו מלבד חיוב של מצות הצדקה הרי זה מצוה אחרת ואין בה לית לא תאמץ ולא תקפוץ. כלל וה"ה בה מ"ע דפתוח תפתח. אלא דסוף סוף קשיא דא"כ אמאי אין כופין:

להקשות איך הוציא ממנו בעכ"ר ע"י כפיי' ולא עוד דעל קושיא זו לא יצדקו כל התירוצים שם וגם ר"ת עצמו דאוקמא הא דר' נתן ב"א בנודר לאו מטעם שאין מעשין בלא נדר אלא מטעם שמ"ש בצידה:

וכן מבואר בחידושי הרמב"ן ב"ב הנ"ל הא דקיי"ל ממשכנין על הצדקה ואפילו בערב שבת היינו על חיוב צדקה שלא ע"י נדר ולהכי צריך שנים משא"כ ע"י נדר אין צריך שנים. ונ"ל לקיים דברי הגאון הנ"ל דשאני עיקר חיוב של צדקה שחייבתו תורה ליתן וודאי כופין כמו על סוכה ולולב וכל המצות שאין חיובם מכח מוצא שפתיו משא"כ חיוב צדקה הבא מצד נדבת לבו שרוצה ליתן והוציא הכתוב מצוה זו בלשון מוצא שפתיך תשמור כו' אשר דברת בפיך לומר לך דלענין אזהרה לב"ד שיעשוך אין מעשין אותו אלא א"כ הוציא בשפתיו אע"ג דלענין חיוב חייב ליתן תיכף משחישב בלבבו ליתן אעפ"י שלא הוציא בשפתיו מדכתיב כל נדיב לב וכו' מ"מ אצל ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך כתוב להדיא מוצא שפתיך אלא דקשה סוף סוף כיון דמחוייב מן התורה ליתן נדבת לבו שחשב לתת למה יגרע חיוב זה מחיוב עיקר הצדקה שכופין אותו ליתן אעפ"י שחישב שלא לתת כלל ואפילו צוות לפנינו שאינו רוצה ליתן כופין אותו אעפ"י שאין חיובו מכת מוצא שפתיו כלל. אבל לענ"ד י"ל הלכה כמותו ולא מטעמיה. אלא מטעמא אחרינא, כיון דעיקר חיוב זה נפיק מדכתיב כל נדיב לב. ואמרינן בחגיגה דף יו"ד. דרב יצחק אמר דהיתר נדרים יש לו סמוכים מן התורה דכתיב כל נדיב לב ופירש רש"י שם וז"ל כל נדיב לב אם עודנו לבו נודבו עליו יביאו. ואם מתחרט יתירו לו עכ"ל. א"כ אדרבה ממקרא זה גופא למדנו שאם מתחרט ואינו רוצה ליתן מתירין לו אפילו הוציא בשפתיו נדר מפורש ונהי דאמרינן שם דיש לדחות. דקאתי קרא למילף דאע"ג דלא הוציא בשפתיו. חייב ליתן מכח נדבת לבו. אבל מ"מ לענין לכופו בעל כרחו זהו וודאי י"ל דהדרינן למילף מהאי קרא גופי' כל נדיב לב אם עודנו לבו נודבו עליו יביאו ואם יתחרט ואינו רוצה לא יכופו (ובהוציא בשפתיו הוא דגלי קרא ועשית אזהרה לב"ד שימשוך אבל חיוב זה עיקרו ע"י נדיבת לב והרצאה) ועיין בקצות החושן סי' כ"ו בשם הב"ח בתשובה דבנודר לצדקה אין כופין דיכול לשאול על נדרו משא"כ בעיקר צדקה כופין. והשיג עליו מדברי המרדכי (בשם ר"ת) בפ"א דב"ב דמוכח מדבריו דבנודר גרע טפי ולענ"ד לחלק דוודאי

נודר על עיקר חיוב צדקה שנתחייב עלי' גם בלא נדר. או שנתחייב ליתן כך וכך על פי ב"ד ועל פי ערך נכסיו והוא הוסיף שקבל עליו לחת סך הזה עצמו גם בתורת נדר כה"ג שפיר כופין ובהכי מוקי לה ר"ת הך דר' נתן ב"א. משא"כ אם נידר לתת חוץ מחיוב של ערך נכסיו בזה וודאי יכול לפטור עצמו כשישאל על נדרו ואין כופין:

עוד הקשה הקצות שם לשיטת הפוסקים דאין כופין על הצדקה אע"ג דיש שם שני לאווין לא תאמץ ולא תקפוץ א"כ גם בנודר לצדקה לא יכופו דסוף סוף יש שם מתן שכרה בצידה על מצות הצדקה ואי משום לאו דבל יחל הרי ס"ל דלאווי טובא לא מהני לענין כפיי' יעו"ש ולענ"ד הא דכתבו דבנודר כייפינן לא משום ל"ת דבל יחל. דהא וודאי לשיטה זו לא מהני ל"ת כלל לענין זה דעיקרה של כפייה במצות עשה הוא. אלא כשכתוב מ"ש בצידה גם על מ"ע אין כופין אלא זיל בתר טעמא מפני מה אין כופין. כמ"ש רש"י חולין ק"י: דלכך פירש לך מתן שכרה לומר אם לא יקיים זהו ענשו שלא יטול שכר זה. וא"כ מובן ממילא כשיש לפנינו פעולה אחת שיש בקיומה ב' מצוות עשין. מ"ע אחת שכרה בצידה ומ"ע שנית אין שם שכרה בצידה כגון זו שנדר ליתן לצדקה שיש עליו מ"ע אתת. פתוח תפתח את ידך מ"ע שנית ככל היוצא מפיו יעשה וודאי נהי דעל ביטול מצות פתות סגי בענשו הרמוז בצידו. אבל מצות קיום הנדר שאין כתוב שם בצידה מ"ש כלל. הרי ב"ד מחוייבים לכופו מצד מ"ע הלזו. והקצות שם הקשה לשאול וכי משום שקיבל עליו בנדר ליתן לצדקה הפסיד שכר הכתוב בצידה ולדברינו הנ"ל לק"מ דפשיטא כשמקיים נדרו ונותן הרי שכרו אתו הכתוב בצידו מלבד שכר קיום נדרו אבל כשעובר ואינו נותן כייפינן לי' מצד מ"ע של קיום הנדר שאין שם מ"ש כתוב בצידה:

ויש לפיע"ד לקיים דברי הגאון הקצות על פי דברי היד"ש בסימן רמ"ח שכתב שם וז"ל נראה דכל הטעם שאין ב"ד של מטה מוזהרין עלי' פירש"י בחולין ד' ק"ו דלהכי פירש מ"ש בצדה דאם לא תקיימנה לא תטול שכר זה והדבר תמוה דמ"מ למה לא נכפוהו לקיים מצוה זו וצ"ל כיון דמ"ש בצדה אין אנו צריכין לכופו. וכעין דאמרו חייבי חטאות ואשמות אין ממשכנין אותם משום דכפרה הוא וא"כ בזה ג"כ כיון דמ"ש בצדה אין צריכין לכופו ולכך לא צותה התורה שיכפוהו עכ"ל הנה לפי טעם זה וודאי י"ל כל שיש שם שכרו בצידו הגם שיש בפעולה מצוות עשה שנית מ"מ תו לא כייפינן אנן דודאי קיים מעצמו כדי שלא יפסיד שכרו כנ"ל ואדרבה כיון שיש כאן עליו עוד חיוב מ"ע שנית אם יעבור הרי יפסיד יותר:

ויש לומר שזהו שיטת רב האי גאון שהביא בעל המאור בפרק הפרה דאפילו כד חד נודר לצדקה אין כופין אותו וס"ל דאפילו איחר ג"כ שכבר עבר בבל תאחר נמי אין ממשכנין

וכדעת י"א דס"ל הכי וכמו שמוכח מדברי הרמב"ן במלחמות בב"ק פרק הפרה שם וכן דעת התוס' בכריתות ד' י"א וכמ"ש החכם צבי דפליגי שם על מ"ש התוס' בר"ה:

נמצא לפ"ז נ"מ לדינא כשיש בפעולה אחת שני עשין ומתן שכר כתוב בצד אחת ולא בשנית לפי טעם הראשון דהא דמקילין בכפייתה היא משום דענשו אתו וכעין קלב"מ שבש"ס א"כ כה"ג כופין אותו מכח מ"ע השנית משא"כ לטעם השני הנ"ל שבוודאי יקיים מעצמו שלא יפסיד שכרו שקבע לו הכתו' א"כ כ"ש כשיש שם עוד מ"ע שנית שאם יעבור יפסיד שכרו המפורש חוץ שכר השנית שאינו מפורש א"כ כה"ג שוב אין כופין כחייבי חטאות ואשמות שאין ממשכנין:

ועיין פתחי תשובה בחידושיו יו"ד סימן רמ"ה שהביא בשם חכם אחר דלהכי כופין על מצות עשה דולמדתם אותם אע"ג דיש שם מתן שכרו בצדה מ"מ איכא פסוקי אחריני דלא הווי מ"ש בצדה כמו ושננתם לבניך והודעתם לבניך וכופין מחמת אותן פסוקים והוא השיב עליו שהרי מ"ע של צדקה ג"כ יש פסוקים אחרים שאין כתוב שם מ"ש בצדה ואפ"ה ס"ל דחשיבא מ"ע שמ"ש בצדה להקל בכפייתה והנה אין זה ענין לנידון נ"ח הנ"ל דהתם נהי דאיכא פסוקא אחריני הנ"ל כגון ושננתם לבניך ודברת בם מ"מ אינן מצות פרטיות בפני עצמן דכלהו מצות עשה אתת הוא וכן בצדקה פתוח תפתח נתון תתן והחזקת בו וחי אחיך עמך כולן לא נמנו אלא מצוה אחת וכמ"ש הרמב"ם בספר המצות להדיא לכן כשיש במצוה מ"ש כתוב בצדה בקרא חד תו לא כייפינן משא"כ בנודר ליתן לצדקה כהאי גונא שהם שני מצות נפרדות זו מזו שפיר י"ל דשפיר כיפין עלי' מצד המצוה של קיום נדרו שאין כתוב מ"ש בצדה וכפי טעם הראשון הנ"ל:

והנה בפרק הזהב דמ"ד תנן כסף בלא משיכה יכול לחזור בו ואין בו אלא מי שפרע ועיין שם מ"ש הרז"ה בספר המאור דכל שחוזר בו אפילו מדברים לחוד. עובר על עשה מה"ת וכן כתב הראב"ד הובא בשיטה מקובצת שם וז"ל נ"ל דדברי' עדיפא ממחוסר אמנה אלא רשע נמי מקרי דקעבר על עשה ולר' יוחנן לא הווי מקשה מינה דאפשר דאיידי דאמר רב אין בהם משום חוסר אמנה אמר איהו נמי מחוסר אמנה ואפשר דאפילו מ"ע נמי אית בהו עכ"ל וקשה לפ"ז שיש כאן מ"ע מה"ח אמאי יכול לחזור בו הרי דינו של מ"ע לכוף עלה ולהוציא ממנו בעל כרחו והרי בעשה זו גופא אמרינן שם בכתובות דפ"ו דכופין אותו עד שת"נ וכמו שפירש"י שם להדיא וכן קשה מהא דב"ב ד' ג' דפריך וכי רצו מאי הוי כו' ומוקי לה ר' יוחנן כשקנו מידו וכו' ור' אשי אמר כגון שהלך כו' וקשה כל הטורח זה למה כיון שיש כאן ביטול מ"ע אם יחזיר בו א"כ שפיר כופין אותו כדת של תורה ועיין מ"ש הפרישה בטור חו"מ סי' ר"ד ז"ל אבל הראב"ד ורשב"א אוסרין אפילו בתרי

תרעי כו' ודוקא אעשה דאורייתא דהן צדק אינו עובר בשינוי השער כו' הנה ממה שכתב דבחוזר בו מחמת שינוי השער אינו עובר על עשה דאורייתא מוכח מזה דבחוזר בו בלא נשתנה השער יש. בו איסור עשה דאורייתא וכדברי הבעל המאור והראב"ד הנ"ל וקשה א"כ אמאי לא יכופו לבלתי יחזור בו:

ולכאורה י"ל כיון דקיי"ל קנינים דאורייתא *) הרי זה למוד שגילתה התורה להדיא דכל שאין שם קנין הרי זה יכול לחזור בו דאל"כ קנינים דכתב רחמנא למה לי הרי מצד חיוב הן צדק לחוד שוב חייב לקיים דיבורו וכופין אותו לקיים המ"ע אבל באמת אין זה הוכחה דיש לומר דקנין שאמרו תורה היינו להיות לו קנין בדבר כגון חמץ בפסח וכדומה דאי לאו הקנין שבו הרי זה אינו שלו אעפ"י שהלה מחוייב לקיים דבורו ואדרבה זימנין שפיר קעביד כשחוזר בו דלא ניחא לי' דליקני איסורא.

אבל לענ"ד י"ל דמכדי כתב רחמנא מוצא שפתיך תשמור בפרשת תצא וילפינן מינה כל מיני נדרים ושבועות שבעולם הן נדרי גבוה והן נדרי הדיוט וא"כ כל היוצא מפיו יעשה דכתב רחמנא בפ' נדרים למה לי ואמת שהרמב"ן בספר המצות סי' צ"ד צידד לומר מכח מקרא זה שנדרי הדיוט הן מ"ע בפ"ע אבל כבר הוכיח הר"י דיליאן שא"א לומר כן ונראה שהרמב"ן עצמו למסקנא נמי הכי ס"ל שהרי במנין עשין שלו חשב שניהם ממקרא אחד ולמ"ע אחת וא"כ הדרק"ל היוצא מפיו יעשה למה לי לומר לך דדוקא כשהי' שם שבועה או נדר הוא שאינו יכול לחזור בו אבל הן צדק אע"ג דמ"ע לקיימו מ"מ כל זמן שלא הי' שם קנין יכול לחזור בו:

ולפי זה נתגלה לנו תירץ נכון על קושיא עצומה בהא דקיי"ל ביו"ד סי' ר"כ סעיף י"א נשבע לפרוע לחברו לזמן פלוני חלה שבועתו והקשה הכנה"ג הא קיי"ל מצוה לפרוע חובו דכתיב הן צדק כו' דהיינו מצוה לפרוע בזמנו ממש. ואין שבועה חלה על שבועה אמנם להנ"ל י"ל דמצוה לפרוע בזמנו אמת שמחוייב מה"ת מהכתוב הן צדק וכו' אבל אם חוזר בו הרי גלה קרא דלא כייפינן לי' וכנ"ל להכי שפיר תלה שבועה ואינו יכול לחזור בי וכופין לקיים מה"ת ואעפ"י דמדרבנן כופין גם בלא שבועה **):

פרק כ

יבאר הא דקיי"ל להקל בכפיית מ"ע שמתן שכרה בצידה שורש וטעם הדבר מהו ומהיכן למדו לומר כן.

בש"ס חולין ק"י: תניא מצות עשה שמתן שכרה כתוב בצידה אין ב"ד של מטה מוזהרין עליה ופירש"י שם וז"ל לכך פירש מתן שכרה לומר אם לא תקיימנה זהו ענשו שלא תטול שכר זה עכ"ל. משמע לכאור' מדבריו דשורש לימוד זה הוא דכל מתן שכר הכתוב

בייחוד אצל מצוה פרטיות יתירה הוא דמכדי כמה פרשיות נאמרו בתורה במתן שכר על קיום המצות בכלל ומתן שכר במצוה פרטיות דכתב רחמנא למה לי לומר לך שאין ב"ד מחמירין להיות כופין עלי' כשאר כל המצות כולם. אמנם בירושלמי פרק הספינה הלכה ה' גרסינן מאזני צדק יהי' כו' מכאן אמרו חכמים כל מצוה שמתן שכרה בצידה אין ב"ד מוזהרין וכו' ע"ש והובאו דברי ירושלמי הללו בתשובת מהר"ם רוטינבערג סי' תשנ"ה ושם פירש וז"ל מן לכם דרש לכם תהא הציוי והעונש ולא לב"ד להעניש ולהכי מייתי קרא דמאזני צדק עכ"ל א"כ משמע להדיא דלאו מטעם יתרון כתיבת מ"ש בצידה דרשינן הכי אלא מדכתב רחמנא לכם ילפינן לכם תהא הציוי והעונש. ולא לב"ד להעניש ומכאן ילפינן בנין אב לכל מצות עשה שכתוב מ"ש בצידה כך דינה:

וכן כתב להדיא הרב יפ"מ על דברי ירושלמי שם וז"ל וילפינן מינה במה מצינו דכל מ"ע שמ"ש בצידה אין ב"ד ש"מ מוזהרין עלי' עכ"ל. וא"כ קשה על רש"י לכאורה תרתי א' מה שפירש דמשום יתרון המתן שכר בצידו לגמרי הוא דדריש הכי שהרי זה נגד דברי הירושלמי הנ"ל:

ועוד קשה האיך נאמר הכא במ"ע דכבוד אב ואם דלכך פירש לך הכתוב שם מ"ש בצידה שהוא מיותר ללמד שאין כופין עלי' והרי מ"ש שבצד מצוה זו אינו מיותר כלל דהא איצטריך לגופי' וכמ"ש פ"ק דפאה בירושלמי להדיא דאיצטריך למיכתב למען יאריכון ימיך בכבוד אב ואם שהוא מצוה חמורה

*)**הג"ה** והוא מ"ע מפורשת כמ"ש בסה"מ עשה רמ"ה ומבואר בחינוך סי' של"ו בזה"ל מצוה שנדון בדין מקח או ממכר כו' שיש צדדין שאין לה קיום. כו' כמצות התורה עכ"ל:

) **הג"ה עוד י"ל דאפילו למ"ד דהן צדק הוא עשה מה"ת לקיים דברו מ"מ תיכף כשמשנה דברו כבר עבר על עשה זו ואין כופין אחר שעבר משא"כ פרעון תוב אעפ"י שכבר עבר כשלא פרע בזמנו מ"מ הרי כל רגע ורגע עובר בלא תעשוק וכופין על כה"ג כמש"ל פרק אם לא למ"ד שגם כאן כל שאינו עושה כפי המדובר עובר בלא תכחשו כו' ועל מדבר שקר תרחק ולכן הנכון כמ"ש בפנים דמדכתיב קרא יתירא בפ' נדרים היוצא מפיו יעשה ילפינן כל שלא נשבע או נדר יכול לחזור בו ואין כופין אעפ"י שעבר במ"ע. בתורה ללמד ליזהר במצוה קלה כבחמורה יע"ש הרי מוכח להדיא דאפילו במקום דלא מיותר המ"ש בצידה כלל אפילו הכי ילפינן במה מצינו לכל התורה להקל במ"ע שמ"ש בצידה:

וכן מוכח נמי מהא דפשיטא להו לכל גדולי הראשונים דמצות הצדקה הוא מ"ע שמ"ש בצידה דכתב בה בגלל הדבר הזה יברכך ד' ולהכי ס"ל להקל בכפייתה דהינו כפי'

בדברים או כפי' קטנה או כאינך תרוצי שהאריכו בכמה אנפי ותימה לכאורה שהרי מבואר להדיא בספרי דהך בגלל הדבר הזה איצטרך לגופי' לקבוע שכר על הדיבור בפני עצמו ועוד דרשו ממנו שם בספרי לדיני צדקה גופייהו ע"ש וא"כ להנ"ל בדברי רש"י אין זה המ"ש שבצידו בא ללמד להקל בכפיית מ"ע זו כלל שהרי איצטריך לגופי' אבל מדלא תרצו הכי שמע מינה דכלהו ס"ל דמבנין אב ילפינן לאינך דוכתי אפילו לא מייתרו כלל:

והכי מוכח נמי מהא דקיי"ל בחו"מ סי' צ"ז במצות השבת עבוט אין ב"ד מחוייבין לכופו ומקור דין זה מתשובה המיוחסת להרמב"ן סי' פ"ח והטעם משום דכתוב מיש בצידה ולך תהי' צדקה ועיין עיר שושן שם סעיף ט"ו וקשה שהרי האי קרא איצטרך לגופי' ולמלתי' וכדאיתא להדיא בספרי פסקא ריש ע"ז ודרשינן נמי מניה דב"ת קונה משכון כדאיתא בש"ס בכמה דוכתי והכי קיי"ל בחושן משפט סי' ע"ב אלא ודאי פשיטא להו דילפינן לה במה מצינו במאזני צדק לכל מ"ע שבתורה שמ"ש בצידה

ולכאורה קשה למה לן למדרש במאזני צדק מדכתב רחמנא לכם לכם ולא לב"ד וכנ"ל תיפק לי' מדכתב רחמנא הכא מ"ש בצידה כלל, וי"ל לפי מה שדרשו בספרי פרשת ראה שם למען יאריכון ימיך ומה על גרוגרת א' שהוא א' ממאה באיסר אמרה תורה למען יאריכון ימיך ק"ו למצוה חמורה וכו' יעו"ש א"כ הרי מ"ש הכתוב שם בצידה איצטרך לגופי' ולמילף שאפילו על אחת ממאה באיסר יש שכר זה:

ועיין בדברי הגהות מיימונית פרק י"ב מהלכות אישות אות כ' שהקשי מש"ס דחולין ד' קמ"ב דמפני מאי כופין על מ"ע דשלוח הקן והרי כתב שם מ"ש בצידה:

ולכאורה תמוה מאי זו קושיא הא מיש זה הכתוב בצידה איצטרך לגופיה למילף שאפילו מצוה קלה כזו שהיא בכאיסר נמי יקבל שכר זה וכדתנן שם, במשנה שלהי חולין להדיא וא"כ לא מיותר האי קרא כלל ושפיר כופין עלה וכבר הרגיש בזה הרב ת"צ בחידושי הגהותיו שם אבל להנ"ל א"ש דמבנין אב ילפי' לכל מ"ע אפילו המ"ש שכתב בצידה לא מיותר כלל:

אבל לפי דברי הספרי הנ"ל בלא"ה לק"מ דאי אפשר לומר דהוצרך ללמד בשלוח הקן שהוא מ"ע שבכאיסר יש לו שכר זה שהרי ממ"ש הכתוב בצד מ"ע דמשקלות ומדות, למדנו שאפילו על מ"ע שאין בה אלא אחת ממאה כאיסר אמרה תורה שיקבל שכר ק"ו כזה על איסר שלם:

ועיין ספרי שם דאית דגרסי שאין בה א' ממאה באיסר וי"ל לפי ענ"ד דאין כוונת רש"י לומר דאיצטרך קרא יתירא הכא ללמד על זה אבל רצונו לתת טעם וסברא לדבר זה מפני מה הקילו בכפיית מ"ע כזו מפני שהפסד שכרו זהו ענשו. ומ"ש לכך פירש מ"ש לומר

כו' ר"ל כיון שמצינו מפורש שכרה בצידה אמרינן זהו ענשו ולא יותר ולעולם דעיקר הלימוד הוא מבנין אב הנ"ל:

ויש ראי' לזה מדברי הלבוש ביו"ד סי' ר"מ סעיף ה' שכתב וז"ל ומצות כיבוד אב ואם היא מצוה שמ"ש כתוב בצידה וקבלו חכז"ל שכל מ"ע שמ"ש בצידה אין ב"ד מצווין עליה לכופו וטעמא דמסתבר הוא שכיון שגלתה תורה במצוה זו את שכרה בפירש כו' אם לא יקיים עכ"ל:

ויש לתמוה שהרי כל דבריו לקוחים מדברי רש"י חולין ק"י הנ"ל ומפני מה שינה את לשונו ולא כתב "לכך פירש מתן שכרה לומר" כו' אבל כתב בזה"ל וטעמא דמסתבר הוא שגלתה תורה כו' את שכרו בפירוש כו' אבל לדברינו הנ"ל א"ש דר"ל לאפוקי דלא נימא דמיתורא דקרא דריש הכא אבל כוונת הדברים לתת טעם וסברא לדין זה שהוא מפני ששכר המפורש בצידו זהו ענשו אם לא יקיים:

עוד יש לומר דמ"ש רש"י שם לכך פירש כו' ע"פ דברי המכילתא פ' יתרו על האדמה מכאן אמרו כל מ"ע שמ"ש כתוב בצידה אין ב"ד של מטה מוזהרין עלי ולכאורה תמוה טובא דבשלמא במ"ע דנואזני צדק שפיר אמרו בירושלמי מכאן אמרו כו' משום דכתוב שם לכם יתירה לומר לכם ולא לב"ד להעניש וכמהר"מ הנ"ל. אבל הכא מנא לן למילף דבר זה ויש לומר דס"ל להאי תנא דעל האדמה קרא יתירא הוא דמכדי כתיב למען יאריכו ימיך ולמען ייטב לך ויש בכלל זה שכר רוחני גם גופני כמ"ש בפ"ק דקידושין וכמ"ש הרמב"ן שם במקומו ועל האדמה דכיר למה לי ללמד דב"ד של מטה אין חייבין לכופו וזהו ענשו על האדמה ולא יותר ומבנין אב למדנו מכאן לכל מ"ע וסבר דממאזני צדק לחוד ליכא למילף אלא למצוה קלה הוא שאמרו להקל גם בכפייתה אבל מצוה חמורה שמא דין הוא להחמיר גם בכפי' שלה להכי כתב רחמנא קרא יתירא במצות עשה של כבוד אב ואם שהוא מצוה חמורה שבתורה ללמד דאפילו הכי לא כייפינן ואי כתב רחמנא גבי כבוד או"א לחוד הוי אמינא אדרבה מתוך שהוא חמורה שבמצות וקשה מאוד לקיימה להכי לא כייפינן משא"כ במ"ע מצוה קלה כגון משקולת ומדות שאין בה חסרון כיס כולי האי שפיר כייפינן (עיין רש"י חולין דף קל"ב עמוד ב' ד"ה כגון סוכה כו' שאין בה חסרון כיס כולי האי עכ"ל) להכי איצטריך תרווייהו ומנייהו ילפינן במה מצינו לכל המצית שכתוב מ"ש בצידה ולפ"ז י"ל שמה שכתב רש"י לכך פירש לך מתן שכרה כו' כוונתו ג"כ כדברי המכילתא הנ"ל ולמען יאריכון ימיך שהביא רש"י ר"ל ימיך וכו' על האדמה ועיין בלבוש שם שכתב שם בזה"ל דמכלל הן אתה שומע לאו למען יאריכין הא אם לאו יתקצרו ימיך כו' הרי שכרו וענשו אתו הוא רשע בעונו ימות אם

לא יקיים עכ"ל משמע מדבריו דדוקא משום שיש לו עונש קוצר ימים אבל למאן דלא דריש הכי אלא למען יאריכון ימיך הא אם לאו לא יאריכו ולא יתקצרו עיין קדושין דף ס"א א"כ אין כאן עונש כלל אלא העדר ומניעת שכר לבדו וזה אין פוטרו מן הכפי' וי"ל שזהו ג"כ כוונת המכילתא שהקדימה שם דרוש זה שאם לאו יתקצרו ימיו והדר דריש על האדמה כו' שאין כופין עליה. אבל מדברי רש"י חולין הנ"ל מוכח דגם העדר ומניעת השכר פטרתו מן כפיי' זו:

הנה נתבאר לפי זה שגם רש"י ס"ל הכי דעיקר מילף זה מן מה מצינו או בנין אב לכל דוכתי דמ"ש כתוב בצידו אפילו לא מייתר כלל. וראיתי להרב בעל פתחי תשובה בחידושיו יו"ד סימן רמ"ה בנ"צ שם, הקשה על מ"ש התוס' דבצדקה כופין משום שיש שם לאו דלא תאמץ א"כ קשה מתן שכרו שכתוב בנידה למאי הלכתא כתבה רחמנא יעו"ש. הנה משנתו ברורה לו דמשום יתורא הוא דילפינן דין זה ולהנ"ל מבואר דאפילו לא מייתר כלל נמי דינא הכי גם מה דפשיטא לי' דבגלל הדבר הזה לא הצרך אלא להלכה הלזו דכפייה גם הא ליתא דבהדיא תניא בספרי דאיצטרך ללמד למילתא אחריתא וא"כ קושיתו מעיקרא לא קשיא מידי:

וראיתי להפני משה בירושלמי פרק הספינה שפירש דמתן שכר בצידו שבמאזני צדק שהוזכר שם ר"ל דכתוב בו יהיה לכם ודרשו יהיה לכם ממון הרבה שכרה בצידה נראה מדבריו דאפילו אין שם שכרו בצידו לפי פשוטו של מקרא מכ"מ משום שיש שם שכרו בצידו. לפי מדרש רז"ל שוב אין ב"ד חייבין לכופו. וקשיא לי הא קיי"ל תולין קל"ב:

דבאין לו ציצית בבגדו מכין אותו עד שתצא נפשו והרי במנחות מ"ג דרשו להדיא שכרו בצידו מן וראיתם אותו וכן מבואר באליה' רבה סימן כ"ד וכן באליה' זוטא וכן מצוות סוכה דרשו בו שכרו בצידו מן הכתוב כל האזרת בישראל ישבו בסכות הובא בטעמי המצות להרדב"ז מצוה קי"ז ואפ"ה כופין עלי' עד שת"ן ועל כרחינו צריכין אנו לומר דהואיל דלפי פשוטו אין שם מ"ש בצידו כופין עלי' כעל כל המצות:

ויש לומר שזה וודאי גם הפ"מ מודה דמדרש רז"ל לא חשיב כתוב בצידו כיון דלא כתיבא בהדיא אלא דשאני הכא דבאמת במל"ת בסוף פרשת תצא כתוב מפורש איפה שלמה וצדק יהיה לך למען יאריכו ימיך כו' ולהכי גם מאזני צדק שבפרשת קדושים אע"ג דלא כתוב שם שכרו בפירוש לא איכפת לן מידי והירושלמי שם דנקיט קרא דמאזני צדק שבפרשת קדושים וקאמר עליה שיש שם שכרו בצידו שפיר הוצרך הפ"מ לפרש דר"ל משום יהיה לכם הכתוב בצידה וס"ל להירושלמי מדלא כתוב מאזני צדק תעשו וכלישנא דהלאו לא תעשו עוול אבל כתב יהיה לכם למדרש יהיה לכם ממון הרבה וכמו שדרשו

בש"ס דילן ב"ב דף פ"ט מקראי דפרשת תצא ולעולם אי לאו קרא המפורש למען יאריכו ימיך לא הוה דיינינן לה כמ"ע שכתוב שכרה בצידה:

שוב מצאתי בירושלמי הנדפס עם פירוש הגאון יפ"מ שם. בפרק הספינה כתב להדיא דמ"ש שבצידו דשם רצה לומר למען יאריכו ימיך אמנם בעיקר פירושו שם שכתב וז"ל מכאן אמרו חכמים וכו' נראה מדכתיב לעיל מניה לא תעשו עוול במשפט דמשמע דבהדי דיינין משתעי ולא כתיב בתרי' אבני צדק תעשו לכם דלשתמע נמי בדיינים וקאמר שיהי' לכם משמע דשבק דיינים ומזהיר לעם אלמא אין ב"ד מוזהרין עכ"ל:

ותמוה דהא הך לא תעשו עוול במשפט לאו לדיינים משתעי וכמ"ש שם רש"י וכן הוא בספרא להדיא בפרק ח' הלכה ה' ז"ל אם לדין כבר הדין אמור כו' מלמד שהמודד נקרא דיין אפילו הדיוט אבל הפירוש הברור הוא כמ"ש בתשובת מהר"מ רוטנבערג סימן תשנ"ה שכתב וז"ל מן לכם דרש לכם תהא הציווי והעונש ולא לב"ד להעניש ולהכי מייתי קרא דמאזני צדק עכ"ל ונראה דמ"ש ולהכי מייתי קרא דמאזני צדק ר"ל משום דקשיא לי' דהי' לו להירושלמי להביא קרא דפרשת תצא איפה שלמה וצדק למען יאריכו ימיך ולמה נקיט קרא דמאזני צדק שאין כתיב שם שכרו בצידו אלא ברמז לזה תירץ דהואיל דעיקר מילף זה מן לכם דרוש להכי מייתי קרא דמאזני צדק ושם כתוב לכם יתירא והרי זה ראי' ברורה דגם מהר"מ רוטנבערג ס"ל דעיקר שכרו בצידו היא ממ"ש למען יאריכו ימיך:

שוב מצאתי בספרי שלהי פרשת תצא למען יאריכון ימיך זו אחת מכל מצות שבתורה שמתן שכרה בצידה עכ"ל מבואר להדיא דמן למען יאריכון ימיך כו' הוא שכרה שבצידה. לא מן יהי' לך יתירא שהוא מוקדם שם באותו פסוק וממנו דרשו יהי' לך ממון הרבה (בש"ס דילן ב"ב פ"ט עיין רשב"ם שם) והו"ל להביא רישא דקרא ומלתא דאתיא מדרשא חביבא לתנא לאקדומי וכמ"ש בש"ס בכ"ד וכ"ש במוקדם בפסוק אלא י"ל דקמ"ל דמ"מ מלתא דאתיא מדרשא לא משווי לה מ"ע ששכרה בצידה עד שיפרש לך הכתוב להדיא שכרו בצידו על פי פשוטו של מקרא אם לא שגם המצוה הוא אינה על פי פשוטו *):

ויש אמנם לחקור איך נדון במקום שהשכר מפורש במקרא להדיא. אלא שאין מפורש בו שזה תלוי בזה ורז"ל הוא שגילו לנו פירושו. כגון מצות תפילין. ומצות פטר חמור. דתני דבי ר"י ביאה דכתב רחמנא גבי תפילין ופ"ח למה לי עשה מצוה זו שבשבילה תכנוס לארץ. קידושין ל"ב ע"ב. מי נימא דכיון דשכר זה דביאת ארץ מפורש שם בכתוב הוה דינה כמ"ע שמ"ש בצידה או דילמא דכל דלא תלה הכתוב זה בזה אין זה כתוב בצדה

וכופין עליה. ויש ליישב לפ"ז דעת החכם השואל הנזכר בתשובת חכם צבי סי' ק"ה שנסתפק אם כופין אותו על מצות פדיון בכור אדם והחכם צבי שם בתשובתו תמה עליו וכתב וז"ל ולא ידענא מאי מספקא לך מאי שנא מצוה זו מכל המצות שמכין אותו עד שת"נ עכ"ל ולהנ"ל י"ל משום דאמרינן בש"ס בכורות ד' ה' והי' כי יביאך והעברת כו' עשה מצוה זו ובשבילה תכנוס לארץ ועיין רש"י בפרשת והי' כי יביאך. שפירש בל"א והעברת כל פטר שגר זה בכור אדם. א"כ נמצא שכר מצות פדיון בכור אדם מבואר בכתוב ושפיר נסתפק החכם השואל בזה אי כופין עלי' או לא אמנם מדברי החכם צבי יש ללמוד דפשיטא לי' דכה"ג אין זה מ"ש כתוב בצידה. ועיין רמב"ן פ' בהעלותך שהקשה על דברי הספרי דס"ל דגם בחו"ל הי' תל עליהם מצות הפסח א"כ איך לא הי' משה מכריח אותם לקיים מ"ע חמורה כזו ולהנ"ל *) **הג"ה** ולפי זה יש ליישב ג"כ הא דהקשינו למעלה סוף פרק י"ט למה אין כופין לקיים דבריו לשיטת הראב"ד והמאור שהוא מ"ע מה"ת די"ל אע"ג שהוא מה"ת מ"מ לפי פשוטו של מקרא עיקר המצוה הוא להרחיק שקרות המדה והמשקל. אלא שקבלו חכז"ל לדרוש מן הכתוב הזה ג"כ הן צדק. ולאו צדק. וכמו כן קבלו ז"ל לדרוש מ"ש בצדו יהי' לך היינו יהי' לך ממון הרבה א"כ המצוה הלזו עם מתן שכרה שניהם זו אצל זו. ושניהם מדרשא לכן שפיר אין כופין משא"כ כשהמצוה מפורשת בכתוב. גם מ"ש צריך להיות מפורש ויש לנו מצות שהן מה"ת אעפ"י שאינן מפורשות בקרא. ויש מהם שמנויות בין תרי"ג. אבל לא כולם אעפ"י שהן מה"ת ממש עיין בשורש השני מי"ד שרשים ופרעון תוב עקרו מוהשיב את העושק כמ"ש רדב"ז:

י"ל דמצות הפסח גם היא מפורש שכרה במקרא וכמ"ש התוס' בקידושין שם דבור המתחיל הואיל דבשבילה יזכו לכנוס לארץ. ואין כופין עלי' אמנם מדלא תירץ כן ש"מ דפשיטא לי' שכה"ג אין זה מ"ש בצידה ועיין מקנה בקידושין שם דגם מ"ע של אכילת מצה בכלל זה דבשבילה תכנסו לארץ. ולא מצינו בכל זאת לשום מ"ד שלא יכופו על מ"ע זו אדרבה מבואר להדיא בספר החינוך דכופין על מ"ע זו. כעל כל המצות ש"מ דאין זה חשיב כתוב בצידה. וראיתי להגאון ר"י בערלין בספר ש"ש בשאלתות דרב אחאי. ד' ק"ו במצות מפני שיבה תקום דכתב בשאלתות דכופין אותו לקום וכתב על זה וז"ל מאי קמ"ל פשיטא למה ישתנה עשה זו משאר מרע כו' דמכין עד שת"נ וי"ל משום דבקידושין ל"ג אמרו כל שאינו עומד בפני רבו אינו מאריך ימים שנאמר בקהלת ח' וטוב לא יהי' לרשע א"כ סד"א דבשביל זה הווי כמאן דכתוב מ"ש בצידו קמ"ל דמקרא זה דברי קבלה ולא ילפינן ממנה לדברי תורה *):

ויש לתמוה דלפי זה הרי גם במצות תפילין אמרו להדיא במנחות כל המניח תפילין מאריך ימים שנאמר וד' עליהם יחיו ומדוע לא השמיענו הגאון דין זה למעלה סי' מ"ה. ולא עוד דבתפילין יש מתן שכרה מבואר בתורה. כנ"ל דהיינו ביאת ארץ ולא שייך שם תירוצו כלל. אם לא שנאמר דס"ל לר"א דבאמת אין כופין על מ"ע זו וזה דבר חדש. ועוד דלפ"ז משמע להדיא דאי לאו דהווי דברי קבלה הווי דינה כמ"ע שמ"ש בצידה. אעפ"י דלפי פשוטו של מקרא אין מפורש שם לא המצוה ולא שכרה אלא הואיל דאתיא מדרשא וכמבואר בש"ס שם להדיא שוב הווי דינה כמ"ע שמ"ש בצידה. ותימא א"כ גם מ"ע דציצית דרשו להדיא שכרה בצדה וכמ"ש למעלה ואפילו הכי אמרו להדיא דכופין עלי' ומכין אותו עד שת"נ. כסוכה ולולב וכמבואר בחולין קל"ב: להדיא. ובעיקר קושיתו מאי קמ"ל ר' אחאי י"ל דס"ל כהסמ"ג דבאינו רבו מובהק חיוב הקימה מפניו אינו אלא מדרבנן ובדרבנן מצינו מחלוקת אי כופין עלי' אי לא עיין תוס' כתובות פ"ו ובשאלתות שם כתב תחילה דין רבו מובהק והדר דינו של אינו מובהק וע"ז סיים דכייפינן לי' למאן דלא קאים סתם אפילו אינו מובהק. וקמ"ל דכייפינן אפילו אדרבנן. עוד י"ל לפי דברי מהרי"ט דדוקא על ביטול מצוה כופין אבל לא כייפינן על שהוי מצוה פ"ת על מצות פר"ו כופין כיון שנתנו חכמים שיעור וזמן מיד כשעבר הזמן ביטול מצוה הוא וכופין וי"ל דה"ה הכא הרי נתנו שיעור ד' אמות ברב שאינו מובהק רס"ו אמות ברבו מובהק כמ"ש הש"כ בשם סמ"ק ותיכף שבא החכם לתוך שיעור זה כופין אותו לקום וקמ"ל דאין זה שיהוי מצוה אלא ביטול מצוה:

ועיין ס"ז פ"ט בשם הירושלמי ומ"ר מפני שיבה תקום כו' ויראת מאלקיך דבזכות מצוה זו יזכה ליראת שמים נמצא לפי זה שכרה בצידה ע"פ מדרש חז"ל אבל הואיל ואינו על פי פשיטו של מקרא שפיר כופין וכדאמרן:

והנה במעיין החכמה ד' קס"ז הביא דברי הרמב"ן בשיטתו לב"ב דלהכי אין מתן שכרה שבצידה שבצדקה פוטרת מכפיי' משום דיש בה גם לאו דלא תאמץ ולא תקפוץ והמל"מ הקשה ממ"ש הרמב"ן בתשוב' דהשבת עבוט אין כופין עלי' משום דמ"ש כתוב בצידה והרי יש שם גם ל"ת דלא תשכב בעבוטו וכתב ליישב על פי מ"ש בסדר משפטים במצות אם כסף תלוה דמ"ע עד בא השמש תשיבנו לו שנאמר על כסות יום והשב תשב לו כבוא השמש שבפרשת כי תצא על כסות לילה שניהם נמנו למ"ע אחת מטעם שכתב שם ד' כ"ח ושם לא נאמר לאו א"כ גם בשביל לאו זה שנאמר על כסות לילה אין ב"ד מצוין לכופו עכ"ל. ויש לתמוה לכאורה דהרי בצדקה נמי לא כתוב לאו דלא תאמץ ולא תקפוץ אלא אצל פתוח תפתח אבל בפרשת בהר דכתב בה נמי מצות צדקה והחזקת בו וחי

אחיך עמך וזהו מצות צדקה וכמ"ש הרמב"ם מצוה קצ"ה להדיא ושם לא נמצא אצלם לאו א"כ מדוע כופין עלי ועל כרחינו צ"ל דכיון שיש לאו במקום א' סגי ושוב כופין עלי' אעפ"י שמ"ש בצידה וא"כ גם בהשבת עבוט נמי נימא הכי:

ויש לכאורה לחלק ולומר דבהשבת עבוט דתרווייהו קראי צריכי זל"ז זה לכסות יום וזה לכסות לילה ולהכי כשאין לאו בצד האחד דינו שלא לכוף עלי' כלל לא בכ"ל ולא בכ"י משא"כ בפתוח תפתח א"י כבר נשלמה המ"ע בזה והרי יש שם לאו בצידו להכי כופין וקראי דפרשת בהר אינו אלא לכפול ולהפליג כמ"ש הרמב"ם שם אלא שזה דוחק:

לכן נראה לענ"ד לקיים שיטה זו ולומר להכי אין כופין על השבת עבוטו משום שיש מ"ע זו גם בפרשת משפטים ושם אין כתוב ל"ת בצידה אלא שיש בזה תנאי שיהי' כתוב בצידה מתן שכרה או ענשה גם שם בזה המקום שאין שם ל"ת בצידה ולכן בהשבת עבוט שבפרשת משפטים כתוב בצידו והי' כי יצעק אלי ושמעתי כי חנון אני [הרי ענשו בצידו לומר לך זהו ענשו ולא ענשינן לי' אנן וכנ"ל וכ"ש למה שפירשו רז"ל במ"ר במקומו פ' ל"א סי' א' דכונת הכתוב למתן שכר דכשיצעק הלוה להשי"ת שיתן שכר טוב לזה שהשיב לו עבוטו השי"ת ישמע צעקתו והטיב להמלוה כי חנון אני ומקבל תפילתו של הלוה לחונן את המלוה על הצדקה הלזו א"כ מפורש כאן מ"ש בצידה] לכן אין כופין בהשבת עבוט מה שאין כן בצדקה שפיר כופין משום כח הל"ת הכתוב שם אצל העשה מאי אמרת שיופטר מהכפיי' מכח הכתוב והחזקת בו וחי אחיך עמך שבפר' בהר שאין שם ל"ת בצידה זה אינו דאדרבה מכח העשה בלחוד שאין שם מ"ש בצידה הרי דין היא לכוף עלי' כבכל מ"ע שבתורה שאין כתוב מ"ש בצידה:

ויש לענ"ד לעשות סמוכין לשיטה זו מן הירושלמי סוף פרק הספינה הנ"ל דקאמר התם מאזני

*)**הג"ה** ועיין מהרש"א בסוטה דף מ"ו: על הא דאיתא שם כופין ללויה. שכתב ולכן לא הווי לוויה מ"ע שמ"ש בצידה מפני שאין שכרה מפורש בתורה עכ"ל ש"מ דאע"ג שמפורש בדברי קבלה שכרה בצידה מ"מ כופין. אבל באינו מפורש בקרא אלא מדרשא. אז אפילו שדרשו כן מה"ת נמי כופין. ועיין ברי"ף שבע"י שם. דפשיטא ליה שאין כופין על קיום המצוה אעפ"י שלא ידענו שכרה ודבריו תמוהין. הרי סוכה והרי לולב וציצית דכופין משום שאין כתוב מ"ש בצידה גם מ"ש וז"ל ואפשר שהלוויה אינה ממנין המצות של תורה כדי לכוף וכו' ג"כ תמוה. דהרי מצינו כפיי' גם על דרבנן וכמ"ש מ"ש התוס' כתובות פ"ו וגם רש"י מודה לזה עיין פיה"ו שם דלית מאן דפליג בזה וכ"כ בספרי המפרשים להדיא. צדק יהי' לך הוא מ"ע שמ"ש בצידה להקל בכפייתה ותימה שהרי

יש כאן גם ל"ת לא יהי' לך בביתך אבן ואבן וקיי"ל דכל היכא שיש שם לאו חוץ העשה כופין אעפ"י שמ"ש כתוב בצידה וכבר הרגיש בזה הגאון בעל פני משה בתוספותיו על הירושלמי שם שדבר זה תליא בפלוגתא דתנאי אי ממנין אגרדמין גם על השערים או לא ומאן דאמר גם לשערים סבר דאין חילוק בין יש עמה ל"ת ובין עשה גרידא כל שכתוב מ"ש בצידה אין ב"ד של מטה כו' משא"כ מאן דאמר למידות ולא לשערים הוא דס"ל לחלק בהכי ולהכי דוקא במידות שיש שם גם ל"ת דלא יהי' בביתך כו' משא"כ בשערים דאין שם ל"ת זו יעו"ש. וקשיא לכאורה טובא שהרי הב"י והש"ע והרמ"א והלבוש כלהו ס"ל להלכה דממנין גם על השערים כמ"ש בחו"מ סי' רל"א ואינהו גופייהו פסקו להלכה בסי' רמ"ת ביו"ד לחלק בדין מ"ע שמ"ש כתוב בצידה בין יש עמה ל"ת או לא וכן כתב הש"כ סעיף קטן ג' שם להדיא דלהכי כופין על הצדקה ע"ש וכן כתב בסי' ר"מ ס"ק ו' דלכן כופין את הבן לזון את אביו משום ל"ת דלא תאמץ ולא תקפוץ ועוד קשה למה לא הביא הירושלמי שם את הכתוב שבפרשת תצא שמפורש שם מתן שכרו וכתיב להדיא למען יאריכו ימיך תחילה אבל הביא את הפסוק מאזני צדק שבפרשת קדושים שלפי פשיטו אין כתו' שם מ"ש בצידה כלל אלא נדרש ברמיזא מן יהי' לכם אמנם לפי דרך הנ"ל אתי שפיר דלהכי לא דרוש מן המ"ע שבפרשת תצא דאדרבה שם הרי יש גם ל"ת כתוב בצידה והי' ראוי לכופו אעפ"י שמ"ש בצידה וכמ"ע דצדקה אלא הואיל דכתוב מ"ע זו גם בפרשת קדושים וגם שם כתוב יהי' לך ודריש שיהי' להם בשכרה ממון הרבה הרי מ"ש בצידה כמ"ש הפני משה שם ושם לא נמצא אצלה ל"ת דלא יהי' בביתך אבל לאו דלא תעשו עול במשפט במדה הכתוב שם ל"ת זו אינו עובר אלא אח"כ בשעת מכירה משא"כ לא יהי' בביתך עובר מיד להכי שפיר אמרינן שהוא מ"ע שמ"ש בצידה להקל בכפייתה ואע"ג דמתן שכר זה אינו לפי פשיטו הכא לא איכפת לן תו כיון שמצינו מבואר מתן שכרה במקום אחד מפורש בכתוב וכדאמרן לעיל:

נמצא עולה מזה דלאו הכתוב בצד מ"ע שמ"ש בצידה מהני הלאו לעשותה כמצוה שאין מ"ש בצידה לענין כפיי' ואם נמצא מ"ע זו עצמה עוד הפעם במקום אחר בתורה ואין כתוב שם ל"ת בצידה אז חזר הענין ותלוי בתנאי זה אם יש גם שם מ"ש בצידה אי מקלינן בכפייה שלה ואם לא כתב שם מ"ש בצידה כלל חזר דינה לכוף עלי' כעל כל מ"ע:

והנה לענין מעשר כספים דעת הב"ח שאינו אלא מנהג והט"ז סי' של"א ס"ל דהוא חיוב מדינא וכמ"ש התוס' תענית בשם הספרי כל תבואת לרבות פרקמטיא למעשר וב"ד כופין את החתן להוציא ממנו מעשר של נדוניא שלו כדאמרינן בתולין קל"א דמעשר עני מוציאין ממנו בעל כרחו. ולכאורה קשה הא מעשר עני, הוא מ"ע שמ"ש כתוב בצידה

מקצה שלש שנים הוציא כל מעשר כו' למען יברכך כו' בכל מעשה ידך וי"ל דמ"ש בחולין מוציאין ממנו בעל כרחו היינו דרשות לב"ד לכופו וכמ"ש על הא שאמרו כופין את הבן לזון את אביו הובא בט"ז ביו"ד ר"ס ר"מ ומוכת לפ"ז דס"ל להט"ז דגם מעשר כספים הוא מן התורה ולא אסמכתא דאם לא כן גם רשות אין כאן על הכפי' וכדמוכח להדיא בפרק הכותב דאין רשות לב"ד לכוף את היורשים לשלם חוב של אביהם ואפילו כבר עשו עשה והוציאו מידם מהדרית עובדא והטעם בזה כמו שהעלה הגאון האו"ת בחו"מ ר"ם צ"ז כיון שכל עיקר ענין מצוה זו איננה אלא מדרבנן משום לתא דכבוד אב ומצות כיבוד גופה הוא מ"ע שמתן שכרה בצדה והכפי' עלי' אינה אלא רשות לכן פרעון תוב אביהם שאינו חיוב מן התורה כלל כמ"ש התוס' ור"ן שם להכי נחית חד דרגא דכהאי גוונא שוב אין רשאין לכוף כלל. והא תינח להאי תרוצא דכפיית הצדקה אינה אלא רשות וכן כל מ"ע שמ"ש בצידה. אבל לפי תירץ ר"י דמשום שיש שם לאו דלא תאמץ ולא תקפוץ חייבים לכופו לדעת הט"ז והסמ"ע והש"כ ה"ה במעשר עני י"ל דחייבים לכופו ומעשר כספים אפילו יהיה מדרבנן נחית חד דרגא ורשאין לכופו עכ"פ:

אמנם לשיטת המעיין החכמה הנ"ל כל שאין הל"ת כתובה בצידה. שוב אין כופין משום מתן שכרה הכתוב בצידה גם שם והדברים ק"ו מן השבת עבוט שמ"ש בפרשת משפטים איננה מצוה בפ"ע רק חלוק מן המצות השבת עבוט אפ"ה הואיל ואין שם כתוב הלאו בצידה שוב דינה שלא לכופו (מכח מ"ש הכתוב בצידה וכנ"ל) ק"ו מצות מעשר עני שבאמת היא מצוה פרטיית בפני עצמה חוץ מצוה של צדקה א"כ ממילא שאין הלאו הכתוב בצדקה מהני להוציאה מכלל מצוה שמ"ש בצידה ואין חייבין לכופו או אין רשאין לי"א כנ"ל :

והנה מתוך הדברים שהבאתי למעלה יש ללמוד דאי לאו דילפינן במה מצינו או מיתורא דקרא או מבנין אב הווי דינא לכוף ולענוש גם במ"ע שכתוב מ"ש בצידה ולא היינו פוטרין אותו מטעם הסברא הנ"ל דזהו ענשו שלא יקבל שכר זה או זהו ענשו שמכלל הן אתה שומע לאו וכעין קם לי' בדרבה מניה שבש"ס. ויש לומר דטעמא משום דלא אתיין כהדדי דעונש זה שבצידו אינו בא עד אחר זמן שכבר עבר על המצוה משא"כ עונש הכפי' בא מיד קודם שעבר הזמן ובידו לקיים עוד. אי נמי עונש כפיית ב"ד חמירא להו לאנשי וכמ"ש הרמב"ן מכות שלהי פ"ג במלחמות. אי נמי דלא אמרינן קלב"מ אפילו בחיוב כרת אלא לר' נחוניא בן הקנה ולא קיי"ל כוותי' ויש לומר דאפילו לר' נחוניא דוקא מיתה בי"ש או כרת המפורשים בכתוב לא על עונש הנשמע מכללא וכל שכן

העדר שכר הבא מכללא כולי עלמא סבירא להו דלא שייך בזה קלב"מ אי לאו מיליף מקראי וכדאמרן:

והנה הרב בעל פתחי תשובה בחידושיו נ"ל ליו"ד שם הביא בשם חכם אחד דמה שאמרו מ"ע שמ"ש בצידה אין ב"ד של מטה כו' זהו דוקא כשכתוב בצידה שכר של עוה"ב אבל שכר של עוה"ז אינו אלא פירות והקרן הוא העיקר אם כתוב בצידו הוא דמהני להקל בכפייתה לא הפירות והוא ז"ל השיג עליו שהרי בכיבוד אב כתוב בצידה למען יאריכו ימיך על האדמה הרי אין זה אלא שכר עוה"ז ואפ"ה אמרו בחולין ק"י שבקוהו משום מתן שכרה הכתוב בצידה ויש לפרש לפ"ז הא דתניא במכילתא הנ"ל על האדמה מכאן אמרו כל מ"ע שמ"ש כתוב בצידה אין ב"ד של מטה כו' דר"ל כל מצות עשה כל עשה לאתויי אפילו מ"ע שמ"ש בצידה רק שכר עוה"ז נמי אין ב"ד של מטה כו' ועיין יד שאול סימן רפ"ה דאדרבה כשכתוב בצידה שכר עוה"ז להכי אין ב"ד של מטה כו' יעו"ש שמשמע מדבריו דכשאין כתוב בצידה רק שכר עוה"ב כופין עליה וסיים שם בזה"ל אמנם כל זה לפלפולא. וי"ל דלקושטא דמלתא מוכת דאין חילוק שהרי לר' יעקב דלית לי' שכר מצוה בהאי עלמא כלל לא בכיבוד אב ולא בשילוח הקן ומפרש למען ייטב לך ולמען יאריכון ימיך תרווייהו לעוה"ב. ועיין מהרש"א סוף חולין וא"כ לדידי' גם כבוד אב גם שילוח הקן ודכותייהו כלהו יהיו כופין עליהם. והרי סתמא דמתניתין בסוף פ"ק דקידושין כר' יעקב. וכדאוקמי שם בש"ס להדיא. וא"כ יהי' סתם משנה דלא כהלכתא דלסברא הנ"ל הרי נפקא מינה טובא לדינה להיות כופין גם על כיבוד אב ודכוותה ובחולין ק"י בבי דינא דר"ח דהורו לכוף על כבוד אב. ואותיב עליה מברייתא ומה זו תיובתא אדרבה לסייע לי' ממתניתין הנ"ל. אלא וודאי דכ"ע ס"ל שאין חילוק בין שכר לשכר לענין מ"ש בצידה הן בעוה"ז והן בעוה"ב תרווייהו שווין:

ויש לנו ללמוד מדברי השאילת שלום הנ"ל בכוונת הגאון רב אחאי. דמתן שכרו בצידו שאמרו לאו דוקא אלא דהוא הדין [וכל שכן] כשכתוב ענשו בצידו אמרינן וודאי זהו ענשו ולא ענשינן לי' אנן [ולכן אלו הי' כתוב בתורה בצידה של מצוה דמפני שיבה תקום והדרת. אם לא יקום ולא יהדר לא יאריך ימים שוב לא היו כופין אלא דמדברי קבלה לד"ת לא ילפינן] וכדברי רש"י בחולין הנ"ל וכמ"ש הלבוש. ולפי זה יתחדש לנו דין חדש. דכל מצוה שכתוב עונשה בצידה אין ב"ד של מטה וכו' וכבר כתבנו מזה למעלה בפרק י"ד. והעלינו דלא ס"ל הכי לרוב הפוסקים יעו"ש. אבל באמת קשה מי גרע עונש המפורש בתורה. מעונש הנשמע מכללא לכן נלענ"ד. דס"ל דשורש לימוד זה הוא באמת רק על יסוד הנזכר למעלה דלא אזלינן הכי למילף להקל בכפייתה אלא על פי הכלל

הגדול שבידינו אין מקרא יוצא, מידי פשוטו. וקשיא לן מתן שכר במצוה פרטית ל"ל ואע"ג דמצינו לחז"ל שדרשו בכ"ד ולפי הדרוש אין הכתוב מיותר מ"מ הואיל ומיוחד לפי פשוטו קבלו חכז"ל דכל כה"ג בא ללמד שאין כופין עלי' משא"כ כשגם לפי פשוטו של מקרא איצטריך לגופיה אין עונש זה פוטרו מן הכפיי' כלל להכי במ"ע דפסח ומילה שעונש שבצידו הוצרך באמת לגופי' ללמד שיש עונש כרת על ב' עשין הללו וכדומה כה"ג הדרינן למדן בהו בכפייה ככל מ"ע דעלמא. נמצא לפי זה מ"ש רש"י בחולין ק"י דלכך פירש מתן שכרו כו' הדברים כפשוטן דמשום יתרון המ"ש בצידו דרשו הכי. ולמעלה הקשינו מהא דדרשו בירושלמי דאיצטריך למכתב מ"ש בצידה לדרשה להשוות קלה לחמורה אבל לדברינו אלה לק"מ. דמכל מקום אין מקרא יוצא מידי פשוטו ולפי פשוטו הוא מיותר וקבלו חז"ל שבא ללמד שאין כופין [וזהו מכוון במ"ש הלבוש בזה"ל קבלו חכז"ל כשמתן שכרה בצידה אין חייבים לכוף] והוא נלמד באמת במה מצינו במאזני צדק דכתיב לכם לכם ולא לב"ד וה"ה לכל מ"ע שמ"ש בצידה. וכבר כתבנו שגם במאזני צדק המ"ש בצידה אינו מיותר שהרי בא ללמד שאפילו על מצוה קלה שאין בה אפילו אחד ממאה באיסר זוכה לשכר גדול וכמו שאמר בספרי שם מ"מ לפי פשוטו של מקרא הוא למותר וקבלו חז"ל דלכם דכתיב התם ללמוד מכאן לכל מ"ע שבתורה כשמ"ש בצידה הדבר מסור לכם הציווי והעונש ולא לב"ד להעניש:

*) [בכת"י חסר שמונה פרקים כי הי' צריך להיות כ"ח פרקים ויעוי' בסוף ספר "דברי חידוש" נמצא ג"כ כמה ענינים מדינים אלו יעו"ש]:

*)**הג"ה** גם מדברי הפרי מגדים בספרו שושנת העמקים ד' ע"ד שכתב דמצות הוכח תוכיח דינה בענין כפיי' כמ"ע שמ"ש בצידה דכתיב בה ולא תשא עליו חטא ותרגם אונקלס ולא תקבל עליה חובא וא"כ זהו ענשו שנתפש בעוון ואין כופין עלי'. והנה לפי פשוטו של מקרא שתרגם אונקלס אין כאן קרא יתירא דהרי צריך לגופו ללמד שהוא נתפש באותו עוון וכ"ש למאי דקיי"ל דהאי קרא בא ללמד לאו להמבייש חבירו עובר בל"ת עליו חטא וכמ"ש בספרא וכמ"ש כל מוני המצוות ובכללו שלא לזכור עוונו ולא יכסנו בלבו וכמ"ש הרמב"ן במקומו. ועיין סה"מ שם ועכ"ר צ"ל דס"ל להפרמ"ג שמתן שכרו בצידו וענשו בצידו דין אחד להם ואפילו אינו מיותר כלל לפי פשיטו ה"ה נמי דאין כופין וכבר כתבנו שאין כן דעת כל הראשונים ופסח ומילה יוכיחו:

בענין זקן ממרא

מצות ל"ת. לא תסור מן הדבר כו' ז"ל הרמב"ן במשנה תורה י"ז י"א אפילו אומר לך על ימין שמאל כו' ואל תאמר איך אוכל החלב הגמור הזה או להרוג האיש הנקי אבל תאמר כך ציוה אותי האדון המצוה על המצות שאעשה בכל מצותיו ככל אשר יורינו העומדים לפניו כו' אפי' יטעו וזה כענין ר' יהושע עם ר' גמליאל ביום הכיפורים שחל להיות בחשבונו ע"ש וכ"כ בספר המצות להרמב"ן בשורש א' דף י' אפי' יאמר לך כו' נאמר לו בכך אתה מצווה כמו שנהג ר' יהושע עם ר"ג ביוה"כ שחל להיות בחשבונו. וראיתי להרב בעל ת"ץ הקשה וז"ל וראי' זו איני מכיר דקידוש החודש שאני שתלוי רק בב"ד ואתם אפי' מזידין אבל בשאר דיני תורה משמע מריש פ"ק דהוריות דהיכי דטעה וסבר מצוה לשמוע דברי חכמים חייב קרבן עכ"ל:

הנה מה שהקשה מריש פ"ק דהוריות כבר תירץ הרמב"ן בעצמו בסה"מ שם וז"ל יש בזה תנאי יתבונן בו המסתכל בראשון של הוריות בעין יפה והוא שאם הי' בזמן הסנהדרין חכם וראוי להוראה והורו ב"ד הגדול בדבר א' להתיר והוא סבר שטעו בהוראתם אין עליו לשמוע דברי חכמים ואינו רשאי להתיר לעצמו בדבר האסור לו אבל ינהג חומר לעצמי וכ"ש אם הי' מכלל הסנהדרין יושב עמהם בב"ד הגדול ויש עליו לבוא לפניהם ולומר טענותיו והם ישאו ויתנו עמו ואם הסכימו כולם בביטול הדעת ההוא שאמר ושבשו עליו סברותיו יחזור וינהג כדעתם את"כ עכ"ל הנה, ביאר להדיא דבמאן דלא גמיר (ואינו בגדר הוראה) מחויב לקיים ולשמוע אל הב"ד בכל דיני התורה אפי' דיני נפשות. אלא שי"ל דהיינו דוקא בגזרו הב"ד עליו בחיוב שיקיים דבריהם אבל בהתירו לו דבר הנראה לו אסור אע"פ דלא גמיר ולא סביר יכול הוא להחמיר על עצמו ואין זה עובר על דברי חכמים כלל שהרי לא חייבוהו לקיים כן דוקא. ובזה יתבאר נמי ליישב מ"ש הרמב"ן שם וכענין שנהג ר' יהושע עם ר"ג ביוה"כ שחל להיות בחשבונו אין כונתו להביא ראי' משם לכל דיני התורה דודאי שאני התם דגלי קרא אתם אפי' מזידין אבל הרמב"ן הכי קאמר שענין זה (שאמרו במאן דלא גמיר שמחויב לאכול החלב הגמור הזה) הוא בתנאי שיהי' כענין שנהג ר' יהושע עם ר"ג ביוה"כ שמבואר בש"ס שגזר עליו בתורת חיוב דוקא שיבוא אליו במקלו ותרמילו בענין זה דוקא הוא דמחויב לקיים דברי הב"ד לא בענין אחר וא"כ דברי הרמב"ן ברורים ונכונים:

ולפ"ז מצאתי ישוב נכון להא דקשיא לכאורה טובא מה כל החרדה ולמה הי' מיצר ר' יהושע עד שבא ר"ע ולימד אתם אפי' מדדין וטורח זה למה והלא מקרא מלא דיבר הכתוב ולא תסור ימין ושמאל וכתיב השופט אשר יהי' בימים ההם ואמרו בספרי שאפי'

אינו כמו השופטים שהיו בתחילה. והיותר תמוה שנראה מפשט המשנה שם שגם אחר דברי ר"ע עדיין לא נתקררה דעתו של ר"י עד שבא אצל ר' דוסא ולימד מקרא דויעל משה ואהרן נו"א ושבעים איש מזקני ישראל שלכן לא נתפרשו שמותם של הזקנים ללמד שכל שלשה ושלשה שעמדו ב"ד לישראל הרי היא כב"ד של משה ותימה מדוע לא הספיקו לו לר"י דברי הכתוב המבוקרים על פי השופט אשר יהי' בימים ההם כו' לא תסורו ימין ושמאל. שוב ראיתי בתוספתא דר"ה הוסיפה, שם לומר שהוכיח ג"כ לר"י מקרא דהשופט אשר יהי' בימים ההם [אבל אכתי קשה מדוע שבק תנא דמתני' האי טעמא לגמרי] וכ"ה בש"ס, והנה עיקר הך ילפותא דאתם אפי' מזידין ודאי דצריכה רבה וללמד דיש הבדל רב בין קידוש החודש לכל דיני התורה דבכל דיני התורה היכא שנתברר להב"ד שטעו הב"ד עצמן מחויבים להחזיר הדין דקיי"ל טעה בדבר משנה חוזר משא"כ בדין קידוש החודש אפי' הב"ד עצמן נודע להם שטעו אפי' עדים כשרים באו להעיד כנגדם מאיימין על העדים איום גדול ומטריפין אותם בשאלות ומטריתין אותם בבדיקות כדי שלא תתקיים עדותן ויהי' דברי ב"ד קיימין אע"פ שטעו ועיין ברמב"ם סוף פ"ג דקידוש החודש. אבל לענין זה שבא ר"י לחלוק על ב"ד של ר"ג במה שנראה לו שטעו ולפי דברי הרמב"ן הנ"ל שזה מוזהר ועומד הוא מאזהרה מפורשת שבתורה לא תסורו ימין ושמאל אפי' יטעו וכמ"ש הרמב"ן בשרשים שם ד' י"א שאפי' יודע בודאי שהם טועים הנה נאמר לו בכך אתה מצווה עכ"ל א"כ ודאי הדרא קושיא לדוכתא. אבל להנ"ל אתי שפיר שצערו של ר"י לא הי' אלא על הגזירה שגזר עליו שיחלל את יוה"כ שחל בחשבונו ואלמלא גזירתו הרי הי' יכול להחמיר על עצמו ולקיים את יוה"כ שחל להיות בחשבונו. ובזה יובן פירש"י במשנה מיצר על הנשיא שגזר עכ"ל. ובפרט ר' יהושע שהי' חכם וראוי להוראה הרי אין עליו חיוב הזה לשמוע דברי חכמים אם סבור הוא שטועים וכמ"ש הרמב"ן להדיא ולהכי ודאי לא הי' מחויב לשמוע מצד העשה והלאו דלא תסור אפי' חייבוהו ממש לעשות מעשה עד שבא ר' עקיבא ולימד דשאני קידוש החודש מכל דיני התורה ואתם אפי' מזידין וזהו עיקר הטעם שהוכרח לקבל דברי ר"ג ועל פי השופט אשר יהי' בימים ההם לסניף בעלמא נאמר ולהכי שבקה תנא דמתני' לגמרי:

שוב ראיתי להגאון ר"ח אבן עטר בספר חפץ שלו על הוריות דף ב' ז"ל שם בגמרא דטעה בדבר מצוה לשמוע דברי חכמים והגם דאמרינן לא תסור כו' אפי' יאמרו לך על ימין שהוא שמאל כו' ומצוה קא עביד אחרי האמת ולמה יתחייב הא מיהא לא שגג. וי"ל כיון דחכמים לא חייבו למיכל חלב אלא שריותא הוא דשרי לי' וכי מסתבר לי' דאסור מצי למנוע עצמו שלא לאכול אלא דטעות הוא דטעה דסבר מצוה לקיים דברי חכמים

ולאכול לכתחלה הגם דלדעתי' איסורא היא עכ"ז מצוה לשמוע ולקיים כו' וזה שגגתו דחייב עלה דמצוה לשמוע דברי חכמים הוא במילתא דלית בה איסורא אי נמי אפי' אית בה איסורא בשב ואל תעשה שלא לבטל דברי חכמים כגון שהצריכו לעשות דבר דאי עבד שב ואל תעשה מבטל דברי חכמים בכהאי גוונא הוא דאזהר רחמנא לא תסור, משא"כ בנידון דידן עכ"ל. הנה דבריו מוכיחין להדיא דאם חייבוהו חכמים למיכל צריך לשמוע ולאכול אפי הוא גמיר או סביר דבהכי מיירי הש"ס שם להדיא ותלמיד הראוי להוראה שבמשנה שם ר"ל גמיר ולא סביר סביר ולא גמיר וראוי לידי הוראה אבל עדיין לא בא כן מפרשינן שם בש"ס להדיא אבל בחכם שכבר בא להוראה אפי' בחייבוהו לאכול אפשר דגם הר"ת אבן עטר יודה דאין עליו לשמוע ולמיכל איסורא וכמו שכתבנו למעלה דלהכי לא הי' מחויב ר"י לקיים דבריו של ר"ג וגזירתו אי לאו דקאמר רחמנא אתם. אפי' מזידין.

ויש לכאורה סתירה לדבריו מדברי הרמב"ן בסה"מ דנהי ודאי דהא דאמר הרמב"ן דיאכל חלב י"ל דר"ל דחייבוהו לאכול וכמ"ש בחפץ וכמו, שכתבנו לעיל בכוונתו אבל הרי כתב שיש בזה תנאי המוכח מפ"ק דהוריות דחכם שראוי להוראה יחמיר לעצמו מוכת מזה דאע"ג דחייבוהו יחמיר לעצמו שאין לומר שלא אמרו זה אלא בגמיר וסביר שהרי זה הראוי להוראה שבפ"ק דהוריות שם שמדבר בו פרש"י בש"ס להדיא שהוא או גמיר או סביר. אם לא שנאמר דהא דמשמע מדברי החפץ דחייבוהו הב"ד לאכול יאכל ר"ל שהב"ד חייבוהו ע"י סברות ברורות המחייבות לשבש סברתו והסכימו כן על ידי רוב הדיינים [שאז אפי' גמיר וסביר צריך לבטל דעתו ויאכל] אבל כל זמן שלא נזקקו הב"ד לעשות הסכמה הזו ע"י הרוב יכול להחמיר על עצמו וכהרמב"ן:

עוד יש לומר והוא העיקר דכוונת הרמב"ן כך הוא דבמאן דלא גמיר ולא סביר היא ניהו דיאכל חלב ולא יחמיר על עצמו כי מה טעם בחומרא שלו נגד דעת הב"ד וכמו שהסביר הרמב"ם בהלכות שגגות שלכן פטור מקרבן שאין ידיעתו באיסורין ידיעה ודאית. ומה שכתב שם הרמב"ן וכענין שנהג ר"י עם ר"ג ביוה"כ לאו ללמדינו שמדבר בחייבוהו דוקא כנ"ל (אדרבה אפילו בלא חייבוהו לא יחמיר) אבל ללמדינו כלל גדול בהלכה זו דבמאן דלא גמיר ולא סביר שוים הם עניני כל דיני התורה כענין קידוש החודש דחייבין לקיים דברי הב"ד. ויאכל ולא יחוש להחמיר וכענין שנהג ר"י עם ר"ג ביוה"כ דשם נתבאר שצריך לשמוע ולקיים אפי' לא יגזרו עליו בחיוב ולא יחמיר לעצמו כלל אבל גמיר או סביר יחמיר לעצמו ולא יאכל כל זמן שלא חייבוהו אבל בחייבוהו אע"ג שלא נזקקו עדיין לעשות הסכמות רבות נגד סברתו יאכל ולא יחמיר. וכל זה כיון שאיננו גמיר וסביר

(הבא כבר להוראה) אין כחו יפה נגד הוראת ב"ד אבל מאן דגמיר וסביר שהגיע כבר להוראה יחמיר והי' ראוי ר"י להיות מחמיר לעצמו אע"ג שחייבוהו עד שנזקקו לו חכמי ישראל ללמד שנשתנה בדבר הזה דין קידוש החודש מכל דיני התורה ואתם אפי' מזידין. נמצא כי לפי תירוץ זה של הר"ח ן' עטר ג' חלוקות הן (א) עם הארץ יאכל ולא יחמיר. (ב) גמיר או סביר יחמיר לעצמו ולא יאכל אם לא שחייבוהו לאכול אז מחויב לאכול ולא יחמיר לעצמו. (ג) מאן דגמיר וסביר אע"ג דחייבוהו לאכול יחוש לעצמו ויחמיר:

אמנם כתב שם הר"ח ן' עטר אופן שני לחלק בין גמיר לשאינו גמיר דמאן דלא גמיר ולא סביר חייב למיהוי כפיף רישא וליעבד ומאן דגמיר או סביר יחמיר לעצמו ולא ליעבד. ואל יטעך לשונו שם במ"ש גמיר וסביר דרו"ל גו"ס דוקא אז לא ישמע ויחמיר לעצמו דזהו נגד הש"ס שם וכנ"ל אלא לרבותא נקט גמיר וסבור דאפ"ה לא אשוב מזיד וחייב קרבן וכענין מ"ש התוס' בהוריות שם וכבר כתבנו במקומו לפרש כמו כן דברי הרמב"ם בה' שגגות פי"ג ודברי הרמב"ן בסה"מ ודלא כהלח"מ שפירש שמ"ש הרמב"ם הגיע להוראה שרו"ל שאינו ראוי להוראה שבכמה דוכתי מוכת להיפך. ותחלת לשונו שם בספר חפץ בתירוץ הג' יוכיח שכתב דהיינו לגבי שאר העם הנה זה כאומר לגבי עם הארץ דוקא, הנה לפי תירוצו זה אין כאן אלא שני חלוקות א' לא גמיר אפי' לא חייבוהו חייב מעצמו לכוף ראשו ולשמוע ולעשות. ב' מאן דגמיר אפי' חייבוהו למיכל יחוש לעצמו ולא יאכל. והנה זה מכוון ממש לדברי הרמב"ן וכפי דרך השני שכתבנו ואיך שיהי' נתבאר שאין סתירה. מדברי הרמב"ן לדברי החפץ:

אולם מה שכתב החפץ שם בתירוץ הב' דא"כ קשה למה יתחייב זקן ממרא הלא תלה הכתוב בידיעתו וכלומר' דזקן ממרא אינו אלא בגמיר וסביר והרי אינו מחויב לשמוע ותירץ כיון דגלי קרא גבי זקן ממרא ש"מ דוקא להחמיר ליזיל בחר טעמא דנפשי' משא"כ להקל נעשה זקן ממרא. חמוה לי מילחא דהא תנן להדיא סנהדרין פ"ו דאינו נעשה זקן ממרא עד שיעלה ויסדר דבריו לפני ב"ד הגדול כך דרשתי וכך דרשו חבירי כך למדתי וכך למדו חבירי ובש"ס שם אם שמעו אמרו להם ואם לאו עומדים למנין רבו המטמאים טמא רבו המטהרים טהור וא"כ אחרי ששמעו סברותיו וטענותיו וחקרו ודרשו היטב והסכימו רוב של הב"ד הגדול לשבש סברותיו ולחלוק על דבריו פשיטא ודאי ששוב לא יכול להחזיק דבריו אפי' להחמיר ונידון כזקן ממרא אפי' בהחמיר וכן מוכח להדיא מדברי הרמב"ן בשורש הרביעי שם שאחר שכתב דראו להוראה יחמיר לעצמו סיים וכתב וז"ל ויש עליו לבוא לפניהם ולומר טענותיו והם ישאו ויחנו עמו ואם הסכימו כולם בביטול הדעת ההוא שאמר ושבשו סברותיו יחזור וינהג כדעתם אחר כך לאחר

שסלקו אותו ויעשו הסכמה בטענתו וזה העולה מן ההלכות פה ומ"מ חייב לקבל דעתם אחר ההסכמה עכ"פ עכ"ל וכן כתב עוד שם בתחלה שהעובר על זה וסומך על דעתו הוא זקן ממרא וכן מבואר להדיא בסוף פ"ה דעדיות וכן בסנהדרין דף פ"ו בהך דעקביא שטימא דם הירוק עיין רש"י ותוס' שם וכ"כ הרמב"ם פ"ד מה' ממרים דאפילו מחמיר ואומר לאסור דבר זה הרי זה זקן ממרא דאפשר שיבוא מחומרא זה לידי דבר אחר ומדבר זה לדבר שני אפי' עד מאה דברים אם אפשר שיהא נצמת קולא (בדבר שזדונו כרת) הרי זה המראה:

ועיין תורת חיים סנהדרין פ"ז כתב גדולה מזו דבדבר שחייבים על זדונו כרת אפי' החמיר בחומרא דלא נפיק מיני' קולא כלל הרי זה זקן ממרא ולא הוצרך לחקור אי נפיק מיני' קולא אלא בהורה בדבר שאין בו כרת. אבל בחידושי הר"ן כתב כל זמן שלא נעשה מעשה להקל ע"י הוראה זו אינו זקן ממרא. ולדעת החו"ח צ"ל דהא דתנן דאינו חייב עד שיורה לעשות ר"ל לאפוקי שנה ולימד אבל כשנשאל איך לעשות והורה אפי' להחמיר כגון שלא לאכול ושלא לעשות וכדומה הורה לעשות קרינן לי כלומר שהרי הורה הלכה למעשה:

עוד י"ל (לקושיא הנ"ל דמה כל החרדה של ר"י ולמה היה מיצר הלא מקרא מלא דיבר הכתוב לא תסירו. והשופט וגו') לפי מ"ש בעל המאור בהך דר"ה שם שאחר העיון בחשבון נתברר לו לר' גמליאל עצמו ע"פ מופת החשבון שדברי ר"י אמת ושע"ל עידי שקר הן וכל כה"ג מסתבר שאין מחויב לעשות כפי הטעות ויכול להחמיר לעצמו אפי' מאן דלא גמיר ולכך הי' מיצר ר"י עד שבא ר"ע ולימד אתם אפי' מוטעים אפי' מזידין:

ובספר ככר לאדן להגאון חיד"א דף קע"ה שם בשם מהר"ם לונזאני דמוקי לה הך דספרי אפי' על ימין שמאל ר"ל שמורין כן לצורך הוראת שטה וכן מצאתי להרדי"א בספרו ר"א די"ז וכן מצאתי להר"י עראמ"ה בעקידת יצחק שער מ"ג ומ"ו. ולכאורה הי' אפשר לומר שגם כוונת הרמב"ן במה שכתב שיאכל החלב הגמור או יהרוג את הנפש שרו"ל מהוראת שעה וא"ש אפי' יטעו ר"ל שלפי דעתך עדיין השעה אינה צריכה לכך וכדומה אבל מלבד שזה דוחק הנה דבריו בספר המצוות בשורש ד' יעידו שלא דבר בהוראת שעה כלל (וזה שהביא מענין ר"י עם ר"ג דגם שם לא מדבר בהוראת שעה) דאל"כ מה קשה לי' מפ"ק דהוריות שם במשנה שלא דיברה מהוראת שעה כלל אלא בהוראה מוטעת שהורו וטעו ולכך מצוה שלא לשמוע להם ועוד דבהוראת שעה אפי' חכם וראוי להוראה חייב לשמוע ככל אשר יצווה הב"ד אבל הרי זה ראי' ברורה שהרמב"ן לא מוקי לה בהוראת שעה. וי"ל דס"ל להרמב"ן דע"כ היתר הוראת שעה לאו מן לא תסור נפקא דהא מבואר יבמות דף פ"ט ובסנהדרין דף צ' דמפקינן היתר הור"ש מן הכתוב אליו תשמעון שמדבר

בנביא ושם לא מצינו לאו דלא תסור כלל רק ח"ע לשמוע אל דברי הנביא ומינה ילפינן שם שאפי' יאמר לך עבור עד"ת כאליהו בהר הכרמל תשמע לו הכל כפי צורך השעה ומהך קרא דגבי נביא גמרינן מיני' גם לענין ב"ד להתיר הוראת שעה ובתנאי שיהי' למיגדר מילתא כמסקנת הש"ס ביבמות שם וכמ"ש הרמב"ן שם להדיא בחידושיו. ועיין רשב"א שם צ"א א"כ מוכח מזה דהיתר הור"ש לא מפקינן מלא תסור. ובאמת קשה לדעת מהר"ם לונזאני וסייעתו מהא דגרסינן שם ביבמות ד"ל ת"ש אליו תשמעון אפי' אומר לך עבור על אחת מכל מצות שבתורה הכל לפי צורך השעה [פי' דס"ד דגדר וסייג הכל דינו כהוראת שעה רשב"א ורמב"ן] ואם כדעת מהר"ם וסייעתו הנ"ל למה לי' להש"ס להביא הך דאליו תשמעון דמיירי בנביא [שבאמת אין ענין גביא להוראת ב"ד כלל וכמו שהקשו התוס' באמת ועיין רי"ף בע"י] והש"ס עצמו דחה לה שאני התם דכתיב אליו תשמעון ומדוע לא קאמר עדיפא מיני' ת"ש דתניא לא תסור ימין ושמאל אפי' יאמר לך על ימין שהוא שמאל וכו' כגון אכול חלב הרוג נפש הכל לפי שעה תעשה כדבריהם לשיטה הנ"ל דהך דספרי לענין הור"ש נאמרה והך קרא לא מיירי בנביא אלא בב"ד גופי'. אבל לפע"ד שמכאן ראי' ברורה. ר ברייתא דספרי לא מיירי בהור"ש אלא באינו גמ'. דמחויב לשמוע ולקיים אבל גמיר לא ישמע ויחמיר לעצתו וכ"ש גמיר וסביר וכאמור למעלה וכדברי הרמב"ן אבל הור"ש בכל התורה מפי השמועה למדו או דגמרינן מנביא כמ"ש רמב"ן ולהכי פריך הש"ס באמת לקמן מהך דראב"י שאמר שמעתי שב"ד מכין ועונשין שלא מן התורה ולא לעבור עד"ת אלא לעשות סייג לתורה ומשני באחת למיגדר מילתא שאני:

והנה ראיתי למהר"ם לונזאנו שם עוד לחלק בדרך אחר דהך דספרי איירי שחידשו ב"ד דין שאינו מפורש בתורה אבל דבר המפורש לא ישמע להם על ימין שמאל ועל שמאל ימין ותימה לכאורה שהרי אמרו שם בש"ס דהוריות שזה דקיי"ל דבידע שטעו אין לו לשמוע לעשות כפי הטעות זה דוקא בדבר שאינו מפורש בתורה אבל דבר המפורש דהיינו דבר שהצדוקין מודין בו אפי' לא ידע הב"ד פטורין והיחידים חייבין קרבן יחיד כל אחד בפני עצמו מ"ט זיל קרי בי רב הוא עיין שם הוריות ד' ומני' כגון זה אפי' לא גמיר יחמיר לעצמו. ועל כרתינו צ"ל דאינו מפורש בתורה דקאמר מהרמ"ל ר"ל דבר התלוי בסברא שאין להמולך מקום לברר טעותם הוא ניהו דמחויב לשמוע לאפוקי דבר, שיכול להתברר מן הש"ס ופוסקים או סוגיין דעלמא הרי הוא כדבר המפורש בתורה לענין זה (ואפי' דבר שאין צ"מ בו) והיא ניהו דלא ישמע אל הב"ד בידע שטעו. ואע"ג דגם דבר התלוי בסברא יש מקום להתברר כשילך לפני הב"ד ויעמדו למנין והדבר שיסכימו

רוב הדיינים הוא הדבר שנצטוינו עליו מה"ת. ומדוע יגרע בזה לבלתי יחמיר על עצמו עד שילך לפניהם לעשות בירור. מ"מ הנה ס"ל להלונזאני לחלוק בזה כיון שזה הענין בחידוש דין התלוי בסברא שהבירור להיפך עדיין איננו בעולם שעל זה ועל כיוצא בזה אמר הכתוב כי יפלא ממך דבר ועשית ע"פ אשר יורוך וחייב לשמוע אע"פ שנראה לפי דעתו היפך סברתם משא"כ בשנראה לו לפי דעתו שכבר הדבר מפורש בראיות מש"ס או פוסקים או סוגיין דעלמא להפך. הנה א"כ מצינו חילוק במאן דגמיר גופי' בין דבר המחודש לדבר המבואר כבר אבל במאן דלא גמיר מסתבר ודאי דגם מהרמ"ל יודה שאין ידיעתו ודעתו כלום ומה הבדל אצלו בין מחודש לאינו מחודש ויודה מהרמ"ל לדעת הרמב"ן והחפץ דל"ג חייב לשמוע וכאמור למעלה נגד דעת הב"ד ועיין מ"ש מהרי"א בר"א שם די"ח דרך השני שדבריו שם ג"כ יכולים להתבאר כדברי מהרמ"ל בדרך השני ויהי' לפ"ז דבריהם עולים בקנה אחד בשני הדרכים. חוץ דבר אחד נוסף תמצא בדברי מהרי"א שם בדרך הא' שהוראת שעה היא דוקא בדבר שאין בו צד עבודה זרה ודבריו ברורים וכן אמרו בפירוש סנהדרין ד' צ' אמר ר' אבוהו אר"י בכל אם יאמר לך נביא לעבור על ד"ת (פירש"י כגון הור"ש כאליהו בהר הכרמל) שמע לו חוץ מע"ז וכן כתב הרמב"ם בפ"ט מיסוה"ת שם ב' פעמים וכן ברמב"ן במשנה תורה י"ג שם וז"ל העולה מדברי רז"ל אפי' יאחר שיעבדו לע"ז אפי' שעה אחת בלבד כגון שיאמר עבדו לפעור היום הזה בלבד הוא חייב מיתה עכ"ל והמתבונן בדברי מהרי"א הנ"ל ימצא הערה נחמדה שהוא לא כתב להסביר הענין בכגון דברים הללו וטעמו ונימוקו עמו אחרי שהוא בא לפרש דרשת הספרי על מקרא דלא תסור א"כ הרי זה מוכרח שמדבר בהוראת ב"ד שהרי אין בנבואת הנביא לאו דלא תסור רק עשה דאליו תשמעון ואם כדמיון זה שאמר הרמב"ן באמרו ב"ד עבדו לפעור היום הזה וכדומה קשיא תיתוק לי' בלאו איסור דע"ז הלא זה דבר המפורש בתורה והדבר שהצדוקין מודין בו ואפי' ע"ה לא ישמע כהוריות דף מ"ט זיל קרי בי רב הוא אפי' הוראת שעה לא מהני בכה"ג וכמ"ש הט"ז סי' ב' בחו"מ וביו"ד סי' קי"ז דדבר המפורש בתורה אפי' יאחרו להחמיר אין רשאין דזה הוי לעבור על ד"ת [וכלומר דדוקא בנביא מצינו שלצורך הוראת שעה עוקר דבר המפורש כאליהו בהר הכרמל אבל לא גבי ב"ד ועיין בהקדמת הגאון מוולאזין לספר ביאור הגאון על הזוהר שמיום שפסקה נבואה אין יכולין לשנות מן דין תורה אפי' להוראת שעה אפילו בהתאסף כל חכמי ישראל יחד וי"ל דאיהו נמי בדבר המפורש בתורה קאמר דצריך נביא דוקא וכשיטת הט"ז הנ"ל דאל"כ יקשה שמוכח מדברי הפוסקים דגם האידנא שייך הוראת שעה עיין ח"מ סי' ב' ויו"ד סי' של"ד] וכן נזהר הרדי"א בדבריו ואמר שהוראת שעה גבי ב"ד הוא דוקא בדבר

שאין בו צד ע"ז כלומר אפי' אינו ענין המפורש בתורה לאיסור אבל הוא אסור משום שיש בו צד ע"ז אפ"ה לא ישמע להב"ד בזה משא' בדברי הרמב"ן שמדבר בנבואת הנביא לא הוצרך לזה דעדיף בזה נביא מחכם שאפילו בדבר המפורש עוקרו להוראת שעה ובתנאי שאין בו צד ע"ז:

העולה מדברינו לפי דרך הראשון בכונת הרמב"ן בין גמיר בין לא גמיר יחמיר לעצמו ולא יאכל אא"כ חייבוהו לאכול כענין ר"י ור"ג שגזר עליו בדוקא אז יש חילוק במאן דגמיר יחמיר לעצמו ולא ישמע להם ואם אכל בשוגג דסבר שמצוה לשמוע דברי חכמים חייב קרבן על שגגתו כדתנן בריש הוריות אבל לא גמיר שאכל ולא החמיר לעצמו אע"ג דעביד איסורא לא נתחייב קרבן על אכילה זו ולכן הוכרח הרמב"ן לאוקמי הך דהוריות במאן דגמיר דוקא וכפי דרך השני בכונת הרמב"ן וכפי תירוץ הראשון של החפץ דמאן דלא גמיר יאכל ולא יחמיר אפי' לא חייבוהו לאכול יכוף ראשו וישמע לקיים כפי הוראת ב"ד דוקא, גמיר או סביר יחמיר לעצמו ולא יאכל כ"ז שלא חייבוהו ב"ד ואם אכל ולא החמיר חייב קרבן אבל אם חייבוהו למיכל גם הוא יאכל ולא יחמיר. גמיר וסביר שהוא חכם וראוי להוראה אפי' חייבוהו למיכל יחמיר לעצמו ולא יאכל:

הדרך השלישי והוא עיקר ושכן העלה גם החפץ בתירוצא בתרא. (א') מאן דלא גמיר יאכל ולא יחמיר אפי' לא חייבוהו ומצוה קעביד לשמוע דברי חכמים (ב') מאן דגמיר או סביר אפי' חייבוהו למיכל לא ישמע ויחמיר לעצמו ואם אכל חייב קרבן וה"ה גמיר וסביר אבל יש לו לילך לפני הב"ד ולסדר טענותיו ואם הסכימו ברוב מנין לשבש סברותיו חייב לקבל דעתם עכ"פ כמ"ש אחרי רבים להטות ואם הסכימו רבים לדעתו מחזירין את הדין וע"פ האופנים שבחו"מ סי' כ"ה וכל דברינו הוא קודם שעמדו למנין לעשות הסכמה. (ג') הורה וטעה בדבר המפורש בתורה אפי' ע"ה גמיר לא ישמע וכמ"ש בהוריות שם דבדבר שהצדוקין מודין בו אין על הב"ד חיוב קרבן אבל כל יחיד אם טעה וסבר מצוה לשמוע דברי חכמים ואכל חייב קרבן חטאת וה"ה בטעות המבורר אצלו במופת או בחוש (ד') הורו ב"ד לעבור לצורך הור"ש כולם חייבים לשמוע בין גמיר או לא גמיר אלא שלדעת הט"ז זה דוקא בדבר שאינו מפורש בתורה אבל בדבר המפורש אין עוקרין אלא ע"פ נביא וכנ"ל. (ה') במה דברים אמורים בכל דיני התורה איסור והיתר טומאה וטהרה דיני ממונות ודיני נפשות אבל אם הורו וטעו בדבר שיש בו צד ע"ז אפי' היו המורים רוב סנהדרי הגדולה ואפילו בהסכמת הנביא ואפי' רק לצורך רגע אחת קטנה הרי דבריהם בטילין ומבוטלין ומצוה על כל אחד ואחד מישראל אפי' ההדיוט שבהדיוטים לחלוק עליהם ולבטל את דבריהם וכמ"ש סנהדרין ד"צ. (ו') יש עוד הבדל

בין כל דיני התורה לדין קידוש החודש שבקידוש החודש אם טעו הב"ד בין שוגגין בין מוטעין אפי' נתברר להם אח"כ שטעו אין מחזירין את הדין ודבריהם קיימין וגוזרין ועונשין לקיים דבריהם אפי' לגמיר או סביר וה"ה לגמיר וסביר (ז) זה שאמרנו למעלה אות ב' דמאן דגמיר חייב להחמיר לעצמו ואם אכל חיוב קרבן לדעת מהר"מ לונזאנו יש בו עוד תנאי שזה דוקא בדבר המתברר לפי דעתו מסוגיא דעלמא מן הש"ס או מן הפוסקים אבל לא בדבר המחודש שיש לאידך גיסא סברא ג"כ והבירור לו רבים:

ונשוב עתה לגוף דברי הספרי לכאורה פליאה רבה יש לנו כאן מברייתא מפורשת פ"ק דהוריות בירושלמי תמן תני יכול אפי' יאמרו לך על ימין שהוא שמאל ועל שמאל שהוא ימין שתשמע לו ת"ל ללכת ימין ושמאל עד שיאמרו לך על ימין ימין ועל שמאל שמאל עכ"ל הרי מפורש היפך דברי הספרי וכבר עמד בזה הרב בעל החפץ והלונזאנו וכתבו לתרץ בדרכים שונים ודברי שניהם צריכים תלמוד אמנם הגאון פני משה דעתו כפשיטות שגירסת הירושלמי הוא דלא כגירסת הספרי ושע"כ שנחלקו בדבר זה מהיפך להיפך ותימה על חכם שכמותו שלא שת לבו ולא הטריח עצמו כללה ביישוב סתירה זו ואסיק לה בתברא מי ששנה זו לא שנה זו אמנם לפע"ד אין כאן לא סתירה ולא מחלוקת ולא חילוף גירסאות ודברי שתי הברייתות קיימין וכמו שאבאר בס"ד. והוא דכד מעיינין שפיר קשה לכאורה על הך דספרי הא קיימ"ל דבכל התורה כולה אין מקרא יוצא מידי פשוטו ואיך הפכו כאן המקרא על פניו מימין שמאל ומשמאל ימין. (ב) קשה הלא עינינו הרואות שבירושלמי שם מפרש הדברים כפשוטן שאינו מחויב לשמוע עד שיאמר לך על ימין ימין ועל שמאל שמאל והגם שנתרץ הענינים שלא יהי' סותרים זא"ז או כהר"ח או כהרמ"ל אבל סוף סוף קשיא איך יתפרשו שני כוונות המתנגדות במקרא אחד ויהי' שניהם אמת והרי זה לכאורה שני הפכים. (ג) תו קשיא טובא לכאורה על הך דירושלמי דקאמר ת"ל ללכת ימין ושמאל ותימה שהרי זה הלשון לא נמצא כלל בכל התורה כולה שהרי בארבעה מקומות הזהירנו הכתוב לבלתי סור ימין ושמאל. הא'. דברים ה' כ"ט ושמרתם לעשות כו' לא תסורו ימין ושמאל. הב' שם י"ז י"א ע"פ התורה כו' לא תסור כו' ימין ושמאל. הג' שם כ' לבלתי סור מן המצוה ימין ושמאל. הד'. שם כ"ת י"ד ולא תסור מכל הדברים ימין ושמאל ואין גם אחד בהם שיאמר ללכת ימין ושמאל. אבל נראה לפענ"ד דשני הברייתות הללו לא דרשו שניהם מקרא אחד והכתוב הזה שבספרי איננו הכתוב שדורש הירושלמי שהספרי במקומו דורש המקרא דברים י"ז י"א ולא על תנם נטה מדרך הפשט לעשות ימין שמאל ושמאל ימין אלא דקראי יתירא אשכח ודרש דמה הי' המקרא חסר שיאמר על פי התורה אשר יורוך תעשה לא תסור ימין ושמאל

או שיאמר על פי התורה תעשה ל"ת ימין ושמאל והמעיין בשני כתובים הסמוכים שם זה לזה דאיכפל הכתוב אשר יורוך שני פעמים "ואשר יגידו לך' ג"כ שני פעמים ושילש וכתב עוד אשר יאמרו לך תעשה כל כי האי גוונא דרך הש"ט לדרוש בו ולהוציא כוונת הכתוב כפי הקבלה שבידם ודרשו בו אפי' יאמר לך על ימין שמאל וראי' ברורה לזה תמצא בדברי בה"ג בסוף מנין המצות הביא ברייתא זאת דספרי ז"ל שם על פי תורה לא נאמר אלא על פי התורה אשר יורוך כו' יעו"ש דיסוד דרשת הספרי הוא רק על דקדוק לשון ה המקראות שבדברים י"ז שם אלא שיש שם בהעתקת הברייתא בבה"ג קצת גמגום וטעות סופר:

שוב ראיתי למהר"מ אלשיך שכתב ג"כ מדלא נאמר לא תסור ימין ושמאל מאשר יגידו לך אבל אומר אשר יגידו לך ימין ושמאל ש"מ דה"ק אשר יגידו לך ימין ושמאל תשמע להם ולא תסור וכ"כ הגאון הר"א בספר כו' אמנם הכתוב שדרשו בירושלמי ללכת ימין ושמאל אם שאמת שלשון הזה לא נמצא בכל המקרא מ"מ נראה ברור לפענ"ד שדורש שם המקרא שבדברים כ"ח י"ד דכתב שם בסיפא דקרא ללכת אחרי א' אחרים ולעבדם ונקט התנא הך ללכת ברישא ואקדמי' קודם לימין ושמאל לקצר לשון הכתוב ולתת לנו סימן מובהק באיזה לא תסור הכתוב מדבר. והרי מכאן ראי' ברורה למ"ש התוס' והריטב"א וסייעתם שלפעמים דרך הש"ס לקצר לשון המקרא ולהביאו שלא כצורתו עיין עירובין דף ס"ה וברכות דנ"ה וב"ב פרק יש נוחלין ועיין מ"ש דה"י א' ה' כ"ד ופירוש המקרא הזה כבר מבואר ברמב"ן שם וז"ל שאם תלך אחרי א' אחרים לעבדם כבר סרת מכל מצותיו ואין חפץ כלל בכל המצות שתי שה עכ"ל וכלומר דשיעור לשון הכתוב וטעמו כך היא לא תעשה דבר אחד שהוא הסרה מכל המצות כולן ומה היא הדבר הזה ללכת אתרי א' אחרים לעבדם שהמודה בע"ז כאלו כופר בכל התורה כולה נמצא שזה הכתוב לא דיבר אלא באיסור ע"ז לא תסור ימין ושמאל ללכת אחרי א' אחרים:

ובהיות כן יצא לנו לאור תעלומה איך שדברי שני הברייתות מיוסדות על אדני האמת ושני הדרשות צדקו יחדיו שהתנא דירושלמי דדריש הך קרא דדברים כ"ת מלבד שלא נמצאו לא קראי יתירי ולא כפל לשון אשר יכריחו להוציא הכתוב מפשיטו הנה אחרי שהמקרא הזה מבואר שדבר בענין ע"ז לחוד וכנ"ל והרי אנו חייבים לראות דוקא שתהא ההוראה אמתיות על ימין ימין ועל שמאל שמאל שהרי אין שום מציאות היתר בעולם באיסור ע"ז ומן הנמנע לומר בענין זה חיוב לשמוע להב"ד אפי' יאמרו על שמאל ימין שהרי נשתנה בזה איסור ע"ז מכל איסורין שבתורה כנ"ל שאפי' יורו בה היתר חכמים הגדולים שבסנהדרין ואפי' להדיוט שבהדיוטות ואפי' רק הוראת שעה שכוחה גדול

לעקור כל אסורין שבתורה אבל לא בע"ז ואין בהוראה זו כלום וכמו שנתבאר למעלה מן הש"ס ומן הפוס' לכן דעת שפתי חכמים ברור מללו לדרוש במקום הזה דוקא עד שיאמר לך על ימין ימין ועל שמאל שמאל אבל ברייתא דספרי דדריש קרא שבדברים י"ז י"א שדיבר בשאר עניני התורה והמשפט כמ"ש שם כי יפלא ממך דבר למשפט בין דם לדם בין דין לדין בין נגע לנגע כו' הנה בכמו אלה דבר ד' אמת בפי רז"ל אפי' יאמר לך על ימין שמאל ועל שמאל ימין תשמע ולא תסור וכמ"ש הרמב"ן וסייעתו ועל פי התנאים שנתבאר למעלה וזה ברור ונכון ומקום הניחו לי להתגדר בו בס"ד:

ועל פי דברים אלה מצאתי יישוב לנכון לשיטת בה"ג בחשבון המצוות אשר לו שהוא מונה הלאו דלא תסור שבדברים י"ד לאו בפני עצמו. ותימה שהרי הכל מודים שאין ראוי למנות הלאוים הכוללים כמ"ש בשורש ד' וכבר עמד בזה הרמב"ן שם להשיגו. אפי' נאמר שס"ל לבה"ג שהיא לאו בענין ע"ז לבד נוסף על לאוין רבים שנאמרו בע"ז דא"כ סוף סוף תימה איך יבוא בחשבון שהרי הכל מודים שריבוי אזהרות לא יבאו כ"א בחשבון בפ"ע שהרי ל"ו אזהרות כתיב בגר לחוד עיין שורש ט' אבל להנ"ל ניחא שבה"ג מפרש הך קרא שהוא אזהרה מחודשת בע"ז לבד היפך האזהרה שבכל דיני התורה שהמצוה בכולן לבלתי סור אפי' יאמרו על שמאל ימין אבל כאן בענין ע"ז להיפך הוא שדוקא באומר על ימין ימין ועל שמאל שמאל הוא דלא תסור והרי יש לו סמוכין לבה"ג מן הברייתא המפורשת בירושלמי ודוק שע"כ מונה בה"ג לא תסור שבדברים י"ז לאו בפ"ע ולא תסור מכל הדברים שדברים כ"ת ג"כ לאו בפ"ע:

וראיתי בספר התוה"מ שם בענין לאי דל"ת ימין ושמאל אפי' יאמר לך על ימין שהוא שמאל כתב שם וז"ל אבל בדבר הידוע לנו שטעו אין לשמוע להם וע"ז אמרו בירושלמי פ"ק דהוריות עד שיאמרו לך על ימין ימין ועל שמאל שמאל וכבר קדמו בזה מהר"מ לונזאני שהבאתי למעלה ועיין ספר יד המלך ה' סנהדרין כ' ג"כ כעין זה דהירושלמי מיירי בדבר המפורש בתורה יעו"ש. והנה שניהם עשו עצמם כלא יודעים מד' הרמב"ן לא בפיה"ת ולא מדבריו בסה"מ שהבאתי למעלה. ועיין של"ה שם פירש על ימין שהוא שמאל דרו"ל עפמ"ש הרא"ש בפ' זה בורר דקושיא מפורסמת שמקשה חכם א' אעפ"י שהוא אחרון יכול לחלוק ע"י קושיא זו על פסק הגאון וזהו על ימין לפי דעת הגאון והוא שמאל לפ"ד השופט שבימים ההם שיוכיח ע"י קושיא זו היפך דברי הגאון ועיין כו' שכתב טעם למ"ש אפי' יאמרו לך על ימין כו' משום אמרם ז"ל שמא תאמר כיון שהללו מטמאין והללו מטהרין איך אני אלמוד תורה ת"ל מרועה אחד ניתנו אלו ואלו דא"ח ור"ל עפמ"ש שכ"א מסנהדרין הי' יכול לטהר את השרץ וזה מפני שכל דבר שיש לו פנים

בתורה לכאן ולכאן והדין נחתך ע"פ רוב הפנים אבל יש כת לב"ד להורות בהור"ש היפך הדין מפני שנאמר סמיך מיעוט הפנים המטהרים אל מ"ש עת לעשות לד' הפירו תורתך (ואם לא הי"ל שום פנים בתורה לטהר את הטמא לא הי' אפשר לב"ד שיורו הור"ש היפך הדין) ולכן יכול החכם או הנביא לפסוק הור"ש נגד ההלכה. ומדבריו הללו למדנו דס"ל דחכם יש בידו לפסוק הור"ש היפך הדין אעפ"י שאין שם נביא דלא כיש מי שאומר דוקא ע"י נביא ודו"ק:

סוגיא דשיקור הדעת סנהדרין דף לג.

א. גרסינן בפרק אחד דיני ממונות. דיני ממונות מחזירין כו' ורמינהו דן את הדין כו' מה שעשה עשה וישלם מביתו (אמר ר"י לא קשיא כאן במומחה מחזירין כו' כך הוא גרסת רש"י ותוספות והבעל המאור והמרדכי וי"מ אבל לגרסת הרי"ף נהפך היא במומחה קם דינא ובאינו מומחה מחזיר) הנה הרא"ש כתב להשיג על שיטת הרי"ף דלמה לא נוקמה כאן במומחה כאן בשאינו מומחה ויתחייב לשלם ולכך שפיר קם דינא ולעולם במשנה דמחזירין אפילו בנשא ונתן ביד:

ותימא לכאורה הא במשנה חנן מה בין כו' דיני ממונות מחזירין לחובה דיני נפשות אין מחזירין לחובה ובדיני נפשות לא שייך נו"ן ביד וא"כ דיני ממונות דכוותי' בלא נו"ן ביד ע"כ אפילו באינו מומחה מחזירין לרב חסדא ואיך נוכל לאוקמי משנה דסנהדרין במומחה דוקא הא הוי איקומתא של שקר כיון דמשנה בלא נו"ן ביד איירי דומיא דדי"נ וא"כ ע"כ הוצרך לאוקמי המשנה אפילו באינו מומחה עיין או"ת סי' כ"ה:

ונראה לפענ"ד לישב בשום לב להבין מה דקשיא לי לכאורה על הש"כ (סי' כ"ה ס"ק ה"ו) שכתב שם לתרץ קושית התוס' והרא"ש והמרדכי מכהנים שפגלו במקדש וז"ל שם ואני לא ידעתי התחלה לקושיא זאת דהתם מיד שמפגל מזיק הוא כו' והוי לי' כעבד מעשה בידים משא"כ הכא אעפ"י שפסק כן אין הכרת שיעשה הבעל דין כן עכ"ל ותימה לכאורה הא כיון דקם דינא א"כ מיד שטימא את הטהור ודאי דאסור להבע"ד לאכלו כמו גבי פיגול וכן בזיכה את החייב כיון דקם דינא הרי הוא כמפגל שמיד מזיק הוא וכמבואר בתוס' והרא"ש להדיא דכך היא עיקר קושייתם רק מסימא את הטהור וזיכה את החייב דמיד בדיבורו של חכם מה שעשה עשה (ובאמת החילק נכון בלאו הכי דשם במפגל עבד מעשה בידים בשעת הפיגול משא"כ גבי דיין הכא וזה מבואר גם בדברי הרשב"א הובאו בש"כ שם אבל עינינו הרוא ות דה ש"כ כתב בזה חילוק בתוך חילוק ולרווחא דמלתא כדרכו להוסיף תבלין כל מה דאפשר) וי"ל לפי מ"ש הב"ח בסוף סי'

זה דבטעה בשיקול הדעת אע"ג דקם דינא מ"מ אם הבעל דין עצמו רוצה להחזיר חייב הדיין לומר לו שיחזיר הדין ושלא יחזיק בממון זה שלא כדין כיין שיש כאן בירור וסוגיא דעלמא דטעה הדיין והבע"ד רוצה לעשות ולקיים כפי משפט התורה [הג"ה ועיין בדברי הב"ח שם דאיירי במקום שאין הדיין חייב לשלם דר' ישמעאל מומחה וקבלו הוי כמו שכתב הב"ח שם וז"ל ואע"ג דר' ישמעאל מומחה וקבלו הוי כו' והיה אפשר לומר לפ"ז דבמקום שהדיין מחויב בתשלומין מתורת קנס כמ"ש הטור ע"ש סי' זה א"כ אפשר דאין חיוב על הבע"ד כלל להחזיר אפילו לצאת י"ש דכך היא רצון חכמים שקנסו לקיים הדין וישלם מביתו ויש לדחות עד כאן הג"ה] והנה בטימא את הטהור ג"כ אע"ג דקם דינא מ"מ לפי מ"ש רמ"א יו"ד סי' רמ"ג (וכפי מה שביאר הגאון האו"ח) דאם מודה בעצמו לדברי השני המוכיח לו בראי' שטעה יוכל לחזור ולטהר שלא כדברי הלחם חמודות פרק אלו טרפות ונמשך אחריו הש"כ סי' י"ד אות י"ח דהחכם בעצמו ג"כ אינו יכול לחזור ועיין נה"מ ס"ק ב' פירש דברי הש"כ על יסוד דברי רמ"א הנ"ל ולומר דהחכם יוכל לחזור בו ואולי דמהיתר לאיסור גם הש"כ מודה וצ"ע כעת. ולפ"ז יש לקיים חילוק הנ"ל שכתב הש"כ [ולא מטעמי' שהרי לשיטת הש"כ גם בטימא את הטהור אינו יכול לחזור כנ"ל] ונאמר דודאי שאני מפגל דמיד שמפגל מזיק הוא והוי לי' כעבד מעשה בידים משא"כ בזיכה את החייב אעפ"י שפסק מ"מ לא הוכרח שיעשה הבע"ד כך שהרי הבע"ד עצמו אם רוצה לעשות עפ"י התורה מחויב הדיין עצמו להחזירו וכן בטימא את הטהור שהרי הדיין עצמו יכול לחזור ולהורות כפי מה שיוכיחו לו הדיין השני להכי שפיר לא מחשב כמעשה בידים (ואיך נדמהו למפגל דמעוות שאינו יכול לתקן היא מיד בשעת הפיגול ולהכי שפיר לא חייב הדיין רק בתורת גרם או קנס) והנה להנ"ל נאמר דניהו דבמסקנא אידחיא לה ההוא סברא דקאמר הש"ס מעיקרא כיון דקאמר לי' פטור אתה כמאן דנו"נ ביד דמי. הנה לא דחינן לה להוא סברא רק מטעם הנזכר דאיך נחשבוהו כעבד מעשה בידים והלא לא עשה מעשה וגם אין הכרח שיעמוד הדין בכך וכנ"ל אבל במקום שבאמת קם דינא בלי שום חזרה בעולם (וכעין מפגל) ודאי דמי לפיגל ממש וכעבד מעשה בידים חשבינן לי' וא"כ בזיכה את החייב בדיני נפשות דקיי"ל קם דינא (אפילו טעה בדבר משנה) ונפטר מדין המיתה ואין מקום להחזיר הדין בשום צד ודאי בהא דמי למפגל ממש וחשוב כעבד מעשה בידים והדרינן לסברא כיון דאמר לי' פטור אתה כמאן דנו"נ ביד דמי ולפ"ז אתי שפיר השגת הרא"ש להרי"ף הנ"ל נוקמי משנה דסנהדרין במומחה ודומי' דד"נ דאם דן לזכות אין מחזירין דדן לזכות כנו"נ ביד דמי כיון דאמר לי' פטור אתה ובדיני ממון אפילו נו"נ ביד מחזירין הואיל והוא מומחה ופטור

מלשלם (ובאופן שהשגת הרא"ש הלזו הוא לדבריו דהרי"ף דלא ס"ל לדמות טומאת הטהור למפגל אולם לשיטת הרא"ש הא ס"ל באמת דדמי למפגל ועיין היטב ודו"ק):

ב ועל פי דברים האלה יש להבין שיטת הרי"ף ז"ל מה שהוצרך לפרש דיסוד דנו"נ ביד משום פסידא היא דבע"ד ולא פירש כפשוטו וכמ"ש הרמב"ן במלחמות דכיון דעבד מעשה בידים אלים לה למילתי' להחזיק הוראתו ולהכי קם דינא דמעשה רב משא"כ בלא נו"נ ביד דלא אלים למלתי' ועיין במלחמות ולפי האמור ניחא דא"כ מה בין דיני ממונות לדיני נפשות דתנן במתניתין הא בדיני נפשות מה דאין מחזירין הזכות הא נמי כיון דאמר לי' פטור אתה כמאן דנו"נ ביד וא"כ כה"ג גם בדיני ממונות אין מחזירין לכן הוצרך הרי"ף לפרש מטעם פסידא דבע"ד נגעו בה ולכך מחזירין את הדין כיון דהדיין פטור מלשלם דמשנתינו במומחה (דומי' דדיני נפשות) ולכך שפיר אפילו נו"נ ביד פטור מלשלם (במומחה וסמוך ש"כ ס"ק כ"ט) משא"כ בדיני נפשות קם דינא ואתי מה בין כך לכך ומתניתין דאחד דיני ממונות ודאי כיון דאיירי במומחה אפי' בנו"נ ביד פטור ומשום פסידא דבע"ד הדור דינא. אך דעל זה שפיר הוקשה הרא"ש דא"כ למה לי' לרב חסדא לחדש שום אוקימתא שבעולם [כאן בנו"נ ביד כו' וכאן בשלא נו"נ ביד דע"כ לאו בדיוקא אתמר דמשנה במומחה הסמוך אפילו בנו"נ ביד פטור אלא כלומר דבלא נו"נ ביד אפילו באינו מומחה פטור וטורח זה למה] הא ממילא בלא שום חידש ואוקימתא ניחא כיון דמשנה דסנהדרין במומחה וסמוך דומיא דדיני נפשות וממילא דפטור מלשלם אפילו נו"נ ביד [ומשנה דבכורות הא מיירי להדיא באין מומחה] ולפי זה צ"ל דהרמב"ן ע"כ לא ס"ל כלל ההוא סברא להלכה דנימא כיון דאמר לי' פטור אתה כמאן דנו"נ ביד דמי אפילו בדיני נפשות וכ"ש בדיני ממונות ואיסור והיתר והיה מוכח לפ"ז כמו שכתבנו לפרש כוונת הרמב"ן לסלק מעליו השגת הגאון ר' ח"י וכמו שיבואר לקמן בס"ד:

ג הנה ז"ל הרמב"ן בספר המלחמות דר' חסדא לאו לדחויה מדר' מאיר אמר דהא אכתי לדידי' כר' מאיר מתוקמי' דהא ר' חסדא גופי' אמר כיון דאמר לי' פטור אתה. משלם מביתו וא"ו לרבנן וודאי פטור דהא גרמא היא ולא עדיף ממוחל שטר דפטור אע"ג דר' הונא אסקי' בשהי' לזה משכון לאו לאפלוגי עליו בסברא חדתא אלא לפרוקא לדר' חסדא אתי ושמעינן מנה דלאו לאפוקי מתניתין מדר"מ היא דתרצי הכי אלא בסברא דקושטא מוקמי לי' הכי עכ"ל וראיתי להגאון מה"ר חיים יונה הרבה לתמוה ולהתפלא בדברי הרמב"ן הללו ובקש חבר להרמב"ן בזה ולא מצא. ומקור תמיהותיו ופליאותיו יראה המעיין בדבריו כי הבין בכוונת הרמב"ן שסברא זו גופי' קיימ"ל להלכה כיון דאמר לי' פטור אתה כמאן דנו"נ ביד דמי וחייב גם למסקנא ואני אומר במחילת כבודו הגדול אין

כוונת הרמב"ן כן ולא עלה על דעתו לעולם שיהא סברא זו מקויימת במסקנא אליבא דר"ח אבל נגד דעת הבעל המאור וסייעתו דסברי דר"ח לא בא אלא לפרושי דמתניתין אליבא דרבנן דר' מאיר דלא דייני דינא דגרמי ואמאי ישלם ע"כ הוצרך ר"ח לחדש דאליבא דרבנן נמי אתיא מתניתין שפיר וכגון שנו"נ ביד. וע"ז קא מותיב הרמב"ן דע"כ לאו הכי היא שהרי ר"ח גופי' אמר [הנה לאו ר"ח גופי' אמר הכי כמבואר בש"ס אלא דהש"ס ס"ד לשנוי' הכי ולתרץ מלתא דר"ח וכך היא כוונת הדברים וכך הוא לשון הר"ן בחידושיו שהעתיק דברים הללו וז"ל והוכיח הרמב"ן כו' מדאמרינן בגמרא כיון דאמר לי' פטור אתה כמאן דנו"נ ביד דמי עכ"ל] וא"כ איך אפשר לומר דכל עיקר חידושיו ותירוציו דר"ח אינו אלא לאוקמי המשנה גם אליבא, דרבנן דלא דייני גרמי והא חזינן דמה דמתרצינן לפרושא מלתא וטעמא דר"ת גופי' לא אתיא אלא אליבא דר' מאיר דההוא סברא לחייב את הדיין כיון שאמר פטור אתה לא הווי אלא גרמא דלא עדיף ממוחל שטר וכנ"ל ואין שום מקום לחייבו למאן דלא דאין גרמי, אלא וודאי מוכח מזה דכל עיקר סברת ר' חסדא אליבא דהילכתא איתמר דקיימ"ל כר' מאיר דדאין גרמי ואפ"ה בעינן נו"נ ביד ע"כ שפיר נוכל לומר ג"כ, ההוא סברא כיון דאמר לי' פטור חייב לשלם ואע"ג דר' הינא אסקי' בשהי' לו משכון [הרי להדיא דאידחיא לה ההוא תרוצא למסקנא ולא מחייבינן לי' לדיין דאמר פטור אתה עד דנו"נ ביד ממש] רבינא לאו לאפלוגי' עלי' דר"ת מסברא חדתא ולחדש ולומר דלא כסברת ר"ח דאמר דגם אליבא דר' מאיר בעינן נו"נ ביד] אלא לפרוקי דר' חסדא אתי [לפרש האיך משכחת לה נו"נ ביד בזיכה את החייב ולא בא רבינא לחלוק על סברת ר' חסדא רק אדרבה לתירוצי מלתא דר"ח דחידש ואמר דגם אליבי' דר"ח בעינן הכי נו"נ ביד ומשכחת לה כגון שהיה בידו משכון] ושמעינן מינה דלא לאפוקי מתניתין מדר' מאיר היא דמתרץ כפי הבנת בעה"מ וסייעתו אלא בסברא דקושטא היא דמוקמי לי' הכי ועל ההוא סברא דקושטא כיוון הרמב"ן ז"ל דקאי למסקנא ולא קתני לאפלוגי עלי' בסברא חדתא וזה ברור ופשוט בכונת הרמב"ן לפענ"ד וכבר מצינו לו חבירים להרמב"ן ז"ל כל הנך רבוותא דסבירא להו דהך דר' חסדא הילכתא היא ומה דקשיא לכאורה עוד על הגאון רח"י דלפי הבנתו בדברי הרמב"ן מחל לו מחילה גדולה בטעות דהי' לו להקשות מדברי הרמב"ן עצמו במ"ש ואי לאו דמסתפינא כו' כיון דאלים ליה למלתא כו' דמעשה רב וכמ"ש לעיל בכוונת בברי הרי"ף דנאיד מטעמי' דהרמב"ן במלתא דנו"נ ביד וע"ז לא יצדק תרוצא של הגאון רח"י שהאריך שם ביישוב דעת הרמב"ן וצ"ע:

ד והנה בעיקר קושית הרמב"ן הנ"ל על שיטת ר' האי גאון ובעה"מ דר' חסדא לא אוקמי לי' בנו"ן ביד אלא מסתמא מתניתין כרבנן דלא דייני גרמי ואיך מתרץ אליבי' דר"ח גופי' כיון דאמר פטור אתה כמאן דנו"ן ביד דמי דזה לא שייך לר' מאיר. לפי מ"ש התוס' והרא"ש סוף פ' הגוזל ופ' אד"מ דזיכה את החייב וטימא את הטהור למאן דס"ל דקם דינא לא הווי גרמי אלא מעשה גמור וחייב גם אליבי' דרבנן דדמי למפגל דחשוב מעשה לכ"ע לא גרמי כיון דבדיבורו מתעביד מעשה א"כ הרי באמת לדבריהם האי סברא כיון דאמר פטור אתה כמאן דנו"ן ביד קיימא להלכה דמסקנא גם לרבנן ואי משום קושית הש"ס דקאי בקושיא על ההוא סברא כדאקשי' מחזירין לחובה בדיני ממנות היכי משכחת לה כד מעיינן שפיר קושיא זו מעיקרא ליתא לשיטת בעה"מ וסייעתו דפסק כר"נ ור"ש ור' יוסף דבטעה בדבר משנה לעולם חוזר אפילו נו"נ ביד וכמ"ש שם הבע"מ בבא רביעאה להדיא א"כ וודאי שפיר מתוקמי מתניתין דמחזירין לחובה בטועה בדבר משנה דמחזירין אפילו בנו"נ ביד או דמתניתין מתוקמי אפילו בשיקול הדעת וביש גדול להחזיר והיינו בבא תנינא בבעה"מ וכמ"ש בבא רביעית נקוט האי כללא בידך דכל הני בבא, לא פליגי בין נו"נ ביד ללא נו"נ ביד עכ"ל לעולם מאן דאמר פטור אתה כמאן דנו"נ ביד דמי הלכתא היא מדינא, ולא גרמי. ובאמת קשה להו מה קשי' לי' להש"ס על ר"ת הא גם ר' חסדא ס"ל דבדבר משנה חוזר הדין אפילו בנו"נ ביד וכמבואר בדברי הרי"ף להדיא וא"כ הסברא יכולה להתקיים גם אליבי' דר"ח דפטור אתה כנו"נ ביד דמי רק דהמשנה דסנהדרין בטועה בדבר משנה איירי:

ויש לתרץ דמתירוצא דר"ח משמע דקאי לפרוקי עיקר טעמי דמתניתין דחוזר מטעם שלא נו"נ ביד היא דאיהו מוקי אידי ואידי בטועה בשה"ד ולהכי שפיר מקשה הש"ס א"כ מחזירין לחובה היכי משכחת לה ושפיר אידחי לה ההוא סברא אליבי' דר"ח וקאי בקושיא:

שוב בא לידי חידושי הר"ן בסנהדרין דף ט"ז כתב שם וז"ל דאכתי איכא למידק אי ר"ת סבירא לי' דטעה בדבר משנה חוזר אפילו נו"נ ביד מאי קא מקשה תלמודא לקמן אלא לחוב היכי משכחת לה אמאי לא תירץ לי' מתניתן בטועה בדבר משנה וחוזר אפילו בנו"נ ביד משא"כ בדיני נפשות שאינו חוזר אלא בדבר טעות שהצדוקין טועין בו וכו' וי"ל דאין ה"נ הווי מצי לתרוצי הכי אלא כיון דעיקר דבריו היא להעמיד שני המשניות בטעה בשיקול הדעת הוא דמקשה בגמרא הכי מיהו קושטא דמלתא הכי, היא והיינו דמוקמינן בגמרא למסקנא פרוקא דרבינא בקשיא ולא בתיובתא משום, דלקשיא איכא

פרוקא אחרינא ובתיובתא ליכא פרוקא אחרינא עכ"ל ושבת להשי"ת שכוונתי בזה לדעת הר"ן ז"ל:

ועל פי הדברים האלה יש להבין דברי הרי"ף במ"ש בסוגיא וז"ל דאע"ג דקיימ"ל בדבר משנה חוזר פרוקי' דהאי מתניתא לא כדפריק ר' ששת אלא כדפריק ר"ח עכ"ל ולכאורה קשה מאי נ"מ אם הפרוקא דמתניתי' כדפריק ר' ששת או יהי' כדפריק ר"ח כיין דלא פליגי הנך אמוראי מידי וקיימ"ל כתרווייהו וכמ"ש הרי"ף שם להדיא ומה איכפת לן אם נתרץ משנתינו כדפריק ר' ששת ועיין בלשון הרמב"ן במלחמות בא"ד וז"ל ועוד דר"ש כולה בלא נו"ן ביד מוקי לה. א"כ ע"כ מוכח דעתי' דר' ששת פליג על ר"ח בהא ושפיר הוצרך הרי"ף לומר דמתניתין לאו כדפריק ר' ששת אלא דבאמת קשה למה לנו לאפושי פלוגתא ושפירש כתב הנמוקי יוסף וז"ל אפשר דהנך כולהו אמוראי לא פליגי אמנם לפי דברינו הנ"ל וכדברי הר"ן דלמאן דמוקי המשניות הללו תרתי בשיקול הדעת דהיינו ר' יוסף ור"נ ור"ת אע"ג דלא פליגי בדינא על ר' ששת וכולהו ס"ל דבדבר משנה חוזר הדין וא"כ קשה אמאי לא ניחא להו כתרוצא ד' ששת וצריך לומר כמ"ש הר"ן וז"ל ואי הכי קשיא אמאי נדי הני אמוראי מאוקימתא דר' ששת כיון קושטא היא, כו' וי"ל דניחא לכולהו אמוראי לאוקמי תרתי מתניתא בטעות אחת דהיינו בשיקול הדעת ולא לאוקמי חדא בדבר משנה וחדא בשיקול הדעת עכ"ל והנה נתבאר דהא דאידחיא האי סברא דבש"ס כיון דאמר לי' פטור אתה כמאן דנו"נ ביד דמי מכת הקושיא דא"כ מחזירין לחוב היכי משכחת לה דהך קושיא אין בה כח לדחות סברא זאת מהלכה אלא למאן דלא ניחא לי' לאוקמי המשנה בסנהדרין בטועה בדבר משנה אבל אי מוקי המשנה בטועה בדבר משנה הך קושיא מעיקרא ליתא דשפיר מחזירין אפילו נו"נ ביד בדבר משנה וכנ"ל והדרא האי סברא דש"ס הנ"ל להלכה וא"כ מצינו למדין דאע"ג דלא פליגי הנך אמוראי חד על חברי' להדיא מ"מ נצמח מזה נ"מ לדינא אם לקיים הסברא הנ"ל להלכה או לא:

והנה הרי"ף השמיט הך סברא לגמרי דפטור אתה כמאן דנו"נ ביד דמי וע"כ כתב באמת הגאון רח"י דש"מ דלא ס"ל להרי"ף האי סברא להלכה כלל וע"כ שפיר התחכם לתת טעם להשמטתו וכתב פרוקא להך מתניתין לא כדפריק ר"ש אלא כדפריק ר"ח. ועיין ש"כ ס"ק י"ד אות ב' שדעת הרי"ף ע"כ נמי כהתוס' והרא"ש ועיין נתיבות המשפט שם ודו"ק:

והדרן לדברי הרמב"ן הנה לפי הנ"ל לכאורה מקום לטענת הרמב"ן גם לפי הבנתינו בדבריו וניהו אפילו דקושיא דקשיא לי' על הש"ס על ר"ח לית לה פרוקא כלל ומוכרח דר"ת לא ס"ל לקיים סברא הזאת אליבא דרבנן דר"מ אבל לדידן דקיימ"ל כר"נ ור"י וריש שפיר קיימא האי סברא להלכה דפטור אתה כנו"נ היא ונ"מ גם אליבא דר"מ גופי' היכי

דאתחייב מתוך גרמי או מדינא דלא גרמי ועיין פוסקים סי' שפ"ח וש"ך שם. והרי גם להרמב"ן דכתב דר"ת ג"כ אליבא דר"מ אוקמא דמ"מ גבי דיין צריך נו"ן ביד לחייבו ואליבא דר"מ שפיר שייך לומר כיון דאמר לי' פטור אתה כמאן דנו"ן היא הא נמי קשיא לי' קושית הש"ס מחזירין לחובה היכי משכחת לה ואם נפשך לומר דס"ל להרמב"ן דבאמת יש קיום לסברא הזאת גם למסקנא וכמ"ש הרח"י דבתר דשני רבינא כגון שהי' בידו משכון כו' א"כ שפיר משכחת לה מחזירין לחובה שלא נטל המשכון מידו דלאו כנו"ן היא ולעולם היכי דליכא משכון ואמר לי' פטור אתה כמאן דנו"ן ביד היא גם למסקנא דר"ח. אף אנו נאמר כן לשיטת בעה"מ וסייעתו ואדרבה יהי' סייעתא מדר"ח ונאמר דעד כאן לא דחינן ר"ח מהלכה אלא משום דאיהו מהדר לאוקמי מתניתין לרבנן דלא דייני גרמי והוכרח לאוקמי בנו"ן דוקא ולדידן דלא קיימ"ל כרבנן לא צריכנא להכי אבל מה דס"ל לר"ח דפטור אתה כנו"ן ביד היא וחייב גם לרבנן ודאי ה"ה דאפשר דכ"ש לר"מ דלאו מצד גרמי מחייב. אמנם מוכרחין אנו לומר לכאורה דעיקר טענת הרמב"ן במקום הזה אינו רק דס"ל דזה ברור היא דפטור אתה שאומר הדיין לא עדיף ממוחל שט"ח דקיימ"ל דלא הווי אלא גרמי ודלא כהפוסקים דמדמי להו למפגל דבקל יש לחלק וכמ"ש גם בש"כ בשם הרשב"א. אבל לפי מה שנכתב לקמן אי"ה ביישוב טענת הרמב"ן הלזו ממוחל שט"ח או למ"ש האו"ת והקצו"ח הנה נתיישבו שיטת בעה"מ על נכון:

ומה שנראה לפענ"ד ביישוב שיטת התוס' ובעה"מ מהך דמוחל שט"ח שמכר לחבירו. דפטור אליבא דרבנן ומ"ש דיין שטימא את הטהור כי' ובאמת קושיא חזקה היא וכבר הפליג בתוקפה הגאון רח"י ז"ל הנה יש לומר לפי מ"ש מהרש"ל בתשובה דמחילה לא זו דאין צריכה קנין אלא אף דיבור פה לא צריך אלא כיון דגמיר בדעתו למחול הווי' לה מחילה מעלי' עיין ח"מ סי' י"ב במסגרת השלחן שם הביא תשובת רש"ל הלזו [וזה דלא כמ"ש מהרש"ל עצמו ביש"ש סי' ל"ד ועיין או"ת דאפילו למ"ד דבשטר בעי קנין היינו דוקא במלווה עצמו נגד הלוה משא"כ במוכר שט"ח לחבירו] ושע"כ פסק במי שטען בלבי כבר מחלתי אלא שנמלך אני והנני טוען עתה שיחזור לי אין טענתו כלום והנה י"ל דעד כאן לא פליגי התוס' והרא"ש והמרדכי וסייעתו וס"ל אפילו לא נו"ן ביד היכא דקם דירא חייב אפילו למאן דלא דאין גרמי היינו דווקא היכא שעכ"פ היה שם מעשה של עקימת שפתים דמצינו דלפעמים חשיב מעשה היכי דבדיבורו מתעביד מעשה אפילו לענין מלקות כש"ס ב"מ צ"א ופוסקים שם משא"כ אם לא הי' שם אפילו עקימת שפתים כולי עלמא מודי דכה"ג ודאי לא הוי אלא גרמי ותדע לך שכן היא שהרי בעל התרומת שער ס"ב חלק א' אות ה' כתב וז"ל וכי היכי מצינו שיהא דבור כמעשה. הא לא קשיא

דהאתמר חסמה בקול ר"י אמר חייב כו' מכאן אתה למד דכל דיבור מעשה היא נקרא והלכך היכא דגרם לי' הפסד בדיבורא פשיטא לן דחייב עכ"ל והדברים קל וחומר. אם לחייבו מכח גרמי אצטריך לן טעמא דעקימת שפתים הוי מעשה ק"ו לחייבו מתורת מעשה גמור ודאי דאי לאו עקימת שפתים לא הי' מתחייב וזה ברור:

ועוד שהרי כל עיקר סמיכת הפוסקים הללו היא דמדמי לי' למפגל. ובמפגל גופי' בעי נמי דבור פה דוקא כמ"ש התוס' בכמה דוכתא ועיין תוס' יו"ט סוף פ' המפקיד:

וא"כ נאמר לפי מיש התוס' ב"ק ד' צ"ט דאי נימא בטימא את הטהור אע"ג דקם דינא לא חשיב אלא גרמי ופטור לרבנן א"כ גם בנו"נ ביד הוי לן למפטרה דהא לאו כלום עביד דבלאו הכי קם דינא וטריפה הוי ומה הזיקו. במה שהשליכו לכלבים אלא היכי דלא קם דינא כלל אי לאו דנו"נ ביד שפיר חשוב נו"נ בידי כמעשה ממש:

א"כ הכי נמי נימא גבי מחילה תיכף שעלה על דעתו וגמר בלבו למחלו הנה כבר נמחל החוב וכבר הזיק להלוקח ואפילו יהי' נמלך אח"כ ויחזור ויתבענו שוב לא מהני כלום א"כ זה שהגיד בפיו והודיעו שמחל לא עדיף מנו"נ ביד דלא חשוב מעשה כיון שכבר הזיק קודם שנו"נ ביד והגדתו לא הוי אלא גילוי מלתא בעלמא על מה אשר כבר עשהו משא"כ ברייך דודאי כ"ז שאין הוראתו יוצא מפורש לאיסור לא הזיק כלום ויכול להגיד אח"כ בלבי הי' לאסור והדרנא בי והכל הולך אתר חיתוך הדין בעקימת שפתים בגמר דין דמתעבד בה מעשה ושפיר דמי למפגל וחייב וזה כון וברור:

והנה הגם שאפשר במוחל מיד תוך כ"ד במחשבת לבו ונמצא שנגמרת המחילה ע"י עקימת שפתים מ"מ מאן לימא לן דהכי הוי ואיך נוציא ממון מספק אי לאו משום דעכ"פ גרמי הוי:

ולא עוד שהרי הקשו התוס' שם כיון דקם דינא מה הוסיף במה דאגע בו שרץ ומה קשיא להו הא איכא לאוקמי שפיר כגון שהוא אגע בשרץ תוך כדי דיבור של הפסק ועיין בספר נה"מ סוף ס"ק ח' סי' כ"ה שכתב לתרץ כן באמת אלא ודאי דהתוס' לא נחתי להכי ודו"ק:

ולדברי בעל התרומת הנ"ל קשה לכאורה מוחל שטר חוב אמאי יתחייב מכח גרמי לפי הנ"ל דבלב לבדו נגמר ההפסד ומה מהני עקימת שפתיו שאחר כך וצריך לומר משום שדבריו שמדבר אח"כ ומודיע שמחל באותה שעה גרם ההפסד שאעפ"י שכבר מחל לו בלב מ"מ עדיין לא גרם היזק כ"ז שלא הודיעו והבן שלפ"ז צ"ל בניהו דלא הועילה המעשה שאת"כ לענין שיחשב מעשה גמור וכנ"ל בשם התוס' אבל גרמי ודאי הוי אי נמי י"ל דבעה"ת ס"ל מחילה בלב לא מהני וכמ"ש מהרש"ל עצמו ביש"ש:

ז ועיין בישׁ"ש פרק המניח סי' ל"ד כתב שם וז"ל ותימא דאפילו תאמר דהוי מחילה ומחילה אינה צריכה קנין מ"מ מחילה בלב לכ"ע לא הוי מחילה ואפילו לא הי' בדעתו לתבעו מעולם לא גמיר ומקנה מאחר שלא הוציא מפיו עכ"ל וצריך להבין מהא דשבועות דף מ"ג ע"ב דאמרינן אבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי לגרסת רש"י שם דבלא פירש כלום איירי ואין שום טעם להפסידו אלא משום דמסתמא גמר בדעתו למחול לו אם יאבד הקתא וכמו שכתבו בתוס' שם ובתוס' ב"מ דף פ"ב וכן כתב להדיא בדו"פ סי' ע"ב הרי דמהני מחילה אפילו לא הוציא מפיו אפילו לשיטת ר"ח דמוקי לשמואל בפירש דוקא מ"מ לענין דינא לא מוכיח התם כלל שיחלוק על רש"י היכי דידוע שגמר בלבו למחול מכח הוכחה ברורה יעו"ש וכן יש להעיר במשנה דב"ב דף קמ"ג וברשב"ם ותוס' והרא"ש שם במ"ש דאחין מחלי להדדי וכן בש"ס דב"מ ד' מ' אחים ידעו ומחלי והתם ע"כ נמי שלא דיברו בפירוש אלא אומדנא דמוכח כהך דטענו חטים:

ולכאורה יש לחלק דשאני התם בקתא דמחשבתא ניכרת מתוך מעשה דהוי אומדנא היותר מוכח משא"כ המחשבה הניכרת מתוך דיבור ויש להביא ראי' מזה מדברי התוס' עכו"ם דף ס"ד ד"ה ר' עקיבא שכתבו שם דודאי אם אינו עוקר אינו עובר כיון שאינו עושה שום מעשה שיהא ניכר ע"י מעשה זה מחשבת לבו ולמה לא יהי' לנו די הוכחה מדיבורו במה שמשכיר עצמו לעקור הרי בדיבור הזה יש היכר ברור שרוצה בקיומו עד שתעקר וא"כ הוי לן לומר דאפילו אינו עוקר דאסור. וי"ל דשאני התם לענין מלקות דבעי מעשה גמור משא"כ לענין מחילה וצ"ע:

שוב מצאתי בתשובת מהר"מ פאדווה סי' מ' וז"ל שם אומדנא דמוכח היא שמחל לו או שלא עלה על דעתו שמחשבתו ניכרת מתוך מעשה עקימת שפתיו שהוא דיבר על העתיד ולא על העבר עכ"ל הנה זה דומה ממש לטעמא דמחילה בטענו חטין מדלא דיבר כלל על השעורים:

ולענין נידן דמהר"מ פאדווה אילי גם רש"ל מודה מטעם דיש לומר שלא עלה על דעתו ללמד בשכר כלל ונמצא שלא הי' חייבים לו לעולם עי"ש אלא דבגוף הדבר אי מהני מחילה בלב במחלוקת היא שנויה. בין המרש"ל ובין מהר"מ מפאדווה וכבר כתבנו שהמרש"ל עצמו בתשובה לא כתב כן ושע"כ גם דיבור לא צריך:

ועיין קצות החושן סי' י"ב בהשגתו שם. על רש"ל בתשובה ואשתמוטתי' דברי הרש"ל בישׁ"ש הנ"ל שלדעתי באמת כל הנך פוסקים שלא כתבו טעמא דמחילה היא דס"ל מחילה בלב לא מהני:

ח והנה יש לחקור בהא דקיימ"ל גם האידנא דחייבי מיתה שוגגים פטורין מתשלומין משום קלב"מ (ח"מ שנ"א) אם טעה הדיין וחייבו לשלם בגונא דשיקול הדעת למ"ש הפוסקים דבקלב"מ מהני תפיסה כש"ך ח"מ ריש סי' כ"ח. מי נימא דדמי למ"ש הש"ך ס"ק ב' כיון דמהני תפיסה גם הדיין לא ישלם דלא גרע הדיין מאיש אחר בעלמא שאינו דיין כשתפס מזה ונתן לזה במתכוין כדי להפיש חבירו דפטור עיין נה"מ ס"ק ב' ותומים בת"כ אות קכ"ג:

או דלמא דדוקא התם דספיקא דדינא הוא דפטור הדיין דאיכא נמי טעמא שהדיין עצמו יכול לומר קים לי כסברא דילי משא"כ הכא שפטור באמת מדינא מטעם קלב"מ ואין שום צד לחייבו על פי ב"ד והא דמהני תפיסה היא רק משום דחבירו חייב לצאת י"ש אבל אם התפישו הדיין הרי שלא כדין התפישו:

וי"ל עוד לפי דברי נתיבות המשפט סי' כ"ח ס"ק ב' דעל פי דין אסור לו לאדם לתפוש דהרי כל עיקר הטעם דמהני תפיסה היא משום דעבד אינש דינא לנפשי' כש"ך כ"ה סק"ב וכיון [דב"ד] (בשה"ב) עצמו אסור להם להוציא ממון זה עפ"י דין כמו כן הוא עצמו אסור לעשות דין זה לעצמו א"כ עשה הדיין שלא כדין. או דלמא לאידך גיסא כיון דחזינן דגם הבע"ד עצמו אסור לו לתפוש מ"מ אם עבר ותפש דידי' הוי ה"ה להדיין אם התפישו בדיעבד שפיר דמי:

ויש לכאורה להוכיח דין זה מהא דהקשו התוס' והרא"ש בסוגיא בטיהר את הטמא אמאי מה שעשה עשוי ועוד אם מה שעשה עשוי אמאי ישלם מביתו וי"ל למאי דקיימ"ל האוכל מעשר שני בירושלים בטומאה לוקה וכן האוכל מעשר שני שנטמא בירושלים קודם שנפדה כרמב"ם פ' י"ט דסנהדרין א' סי' ס"ז או האוכל בשר קודש שנטמא לוקה שם א' נ"ג וקיימ"ל נמי בכל חייבי מלקות מלקי לקי ולא משלם ולמ"ד חייבי מלקות שוגגין פטורין מתשלומין ודאי משכחת לה בפשיטות האי דינא דטיהר את הטמא ראובן אכל מעשר שני של שמעון בירושלים ורוצה לפטור עצמו מתשלומין בטענת קלב"מ באמרו שפירות הללו טמאים היו והדיין טיהר את הפירות הללו וממילא דחייב ראובן לשלם מה שעשה עשה שאין שמעון צריך להחזיר המעות וישלם מביתו לראובן שהפסידו ממון שלא כדין וכה"ג בבשר קודש שנטמא או על טומאת הגוף ובפירות טהורין:

והנה אם נאמר שהתוס' והרא"ש ס"ל להלכה דלא כר"ל ומלקות שוגגין אין פטורין מתשלומין א"כ שפיר לא אפשר להו לתרץ כן דבמזיד והתראה היא דאמרינן דלוקה ואינו משלם א"כ לא משכחת לה ההוא גוונא כלל שאם טיהר את הטמא ופוטרו ממלקות ודאי קם דינא אפילו טעה בדבר משנה כמבואר בש"ס דסנהדרין דף ל"ג ע"ב דדמי מלקות

בזה כדיני נפשות שאין מחזירין לחובה וממילא דחייב לשלם על פי דין וע"כ שפיר הוצרכו התוס' והרא"ש לתרץ דמה שעשה עשה כשעירבן בפירות מרובין. וישלם מביתו כשעירבן בפירות מועטין:

ועל פי שיטתם זו הוצרכו ע"כ לאוקמי סברת הש"ס הכא באילו הוי גבן הוי הדר השתא נמי לאו כלום עביד דהיינו דוקא אליבא דרבנן אבל אליבא דר"מ ע"כ דלית לי' האי סברא כלל דאל"כ טיהר את הטמא אמאי ישלם משום שעירבן בעה"ב עם פירותיו נימא כיון דאלו הוי קמן קודם שעירבן הוי ודאי הדר השתא נמי לאו כלום עביד ואמאי ישלם מביתו אלא ע"כ דלדידן דקיימ"ל כר' מאיר דדאין גרמי לית לן האי סברא כלל וזה מקור ועיקר טעם שיטת התוס' וסייעתם שהוצרכו לסלק סברת הש"ס הלזה מהלכה כש"ך ס"ק ה':

לפ"ז י"ל בריווח דברי התוס' בפ' אלו טריפות דף מ"ג גבי האי עובדא דרבא הוצרכו לאוקמי שהאכילו רבא בידים לכלבים שאל"כ היה פטור מטעם דאלו הוי גבן הוי הדר ותימא הא רבא גופי' דן גרמי וא"כ חייב אע"ג דלא האכילו בידים וכבר עמד בזה בש"ך שם ובאו"ת:

אמנם להנ"ל ניחא דאדרבה רבא לשיטתו דאע"ג דדן דינא דגרמי לא צריך למדחי סברת הש"ס הנ"ל מהלכה דרבא לטעמי' דס"ל כר"ל דחיימ"י שוגגין פטורין מתשלומין וכמ"ש הרש"ל בפ' מרובה וכן העלה הקצות בסי' ל"ח וא"כ לדידי' טיהר את הטמא מתוקמי כהנך גונא הנ"ל ולא צריך לדחוקי כלל אלא לאוקימתת רב חסדא דמוקי לה כשנו"נ ביד וטיהר את הטמא כשעירבן עם פירותיו כו' עיין נה"מ מה שפירש לדעת הש"ך יצדק גם להנך פיתרי הנ"ל יעו"ש ולפ"ז מוכח כצד השני. ומ"מ לענין עיקר הדין צריך אני להתלמד:

וי"**ל** עוד על פי מה דתנן במס' תלה פ' ב' משנה ז' עיסה טהורה מפריש אחד מכ"ד דכתיב ראשית עריסותיכם, תתנו כדי נתינה דוקא נטמאת העיסה לא יתן אלא אחד ממ"ח. והנה אם טיהר החכם את הטמא וחייב לבעל העיסה לתת חלה אחד מכ"ד מה שעשה עשה מה שחייבו להפריש אחד מכ"ד וישלם מביתו מה שהפסיד בעל העיסה אחד ממ"ח בעיסה זו:

ט. והנה בירושלמי פ"ק דסנהדרין מפרש טעמא דישלם מביתו אמר ר' אבוהו משום שהגיס דעתו לדון יתידי וקשה מה ראה הירושלמי לחלוק בזה על ש"ס דילן ולחדש ולומר דטעמא היא משום קנסא ועיין ש"ך ס"ק ל' כתב לישב דהירושלמי לטעמי' אזיל דלא דאין גרמי והוצרך לחייבו מצד קנס וקשה דהא ניחא דלא מוקי לה כר' מאיר אבל

אכתי אמאי נאיד מסברת הש"ס דילן דלמאן דלא דאין גרמי ע"כ איירי המשנה דנו"נ ביד ולמה לן לדחוקא מצד קנס גס בעיקר דברי השיך יש לכאורה לשדות נרגא לפי מה דמבואר בירושלמי סוף פ"ק דשבועות דר' אבוהו גופי' ס"ל חסמה בקול לוקה וכן ס"ל דלא תתני מימר דבדיבורו עבר מעשה ולוקה עליו השתא אם אפי' מאן דלא ס"ל הכא לענין מלקות [עיין ש"ם ב"מ צ"א ובתוס' שם] מ"מ ס"ל להתוס' והרא"ש והמרדכי דהכי דקם דינא מעשה היא ולא גרמי לענין תשלומין והחולק וסייעתם אפשר, דסבירא להו באמת דאין חילוק דלא חשיב מעשה לא לענין מלקות ולא לענין תשלומין אבל מאן דס"ל דחשוב מעשה לענין מלקות קיו דחשוב מעשה לענין תשלומין ולא גרמי כיון דקם דינא ובדיבורא מתעביד מעשה. אמת כי אמת לי' פירכא להאי ק"ו דו"ק ותשכח]:

עוד קשה במ"ש רש"י פ"ק דסנהדרין ד' ה' ואי לא קיבלו' זיל שלים פירש"י דאמרי לי' דיינת לן דין תורה והיינו לא קיבלו וחייב אפילו המומחה לשלם וקשה אמאי ראה רש"י לחלוק על הירושלמי דאם אמרו דיינת לן דין תורה אפילו בהדיוט קם דינא ובמומחה פטור, מתשלומין וכן פסקו הרי"ף והרמב"ם והתוס' והרא"ש להדיא ועיין ש"ך ס"ק ל' והיותר תמוה על נמוקי יוסף שם שכתב דמהירושלמי יש לסייעו קצת לשיטת רש"י ואדרבה שם בירושלמי מבואר להיפך דמומחה פטור וכמ"ש הש"ך בס"ק הנ"ל:

י עוד קשה למ"ש הנ"י בפ' אד"מ וכל הנך סברי דנו"נ ביד ממש וכן משמע מכל הסוגיא כו' וקשיא לכולהו א"כ דאינו חייב עד שנו"נ ביד ממש היאך אמרינן לעיל האי מאן דבעי למידן דינא ואי טעה לפטור לנקוט רשותא מריש גלותא ומה צורך היה לו להיות, נו"נ ביד שיצטרך לי' למנקט רשות לא ישא ויתן ובלא רשות נמי פטור והיכי אמרינן לעיל ברי"פ דמשום הכי תקנו שישלמו הדיינים שלא תנעול דלת לפני לוין אכתי מאי הועילו בתקנתן לא ישאו ולא יתנו בידם ויפטרו עכ"ל ותימא דהא ודאי לכאורה דאין צריך שהדיין עצמו יקח מזה ויתן לזה אלא אם היא במקום שיש רשות להדיין לירד לנכסים נגד המסרב על דין תורה אם בצווי הדיין לקח שליח ב"ד מנכסי הנתבע ופרע לתובע כפסק הדיין היינו נמי נו"נ ביד דשליחו של אדם כמותו בכל התורה ולכך אמרו האי מאן דבעי למידן כו' דלא סגי בלאו הכי דע"כ צריך להיות יורד לנכסי בעל דין ע"י שליח ב"ד עכ"פ. וכן נמי תו ליכא נעילת דלת דהרי יודע בעצמו דלא שמע לקול הדיין עד שיכנס לנכסיו ע"י שליח ב"ד והיינו נו"נ ביד דשליחי ש"א כמותו וכבר העלה כן באמת התומים להלכה פסק ואורים ס"ק ס"ו כן הסכים הנה"מ וסיים ופשיט ופליאה נשגבה על הגאונים הללו איך לא שתו לבם לבאר דעת הנ"י בזה וכי נעלמה ממנו הלכה פשוטה בכל הש"ס דשליח ש"א כמותו בכל דוכתי ועיין בח"מ סי' ק"ט סעיף ו' לענין

שליח ב"ד שטעה אינו כמותו ויש לדחות דשאני התם די"ל לתקוני שדרתיך ולא לעוותי ועיין שם:

יא אמנם לפע"ד י"ל הנה הגאון בעל הפלאה בסוגי' דכתובות דף ק"ה שם הראה פנים בהלכה דיש לחייב את הדיין המטה משפט מלקות מן הלאו דלא תטה משפט ככל חייבי לאוין ושע"כ בדין הי' לומר, שפטור מלהחזיר השוחד שקבל מטעם שאין לוקה ומשלם אלא דמשום הכי קיימ"ל בחו"מ סי' ט' דמוציאין השוחד בדיינין משום שהחיוב מלקות ותשלומין אינן באים כאחד, דמיד כשהטה את הדין נתחייב מלקות וחיוב תשלומין לא בא אלא בשעת קבלת שוחד יעו"ש:

ויש לראות לפ"ז הא דתנן דן את הדין זיכה את החייב כו' מה שעשה עשה וישלם מביתו בשלומא לר' יוחנן מתרץ לה כגון דלא אתרו בי' אלא לריש לקיש דס"ל חייבי מ"ש פטורין מתשלומין והא הכא הטיית המשפט וחיוב, התשלומין שניהם באין כאחד ואין ספק כי המטה את המשפט כנגד סוגיין דעלמא שזה ודאי עובר על לאו דלא תטה משפט שהרי מוציאין ממון על פי סוגיין דעלמא יעוין או"ת וקצות ונה"מ על דברי הש"ך ס"ק ה' ועיין ביש"ש פ' מרובה דהלכה כריש לקיש ורבא ועולא הכי סבירא להו. והנה לר' חסדא דלא מחייב הדיין רק בנו"נ ביד אשכחן נמי שאין באין כאחד אבל לר' נחמן ור' יוסף ור' ששת, דס"ל דגם בלא נו"נ ביד חייב. א"כ קשה אמאי ישלם הא כל חייבי מ"ש פטור מתשלומין וכן קשה לרבא גופי' דדן דינא דגרמי ולא צריך לאוקמי בנו"נ ביד והרי רבא ס"ל דחייבי מ"ש פטורין מתשלומין עיין קצות סי' ל"ח. ובפרק הכותב פ"ד:

דן דינא כר"ט ואהדר ריש לקיש לעובדא ומפרש משום דסבר טועה בדבר משנה הוי הא בשיקול הדעת הי' מודה דקם דינא אע"ג דלא נו"נ ביד וכדמוכיח התם פשטא דסוגיא וכ"כ שם בהפלאה להדיא:

הן אמת שהרמב"ן בספר המלחמות פרק אד"מ כתב להדיא על הך עובדא דכתובות דיש להעמידה להרי"ף דאיירי בנו"נ ביד וע"כ צ"ל כמ"ש בהפלאה שם ומכאן סיוע ותירץ קצת שלא הזכיר דברי הרמב"ן הללו והנה י"ל דבקיבלו הבעלי דינים להדיין ליכא לאו דלא תעה משפט וקרא לא מיירי אלא בדיין הכופה לדון כדין של, תורה משא"כ בדן על פי קבלה דהמשנה איירי בקיבלו ולק"מ:

אך בקיבלו ע"מ לדון דין תורה וכמ"ש הש"ך בסי' ג' אות ה' ויש אומרים דהיינו הקבלה האמירה בש"ס בסוגיא דילן הנה ודאי דהדר הלאו לדוכתי' ובקבלה סתם צ"ע גם קשה לסלקא דעתן דפ"ק דסנהדרין דלא איירי בקיבלו מאי איכא למימר ועור לגרסת הרי"ף דר"נ ור"י דמוקי למתניתין דבכורות במומחה ולפיכך מה שעשה עשה א"כ ס"ל דמתניתין

לא איירי בקבלו ודלא כר"א וכמ"ש במלחמות שם להדיא דלהכי לא קיימ"ל כר"נ ור"י בהא דכיון דאוקימנא סוף פיק בקיבלו ש"מ דלית הלכתא כר"נ ור"י א"כ הדרא קושיא לדוכתי:

יב והנה לכאורה י"ל דלעולם בטועה בשיקול הדעת אין בו לאו דהטיית משפט שהרי מ"מ פסק דין תורה לחד תנא או אמורא וכמ"ש הפוסקים שברא זו הרבה פעמי לענין אתר ואולי דה"ה נגד איסור עבירת לאו דהעי"ת משפט אלא דהא ליתא דסוף, כל סוף כיון דהלכה למעשה עבדינן כסוגיין דעלמא א"כ כשפסק להיפך פשיטא שעבר על לאו שוב מצאתי שמבואר כן להדיא בספר החינוך סי' רל"ג כתב ז"ל שם שלא יעשה הדיין עול במשפט היא בכל עת שיעבור על זה שצותה לנו התורה בענין הדין אלא א"כ עשה ברצון בעל הדין [וזה כמו שכתבתי דבקבלה ליכא לאו ד"א תטה אולם אופן הקבלה ע"כ כנ"ל]. וע"ז נאמר לא תעשה עול במשפט כו' אבל אין לוקין כו' שהרי כל הדן שלא כדין תורה דינו חוזר לפיכך אין לוקין שכל הטועה בד"מ לעולם חוזר ושם יתבאר שיש צדדין אם דן הדין בהיפך האמת שדינו דין וחייב לשלם מביתו כו' ומכל זה לא יתחייב מלקות ואפילו עשה בו מעשה וכגון שני"נ ביד מן הכלל שבידינו שכל לאו שניתן לתשלומין אין לוקין עכ"ל הנה מבואר להדיא מדבריו דיש בטועה בשיקול הדעת לאו, של תורה דלא תעשה עול במשפט אע"ג דקם דינא אלא שלענין מלקות יש לפוטרו משום לאו שניתן לתשלומין וזה בשיקול הדעת ובדבר משנה משום שהדין חוזר וזה כעין דברי הפלאה שם שכתב דהוי כניתק לעשה דבצדק תשפוט עמיתך:

והנה לפענ"ד יש להביא ראי' דאין מלקות בדיין הטועה בשיקול הדעת דבשים פ' הכותב פ"ד איתא התם דן דיינא כר"ט ואהדר ריש לקיש עובדא מנייהו אמר לי' ר"י עשיתו כשל תורה ושקל וטרי הש"ס להסביר במאי פליגי ר"י ור"ל יעו"ש והשתא אי נימא דיש מלקות בדיין הטועה בשיקול הדעת הנה אין צורך כלל להצמיח פלוגתא חדשה בין ר"י ור"ל אך נימא בפשיטת על פי יסוד סברת הרי"ף והרמב"ם ובעל המאור בסוגיין דכל היכי דאית לי' פסידא דבע"ד הדר דינא ולהכי לר"ל דס"ל חיימ"ש פטורין מתשלומין א"כ ממילא דאין על הדיין חיוב תשלומין להכי אהדר ר"ל לעובדא כדי שלא יפסד הבע"ד ור"י לטעמי' דס"ל חיימ"ש חייבין בתשלימין א"כ שפיר קם דינא והדיין ישלם מביתו ובפרט למ"ש הרמב"ן דהתם בנו"נ ביד מיירי א"כ עבר עבירה ועשה מעשה בידים אלא ודאי שאין כאן חיוב מלקות כלל וכדברי החינוך.

יג ומדברי החיניך הללו למדנו עוד דעיקר אזהרה זו למדנו רק מן הכתוב לא תעשה עול במשפט שבת"כ י"ט ט"ו ושם העשה סמוכה לו בצדק תשפוט עמיתך אמנם הלאו דלא

תעשה עול במשפט שם ל"ה ידבר בענין משקל ומדה וכן מוכח הרמב"ם וסייעתו מוני המצות דעיקר אזהרה מלא תעשה עול היא. אבל לא תטה משפט שבמשנה תורה ט"ז יט היא מלאוין שנשנה בערבות מואב שהרבה מהם לא באו במנין יעיין לח"מ פ"ג מהלכות מלוה והרב בעל הפלאה שם כתב להוכיח שאין מלקות בלאו דלא הנוה משפט מדלא חשבה הרמב"ם במנין לאוין שלוקין עליהם. ולא דק שהרי יראה כל מעיין דגם במנין לאוין הפשוטין לא בא לאו זה דלא תטה משפט רק לאו דמשפט אביון ע"ש ועיין בספר מעין החכמה דף קל"ד בסי' ר"ה ור"ו בסמ"ג שדיין המטה את הדין עובר בשני לאוין לא תעשה עול ולא חטה משפט ועיין עוד שם דף קל"ה בענין לאו שאפשר לעבור עליו בלי מעשה ועיין סמ"ג שם דגם הוא מודה דעיקר הלאו היא מן לא תעשה עול שהרי כתב שם להדיא ד"א תטה משפט אינו נכנס במנין המצות

אמנם בספר יראים סי' רל"ה ורל"ח שיטה אחרת לו שם דלאו דלא תטה עובר מיד בשעת חיתוך הדין אעפ"י שלא נעשה מעשה משא"כ לא תעשה עול. ועיין לשון הרמב"ם בפ' כ"א מהלכות סנהדרין לא תעשה עול כו' זה המעוות את הדין כו' וכן המענה דין כו' כדי לצער אחד מבעלי דינים הרי זה בכלל עול ועיין טור ומחבר סי' י"ז סעיף י"א ועיין תוס' יומא ל"ו ד"ה לאו דנבילה איכא ביניהו וז"ל ונ"ל, דלהכי לא קאמר לאו דטריפה דאפילו ר"י הגלילי לא חשוב ניתק לעשה כיון דלא ניתק כל מה שבלאו כי' עכ"ל ולפ"ז ה"ה לכאורה בלאו הזה שכולל ענוי הדין וצער בעל הדין שאין לזה תיקון עם קיום המעשה אח"כ וכן לענין שלא יחשב לאו שבכללות אע"ג דכולל ענוי הדין וכדומה מ"ח עיקר עיוות הדין מפורש במקרא משא"כ ענוי הדין וכדומה אינו מפורש אבל היא נלמד מכללו לזה מדיוק בדברי הרמב"ם שם שכתב להדיא ל"ת עול כו' זה המעוות את הדין כו' אבל המענה את הדין כתב שזה בכלל הלאו וזה ממש כדברי התוס' ביומא שם שכתבו דמ"מ לענין טריפה שכתב בקרא להדיא לא הוי לאו שבכללות ובזה יובן דברי הרא"ה בחינוך שם שלא כתב בפשיטת לפטרו משום לאו שבכללות. ונלמד עוד דלענין העשה לא יבוא בחשבון רק בצדק תשפוט עמיתך שבת"כ הנ"ל וכמ"ש הרמב"ן בריש סנהדרין ובפרק כ"א שם אבל ושפטו את העם משפט צדק שבמשנה תורה ע"ז י"ח דרשינן פר"ק דסנהדרין ד"ז לענין אחר. ובספרי הובא ברא"מ שם לענין דיינים מומחין שיכולין לצדק את הדין. ועיין מזרחי שם מה שנתקשה בדברי ספרי הללו כי לכאורה לא קשיא כלל יעו"ש ודו"ק וכן קרא דושפטו צדק דרשינן לענין שלא ישמע דברי בע"ד כו' ועוד שם ושפטתם צדק אמר ריש לקיש צדק את הדין ואח"כ החכיהו ועיין מזרחי שם דדריש לי' נמי מתינת הדין והא דילפינן דיחיד דן יחידי מבצדק תשפוט מדיוקא תשפוט דריש

שהיא לשון יחיד לא מעיקר הכתוב דלגופי' צריך דיש כאן עשה עיין פ"ק דסנהדרין ברש"י ותוס' שם:

יד אמנם בשורש הטעם שכתב הרא"ה לפוטרו ממלקות משום דהטועה בדבר משנה לעולם חוזר וכלומר שלפי זה ניתק לעשה כלאו דגזל וגנבה וכ"כ הרב הפלאה דניתק לעשה דבצדק תשפוט וכן טעם השני בשיקול הדעת שכתב הרא"ה משום דהוי לאו הניתן לתשלומין וכן טעם השלישי שכתב בהפלאה דהני לאוין הוי לאו שאין בהם מעשה. הנה, כד מעיינין שפיר נראה לפענ"ד דאית פירכא אכולהו ולא מבעי טעם השלישי הנ"ל שכתבו שאין בו מעשה תינח בלא עשה מעשה אבל בעשה מעשה מאי איכא למימר והרי הרי"ף והרמב"ן והרמב"ם וסייעתם דפסקו כר"ח לא קם דינא אלא בנו"נ ביד והנך רואה שהרא"ה שם נשמר מזה ולא עוד היכא דקם דינא ובדיבורא מתעביד מעשה יש אומרים שחשוב מעשה גמור לענין מלקות עיין לח"מ ומ"מ פ' י"ג בשכירות ועיין שם במגיד. גדולה מזו דלאו דאית בי' מעשה גם בלא עשה מעשה לוקה הובא סברא זו במ"ל ועיין שער המלך פ' א' מה' חמץ ומצה ה' ג' שם ביאר סברא זו על נכון וסילק יתידות הדרכים בענין זה בשם חכם ספרדי בשו"ת ובספר מחנה ראובן מייחס סברא זו לרש"י ומיישב בזה הסתירה שנראה לכאורה בדברי רש"י בענין המקיים כלאים בכרם וכבר כתבתי ישוב נכון לסתירה בס"ד:

טו אבל גם לטעם הראשון שהוא משום דאיתי' בחזרה וניתק לעשה דבצדק תשפוט לענ"ד ודאי דאיכא למשדי בי' נרגא לא מבעי למ"ד לאו שקדמו עשה לוקין עליו עיין מלקות דף ט"ו שזה אינו רק לר' יוחנן אבל לריש לקיש באמת אפילו קדמו עשה אין לוקין עליו. אלא דעדיפי מינה י"ל לפי מ"ש השער המלך שם דלהכי קיימ"ל בטמא שנכנס למקדש לוקה והרי ניתק לעשה דוישלחו מן המחנה ז"ל שם בשם הרמב"ן משום דבשעה שעבר על הלאו יבטל לעשה שבו כלומר דלא דמי לאונס דאפילו בלאו טעמא דכל ימיו בעמוד והחזר קאי אינו לוקה משום דהאי דאזהר רחמנא לא יוכל לשלחה היינו דקפיד קרא שיהי' כן משום קנסא והלכך כשמחזירה לבסוף הרי אשתו היא עכשיו ונמצא חזרתו תיקון הוצאתו היא משא"כ גבי טומאה דקפיד קרא על ביאת המקדש ונמצא דיציאתו אינו מתקן כניסתו וכן בלאו דלא יראה כו' שאפילו בדעתו לבערו עבר בבל יראה משום אותו שהי' פורתא מה"ט לקי שפיר דהעשה אך ביום הראשון הוי מחצות י"ד ואילך קודם כניסת הפסח כו' הלכך אפילו יבערו אח"כ אינו מתקן הראי' שראה ואע"ג דגבי גזילה נמי אמרינן לא תגנובו ע"מ למיקט וע"מ לשלם שאני התם

דבשעת עבירות הלאו אכתי לא עבר העשה דוהשיב את הגזילה דלא שייך אלא אחר עבירות הלאו ודו"ק עכ"ל:

והעלה שזה דעת הרמב"ם ואע"ג דס"ל דאין לוקין אפילו בקדמו עשה אבל כה"ג מודו דלוקין וא"כ בנידן דידן נמי דעיקר מה דקפיד רחמנא הוא על עיוות הדין ותיכף בשעה שקילקל את הדין עבר על לאו דלא תעשה עול אעפ"י שדעתו לתקן אח"כ וה"ה שעבר מיד גם על העשה בצדק תשפוט עמיתך ומה שמחזיר הדין אח"כ אינו תיקון אלא על העתיד אבל איסורא דעביד עביד בשעה שחייב את הזכאי או להיפך ולא דמי לעשה דוהשיב את הגזילה דלא שייך לקיים והשיב את הגזילה אלא אם כן גזל תחילה משא"כ בדן דין שקר תיכף ומיד עקר העשה של בצדק תשפוט עם הלאו דלא תעשה עול במשפט כאחד ואין זה בגדר ניתק לעשה כלל וכדברי הרמב"ן הנ"ל:

טז [**הג"ה** ע"ש מ"ש השעה"מ בענין אונס שגירש וצ"ל לכאורה לפי דרכו שם דהמגרש אדעתא להחזיר מיד לא עבר על לאו דלא יוכל לשלחה דאל"כ גם אונם שגירש עבר מיד על לאו ועשה כאחד לא יוכל לשלחה ולו תהי' לאשה וילקה ואנן קיימ"ל דמחזיר ואינו לוקה ודבר תימה הוא דאיך מצינו שלא יהא איסור בעובר לאו ע"מ לקיים העשה ועיין שאגת ארי' סי' ויש לנו הירהורי דברים שם בראיותיו ואכ"מ אבל יש קצת סיוע לזה מתוס' פסחים ד' ס"ג ד"ה הכתוב נתקו לעשה דלא יוכל שלחה כל ימיו משמע דליכא לאו אלא כשמשלחה כל ימיו עכ"ל ויש לדחות ועיין פ"ק דמכות שם ברש"י דהעשה דלו תהי' לאשה לא שייכא נמי אלא דוקא אתר עבירות הלאו כמו עשה דוהשיב את הגזילה וכלומר דקרא משמע שיחזירה אחר שגירשה ויקיימה כל ימיו ע"ש וא"כ מעיקרא לא קשה מידי ויש להעיר עוד מהא דקיימ"ל בגירשה בלא מצא בה ערות דבר עבירה ושנא המשלח כמ"ש הרשב"א דלהכי אין מברכין על מצות גירושין עיין אבן העזר סי' קי"ט ובה"ט ס"ק א' שם א"כ באונס שגירש ע"מ להחזיר בלאו איסורא דלא יוכל שלחה הגרושין גופייהו אסורין גם למאי דקיימ"ל באה"ע סי' קמ"ג המגרש על תנאי אם נתקיים התנאי הרי זו מגורשת דוקא משעה שנתקיים התנאי לא קודם לכן כלל לפיכך אם אבד הגט או נשרף קודם שנתקיים התנאי אינה מגורשת ויש אומרים אפילו בתנאי דמעכשיו יכול לבטלו ויש אומרים דע"מ לאו כמעכשיו דמי ע"ש סי' קמ"ד נמצא דהמגיש ע"מ שיחזירנה לא חל שם גט עד שעה שהחזיר. ונמצא שבאמת לא עבר מעולם על הלאו ועיין:

ויש להעיר עוד שאם גרשה ע"מ להחזירה הרי אסורה להנשא לשום אדם בעולם שאם תנשא לאחר הרי שוב נאסרה על הבעל משום מחזיר גרושתו ונמצא שאין כאן כריתות כלל עיין גיטין פ"נ:

היום אי את אשתי ולמחר את אשתי ושם פ"ו עמוד א' ורמב"ם פ"ת מגירושין פסק דאינה מגורשת כלל. אפילו לדעת הרשב"א והרא"ש דס"ל דמגורשת מ"מ יש לחלק בע"מ להחזירה ע"י קדושין אחרים שאני ועיין סי' קל"ז סעיף ה' וסעיף א' ויש מחמירין אפילו באומר ע"מ וצ"ע וי"ל דהכא התנאי יכול להיות שיחזירנה כשתרצה להנשא לו ואם לא תאבה ודאי שאין עליו חיוב דלו תהי' לאשה כלל אבל מאימת חייל הגירושין לגמרי כשלא תרצה להנשא לו פעם שנית א"כ ממילא נתברר דלא עבר על לאו דלא יוכל שלחה כיון דבשעת חיילת הגרושין מרוצה היא ואם לא נתרצית רק שיחזירנה כבר נתבאר לעיל ועיין באלה גולמי הדברים כי אין כאן מקומם ע"כ הג"ה]:

יז ועתה נשיבה לטעם הג' שכתבו הרא"ה לפטור את הדיין מטעם שניתן לתשלומין הנה למ"ש התוס' בסוגי' דמלקות שם וז"ל כששרפו וחייב ממון הלכך לא משכחת לה בטלו דכל היכא דיש לו ממון לא ילקה אבל ליכא לפירושי דתרתי לא עבדינן מלקות וממון דא"כ אדרבה ילקה ולא ישלם דבפרק אלו נערות קאמר ר"י מלקי לקי ממונא לא משלם עכ"ל וז"ל הרמב"ן שם בהלכה זו הביא דברי התוס' הללו וכתב עלה הרי מבואר מדבריהם דאפילו לפי המתרץ דתירץ התם איתי' בתשלומין עיקר פיטור המלקות היא משום לאו הניתק לעשה וטעם דניתק לתשלומין כדי לפוטרו אפילו שנשרף הגזילה דכיון דחייב ממון לא משכחת לה ביטלו ואי לאו טעמא דניתק לעשה אף שניתק לתשלומין אינו לוקה וכ"כ עוד בשם הי"ש בכלל ר"ג דדעת הרמב"ם פ"ג מגזילה ובפ' י"ח מסנהד' דין ב' וז"ל דרבינו לא אתי לאשמעי' אלא דהכלל היא לאו שניתן לתשלומין אין לוקין אבל ודאי שהוא בתנאי שניתק לעשה ע"כ. והעלה עוד דלא תקשה מלאו דריבית ועושקי שכר דמשלמין ואין לוקין דהיא מטעמא דבפירוש ריבתה תורה אותן לתשלומין כעין חובל בחבירו ביוה"כ ושכ"כ הפר"ח בספר מים חיים סי' ל"ז ע"ב לישב קושית הכ"מ פ' י"ח דסנהדרין פ"ב ועיין תוס' ב"מ קט"ו ד"ה דבריהם מוכחין ג"כ הכי:

ושם בשער המלך הלכה זו כתב וז"ל אך קשה טובא בין לתירץ הפ"ח ובין לתירץ היבין שמועה ממ"ש רבינו בפ"ג מגזילה ד"ט וז"ל כל החומד עבדו של חבירו כו' ואין לוקין על לאו זה מפני שאין בו מעשה והשיג עליו הראב"ד וז"ל לא ראיתי תימה גדולה מזה והיל"ל מפני שחייב בתשלומין שהרי הוא כגזלן שחייב להשיב את הגזילה ולפיכך אינו לוקה וגם זה מחויב להשיב את החפץ לבעלים עכ"ל. ולפי מ"ש ז"ל מאי ראי' מייתי מגזילה.

שאני התם דגלי קרא להדיא אבל בחובל ובחומד עבדו דלא גלי קרא בהדיא לימא דמלקי לקי ממונא לא משלם כיון דקיימ"ל כר"י כמ"ש רבינו בהלכות חובל ולא השיג שם הראב"ד מוכח דמודה לו בזה זה היא קושיתו. ואני תמה מאוד שנראה מדבריו בדעת הראב"ד דתשלומין פוטרין אותו ממלקות והא הכא בחזרת החפץ עצמו מיירי כמ"ש הראב"ד להדיא והרי כשהחפץ עצמו בעין דינא היא דלוקה אע"פ שמחזיר את החפץ כדאיתא בסנהדרין דף ע"ב וכן פסקו כל הפוסקים דאפילו מיתה אינו פוטרת מלהחזיר החפץ שהיא בעין והכא ענין החזרה בנידן דידן אינו אלא החפץ עצמו דהתשלומין כבר נתן כמ"ש הרמב"ם שם דאפילו נתן דמים רבים ע"ש. ולענין עיקר קושיתו.

יח לפע"ד דלק"מ שהרי מבואר שם בדברי הראב"ד בהשגתו הראשונה דס"ל דלא עבר על לא תתמוד אלא כשלא אמר רוצה אני דהמקח בטל וכמ"ש המ"מ שם דמש"ה המקח בטל וא"כ כיון שאין כאן מקח ולא קנין. החפץ הזה פקדון גבי' היא וכשמעכב פקדון חבירו תחת ידו גזלן הוא כדאיתא בב"ק ק"ה ובכמה דוכתי וכ"כ הרמב"ם פ"ג מגזילה דין י"ז לכן שפיר נכנס תחת סוג דגזילה דכתיב בה והשיב את הגזילה והלא מראה מה שתירץ הרב שם לעצמו בענין לאו דאל כלייך לא מתן בפרק י"ב מהלכות שכירות דלא לקי אע"ג דלא הוי ניתק לעשה וז"ל כיון דרחמנא אמר ואל כלייך לא מתן א"כ גזל בידו היא ואיכא בי' עשה דוהשיב את הגזילה והוי שפיר ניתק לעשה וה"ה הכא כיון שאין רוצה בדמים ואין כאן מכירה. ועיין ב"מ ד"ו במ"ש שם והא לא תחמוד ובתוס' שם. וי"ל עוד לפימ"ש הרמב"ם במתאוה עובר בלאו אמך והקונה דבר שמתאוה עובר ב' לאוין לא תתאוה ולא תחמוד ואם גזל עובר לאו השלישי שהיא לא תגזול וא"כ כיון דקיימ"ל דגזל ניתק לעשה ולא לקי הרי דהאי לאו דלא תחמוד אע"ג דיש עמו עוד שני לאוין מ"מ אתי עשה והשיב ומנתק להנך ג' לאוין כולם לפטרו ממלקות ואיך נאמר דאם עבר על לא תחמוד לחודי' לא להוי ניתק לעשה ולהכי שפיר הוכרח המ"מ למת טעם ולומר כיון דמיירי הכי אפילו באומר רוצה אני והמקח קיים שלו הוא מחזיק ואין כאן עליו תורת חיוב השבה כלל ואין כאן ניתק לעשה לכן הוצרך לטעמו שאין בו מעשה:

ובהכי ניחא מה שהקשה הרב ז"ל ג"כ על סתימת דברי הרמב"ם יעו"ש דשפיר סתם לומר שאינו לוקה בשום ענין אפילו אמר שאינו רוצה וממילא דאז אין כאן מקח והוי לי' גזלן כיון דחל עליו חיוב השבה וזה ברור. הנה עכ"פ נתבאר שגם טעם הג' ליתא לפי הנ"ל וא"כ שפיר מצינו פנים בהלכה דיש מלקות בלאו דלא מעשה עול ולפ"ז י"ל דברי הירושלמי הנ"ל ולומר לעולם דודאי הירושלמי אזל בשיטת הש"ס דילן דלמאן דלא דאין גרמי ע"כ בנו"ן ביד אייריי ולא עוד אלא שנו"ן ביד מוך כדי דיבור דל הפסק עיין

נה"מ ס"ק מ' ובמזיד הי' כאן חיוב מלקות ובש"ס ירושלמי שם אזל לתירוצא מימרא דר"י ור"ל שאמרו שנים שדנו אין דיניהם דין דפריך עליהו מהא דתנן דן את הדין ומשני באמרו לו הרי את מקובל עלינו ע"מ שתדין דין מורה כמ"ש בש"ס דילן אך כיון דריש לקיש ס"ל דחיימ"ש פטורין מתשלומין ובהא דאין דיניהן דין לא פליג על ר"י שהרי אמרו בזה דבר אחד וא"כ מקשה איך ישלם הלא חיוב המלקות פטרו מתשלומין אפילו בשוגג לכן הוכרח הירושלמי לפרש דטעם תשלומי, הדיין משום קנס היא מפני שהגיס דעתו לדון ומידי דמדינא אין שום צד לחייבו ממון ולכן ממילא במומחה דפטור מלשלם כיון דלא שייך טעמא דהגיס דעמו ואוקמי' אדינא דחיימ"ש פטורין וא"ש. משא"כ לדידן דקיימ"ל מיימ"ש חייבין בתמשלומין לא אצטריך לן לחיובא מתורת קנס רק מדינא חייב לשלם א"כ ודאי נימא לומר לעולם דבוהותנה בפירוש ע"מ לדון דין תורה בין הדיוט בין מומחה בעי לשלומי אלא דבהדיוט הדר דינא באפשר למהדר וכסברת רש"י הנ"ל ומ"מ החילוק שבין מומחה לאינו מומחה דתנן במשנה נכון בלאו הכי דרישא דדן את הדין דמיירי באינו מומחה אמרינן דהקבלה לא הי' בסתם רק ע"מ לדון ד"מ לכן אם טעה משלם וסיפא דאם הי' מומחה לרבים פטור דמומחה סתם קבלתו הוי בין לדין בין לטעות ופטור אע"ג דקם דינא וכשיטת רש"י כמ"ש להסביר הש"ך עצמו בס"ק ל' ע"ש אבל למ"ד חיימי"ש פטורין מלשלם ודאי אף בקיבלו למומחה בפירוש לדין ד"ת מטעם דמיימי"ש היא וא"כ ליכא תיובתא מדברי הירושלמי מידי וזה ברור. לפ"ז י"ל דברי הנ"י הנ"ל ממ"ש הש"ך שם לומר ששגג שגיאה גדולה:

יט הנה נאמר אדרבה דבריו מדוקדקים במכלית' מ"ו לא שגג בזה לומר דהירושלמי דין בפני עצמו קאמר על סיפא דמתניתין דבכורות כמו שהבין השיך בכונתו דהא ודאי ליתא שהרי מוכרח להדיא ממ"ש הנ"י דהירושלמי מסייע קצת לפירוש רש"י ואם כהבנת הש"ך הכי הוי לי' למימר דבירושלמי מבואר כפירוש רש"י אבל כך היא כונת דבריו לענ"ד שהרי הביא שם הנ"י דעת אחרונים שהיא דעה שלישית דלא כרש"י ודלא כהתוס' והרא"ש והרי"ף וסייעתם רק ס"ל דבאמרו לו דיינא לן דין מורה אפילו במומחה הדר דינא לגמרי דהוי כתנאי גמור שאם לא יהי' על פי ד"ת בטלה הקבלה מעיקרא ועליהם הביא דעת רש"י שחולק וס"ל דעכ"פ קם דינא וע"ז כתב בז"ל דהירושלמי מסייע קצת לשיטת רש"י דלא כהאחרונים דהא בירושלמי מבואר דאפילו באמרו לו דון לנו דין תורה מיא קם דינא הרי הירושלמי הזה מסייע קצת לפירש"י דניהו דלענין מה דס"ל לרש"י דחייב לשלם אפילו במומחה אין לזה ראי' משם דהא בירושלמי קאמר דפטור גם מתשלומין ואם כי שערי מרוצים לא ננעלו וי"ל דהירושלמי אזל לשיטת מ"ד חיימי"ש

פטור מתשלומין מ"מ ראי' והוכחה ליכא דלדידן יהא חייב לשלם אבל סיוע במקצת ודאי איכא עכ"פ מהירושלמי דבדון לנו דין תורה לא הוי כמתנה ע"מ לעקור הקבלה מעיקרא וזה ברור ונכון בכונת הנ"י ודו"ק. ולפי דברים אלו י"ל נמי התימה הנ"ל מעל הנ"י דהא כיון דקיימ"ל בכל התורה שליחו של אדם כמותו א"כ מה לי הב"ד או שליחו של ב"ד סוף כל סוף הרי היא כאילו נו"נ בעצמו ממש וכמ"ש המומים והנ"מ שם דזהו כאילו נו"נ בעצמו ממש ע"ש:

אולם לפי הנ"ל אחרי שנתברר כי יש פנים בהלכה דהטועה בשיקול הדעת יש בו לאו גמור מן התורה והיא ל"ח עוול במשפט. והנה דעת הנ"י היא בהא דקיימ"ל אין שליח לדבר עבירה. היא אפילו בשוגג [דכיון דס"ס עבירה היא ואין בה תורת שלימות כלל] ועיין מ"ש הש"כ סי' שמ"מ ס"ק ו' בשמו וסי' רצ"ב ס"ק ד' א"כ דברי הנ"י נכונים לשיטתו דס"ל אין שלד"ע אפילו בשוגג וגם זה פשוט וברור (ויקר בעיני להמליץ בעד הנ"י בזה לשיטתו אם כי היא פשוט מאוד):

כ ועל פי דרך זה יש ג"כ לתרץ קושית הגאון רח"י מעל דעת הרי"ף וגרסתו בסוגיא. כאן במומחה לפיכך מה שעשה עשוי וישלם ומשנה דסנהדרין באינו מומחה. וקשה דא"כ מאי בין ד"מ לד"נ דמני במתניתין הא גם בד"נ אם דן מי שאינו ראוי לדון מחזירין אפילו לחוב ולא קרינן ביה יצא מב"ד זכאי כלל. ולהנ"ל נאמר דר' יוסף מוקי למשנה דבכורות במומחה וגם קיבלו (כמ"ש כל המפורשים דמשנה זו בקיבלו אבל לא מטעמייהו מכח דר' אבוהו בפ"ק וכמ"ש הרמב"ן אבל טעמא אחרינא כמ"ש) ועיין ש"כ ס"ק ל' כתב דסתם קבלת המומחה הוי בין לדין בין לטעות כיון דמומחה לא צריך קבלתו אהני קבלתו בין לדין בין לטעות. והנה להנ"ל בשם החינוך דבקבלו לדין ולטעות ליכא מלקות דלא עבר הדיין כלל על לאו דלא תטה משפט וממילא דשפיר חייב הדיין לשלם וכל היכא דחייב הדיין לשלם מביתו מחילא תו קם דינא (ע"פ יסוד דברי הרי"ף והמאור בשמעתין) והא דפרכינן ובמומחה משלם והא קתני סיפא אם הי' מומחה לרבים פטור ומשני כאן שיש גדול. להכי משלם דיש בירור שטעה וכאן בשאין גדול הימנו. ופירש הרמב"ן כלומר ואם הי' מומחה לרבים שהוא לבדו הוא המומחה ואין גדול ממנו לברר דשלא כדין הורה ולכך פטור מלשלם וכאן בשאינו מומחה בסנהדרין דקתני מחזירין איירי באינו מומחה. דצריך קבלה וסתם קבלתו לא הי' אלא לדון דין תורה לא בטעות וכמ"ש הש"ך שם וא"כ אם הטה את המשפט יש בו דין עובר, על לאו שיש בו מלקות וקלבד"מ (אפילו בחייבי מלקות שוגג) ופטור מתשלומין ואיכא פסידא דבע"ד לכך מחזירין את הדין כי היכי דלא להוי פסידא והכי פרושא דמתניתין מה בין דיני נפשות לדיני ממונות ד"מ מחזירין

אפי' דיינים הכשירים לדין דיני ממון כגון בקבלו לשאינו מומחה שכשר הוא לדון ע"פ דין אפ"ה מחזירין משום פסידא דבע"ד ולא משום חסרון שם הדיין כמ"ש המפרשים שם. דא"כ גם בדיני נפשות אי דן האינו ראוי לדין מחזיר אפילו לחובה ומאי בין. כמ"ש הגאון רח"י משא"כ בדיני נפשות לא משכחת לה היכא דדאין דיינא הכשר לדין ד"נ עפ"י דין תורה שיחזירו את הדין (ומזה מוכח דר יוסף נמי ס"ל כר"ל דחייבי מלקות שוגגין פטורין לפי גרסת הרי"ף הלזו וסיוע להרש"ל דקיימ"ל כר"ל):

כא והנה נשית לב להבין כי לפ"ז למדנו חדשות הנה אחרי שהכלל בידינו כמ"ש הש"ך דכל מקום דל"א לקבלה אהני קבלה לפוטרו ועל פי יסוד וטעם, דאין שום סברא לגמרי שהקבלה תהי' להבל וללא צורך כלל והשתא לפי דרך הנזכר דלאו דלא תעשה עול במשפט הוא לאו שיש בו דין מלקות. א"כ קשה אדרבה דילמא לא הי' כוונת הקבלה רק שלא יהי' חיוב מלקות על הדיין ויפטר מלשלם ותינח למ"ד חייבי מלקות שוגגין חייבים דהא ודאי לא נחשד הדיין שיעוול הדין במזיד שיעלה על דעת הבעלים לקבלי עליהם משום הכי אבל לח"ד חייבי מלקות שוגגין פטורין ודאי קשה כנ"ל. וצ"ל דבאמת להאי מ"ד דס"ל חיימ"ש פטורין באמת לא מהני קבלה לפוטרו מתשלומין ואדרבה הקבלה פועלת לחייבו בתשלומין ולפוטרו מדין הלאו שיש בו מלקות ע"י קבלה זו וכנזכר למעלה דהקבלה מסלקת איסור לאו דל"ת עול כו' אלא דהא תינח במומחה דסתם קבלתו הוי בין לדין בין לטעות וכסברת המפרשים דמידע ידעי שטעותו אינו מצוי וסמכו הבע"ד עליו בשביל הרוב וממילא דאינו עובר על לאו דלא תעשה עול כו' כמ"ש החינוך וממילא דחייב לשלם שהרי יאמרו הבע"ד להכי קבלנו עלינו טעותך, אפילו כדי לסלק חיוב המלקות והיא כדי שישלם וליכא פסידא לבע"ד וממילא קם דינא משא"כ באינו מומחה דסתם קבלתו ע"מ לתידין דין תורה וממילא שאם הטה דין עובר על לאו דלא תעשה עול ופטור מתשלומין למ"ד חיימ"ש פטורין ואית לי' פסידא לבע"ד וממילא שפיר הדר דינא ועובדא דר' יוסף בפ"ק אי קבלך לא תשלם להנ"ל יש לפרש שקיבלו בפירוש בין לדין בין לטעות להפטר שלעולם יהי' פטור מלשלם וכעין שפירש"י שם כיון שפירשו להדיא בין לדין בין לטעות ע"כ כוונתם גם ליפטור מתשלומין כיון דסתם קבלה דמומחה היא בין לדין בין לטעות כמ"ש הש"ך אהני קבלה חד דרגא לענין פטור תשלומין ועיין. ועל פי זה יש לתרץ תמיהת הרמב"ן מעל בעה"מ דסבירא לי' שלשה דאית בנייהו חד מומחה פטורין מלשלם אפילו בלא קבלו ותמה עליו הרמב"ן מסוגיא דפ' הכותב. ונאמר בטעמא של דבר כי היכא דמהני קבלה מטעם שכתבו כיון דיכול לדון בלי קבלה אהני קבלה לפוטרו וה"ה הכא כיון דיחיד מומחה יכול לדון בלא השנים שעמו אהני השנים

לפוטרו וכמ"ש הב"ח להקשות על שיטת החולקים על בה"מ והב"ח תירץ שם לשיטת החולקים דס"ל דדוקא קבלה מהני לפטור שיש בה קצת יתרון משא"כ שני, הדיוטות אין בהם יתרון כלל והבעה"מ לא ס"ל לחלק בכך. אבל נאמר דעכ"פ מודה בעה"מ דאין יתרון לשני הדיוטות יותר מקיבלו ולמאן דס"ל דקבלה לא מהני ה"ה ודאי דב' שעמו נמי לא מהני וא"כ להנ"ל לריש לקיש דס"ל חיימ"ש פטורין לא אהני קבלה ה"ה ב' שעמו נמי לא מהני ושפיר קאמר לי' ר' יוחנן לריש לקיש עשית כשל תורה בתמי' לשיטתך דחיימ"ש פטורין וקבלה לא מהני לפוטרו וה"ה להב' שעתו דלא אהני לפוטרו וכיון דחייב לשלם ממילא דקם דינא לשיטת בה"מ כיון דליכא פסידא לבע"ד ודו"ק ועיין ש"ך ס"ק י"ד אות י"ב:

כב והנה לפי הנ"ל מצאנו פרפרת נאה לפרש דברי הירושלמי בפרק אחד דיני ממונות גרסינן התם בתר ההוא מתניתין מה בין דיני ממונות לדיני נפשות כו' דיני ממונות מחזירין בין לזכות בין לחובה דיני נפשות מחזירין לזכות ואין מחזירין כו' אחר ר' יצחק אמר ר' יוסי לא שניא אלא אפילו נזדכה בטעות מחזירין, אותו ופירש המפרש י"מ דלא דריש ונקי וצדיק אל תהרוג לענין זה וס"ל דמחזירין אפילו לחוב וכתב המפרש שם וז"ל ותימא פירושו א"כ צ"ל דפליג ר' יוסי אמתניתין דקתני בהדיא ד"נ מחזירין לזכות כו' (ועיין במפרש הזה שם התפרש לא ידעתי כי חסר השער בירושלמי הזה שלפני) שוב בא לידי הירושלמי עם פירושו של הגאון בעל פני משה ומה"פ וראיתי כותב שם דאפשר להגיה בירושלמי אין מחזירין כדי שלא יחלוק ר' יוסי על המשנה וזה קשה יותר:

אמנם לפי דברינו הנאמרים למעלה בסילוק קושית הגאון ר' ח"י מעל שיטת הרי"ף וגרסתו באוקימתת ר' יוסף דמתניתין דבכורות במומחה אהני קבלתי בין לדין בין לטעות וממילא דמסולק חיוב הלאו וחייב לשלם ולהכי קם דינא דליכא פסידא דבע"ד וכאן באינו מומחה ואהני קבלתו להכשירו לדין ד"ת לא לפוטרו מחיובו של הלאו דחיובא של הלאו רמי' עלי' ופוטרו מתשלומין והדר דינא משום פסידא דבע"ד נמצינו למדים לפי אוקימתת ר"י הלזו שהחילק שבין דיני נפשות לממון לענין החזרת הדין לחובה. אינו חילק בעצם הדברים ממש (רק הם חילק בטעמן של הדברים) שהרי באמת באינו מומחה דאיירי בי' מתניתין דקתני מחזירין הא דין זה עצמו ברין נפשות ג"כ נוהג דאינו מומחה שזיכה בטעות ברור היא דלאו יצא מב"ד זכאי חשבינן ליה (כת"ש רת"י בקושיתו באמת) א"כ בגופא דעובדא אין חילק בין נפשות לממון אבל בטעם ודאי דיש חילק והבדל רב כנ"ל כיון דר' יוסף מוקי נמי בקבלו לשאינו מומחה א"כ כשר לדון על פי ד"ת ודאי דאין מחזירין **כג ובזה** יתפרשו דברי הירושלמי הנ"ל כהוגן ולא יהי'

דבריו סותרין דברי המשנה וה"ק ר' יוסי לא שנייא (ר"ל אין כאן שוני' וחילוק בגופא דעובדא) אלא אפילו נזדכה בטעות מחזירין איתו בענין ההיא עובדא דאיירי מתניתין באינו מומחה שזכהו לא יצא זכה מב"ד זכאי כלל ומחזירין לחוב ואין חילוק זה דומיא לאינך החלוקים דחשיב התנא במשנה זו דמה בין דיני נפשות לממון דיני ממונות מטין כו' וד"נ אין מטין כו' ד"נ בכ"ג ד"מ בג' וכה"ג כולם השינוי והחילוק הוא בגופא דעובדא וההיא בבא דדיני ממון מחזירין וד"נ אין מחזירין לא שנייא כה"ג וכנזכר וטובא קמ"ל ר' יוסף בזה וכאמור במתניתין דסנהדרין באינו מומחה וכתירוצא דר' יוסף בש"ס דילן ולא סתרה למשנה דבכורות דהתם במומחה וכגרסת הרי"ף ואשכחנא סייעתא לגרסת הרי"ף ופירושה מדברי הירושלמי הללו זה נכון וברור בס"ד

כד ודע עוד שיבואו דברים הרבה מדברינו הנ"ל על פי יסוד דעת הש"כ והנמשכים אחריו דהך בבא דטיהר את הטמא וטימא את הטהור נמי לענין משפט פטור וחיוב בדיני ממינות איירי שבאו לדון לפניו להוציא ממונו שמקח טעות הי' שפירות טמאים מכר לו וטיהר את הטמא אמר שהפירות טהורים וכדומה שכל זה נכנס תחת הסוג של ל"ת עול במשפט דאל"כ בדין הוראת איסר והיתר וטומאה וטהרה יש לומר דלית בי' לאו דלא ת' עול במשפט כלל ועיין בלשון הרמב"ם פרק כ"א דסנהדרין ד"ו

[**הג"ה** וכבר היינו יכולים לתת מקום וטעם נכון להנ"ל למ"ש לקיים הסברא שהזכירו הראשונים לחלק דבדיני ממונות יחזיר הדין ולא באיסור והיתר אבל לא מטעמי':

אבל טעם פשוט לפי מ"ש הגאון הר"פ ז"ל דלאו דלא תטה משפט ניתק לעשה דבצדק תשפוט עמיתך וסייעתו מדברי הרא"ה ז"ל א"כ לפ"ז דכל זה שייך בדיני ממונות לכך חייב הדיין להחזיר הדין לקיים מ"ע של בצדק תשפוט עמיתך משא"כ באיסור והיתר דליכא לא הלאו ולא העשה ולכך שפיר קם דינא והר"ן פ"ק דע"ז הקשה על סברא הנ"ל דא"כ למה לי' לתרוצא בדאגע בי' שרץ יעו"ש ולטעם הנ"ל נאמר לישב דהך אוקימתא באמת לא הוצרכה רק אליבא דר"ח משא"כ לאינך אמוראי וביאור זה דכבר כתבנו למעלה דיש לומר דאין כאן ניתק לעשה כלל וכנ"ל וכך הוא סברא החיצונה באמת ושקשה לפ"ז אמאי משלם הדיין למ"ד חיימ"ש פטורין ובשלומא לר' חסדא י"ל דחיוב תשלומין לא בא מד שעה שנו"נ ביד ואין כאן כאחד הלאו והתשלומין ושפיר משלם א"כ לר"ח יכול לקיים הסברא החיצונה הנ"ל דאין כאן ניתק לעשה או דלר"ח דלא קם דינא עד דנו"נ ביד וממילא דאין כאן מלקות דהוי לאו שאין בו מעשה כיון דבדיבורא לא מתעביד מעשה מיד לסברת מ"מ ע"כ הג"ה):

כה גרסינן בירושלמי פ"ק דסנהדרין תמן תנינן הנוטל שכר לדון דינו בטלין כיני מתניתין החשוד ליטול שכרו ודן חד בר נש כו' עכ"ל וצריך ביאר מה בעי הירושלמי בזה וראיתי במפרש לירושלמי וז"ל כיני מתניתין כן הוא מתניתן החשוד ליטול שכרו כו' דודאי הנוטל שכר ביטולו וכדמסיק דינו דין אלא דאיירי בחשוד ליטול יותר משכר ביטולו א"נ האומר שנטל שכר לדין דיניו קיימין אבל הנוטל בסתר דיניו בטלין עכ"ל בפירושא בקונטרס ובתוס' שם כתב וז"ל כיני מתניתן החשוד כו' עיין בקונטרס ושני הפרושים דחוקים גם אין לומר דהוסיף ודן דבלא"ה לא שייך לומר דיניו בטלין דעדיין קשיא למה שינה הלשון וקאמר החשוד לכן נראה דקשיא ליה הא דתנן בטלין דמשמע דלאו דוקא אותו הדין שידוע שנטל בו שכר הוא בלבד שבטל אלא כל דיניו שת פסולין וטעמא מאי הא אפילו באותו דין עצמו מדאורייתא דינא קם דקיימ"ל כל היכי דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני ולמה גזרו כל כך אלא כיון דכתיב כי השוחד יעיר א"כ דבר ברור היא שיטעה לכך דיניו בטל דאורייתא דהא אמרינן אפילו לזכות את הזכאי לא יקח שוחד ש"מ האיסור שוחד גורם לטעות בודאי לכך מגיד מתניתין החשוד ליטול שוחד כל דיניו שדן בטלין כיון דחשוד בכולן ובש"ע ח"מ סי ט' סעיף ה' כתב הנוטל שכר לדון כל דיניו בטלין אא"כ ידוע שלא נטל בהם שכר והיא מדברי הר"ן שדקדק כן ממתניתין ע"ש. ותימא הרי מפורש כאן דדוקא בחשוד הדין כן אבל דיין שנטל פעם א' שוחד לא בטל אלא אותו הדין בלבד אפילו אינו ידוע (שלא) נטל שכר עכ"ל המפרש (והארכתי בהעתקת דבריו כהויתן לפי שאין פירוש זה מצוי ביד כל גם שם מחברו לא נודע לי):

כו והנה כל דבריו תמוהין מ"ש דיסוד כוונת הירושלמי היא כיון דקיימ"ל עביד מהני ומדוע דינו בטל תמוה טובא דעביד מהני לא הוי רק לענין גופא דעובדא כגון גירושי המאנס והתורם מן הרע על היפה לענין התרומה גופא אי הוי תרומה או לא וכדומה כל הנך דשקיל וטרי בהו הש"ס שם בתמורה ד' כ"ו וה"ה הכא בלאו דלא תקח שוחד אם עבר ולקח אי מהני לא יחזור ואי לא מהני יחזור אבל מה ענין קיום הדין וביטולו לענין לא תעשה דלא תקח שוחד שהוא אפילו לזכות את החייב באמת. וראי' ברורה לזה מדברי הב"ח ז"ל שכתב דהא דקיימ"ל. דהדיין מחזיר השוחד שלקח כדאיתא בש"ס שם היא מטעם דעביד לא מהני וכ"כ בהפלאה בכתובות ק"ה ובקדושין סוף האיש מקדש וכ"כ הנתיבות שם וכן עיקר והרי הב"ח עצמו להדיא כתב דהא דהנוטל שכר לדון דדיניו בטלין אינו אלא מדרבנן אבל מן התורה דינו קיים:

כז גם מה שהקשה על פסק הש"ע והר"ן תמוה לדבריו גופי' דיסוד דברי הירושלמי בנוי על סברא זאת דעביד מהני ואימא באמת הש"ע דעביד לא מהני. וכמ"ש הב"ח וסייעתו

הנ"ל וכמ"ש הה"מ בפ"א מגזילה ג"כ בדעת הראב"ד והרמב"ם ועיין בש"ע ח"מ סי' ר"ח לענין מקח שנעשה באיסור ע"ש ועיין אחרונים וכן כתב הרמב"ן שהרמב"ם סובר כרבא ודלא כלח"מ בבכורות עיין מעין החכמה ד' ע"ד ובעיקר תמיהתו על פסק הש"ע והר"ן שהוא לדעתו נגד סוגית הירושלמי פליאה נשגבה דאדרבה הר"ן סוף האיש מקדש סיוע עצמו מדברי הירושלמי הללו ואין ספק כי הר"ן שם מפרש דברי הירושלמי כך דלא תימא דדוקא הנוטל שכר לדון כלומר במה שידוע שנטל שכר אז דוקא דיניו בטלין אלא כיני מתניתין החשוד ליטול שכר ר"ל אפילו בדין שאנחנו לא נדע אם נטל שכר אם לא מ"מ כיון שנטל פעם אחת שכר הרי נחשד על כך ומאותה שעה שנחשד כל מה שדן אח"כ דיניו בטלין אעפ"י שאין ידוע עוד אם נטל אם לאו וזה פירש ברור ונכון בכוונת הירושלמי יותר מהג' פרושים שכתב המפרש שם שעל שניים העיד בעצמו והשלישי אין מקום לו כאמור שוב מצאתי כך מבואר בחידושי הריטב"א סוף האיש מקדש וז"ל גרסינן בירושלמי כך היא מתניתין החשוד להיות נוטל שכר לדון כלומר דמסתמא כל דיניו בטלין מכיון שחשיד שקיבל שכר בדין א' ובעדות אחת עכ"ל וכן כתב המעדני יו"ט פרק עד כמה על מ"ש הרא"ש שם אות ה' דברי הירושלמי הללו וז"ל דיניו בטלין לא אותו הדין בלבד אלא כל דיניו וכדמוקי לה בירושלמי דמייתי רבינו דכיני מתניתין כו' וכן כתב הר"ן סוף האיש מקדש עכ"ל וגם בפוסיו"ט שם העתיק דברי גם דברי הירושלמי כהווייתן הרי מבואר שכך הוא הפירוש הברור בלי פיקפוק והרב המפרש הלזה ימחול על כבודו כי שגג בזה שגיאה רבה אחרי כן בא לידי הירושלמי עם פירושו של הרב בעל פני משה ומראה פנים כתב ג"כ לפרש כמ"ש הר"ן בשם הרמב"ן:

כח והנה יש לפרש עוד דברי הירושלמי על פי מ"ש הטור והש"ע שם סעיף ט' הנוטל שכר ביטולו צריך שיהא ניכר לכל ששכר ביטולו היא דאל"כ מחזי כנוטל שכר לדון ולפעמים דינו בטל כה"ג כמ"ש הסמ"ע שם וזהו דקשיא ליה למה לי' שכר לדין דוקא והלא אפילו בנוטל שכר בטילו כיון דאינו ניכר ויש חשד הרואה ג"כ לפעמים דיניו בטל (יעו"ש, בסמ"ע) ולכך קאמר הירושלמי כיני מתניתין החשוד ליטול שכר כלומר כן הוא באמת אעפ"י שבאמת שכר ביטולו הוא מ"מ כיון דיש חשש מצד הרואה שניכר דשכר דין הוא דינו בטל (גם מוסיף ודין בירושלמי שם) ור"ל מה שדן אחר שנעשה חשוד לאפוקי במה שדן קודם דמכאן ולהבא הוא נפסל כמ"ש בסמ"ע וזה מכוון מאוד בלשון הירושלמי שהביא מיד עובדא דבר נש שהכונה שם כמ"ש המפורשים משום שנתברר לכל ששכר ביטולו הוא נוטל:

והיה אפשר לפ"ז להבין קצת דברי הרא"ש בפרק עד כמה ז"ל שם כתב הרמב"ן ז"ל מה שכתב בברייתא החשוד ליטול שכר לדון דיניו בטלין. אם נתברר לנו שלא נטל שכר בדין שדן אין הדין בטל ומסתבר טעמא. אבל לא ידעתי איך יתברר הדבר בעדים שלא נטל כיון שהוא חשוד עכ"ל ודבריו תמוהין מאוד וכמ"ש המעדיו"ט שם וז"ל ותמהני וכי לא שייך נמי הכי שיעידו עדים שלא זזה ידם מעת שנתהוו המחלוקת שבין הבע"ד ועד שנגמר ועל שכר מאוחר לא שמענו שקנסו כו' ועיין בפני משה ומראה פנים (דחק ליישב) ולפי הנ"ל ר"ל שגם דעת הרא"ש בכונת ברייתא הזאת דקתני בה החשוד ליטול שכר (והוא כדברי הירושלמי ובריתא זאת שנוי' הוא בתוספתא דבכורות דר"ל שבאמת אינו נוטל רק שכר ביטולו אפ"ה כיון דמחזי כשכר דין דיניו בטלין כיון שהיא באופן שאינו ניכר לכל ששכר ביטול הוא ניטל ואיכא חשדא. וכנ"ל ועל זה שפיר לא שייך עדים דמה בכך שהעדים יודעים ששכר בטלה. הא אנן בעינן לאפוקי מחשדא דעלמא. ואי דליכא חשדא וניכר לכל דשכר ביטול היא הנה לזה לא צריך בירור ולא עדים ויש מקום לדברי הרא"ש אבל דברי הרמב"ן יכולין להאמר מאוד לשיטתו כמ"ש הר"ן בשמו ויפרש הירושלמי ג"כ כנ"ל בר"ן וריטב"א ועל זה שפיר שייך בירור ועדים:

כט וראיתי להכנה"ג בסי' ט' שם בשם מהרי"ט הקשה לשאול מדוע הנוטל שכר לדון כל דיניו בטלין כיון שדן דין אמת על פי התורה וראוי זה הדין להתקיים ותירץ דלא אמרו באמת שהדין בטל אלא בדין התלוי בשודא. אבל משפט שעל פי התורה ודאי דינו דין. והנה אין סתימת דברי הפוסקים ז"ל מורין כן ועיין או"ת שהוכיח מדברי רמ"א ג"כ להיפך וכ"כ הרב נתיבות המשפט וליישב קושית מהרי"ט דחז"ל ביטלו ממנו שם דיין והוי כטוען חוץ לב"ד ויכול להחליף טענותיו וההודאה בפניו אינה הודאה דלאו דיינא היא עכ"ל ומדבריהם אלה יש לי ללמוד פירוש רבותינו בעלי התוס' בפ' הכותב דף פ"ה ד"ה בשודא דדיינא בסה"ד וא"ת יתן הדיין לפי שיתן לו יותר שכר וי"ל כל דיין דמקבל אגרא לאו דיינא הוא ע"כ:

קשה לכאורה טובא מאי זו קושיא אי ס"ד דהתוס' בקושייתם דמותר כאן לקבל אגרא א"כ מה בכך יתן ויתן ואי דגם בקושייתם ס"ל דאסור לקבל אגרא גם בשודא א"כ אין מקום לקושיתם דודאי לא יקבל אגרא אטו בדייני דלא גמירי או ברשיעי עסקינן וזה לי זמן רב עמדתי בזה ואמרתי לפרש דקושיא זו סובבת אדבריהם שלמעלה וכלומר כיון דיקח אגרא ודאי יזכור הדיין ממי שנטל שכר והדרא קושיא דלהדור ולדיינו כנ"ל ומצאתי אז מיד בש"מ להר"ר בצלאל אשכנזי שפירש כן להדיא ושמחתי ואחרי כל זאת לא נתקררה דעתי עדיין מידי דוחק לא יצאנו:

ל אולם להנ"ל יש לפרש דהכי קא מקשי התוס' דא"כ יתן הדיין למי שיתן לו יותר שכר דהא ראוי להיות היתר גמור היא בשודא (לשיטתם בשודא למי שרוצה הדיין להחליט דאין כאן מיחוש ומשפט מעוקל כלל) וכי תימא אין הכי נמי אלמה תנן הנוטל שכר לדון דיניו בטלין ולא מתוקמא אלא בשודא דדיינא כשיטת מהרי"ט הנ"ל דבשאר דינא ודאי דינו דין א"כ דבר ברור הוא שאסור ליטול שכר בשודא ובשלמא לשיטת רש"י ניחא דראוי להיות אסור כיון דשייך גם הכא עיוות הדין באומד הדעת הנותן אבל להתוס' קשה אמאי אסור ועל זה תירצו וי"ל דכל דיין דמקבל אגרא לאו דיינא הוא וכלומר דמ"מ כך גזרו חכמים איסור קבלת שכר לדון אפילו בשודא. דאם יתן מחמת שכר אין זה בגדר דיין כלל ושפיר גזרו להיות דיניו בטלין בשודא אם נטל שכר וכשיטת כנה"ג בשם מהרי"ט וזה נכון וברור וסמך גדול לשיטת הכנה"ג בשם מהרי"ט דדוקא בשודא דינו בטל ובדינים שעל פי התורה דינו קיים וחידוש על גדולי האחרונים ז"ל שלא העירו מדברי התוס' הללו

(**הג**"ה ואפשר הי' לפרש על פי שיטת רמ"א ג"כ שהתוס' בקושייתם ס"ד כשיטת מהרי"ט ושפיר הקשו כנ"ל לשיטת מהרי"ט אלא שבתירוצם חידשו לומר דכשדיין דמקבל אגרא לאו דיינא היא כלומר אפי' בכל עניני התורה שדן באמת וצדק מ"מ בטל היא שהחכמים בטלו ממנו שם דיין וכטוען חוץ לב"ד ולכך שפיר הא דקיימ"ל דיניו בטלין אפילו בדין שהיא עפ"י ד"ת וכנ"ל (ולעולם דבשודא מותר ליטול בס"ד דהתוס' ופליגא אסברת מהרי"ט הנ"ל מהיפך להיפך אלא דלא אישתמיט שום פוסק להזכיר סברא זו. שוב מצאתי בדרכי משה בח"מ סי' ר"נ אות ג' הביא דברי הר"ן שבריש שבועת עדות והני דפ"ק דחזקת דיש גורסין שוחדא דדייני בחית כי מותר ליקח שוחד בדין זה כי הדיין מותר לעשות מה שירצה וכן מצאתי בר"ן שכתב בפ' הכותב בשם הירושלמי) ועיין ש"כ שם ס"ק ד' שכתב וז"ל בד"מ שכתב דהר"ן ונמוקי יוסף ס"ל דמותר ליקח שוחד בשודא דדיינא ושס"ל כפיר"ת לענ"ד שגגה היא שהרי מבואר להדיא בתוס' דאף לפי' ר"ת אסור ליקח שיחד בשודא דדייני עכ"ל. ולפי מ"ש בפנינו מסולקת השגה זו מעיקרא ואין כאן שגגה אדרבה כך הוא דעת התו' דבשודא מותר ליקח. והנה בד"מ שלפנינו מבואר שכך היא סיום דבריו בעצמו כמ"ש הש"כ שבתוס' שם בהכותב מבואר דאסור וע"כ שלא הי' כן בגרסת הש"ך בד"מ ואולי הגהת גליון היא והוכנס בד"מ ודו"ק שבד"מ כתב גדולה מזו בשם התוס' בהכותב דאם נטל שכר ע"ז דינו לאו דין. וקשה לכאורה מנ"ל לעשות פלוגתא רחוקה בין התוס' והר"ן ונ"י אבל להנ"ל שהתוס' אזלי לשיטת מהרי"ט אתי שפיר ודו"ק ונוכל לומר ע"כ דלתירץ התוס' שפיר בטל דינו בכל הדינים וכל שכן בשודא

דדייני כיון דלאו דיינא הוא בנוטל שכר לדון ובשודא דדיינא דיינים בעינן דוקא אבל שקשה קצת להעמיס כן בלשון התוס' אבל לדעת מהרי"ט הנ"ל דברי התוס' פשוטים וברורים ע"כ הג"ה):

לא ולענין חכם שהתיר אי חבירו רשאי לאסור או לא נחלקו בזה התוס' והרא"ש ופסק הרמ"א ביו"ד סי' רמ"ב כהרא"ש דה"ה חכם שהתיר אין חבירו רשאי לאסור (ועיין שבת נ"א ברש"י כבר הורה זקן גדלו ונשאו עליו וכתב מהרש"א בח"א שם וז"ל ממה שחזר רבי מדבריו הראשונים אין ראיה שגדלו ונשאו אלא משום דת"ח שהתיר אי אתה רשאי לאוסרו עכ"ל א"כ גם רש"י ס"ל כרא"ש) וראיתי להגאון מהרא"ש אלגזי ז"ל בק"א לס'.

העיר מסוגית הש"ס ברכות ס"ג דאיתא התם בשלמא הוא מטהר והם מטמאין לחומרא אלא הוא מטמא והם מטהרין היכי הוי והא תניא חכם שטימא אין חבירו רשאי להתיר ע"כ היא דלא כהרא"ש וכן מצאתי שעמד בזה הגר"א בביאורו שם ס"ק ע"ה ז"ל אבל התוס' כתבו דרשאי לאסור וכן דעת שאר הפוסקים וכן איתא להדיא בגמרא סוף ברכות עכ"ל ותימה לכאורה מי לא מתוקמא הך סוגיא דברכות דבשלא חלה הוראתו דאז חילוק לאסור מלהתיר כמבואר בפוסקים וכמ"ש הרמ"א שם להלכה ותדע שהרי שם כ' הגר"א עצמו לתרץ סוגיית הש"ס בע"ז נ"ז ודף מ' נפקי שפור' כו' וע"כ צ"ל שפרישו שם בהיפך דשל התר יצא תחילה. ותירץ דדוקא בשחלה הוראתו משא"כ באסר דהטעם משום דשוי' חתיכא דאיסורא עכ"ל הרי להדיא דתירץ הנך שני סוגיאות דאתמר בהו דיכול להחמיר אחר שהקיל חבירו היינו בשלא חלה הוראתו ומאי אולמא הך סוגיא דברכות דלא נוכל לאוקמי הכי. ואדרבה הנך סוגיאות דע"ז אין הוכרח לאוקמי שהי' ביחד. מדפריך עלה מחכם שאסר אין חבירו רשאי להתיר (וצ"ל בשלא חלה ההוראה) שזה דוקא בשלא הי' שניהם כאחד וכן מוכיח מהתוס' ע"ז ד"ז וברא"ש שם וכמו שכתב להדיא האלגז"י. אבל הש"כ סי' רמ"ב ס"ק נ"ב כתב דגבי חכם שאסר דוקא בחלה הוראתו. א"כ י"ל דגם דעת האלגזי כן היא ולק"מ (אבל על הגר"א ודאי קשה):

לב וראיתי להגאון אלגאזי בסוגיא דע"ז שגם על הירושלמי שהביאו התוס' והרא"ש שם הקשה לכל הפירושים דכיון דנשאל לחכם ואסר האיסר אינו חוזר לחכם אלא לשואל אבל האיסר לחכם לא שמעינן מהך ברייתא. אלא מברייתא דכל הידי חכם שאסר אין חבירו רשאי להתיר וא"כ דרבי הימן איקפד על ר' אמי חבירו אמאי קאמר הדא דתניא הנשאל לחכם לימא כהדא דתניא חכם שאסר אין חבירו רשאי להתיר עכ"ל ופליאה נשגבה מי הגיד לנו דהקפידא דר"ס היתה על ר' אמי אדרבה. המעיין בירושלמי שם יראה דסתימת דבריו דלא על ר' אמי אקפיד ולא ידע ר' אמי כלל דשרי ר"ס אבל הקפידה

היתה על בר מרינה. על שהלך לשאול אח"כ לר"א וכ"כ הקרבן עדה לפרש כן בפשיטות ע"ש והתוס' קיצרו בהעתקת הירושלמי כדרכם וז"ל הירושלמי שם סכין של מילה עושה לה חולה (פי' מחול שירות בני אדם) ומביאה בר מרינה הוי לי' עובדא (פי' שלא הביא האזמל מע"ש) שאל לר' סימן ושרי שאל לר' אמי ואסר ואיקפד ר' סימן ולא כן תני הנשאל לחכם והתיר לא ישאל לחכם שמא יאסור עכ"ל והקרבן עדה גרם ישאל לחכם שמא יאסר ולא שת לבו לדברי התוס' והרא"ש והגה' מיי' והסמ"ג הובא בש"כ ס"ק נ"ט דלהדיא גרסי לא ישאל. ואין נ"מ בזה כלל יעו"ש והנראה לפענ"ד עוד דגם אם נפרש דברי הירושלמי כפשטן וכמ"ש הרא"ש דהך ולא כן תני לפירושי מלתא דלהכי איקפד ר' סימן משום דתניא הנשאל לחכם והתיר לא ישאל לחבירו ויאסור אכתי יש לחלק ולומר דדוקא כההוא גוונא דמיירי הש"ס התם דהשאלה היתה אם להתיר להביא איזמל בשבת דרך המחול ואי לאו והתיר ר' סימן הנה לדעת ר' סימן דמותר להביא איזמל א"כ ממילא מחויבין להביא ולמול ואיסורא איכא. אם לא יביא הסכין לימול דעיקר מ"ע של תורה הדוחה שבת א"כ כששאל אח"כ לר' אמי ואסר להביא את האיזמל א"כ ודאי כה"ג שפיר מצאה הקפידה מקום לנוח שלדעת ר"ס עברו איסורא דאורייתא. וכל כיוצא בזה חומרא דאתי לידי קילא ודאי דשייך לומר כה"ג חכם שהתיר לא ישאל לחבירו ויאסור גם הברייתא גופא דהש"ס שם נוכל לאוקמי דכה"ג איירי, אבל במקום דליכא רק חומרא לבד מנ"ל דלא יאסור והגם דלכאורה נראה דוחק דלא יהי' דמי הך דהנשאל לחכם והתיר לא ישאל לחכם ויאסור לסיפא. דאסר לא ישאל לחכם ויתירו הנה אחרי העיון דהא לא איכפת לן הכא דהרי לשיטת הרא"ש גופ' נמי על כרחך לא דמי הך רישא לסיפא דרישא בחלה היראתו דוקא אז לא יאסור אבל לשאול להתיר אפילו לא חלה הוראתו משום דשויא חתיכא דאיסורא וכמבואר ברא"ש שם ובפוסקים להדיא וכ"כ הגר"א בס"ק הנ"ל (ובש"כ ס"ק נ"ב לא משמע כן) ועיין בדברי הרא"ש ז"ל שם בע"ז סי' ג' במ"ש:

לג ולפ"ז לא מייתינן הא דנפקי שיפורי אלא כגון שבא הדבר לפני שניהם יחד ע"כ וקשה הא למ"ש מיד שם מקודם דהא דאין חבירו רשאי לאסור צריך לאוקמי שכבר תלה הוראתו א"כ שפיר מיתוקמי הא דנפקי שפורי אפילו שלא ביחד אלא דלעניין לא חלה הוראתו וצ"ל דכך היא שיעור דבריו שם דכיון דכתב תחילה. שני תרוצים על הנך שפיר נ"ל דהתם מיירי בדבר שבא לפני שניהם יחד או הי' המתיר תחילה עכ"ל א"כ כשמחדש אח"כ דגם אפילו תחילה אין חבירו רשאי לאסור א"כ נדחה התירץ השני דלא מתוקמי תו כשהמתיר הי' תחילה כדאמר מעיקרא ולעולם דודאי איכא לאוקמי כשהמתיר הי' תחילה ולא מטעמא דמעיקרא אבל מטעם אחר ובשלא חלה הוראתו ובהיות כן איכא

למשדי נרגא בהוכחת הש"כ בסי' רמ"ב ה"ק נ"ה מדברי הרא"ש הללו יעו"ש דלא מוכת מידי ועיין בש"ם דע"ז ד' מ"ו הזאה דפסח דר"א ס"ל דהזאה דוחה שבת וקאמר הש"ס דר"א לחומרא דקא מחייב לי' גברא בקרבן פסח למ"ד דאינו דוחה שבת הוא לקולא דפטור לי' גברת מקרבן פסח. והנה לכאורה מוכח מהכא אע"ג דפליגי לענין אי מותר שבת בהזאה וקרינן לי' חומרא. ויש לדחות דבלאו הכי משני הש"ס שם שפיר וקושטא משני ע"כ הג"ה:

לד והנה כבר הי' אפשר להסתפק בהא דקיימ"ל ביו"ד שם דחכם שאסר אין חבירו רשאי להתיר לכ"ע איך לדין בדבר שחומרו קולו כגון שהחמיר החכם וטימא עיסה זו ואסורה לטהורים אבל יצמח קולא מזה שלא יתחייב בשיעור חלה זו שהוא אחד מכ"ד דבטומאה א' ממ"ח כדתנן במשנה ז' פ"ב דחלה הובא למעלה אם יכול אחד להחמיר עכ"פ ולחייבו אחד מכ"ד ג"כ אע"ג דלפי זה יהי' נוהג בעיסה זו שני חומרות דסתרי אהדדי לא הוי בזה משום כסיל בחושך הולך אלא היכא דעושה כן מצד הספק אבל הכא חומרות טומאת זו משום הוראת הראשון דשויא חתיכא דאיסורא דקיימ"ל חכם שאסר אין חבירו רשאי להתיר וחומרות שיעור אחד מכ"ד היא על פי דין האמת של תורה שהוכיח החכם השני להחמיר בשיעור חלה זו וקיימ"ל חכם שהקיל יכול השני להחמיר לדעת התוס' והסמ"ג והגה"מ אפילו שחלה כבר הוראת הראשון לא מהני או דילמא דמ"מ כיון דלענין גוף ההוראה דאיתשל עלה והחמיר אין חבירו רשאי להקל קם דינא להקל נמי לענין שיעור החלה כיון דסוף סוף שיעור החלה בחומרא זו תליא וכיוצא בו בגונא אחריתא לענין שתי קופות שאני אומר חולין לתוך חולין נפלו וכדאיתא בש"ע יו"ד סי' קי"א סעיף ה' וש"כ ס"ק י"א דהתם נמי חומרו קולו וקולו חומרו היכי נעבד:

לה ולכאורה הי' אפשר לפשוט ספק זה מדברי הירושלמי הנ"ל שהוציאו ממנו התוס' וסייעתם דחכם שאסר אין חבירו רשאי להתיר והא התם נמי חומרא דהחמיר ר' אמי שלא להביא האיזמל דרך מחול היא קולא מצד אחד למפטר גברא מחיוב כרת דעשה דמילה ואפ"ה כשהתיר ר' סימן אח"כ להביאו ולחיובא גברא קא אתי מסיק דאסור לעשות כן ושע"כ הקפיד ר' אמי איברא דמהכא לא מוכח מידי דשאני היכי דא"א לקיים שני החומרות בשום אופן. דאחר דקם דינא לאסור הבאת האיזמל אין עליו חיוב מצות עשה כלל דא"א לו למול. ואם תחמור עליו למול היום על כרחך שיביא האיזמל משא"כ במקום ששתי החומרות שיש להם אפשרית הקיום ליכא למפשט מהתם:

אבל זה ודאי יש ללמוד מהך עובדא דחכם שהחמיר דאין חבירו רשאי להקל אפילו קולא שהוא חומרא בעצם כענין חיוב מ"ע של מילה הנ"ל אינו יכול להקל שלא לבטל דברי החכם הראשון שהחמיר אעפ"י שהקיל מצד א'. וזה ברור ואמת:

בפ"ק דסנהדרין הא דאיבעיא לן אי יחיד מומחה דגמיר וסבור דן אע"ג דלא נקיט רשותא מר"ג ופשטינן מהא דמר זוטרא דן דינא ואתי לקמא דר' יוסף כו' ועיין ש"כ ס"ק ל' שפירש דעיקר הוכחת הש"ס היא אע"ג דכאן איירי בראי אפשר למהדר מ"מ לולי דיחיד מומחה דן בעל כרחו של בע"ד לא הוי מהני הקבלה לפוטרו אם טועה. יעו"ש וע"ש בש"כ ס"ק י"ד אות ה' וס"ק י"ב וקשה לכאורה טובא הא ממתניתין גופא איכא למפשט כה"ג ממש דתנן דן את הדין כו' ואם הי' מומחה לרבים פטור מתשלומין ומוקמינן לה בקבלו כמבואר בש"ס להדיא ואי ביחיד אינו יכול לדין בע"כ הא לא אהני קבלה לפוטרו וכמ"ש בש"כ וגם הי יכול לפשט זה מעובדא דרבה בר חנה ור"ח דקשש מינה טובא ועיין תומים שעמד בזה.

לו יש לומר דבמשנה דבכורות הוי אפשר לאוקמי בטועה בדבר משנה ואפ"ה קם דינא באינו מומחה וכס"ד דהש"ס נמי בהכותב ובבכורות דגם בדבר משנה קם דינא וטעמא דפטור מומחה וקבלוהו בדבר משנה לאו משום דבלא קבלה יכול לדין בע"כ אלא כמ"ש הש"כ ס"ק אות א' דדמי למראה דינר לשלחני מומחה ובאינו מומחה קם דינא אפילו בדבר משנה מטעם קנס שהגיס דעתו לדון יחידי קנסוהו חכמים שיתקיים הדין כדי שישלם עיין ש"כ ס"ק ט"ו אות ה' ונה"מ ס"ק י"ב ודו"ק:

וכן הוי מצי למדחי אי הוי פשוט מר' ב"ח ור"ח. דדלמא הוי עובדא בטעה בדבר משנה ולכך בקבלוהו פטורין ולעולם בקיבלו למומחה בשיקול הדעת דחייב לשלם ומטעם דלא אהני הקבלה אלא שיכול לדין דאין מומחה יכול לדין בע"כ אבל לא אהני הקבלה לפוטרו וכיון דקם דינא אפילו אי הו קמן טובא עבוד משא"כ בטועה בדבר משנה כיון שהוא מומחה ולא קנסיהו ואולי הוי קמן הוי הדר וכסברת הפוסקים הנ"ל יעו"ש ודו"ק ולהכי שפיר הוצרך לפשוט מעובדא דר' יוסף דאמר אי קבלך לא תשלם. דליכא למימר דעובדא דר' יוסף נמי בדבר משנה הואי ולכך פטור בקבלוהו דדמי לשלחני מומחה דפטור דהא ליתא דשלחני גופי' בשכר חייב אפילו במומחה. ואליבא דר' יוסף ודאי גם הדיין מחשב דיין בשכר כמו דס"ל לר' יוסף בשומר אבידה דמשום פרוטה דעניא שומר שכר הוי ה"ה דיין נמי (וכמ"ש הגאון נה"מ בדעת הסמ"ע והב"ח בכונת היש חולקין שברמ"א סעיף א' ולא עדיף הדיין מזה מהשולחני שבשכר שחייב לשלם אלא על כרחך דבשיקול הדעת מיירי ושפיר פטור במומחה וקיבלו כיון דעכ"פ דן דין תורה והדיין עצמו

יכול לטעון יפה דנתי (וכל זה לא שייך בטועה בדבר משנה כ"כ בנתיבות שם) ואהני הקבלה לפטרו משום דיחיד מומחה דן בע"כ ואתי שפיר:

הג"ה והנה מזה ראי' לד' הנתיבות דבזה עדיף טועה בשיקול הדעת דפטור בקבלו דעכ"פ דן דין תורה משא"כ בדבר משנה דלא עשה כדין כלל ודמי למראה דינר לשולחני שטועה שחייב בשכר וזה דוקא לר' יוסף דס"ל שומר אבידה שומר שכר וכנ"ל אלא מ"ש שזה דעת היש חולקין שברמ"א קשה לכאורה דיש חולקין הללו המה הרא"ש והטור והתוס' ואינהו ס"ל שהלכה כרבה דשומר חנם הוי כמ"ש לקמן בסי' ע"ב ובסי' רס"ז בטור להדיא ואמת שהב"י שם ס"ל בדעת הרא"ש שפוסק כר' יוסף אבל להטור לא ס"ל הכי ע"כ הג"ה]:

לז וענין שיקול הדעת פירש"י דהא דאמרינן וסוגין דעלמא כחד היינו שרוב הדיינים נראה להם דברי השני ותימה לכאורה דא"כ למה לא תקבע ההלכה כדברי השני ומי גרועה דעתייהו דרובא דדיינא (בזמן חכמי הש"ס) מדעתא דחד אמורא דאכרע ואמר הלכתא כותי' דפלוני והלא בכל דיני התורה כולה אפילו בד"נ אמרה תורה אחרי רבים להטות עכ"ל ס"ג רח"י ז"ל. ויש לומר לפי מאי דקיימ"ל דשנים שאמרו טעם אחד משני מקראות אין נמנין אלא אחד וכמ"ש הש"כ בסימן זה ס"ק. וא"כ היכי דאיכא תרי תנאי ולא איתמר הלכתא כמאן יכול כל דיין להכריע בדעתו ודעביד כמר עביד ובאופן שידע בעצמו מאיזה טעם הכריע כחד דאל"כ הוי דין שבר וכמבואר בטור ורמ"א כאן ומעתה יש לומר דהיכי דאיכא רוב דיינים שנראה להם כחד אלא שטעמו של זה שמקרא אחר והשני אם שמסכים לדין אבל יאמר טעמו ממקרא שני אע"ג דכה"ג לא חשוב רוב מ"מ סוגיין דעלמא הוי שהכל מסכימים כן להלכה אלא דלענין רובא אפילו מאה כחד אשיבו וכמ"ש בש"ך שם:

לח עוד יש לומר על פי מה דאיתא בש"ע סי' י"ח דברובא מזכים ומיעוט אין אנו יודעים לא אמרינן זיל בתר רובא וה"ה לענין חיוב והטעם דדילמ' אי הוי חד דהוי פליג להדיא והוי מפרש טעמא. אפשר דאינה הי' מודים להאחד הזה ולטעמו. וא"כ משכחת לה נמי כה"ג שהדיין פסק כחד סברא ואח"כ מינו עליה דיינים. ורוב אומרים להיפך והמיעוט אומרים אין אנו יודעים אע"ג דכה"ג לא הוי רובא לענין הלוך אחר, הרוב. מ"מ טועה בשיקול הדעת מקרי כיון שהוא עצמו מודה עכשיו שאין הכרעתו ברורה נגד רוב הדיינים שהסכימו להיפך על פי טעם של תורה (ומה שפסק לכתחלה להיפך לא מועיל כלום. להיות מחשב כאחד אומר להיפך כדי שיהא זו רוב גמור כיון שבמנין הזה שדנו עכשיו לא אמר להיפך ואדרבה גם הוא מסכים, עמהם והמיעוט אומר אינו יודע וכן מצאתי, און

לי בתורת חיים פ"ק דע"ז ד"ז על ההוא ברייתא. דהנשאל כו' לא ישאל לחכם ויטהר כו' נראה דלא אמר רחמנא אחרי רבים להטות אלא היכי דשקלי וטרי בהדי הדדי אבל היכי דלא שקלי וטרי בהדי הדדי לא דקיימ"ל אמר אחד אינו יודע יוסיפו הדיינים עכ"ל הרי להדיא אע"ג דהאי דיין לא אמר איני יודע אבל אדרבה הרי פסק דינו להיפך בתחילה מ"מ כיון דהשתא מיהת לא שקיל וטרי עמהם נגד הרוב לא אזלינן בתר רובא וע"ש בת"ת) ועיין תמים דעים להראב"ד שכתב ועל כרתך הא דתנן ישלם מביתו מיירי שהדיין מודה על האמת ומסכים לסוגיא דעלמא דאל"כ קשה אמאי ישלם מביתו יטען ויאמר יפה דנתי עיין קצה"ח שהביאו. ולאופן הנ"ל הנה היא מוכרח בלאו הכי במשנתינו ע"כ בשהודה אח"כ ובלתי מחזיק דבריו הראשונים דאל"כ ודאי אזלינן בתר התורה שכתיב אתרי רבים להטות כשדעת הרבים להיפך מדעתו וכדין כל טועה בדבר משנה שחוזר הדין ויש לדחותו דמיירי שאומר איני יודע אי טעמא קמא עיקר אי טעמא בתרא עיקר אלא דקשה אמאי ישלם מביתו יטען באמת דלמא טעמא קמא עיקר ע"כ הוצרך הראב"ד שם לתרץ הב"ע שהדיין מודה דטעמא בתרא עיקר:

והנה הקצות הקשה על הש"כ שכתב דמומחה לרבים ר"ל שעליו להביא ראי' שהוא מומחה דלאו כל כמוני' למימר מומחה אנא ולדברי הראב"ד הנ"ל קשה נהמני' דמומחה הוא במגו דאי בעי הוי אמר יפה דנתי והוי מיפטר אמנם להנ"ל י"ל דלהכי לא הוי הוי מגו משום דההוא טענה דהשתא עדיפא לי' טובא ולא מקרי אלא טועה בשקול הדעת משא"כ אלו הוי טעין גם השתא יפה דנתי ויחזיק סברתו היפך רוב הדיינים יהי' טועה בדבר משנה. וכנ"ל:

לט והגאון האו"ת בקיצור תקפו כהן העתיק דעת פוסקים לחלק בענין קום לי' דאם המיעוט היא רק אחד הכל מודים דרוב מהני בממון וליכא למטען קום לי' נגד הרוב אבל אם המיעוט דיינים הם שנים אע"ג דאיכא רוב נגדם יכול המוחזק לטעון קום לי' ואו"ת שם צוח ככרוכיא שאין סמך לדין זה מש"ס כלל וכלל (יעוין שם אות פ"ז פ"ח פ"ט) דאין הולכין בממון אחרי רוב הדיינים היכי דיש במיעוט שנים כנגדם. והנה כבר זכרתי מה שתמה הג' רת"י אמאי לא הוי הדיין טועה בדבר משנה כיון שרוב הדיינים נראה להם דברי השני ומי גרועה דעתייהו דרובא דדיינא (בזמן הש"ס) מדעתא דחד אמורא דאכרע ואמר הלכתא כוותי' דמר והלא קיימ"ל בכל התורה אחרי רבים להטות וכבר כתבנו ליישב וגם ע"פ דעת התמים דעים דהכא איירי בשהדיין מודה אמנם לדעת הנך פוסקים הנ"ל איכא למימר אדרבה לאידך גיסא דהכא מיירי במחזיק דבריו וטוען יפה דנתי ואפ"ה ישלם מביתו דכל עיקר הפסידו של בעל הדין רק משום שעתה שגם הדיין

פסק כהך אמורא א"כ המיעוט הוי שנים ואין הולכין שוב אתרי רוב הדיינים (וזה ממ"ש בדברי הג' רת"י דדיין דבזמן הש"ס בלי ספק שנכנס בגדר אמורא ומעתה יש שנים (עם הדיין הזה) ואי לאו שטעה הדיין לפסוק כההוא חד לא הוי אלא חד נגד הרוב ליקבע הלכה על פי רבים וחוזר הדין דלא יכול לטעון קום לי' האחד במקום שנים ועל פי החזקת דבריו הראשונים היא גרמות קיום הדין בטעות ולכן חייב לשלם):

מ והשתא נמי אתי שפיר הא דאיכא למידק אהא דנקיט בש"ס היכי דמי שיקול הדעת היכי, דפליגי תרי תנאי כו' ופסק כחד וסוגיא דעלמא כאידך אמאי לא קאמר בפשיטת כגון שפסק דינא וסוגיא דעלמא להיפך (והש"ך ס"ק ט' עמד בזה להוכיח דכה"ג הוי טועה בדבר משנה ומדברי בעל המאור בסוגיא זו לכאורה לא משמע הכי ועיין בחינוך) אבל לדעת הפוסקים הנ"ל נאמר דבר גדול השמענו דדוקא כה"ג שכבר נחלקו בזה תרי תנאי או תרי אמוראי והדיין פסק כחד וא"כ שנים הם המיעוט ולא איכפת לן השתא רובא שכנגדם דאין הולכין בממון אחר הרוב במקום שנים משא"כ אי ליכא חד מסייע לו דס"ל נמי כוותי' רק פסק דינא וסוגיא דעלמא לא כותי' דהיינו רוב הדיינים א"כ טעה בדבר משנה וחוזר ויהי' לפ"ז קצח סמך להפוסקים הללו ודע דגם לדעת התמים דעים הנ"ל דמוקי מתני בשהדיין מודה וכמ"ש למעלה ובאופן דלאו רוב גמור דשייך בי לדין אחרי רבים להטות ועיין בדבריו הנ"ל אם יסבור כדעת הפוסקים הללו נאמר דלהכי משלם מביתו כיון דליכא אלא חד אמורא או חד תנא נגד רוב הדיינים ולא מצי למטען קום לי' ולכך ישלם מביתו משא"כ אם הי' גם הוא עומד בדיבורו והוי שנים ויכול הבע"ד לטעון קום לי' ואמאי ישלם מביתו ודוק בזה:

מא כתב הטור וז"ל כתב הרמ"ה דייני דטעה ולא הספיק תובע לאפוקי מיני' עד דאיתברר דטעה ל"ש הדיוט ל"ש מומחה ל"ש טעה בדבר משנה ל"ש טעה בשיקול הדעת כל כמה דלא זכה תובע בממונו נהדר דינא ואפילו זכה בפלגא ופש פלגי גבי' אידך לא מפקינן מינה דחזינן בההוא דקרי עכבר כו' אמר לי' ניזל ונהדר אידך פלגא דפרעינן אמר לי' כבר הורה זקן עכ"ל וא"א הרא"ש ז"ל כתב בזה ולא הוי ר"י טעה בשיקול הדעת כיון שלא נחלקו תנאים ואמוראים בזה בתחילה ור' ישמעאל לפי סברתו חייב ואין כח לר' חיי' להוכיח שטעה אלא בסברא נחלק עליו ונראה מדבריו שאם הי' הטעות בשיקול הדעת מיד כשפסק הדין אעפ"י שעדיין לא הוציא מיד המתחייב קם דינא ומה שעשוי עשוי ומחייב כל אחד לפי מה שהוא והכא היינו טעמא כיון שלא הי' חולקין אלא בסברא מה שדן ר' ישמעאל והוציא מכח סברתו אין להחזיר אבל מה שלא הוציא עדיין אין להוציא כיון שרית חולק על סברתו עכ"ל וראיתי להש"כ שם ס"ק כ"ט האריך להשיג על הטור

בתשובות רבות ומחמתם יחלוק על הטור וסייעתו הנמשכים אחריו שם ואחרי הקידה אפיים מול הדרת כבוד תורתו של אדונינו הש"ך ז"ל הנה יש לי לדון על כל דבריו אחת לאחת וכתלמיד הדן בקרקע:

א] מ"ש שם היאך יעלה על דעת לחייב את הבע"ד נשלם קודם שקיים הפסק כיון שנודע שטעה הדיין ואמר הבע"ד איפכא טעמא בתרא עיקר ועל מה שפסק ראשונה יכול לטעון טעות היא כ"ש על טעם האחרון הנה ודאי לפי מה שכתבו הרא"ש והטור שקנס הוא שקנסו חכמים את הדיין מפני שהגיס דעתו לדון יחידי וה"ה במומחה לא הו"ל לדון יחידי לכתחילה בעל כרחו כמ"ש בש"כ ס"ק י"ד א"כ לא קשה כלל דע"כ אעפ"י שבאמת יכול הי' הבע"ד לומר טעמא בתראי עיקר אבל חכמים הוא שקנסו שיהא דינו קיים כדי שישלם והרי הש"כ עצמו בס"ק ט"ז אות א' כתב להדיא דהיינו הוא הקנס דאעפ"י שיכול לחזור וצווח ועמד שרוצה לחזור ולא לגרום היזק וקנסוהו חכמים שיתקיים הדין כדי שישלם:

ומ"ש ועוד תימה על הטור דחייב מכח דיני דגרמי כר' מאיר ואם עדיין לא הוציא מיד המתחייב מה דינא דגרמי איכא אדרבה הוא אומר שלא ליתן עכ"ל. לכאורה נמי דלא קשיא. ואדרבה בהאי גופי' מתורץ מה דקשה על הרא"ש והטור דלמה להם לומר דקנסא היא שקנסו תיפוק לי' דמדינא חייב. דכל היכא דחייב משום דינא דגרמי חייב מדינא ולא מקנסא אבל י"ל משום שכך היא עיקר דקם דינא אעפ"י שעמד וצווח טעיתי ואין רצוני לגרום היזק ומבטל דבריו הראשונים א"כ לאו גורם הוא כלל דהסברא נותנת שיחזור הדין אלא דחכמים קנסו שיתקיים הדין וממילא דלהכי שוב חייב לשלם מכח גרמי ולא משום קנסו וכמ"ש הש"ך עצמו באות הקדום ע"ש ויש לומר דלפ"ז לאו דוקא באינו מומחה וקבלו נקטו הטור והרא"ש אלא אפילו מומחה וג' הדיוטות הוצרכו לטעם זה לחייבו אעפ"י שנתברר שטעה קודם ששילם הלה. ואע"ג שכתבו מלתייהו באינו מומחה וקבלו איכא למימר דלאו דוקא נקטי הכי ותדע לך שהרי השיך גופי' בס"ק כ"ט לא כתב איפכא אלא בדרך נראה ואפשר ודו"ק:

מב ומ"ש והכי מוכיח מלשון הרא"ש פ"ק דע"ז דכתב דבשיקול הדעת אינו יכול לחזור ולהתיר דשווי' נפשי' חתיכה דאיסורא משמע דוקא באיסור והיתר מטעם דשווי' אנפשי' חתיכה דאיסורא אבל בממון דלא שייך האי טעמא יכול לחזור עכ"ל לפי האמור י"ל דאדרבה בדיני ממין ודאי קם דינא הואיל והגיס דעתו לדון יחידי אעפ"י שקבלו ולא צריכנא טעמא אחרינא כלל שהטעם הוא פשוט כמבואר בירושלמי להדיא אבל באיסר והיתר דיכול שפיר להורות יחידי בקבלו דהיינו לכל הבא לשאול לפניו וכמ"ש הפוסקים

ואדרבה מחויב להורות כיון שהגיע להוראה ולא שייך כאן קנס כלל לכך הוכרח הרא"ש לומר דטעמא אחרינא איכא הכא דשווי' אנפשי' חד"א וזה פשוט וברור. ועיין שיך ס"ק ו' דעכ"פ מודה דבבאו לפניו לשאול שאלה בהוראה ודאי פטור גם בעיקר השגת הש"ך על הנ"י עיין או"ת ס"ק ח' וא"כ אזלה לה הוכחה הזו גם בעיקר התימא אשר כתב הש"ך מותבינין תיובתא כלפי סנאה דהטור דאדרבה משם מוכח איפכא מדברי הרא"ש דהרא"ש פי' דר' ישמעאל לא הי' טועה בשיקול הדעת א"כ אע"ג דלא אפשר לברורי שטעה ר' ישמעאל אפ"ה באידך פלגא שלא הוציא הדיין הדר דינא דר' ישמעאל ודינא לאו דינא ק"ו בן בנו של ק"ו אי הי' ר' חייא מברר שטעה ר"י דינא לאו דינא עכ"ל:

ולפע"ד תימה על תמיהתו זאת איך פשיטא לי' להש"ך להוכיח מזה דבשיקול הדעת דאיתברר אח"כ שטעה שדין חוזר והלא מעיקרא דדינא פירכא שהרי הרא"ש עצמו שם פירש דהך מילתא דר' ישמעאל לא נחלקו בזה תנאים ואמוראים תחלה א"כ כה"ג אלו הי' מברר ר' חייא דטעות היא פשיטא דהוי הדר דינא אפילו באידך פלגא דפרטיי דהא טועה בדבר משנה הוי וכמ"ש הש"ך עצמו ס"ק ט' אות ב' וז"ל דלכל הפירושים היינו דוקא כשיש מחלוקת תנאים ואמוראים אבל אם אין כאן מחלוקת ואין הדין מפורש רק שבא מעשה לפניו והורה כך וסוגיא דעלמא כאידך גוון שמוכח מסתמא דתלמודא דפריך שלא כוותי' או שנודע שהמנהג אינו כן או שנראה לרוב הדיינים ההיפך זה מקרי טועה בדבר משנה דלא מקרי טועה בשיקול הדעת אלא כשיש מחלוקת בדבר והי' הדבר שקול להכריע והוא טעה בשיקול הדעת אבל עתה כשאין מחלוקת ונתברר עתה הפיכו הרי הוא כטועה בדבר משנה עכ"ל וא"כ איך יהי' מוכח מכאן דבשיקול הדעת דאיתברר שיחזור הדין וזה לפענ"ד פירכא שאין עליו תשובה:

מג ומ"ש הש"ך שם על דברי הטור וז"ל אין כונתו כמו שהבין הטור מדבריו דא"כ יציבא בארעא וגיורא בשמי שמיא דהאיך יאמר הרא"ש דכשאין מברר שטעה הדר דינא וכשמברר שטעה קם דינא ע"כ הנה לפי הבנת הש"ך דלהך שיקול הדעת שהוזכר בשם הרא"ש ר"ל בירור. דשיקול הדעת הננו יוספים לתמוה דלפ"ז אדרבה. ימצא דהרא"ש הפריז על המדה יותר מהרמ"ה דהרי הרמ"ה התנה בפירוש ואמר היכא דאיתברר שטעה ומשמע הא לא איתברר קם דינא ומתחייב לשלם ממונו שבידו והרא"ש שכתב להדיא דהך מעשה דר"י ב"י לא הי' כח לר"ח לברר. ואפ"ה בהך פלגא לא חזר הדין ולא ישלם א"כ מבואר דלהרא"ש חוזר הדין טפי מלהרמ"ה ויקשה עוד לדרכו של הש"ך שהעלה שהרא"ש והרמ"ה לא פליגי כלל לדינא באמת א"כ למה הוצרך הרמ"ה שיתברר שטעה והלא לדברי הרא"ש אין צריך בירור כלל אבל אפילו נחלק עליו בסברא בעלמא מחזיר

דבריו באותו ממון שלא נתן אבל לפענ"ד עיקר הבנתו בפירושא דשיקול הדעת הנזכר כאן תמוה לי טובא דפשיטא דיש לפרש הך שיקול הדעת דרצונם לומר כמו שפירשו בש"ס שם היכי דמי שיקל הדעת כגון תרי תנאי או אמוראי פליגי כו' והיא היא גדר דשיקול הדעת ותדע לך שכן היא שהרי אם לא יחלקו בזה תנאים או אמוראים תחלה רק סוגיין דעלמא לחוד דלא כפסק הדיין הרי הוא טועה בדבר משנה כמ"ש הש"ך עצמו ס"ק ט"ו וס"ל להטור והרא"ש דהיכא דיש שני דעות שקולות לפנינו תנאי או אמוראי ולא אתמר הלכתי' כחד מינייהו היא דאמרינן מה שפסק פסק ומתחייב לשלם אעפ"י שלא שלם ואעפ"י דסוגיין דעלמא להיפך ונתברר דשלא כדין פסק מ"מ דינו דין כיון שיש לו על מי לסמוך שהרי תנא או אמורא סובר כן ותדע לך שכן הוא שהרי השיך עצמו ס"ק ל' כתב טעמא דאפילו התנה בפירוש ע"מ שתדין דין תורה כיון שפסק כחד תנא או אמורא ולאותו תנא או אמורא דין תורה היא עכ"ל משא"כ כשהדיין טועה בסברא שאין לו סמוכה ולא נמצא לו סמוכה מדעת מי זולתו שלא נחלקו בזה תנאים או אמוראים רק סברא מוטעת בעלמא הוא דאטעי וע"כ אם לא הספיק הבע"ד לשלם עדיין יחזיק בשלו ולא ישלם וכן משמע להדיא מדברי הסמ"ע ס"ק כ"ג וז"ל ואין הדין חוזר אפילו לכשאפשר להחזיר הדין מה"ט כיון דמ"מ פסק כאחד מן התנאים או האמוראים החולקין בדי' זה לאו כל כמיני' להחזיר הדין עכ"ל הרי שזה שהוצרכו לשלם הפלגא שעדיין לא שילם אינו רק מפני שלא דן ר' ישמעאל אלא מסברא ולא הודה ר"ח בסברא זו. אבל בכל זאת הוצריך הרא"ש גם לתנאי זה שכתב שלא הי' אפשר לברר טענותיו שאם הי' כאן בירור שטעה פשיטא שחזר הדין וגם פלגא שנתן מפקינן מינ' דכה"ג טועה בדבר משנה הר. וכמ"ש הש"ך עצמו ס"ק ט' הנ"ל וזה ברור כשמש והנה לכאורה קשה לפי מ"ש הב"ח בסוף סי' זה דלהרמ"ה מיירי הך עובדא דר"י בר"י ור"ח בדאיכא לברורי טעותיו ושהוכיח באמת ר"ח דלא כר"י בר"י מסוגיין דעלמא או מרוב הדיינים וכדומה א"כ אמאי לא החזיר גם באידך פלגא את הדין הא טועה בדבר משנה הוא כיון שלא נחלקו בזה תנאים או אמוראים וסוגיין דעלמא כר"ח וכאמור וכמ"ש משמעות כל הפוסקים וצ"ל דלהרמ"ה באמת מתוקמי הך דר"י בר"י ור"ח נמי שהיתה בו מחלוקת תנאים ואמוראים בלעדי ר"י בר"י ור"ח וכי היכי דפליג הרמ"ה על הרא"ש במאי דמוקי לה בדאיכא לברר ה"ה פליג עליהו בהא וסובר דהיתה שם מחלוקת תנאים בלעדם ג"כ ולא כהרא"ש וזה ברור ומוכרח:

מד ומעתה י"ל לפי האמת דגם להרמ"ה חוזר הדין בדבר שלא נחלקו בו עדיין תנאים אע"ג דליכא בירור מסוגיא דעלמא כלל מ"מ הממון שבידו לא ישלם וכדברי הדיין השני

שחולק על הראשון בסברא לחודי' והא דכתב הרמ"ה היכי דאתברר שטעה לא הוצריך לזה אלא לשיטתו דמוקי הך מלתא דסנהדרין שם כשהי' שם מחלוקת בדיעות זולת ר"ח ור"י ולהכי שפיר אי לא הוי אפשר לר"ח לברר טעותיו של ר"י ב"י הוי קם דינא לשלם ממון שתחת ידו עדיין כיון דפסק כחד מן התנאים שיש לו לסמוך עליו ולא יחזיר הדין אלא דהיכי דאתברר מסוגיין דעלמא דלית הלכתי' כהך דעה (ולהרא"ש אפילו בירור לא מהני ודינו דין כהך דעה שפסק ומפקינן מיני' ממון) נמצינו למדין לפ"ז דגם הרמ"ה עצמו מודה לזה דיש הבדל בין טעה להכריע בשיקול הדעת של התנאים או פוסקים בדליכא לברור אפילו לא שלם עדיין קם דינא משא"כ בטעה בסברא דילי' בלחודא אם חבירו חולק על סברתו אם לא שלם עדיין חוזר הדין ולא ישלם ולא נחלקו הרמ"ה והרא"ש אלא היכי דאיתברר שטעה ופסק כחד מן התנאים או אמוראים או פוסקים דסוגיין דעלמא כאידך דלהרמ"ה לא מפקינן מידו ולהרא"ש מפקינן דמה שעשוי עשוי בשיקול הדעת אע"ג דאיתברר ובזה יובן מה שכתב הב"ח בפשיטא שלדעת הרמ"ה הך עובדא מיירי בדאיכא לברר טעותיו דעת שפתיו ברור מללו כיון דחזינן דהרמ"ה עשה סמוכין מן הש"ס מהך עובדא דר"י ור"ח שפסק על חצי השני שלא יגבה עוד א"כ ע"כ ודאי דמפרש הך עובדא בדאיכא לברר טעותיו אע"ג שנחלקו בזה תנאים תחלה דאם בליכא לברורי ודאי הוי קם דינא לשלם גם אידך פלגא שלא הספיקו לשלם וסבירא להו הרמ"ה והרא"ש חד סברא בזה:

מה ולפ"ז יובן ג"כ דעיקר יסוד מחלוקת הרמ"ה והרא"ש תלוי בחילוק הגרסאות שבש"ס שם דלגרסת הרמ"ה שם בסנהדרין כ"ט א"ל ניזיל ונהדר מאידך פלגא דפרעינן ודייקינן מינה דדוקא כה"ג היא דאמר ר"ח כבר הורה זקן הא אם הוי המקבלים אמרו ניזיל ונהדר הך פלגא שקבלנו אחרי דשלא כדין פסק ר"י ב"י ודאי דהוי ר"ח מחזיר הדין וכמ"ש הב"ח שם דלהכי מחויב להו ר"ח להודיעם כדי שיעשו כדת של תורה א"כ הדבר מוכרח דמיירי התם דאיכא לברר מסוגיין דעלמא או מרוב הדיינים שהדין עם ר"ח דאל"כ כנגד המקבלים נמי אמרינן כבר הורה זקן וכמו שכתב שם הב"ח להדיא ועל פי זה יתבאר נמי דברי הגאון שהובאו בריש"ף פרק אחד דיני ממונות דלכאורה תמוהים מי זה ראי' הא ודאי איכא לאוקמי דהתם מיירי בדליכא לברורי וכמו שהשיג עליו הרי"ף באמת אבל לפי הנ"ל ניחא דהגאון שם חזינן דגרס נמי אי הכא נהדר לן ההוא פלגא דיהבינן ודלא כרש"י והרא"ש ודייק מינה כדדייק הרמ"ה ומוכרח לאוקמי בדאיכא לברורי ואפ"ה קם דינא וממילא דמוכרח נמי לומר דהיתה שם פלוגתא דתנאי או אמוראי בלעדי ר"ח ור"י בר"י דאל"כ הבירור דסוגיא דעלמא לחוד עביד לי' לר"י בר"י טועה בדבר משנה והוי

הדר דינא בעל כרחייהו גם באידך פלגא. ומעתה הרי מבואר ומוכרח לפי זה דינו של הרמ"ה בהדיא דהיכא דאיתברר שטעה בשיקול הדעת דפליגי בי' תנאי או אמוראי ולא הספיק הנתבע לשלם לא ישלם עוד אבל הרא"ש לשיטתו דגרים בש"ס שם כגירסת רש"י דאמרי ניזול ונהדר וכך פירש"י שם שהמקבלים אמרו כן נחזור את המעות שקבלנו שלא כדין לדעת ר"ח וקאמר להו כבר הורה זקן ואינכם חייבים להחזיר כיון שאין בו כח להוכיח טעותו וממילא דנוכל לומר דלא הוי שם פלוגת' דתנאי ואמוראי בלעדן ולהכי הוא דחוזר הדין במה שלא הספיק לשלם עדיין א"כ אין ראי' לדינו של הרמ"ה משם:

מו ועתה אשיבה אראה דרכו של הרב השי"ך ז"ל בהבנת דברי הרא"ש כתב לפרש על ב' אופנים ועל שניהם קשה אם יסוד דברי הרא"ש על אופן הא' לתת טעם על מה שנפטר ר"י ב"י מתשלומין למה לי להרא"ש לכתוב כאן בטעמא דלא הוי שיקול הדעת כיון שלא נחלקו בזה תנאים תחלה הא כיון שאין לברר טעותו ודאי פטורי מלשלם אפילו נחלקו בזה תנאים וכן מבואר בנ"י פ' אד"מ להדיא וז"ל אבל היכי דפליגי וסוגיא לא אזלי כחד מינייהו כו' קם דינא כדאמר לעיל כבר הורה זקן עכ"ל וכן מוכח מדברי הפוסקים כולם וא"כ מאי בעי הרא"ש בתנאי זה שלא הי' בה מחלוקת תחלה ואם על האופן הב' ג"כ קשה יותר לשיטת הרי"ף דלכך לא הדר אע"ג דלא נו"נ ביד משום דליכא בירור על טעותו ודאי אם נחלקו בזה תחלה לא גרע ולפי הנ"ל אדרבה כ"ש היא דודאי קם דינא כיון שאין כאן ג"כ בירור שטעה ודין תורה ממש כהך תנא ותדע לך שהרי הרי"ם ז"ל באמת שכתב לדברי הגאון לא כתב זה אבל כתב בזה"ל ואילו שיקול הדעת דאיפליגי עלי' ר"י ב"י ור"ח ליכא ראי' לר' חסדא לברורי טעותו עכ"ל (והש"ך כתב שם דדברי הרא"ש הם דברי הרי"ף בקצרה ומדוע האריך הרא"ש לכתוב דבר זה שלא כתבו הרי"ף כלל) והנה יש לתרץ ד' הרא"ש ז"ל על פי דרכו של הש"ך ולומר דלפי שלדעת הגאון שהובא ברי"ף שם דס"ל דר' ישמעאל טעה בשיקול הדעת ושהי' בירור מסוגיין דעלמא כר"ח ואפ"ה קם דינא א"כ ע"כ צריך לומר דהי' שם מחלוקת תנאים ולהכי קם דינא אע"ג דר"ח בירר טעותו דאל"כ דלא הי' שם מחלוקת תנאים בדין זה כלל אמאי לא הדר דינא לגרסת ר"ח הא כיון שיש רק בירור מסוגיא דעלמא הוי ר"י בר"י שוב טועה בדבר משנה וכדברי הש"ך שם ס"ק ט' ע"כ לעומת זה להוציא מדעת הגאון המובא ברי"ף שם בא הרא"ש לברר דעת הרי"ף וכתב כיון שלא נחלקו בזה תנאים כו' כלומר לא שמענו בזה מחלוקת דלא אשתמיט תנא בשום דוכתי להשמיענו פלוגתא בדין זה ואיך א"כ אפשר לומר כדברי הגאון דהוי שם בירור וסוגיא דעלמא א"כ הי' ר"י ב"י טועה בדבר משנה ומדוע לא החזיר הדין גם באידך פלגא:

(**אך** קשה לומר כן שהרי הרא"ש עצמו סובר שהלכה ג"כ כדעת הגאון דלא קיימ"ל כר"ת ואיך יקשה קושיא על הגאון בזה בשלמא הא דכתב לתרץ דאירי התם שאין כח לר' חייא לברר טעותו ניחא דהוצרך לברר זאת גם אליבא דהרי"ף כדי שלא יהי' להרי"ף טועה בדבר משנה וכמ"ש הש"ך שם אבל איך יקשה קושי' הסובבת נמי על עצמו לפי האמת שהרי מסכים עם הגאון להלכה דאע"ג דאיכא לברורי קם דינא אע"ג דלא נו"נ ביד) או י"ל דלאפוקי מדעת הרמ"ה כתב כן הרא"ש דמוקי לי' הך עובדא בדאיתברר שטעה וכמ"ש, הב"ח ולדידי' ע"כ צ"ל שנחלקו בזה תנאים ואמוראים וכנ"ל ולזה כונת הרא"ש לפי דברי השיך במ"ש ולא הוי ר"י טועה בשיקול הדעת ר"ל לא הוין בירור דשיקול הדעת להוכיח שטעה כיון שלא נחלקו תנאים בדבר זה תחלה כלומר וא"כ אם הי' כאן שיקול הדעת ר"ל בירור דלשיקול הדעת לפי הש"ך הי' ר"י בר"י טועה בדבר משנה וגם לפי זה הלשון שכתב הרא"ש ואין כח לר"ח להוכיח שטעה לכאורה כפול הוא שהרי כבר כתב כן הרא"ש שמ"ש ולא הוי טועה בשיקול הדעת ויש ליישב אבל עכ"פ לכאורה ראי' ברורה מדברי הרא"ש לדינו של הש"ך הנ"ל ס"ק ט':

מז ויהי' איך שיהי' לפענ"ד אדרבה איכא תיובתא לאותבי' כלפי סנאי' דהש"ך דלפי דרכו בהבנת דברי הרא"ש קשיא דידי' אדידי' דאיהו כתב למעלה ס"ק ח' להוכיח מדברי הרא"ש שהביאו הטור סוף סימן זה שכתבו דלא הי' ר' ישמעאל טועה בשיקול הדעת כיון שלא הי' אפשר לר' חייא לברר שטעה אלא בסברא נחלק עליו משמע להדיא הא אלו מברר, שטעה כיון דסוגיא דעלמא הוה כותי' הוה ר' ישמעאל טועה בשיקול הדעת ומשלם אע"ג דלא ידע דר' חייא פליג עליה עכ"ל (והנה ודאי אין דברים הללו סובבים על יסוד אופן ב' שכתב הש"ך כאן ס"ק כ"ט אות ה') דכוונת הרא"ש לתרץ אליבא דהרי"ף דלהכי קם דינא אע"ג דלא נו"נ ביד משום דאיכא לברורי טעותי' דא"כ לא מוכיח מידי דאילו הי' מברר טעותי' ממילא דהדר דינא כיון דלא נו"נ ובזה מסולקת אבל דבריו סובבים על אופן הא' שכתב הש"ך (כאן ס"ק כ"ט אות ה') דכוונת הרא"ש לתרץ אמאי לא חייבו לר' ישמעאל לשלם דהא לא קבלו לר' ישמעאל שם ודלא כב"י שם ולכך כתב הכא הי' אפשר לברר טעותו ובזה מסולק קושית המחבר ד"מ) אבל תימא לדברי הרא"ש עצמו שם שכתב שלא נחלקו בזה תנאים ואמוראים תחלה א"כ איך אפשר לומר שאלו הי' מברר שטעה ר"י בר"י הי' מחייבו ר"ח לשלם הא דינא הדר מכל וכל כדין טועה בדבר משנה כמ"ש הש"ך ממשמעות כל הפוסקים דסוגיין דעלמא או ביירר דכותי' שלא קדמה מחלוקת בו טועה בדבר משנה וא"כ ודאי דאין כאן חיוב תשלומין כלל ובהך

עובדא מבואר בש"ס שם דאפשר הי' בחזרה הן לגרסת רש"י והרא"ש והן לגרסת הרמ"ה והגאון המובא ברי"ף יעו"ש:

מח והיותר תמי' דעיקר הוכחת הש"ך בס"ק הנ"ל אין לה מקום לפי זה הא ודאי איכא למימר שמ"ש ואי הוי אפשר לר' חסדא לברירי טעותו ר"ל דאל"כ האי טועה בדבר משנה והוי הדר דינא כיון שלא נחלקו בזה תנאים ואמוראים כלל ובאמת הוי מצי למימר דלא הוי ר"י בר"י טועה בדבר משנה כיון דליכא לברורי טעותו אלא דקושטא דמילתא נקיט דכיון שאין בירור כלל שטעה א"כ לפי האמת לא טעה כלל אפילו בשיקול הדעת אבל מאין הרגלים להוכיח מכאן דחייב הדיין לשלם מביתו אע"ג דלא ידע מדברי החולק והגאון רח"י כתב וז"ל אני בא לתמוה שהרי בפירוש מצינו בתוס' והרא"ש ז"ל אבל היכא דאילו הוי קמן הדר כגון טועה בדבר משנה לר"מ חייב ולרבנן פטור דהא ודאי דינא דגרמי היא שהאכילן אח"כ על פיו או מה שעירבן עם פירותיו והא דאמרינן בבכורות לימא תנן סתמא כר"מ משום טיהר את הטמא וחייב את הזכאי דאחייב במה שעירב בעה"ב על פיו עם פירותיו ובמה דשילם הזכאי אח"כ אבל טימא את הטהור וזיכה את החייב בדיבורו של חכם מה שעשוי עשוי וא"א בחזרה ניחא דחייב לשלם ואפילו לרבנן דלא דייני דינא דגרמי ע"כ וכ"כ בתוס' ב"ק הרי אתה רואה בבירור דס"ל ז"ל דחייב את הזכאי לא קם דינא בדיבורו של חכם ולא חייב אלא כמה ששילם הזכאי על פיו עכ"ל וי"ל לפי מ"ש הב"ח דכל שיקול הדעת דקם דינא אפ"ה אם רוצים בעלי דין עצמו לעשות על פי דין תורה מחויב להחזיר והדיין עצמו מחויב להודיעו שמחויב להחזיר דלעולם בדיבורו קם דינא וחייב הזכאי לשלם רק דעכ"פ גורם שישלם לא, ברי הזיקא דמאן לימא לן שהבע"ד שכנגדו לא ירצה לעשות ע"פ דין תורה ולא ירצה להחזיק בממון זה שלא כדת אלא כשראינו שרוצה לקבל התשלומין אחרי שנודע שטעה ואז נתברר שהזיקו הדיין א"כ לא הוי אלא דינא דגרמי משא"כ בטימא את הטהור או בזיכה את החייב דתיכף בדיבורו מתעביד מעשה ודו"ק:

מט ויש לומר עדיפא מזה לפי דברי הב"ח שמחייב לצאת יד"ש כיון דאיתברר מסוגיין דעלמא דטעה א"כ יכול זה שכנגדו לתפוס אפילו אם כבר שילם כיון דמחייב לצאת יד"ש ולהחזיר (אך דכל טעם של תפיסה אינה אלא משום דעביד אינש דינא לנפשי' וכמ"ש הש"ך בס"ק כ' א"כ באמת לכתחלה אסור לתפוס דין לעצמו כיון שהב"ד עצמו אין יכולין להחזיר את הדין וכבר חידש סברא כעין זו הגאון בעל נה"מ סי' כ"ח הובא לעיל בקונטרס וע"כ שפיר ס"ל להטור דקם דינא ומחויב לשלם ע"פ דין שהרי אינו יכול לכתחלה לתפוש אלא נוכל לחייב את הדיין אלא מצד גרמי שהוא גרם לו איסר הלזה

אבל מזיק ממש בידים לא הוי כיון שמ"מ אם רוצה לעשות דינא לנפשי' מהני ולא בעי לשלומי אלא השתא דמתחייב הדיין לשלם מכח גרמי ממילא לא מתחייב להחזיר לצאת י"ש וממילא נמי דלא מהני תפיסה בסתימת דברי הפוסקים אבל במומחה וקבלה או נטל רשות דפטור מלשלם וקם דינא צ"ע ואע"ג דכל חייב לצאת יד"ש אמרינן דלא מהני תפיסה כמבואר בש"כ ר"ס כ"ת מ"מ שפיר חולק שם דהיכא דיש חיוב ע"פ דין כגון בקלב"מ רק דאין כח ביד ב"ד לחייבו מהני תפיסה כיון דמ"מ מחויב ע"פ דין ה"ה הכא ואפשר דכ"ש היכא דהוא מחויב נמי להחזיר ע"פ דין תורה רק שאין ביד ב"ד לחייבו משום כבר הורה זקן או משום קנס לקצת דיעות משום דדן יחידי אבל משום דיני שמים חייב להחזיר המעות ולקיים ולעשות כפי התורה:

נ ובכנה"ג לח"מ סי' כ"ה שם נסתפק כל היכא דטעין הנתבע קום לי כנגד סוגית דעלמא אי מחויב הנתבע לשלם עכ"פ לצאת י"ש אע"ג דמדינא פטור משום דאוקי ממונא בחזקת מרא ודמי' למנה לי בידך והלה אומר איני יודע דקיימ"ל נמי אוקי ממונא בחזקתו ואפ"ה חייב בלצאת י"ש והעלה דלא דמי ופטור אפילו לצאת ידי שמים בלעדי להשיטת מהריב"ל דס"ל דכל טענות קום לי' הוי כטענת ספק וטענת התובע הווי כטענת בריא כיון דסוגיא דעלמא מסייע לי' להתובע, א"כ מסתבר וודאי דחייב לצאת י"ש יע"ש שכתב שחידוש הוא איך סתמו הפוסקים מזה דבקים לי' מחויב לצאת י"ש ויש לחקור אם היינו דווקא בטוען מעצמו קם לי' אבל אם הדיין דן וטעה נגד סוגיא דעלמא דקיימ"ל מה שעשוי עשוי (וישלם מביתו באינו מומחה ובמומחה פטור) אם גם לצאת י"ש לא מחייב כיון שזכה בו ע"פ ב"ד או דלמא דלא שאני ולעולם חייב להחזיר בדיני שמים (או להבע"ד או להדיין) ואת"ל דכהאי גוונא מחייב בלצאת י"ש תפס התובע מהנתבע מאי מי דמי לכל חייב לצאת י"ש דלא מהני בהו תפיסה, או דלמא דדמי לחיוב לצאת י"ש דקלב"מ וכנ"ל והנה מבואר בדברי כנה"ג הנ"ל דיכול הנתבע לטעון קום לי' נגד סוגיא דעלמא וכן היא בקיצור תקפו כהן ובתומים סי' קכ"ג וקכ"ד לעניין מה שכתב האו"ח בסי' פ"ז פ"ח פ"ט וצ' בקת"כ וז"ל מעולם לא שמענו דיכול לומר קום לי' במקום דשיקול הדעת באידך וכמ"ש דכן מוכח מהך משנה דזיכה את החייב עכ"ל ולא קשיא שהרי מפורש כתב הש"ך בס"ס כ"ה דיש חילוק כשנודע מסוגיין דעלמא כאידך קודם שבאו לב"ד אינו יכול לטעון נגד הסוגיין דעלמא אבל היכא שפסק לו הדיין כן ואח"כ נודע דטעה מסוגיין דעלמא מצי למטעון קום לי' וכדתנן מה שעשוי עשוי ועיין שם שהעלה אפילו אם תפס ממון אחר אין מוציאין מידו ועיין בקונטרס הישן עלה כ"ד] ועיין נ"י פ' אד"מ שכתב טעמים לענין נו"נ ביד וסיים שם לפיכך יש שפירשו דאין פירושו של נו"נ

ביד שיהא הדיין נו"ן ביד אלא ר"ל שהבע"ד קיים הפסק דין ושילם לזה שכנגדו מוכח להדיא מדבריו דלמאן דלא בעי נו"ן ביד דהיינו כל הנך אמוראים ר"י ור"נ ור' ששת ס"ל דאפילו לא שילם עדיין קה דינא וישלם וכדברי הטור ממש הגם שכתב שם דאפשר דכל הנך אמוראי לא פליגי זה על זה הנה לא כתב זה אלא דרך אפשר ודו"ק:

נא ודנה מהרש"א בסוגיא שם הקשה על הרא"ש דהווי לי' למפריך לר"ז ולר' נחמן דאם איתא דמחזירין בגדיל הימנו לימא לי' ר' עקיבא לר' טרפון אי נמי בשיקול הדעת טעית אני מחזירך ולא כלום עבדית ויש לומר ע"פ מ"ש הרא"ש שם על הא דאטו אנן קטלי קני אנן שאם חדשנו דבר מדעתינו ושמע הדיין את דברינו וישרו בעיניו הווי טועה בדבר משנה וחוזר והכא הא חזינן דר"ט בעצמו כששמע דברי חכמים שביבנה הודה לדבריהם וא"כ ממילא דהווי טועה בדבר משנה וע"כ הא דאמר לי' פטור אתה שבמומחה לב"ד שרצונו לומר דאפילו לא היית מחזיק בדבריך הראשונים ג"כ פטור אתה ואיך יאמרו לו דמטעם שאני מחזירך פטור אתה הא חזרה לא שייך אלא בשמודה שטעה ומבין שטעה (ולהש"ך בשם הפוסקים דצריך נמי להיות מומחה בלא"ה אינו יכול להחזיר) שאין בו כח לחזור בדבר שאין לו בהם ידיעה ברורה כדעת המומחה ואפילו למאן דפליג וסובר דבאינו מומחה נמי חוזר הדין ביש גדול אבל עכ"פ מודה דבעי שיהי' הדיין עצמו מודה שטעה ושיחזיר מטעמא קמא ועיין נהמ"י סי' זה ובנודע זה דר"ט מודה כשטעה או מטעם חזרת הגדול חזר הדין דבלא"ה מטעה דבר משנה וחזר אפילו בלי גדול כלל וא"כ עיקר הקושיא לימא לי' טועה בדבר משנה אתה ולהכי לא פריך זה אלא לר' ששת ולא משכחת לה חזרה מצד הגדיל ממנו אלא בשיקול הדעת היינו בדין שנחלקו בו הנאים תחילה דקימ"ל קם דינא אע"ג דמודה סוגיין דעלמא שפסקו כאידך אבל כשיש גדול ממנו שיחזירו אם יודה לדבריו משא"כ בנידן זה של ר' טרפון שלא נחלקו בזה תנאים תחלה וחכמים שבבינה כולם הסכימו לדין זה דניטלה האם כשירה ור"ט כששמע דבריהם הודה להם כה"ג הוי טועה בדבר משנה ואין מקום לחזרת הגדול כלל וכלל ודו"ק היטב:

נב ובאמת קשיא לכאורה לפ"ז על מה שכתב הש"ך בס"ק ט' דר"ל הווי טועה בדבר משנה כיוון שאין מחלוקת בדבר ונתברר שטעה מסוגיין דעלמא שמוכיח מזה שכל סוגיין דעלמא כל שאין מחלוקת בזה תחילה הטועה הופך סוגיין הווי טעה בדבר משנה דר"ט בלא"ה כיוון שהודה שטעה אפילו לא הווי כאן בירור דסוגיין דעלמא כלל ואפילו הי' זה הדבר סברת חכם אחר שבדיר שחידש זאת מסברת עצמו ור"ט הודה לדברי החכם זה וממילא דהווי טועה בדבר משנה ובשלומא לרש"י דמשנה היא באלו טרפות לא

קשיא כיוון דס"ל דמשנה זו שגורה היתה בפי כל א"כ קושטא נקט דמשנה היא שם והא שהקשה הש"כ האיך היתה שגורה בפי כל הרי ר"ט לא ידע ממנה ויש לישב ע"פ מה שכתב הב"ח סי' קנ"ו יעו"ש ועיין בתבואות שור ס"י מש"כ ג"כ יישוב באופן אחר אבל לפירושו של הש"ך דהך קושיא דסברה דדבר משנה הוא אינה אלא מכח שאין כאן מחלוקת ונתברר שטעה קשה דאימא אפילו בלא בירור וכנ"ל ויש לומר דלהש"כ נמי קושטא נקט כיוון שאיתברר שטעה הוי טועה בד' משנה אפילו לא הווי ר"ט מודה שטעה ולעולם במודה שטעה באין מחלוקת אפילו בלא בירור דהווי טועה בדבר משנה ומה שהוכיח הש"ך מהא דאיתא בש"ס ופוסקים דבר שהיא מחלוקת תנאים ואמוראים כו' ולא יקשה בקיצור כגון שפסק כך וסוגיין דעלמא דלא כוותי' אלא וודאי כו' דאם הוא דבר פשוט בלא מחלוקת דינו כמפורש במשנה ע"כ קשה טובא לכאורה אימא וודאי דלעולם כה"ג נמי לאו בדבר משנה היא אם מחזיק טעמא קמא אלא בש"ס ופוסקים דמיירי אפילו במודה הדיין שטעה דקם דינא הוצרך על כן לומר שיש בזה מחלוקת קדימה זולתו דאל"כ הווי טועה בדבר משנה, מצד הודאתו לחוד אפילו באין כאן סוגיין דעלמא כלל וכאמור דהיינו דאמר לי' רבינא לר' אשי אפילו בדידי ודידך דאטו אנן קטלי קני אנן:

נג עוד קשה לי' בהא דאיתא בכתובות ד' ק' כי אתי ר' דימי אמר מעשה עשה רבי כדברי חכמים אמר לפניו ר' פרטא בנו של ר"א בן בנו של ר' פרטא הגדול א"כ מה כח ב"ד יפה והחזיר רבי את המעשה פירש"י דנראה בעיניו טעם הגון מה ששנו במשנתינו א"כ מה כח ב"ד יפה עכ"ל ותימא הא וודאי עיקר דינא דשיקול הדעת דתנן בו מה שעשוי עשוי פשיטא דאיירי דלהדיין נראה עתה טעם בסוגיית דעלמא ואפ"ה קם דינא שפירש"י הטעם שם וז"ל מצי אמר לי' מי יימר דטעמא בתרא דידך עיקר דלמא קמא עיקר ובההוא דטעית עכ"ל, וז"ל הרא"ש שם אמר לו אידך לא טעית ומעיקרא יפה דנח עכשיו טועה אתה עכ"ל וכן כתב הנ"י להדיא בלשון רש"י הנ"ל וכן היא בבעל המאור וז"ל ולפיכך מה שעשוי עשוי דאמרינן לי' דלמא כי היכא דטעיתא בסברה קמא לדבריך טעית נמי בבתרא עכ"ל הרי מבואר בדברי כולם דאע"ג דחזר הדיין לטעם הנראה לכל הסוגיא דעלמא אינו מומחה אינו יכול להחזיר ומומחה הוא דיכול לחזור דיש בו כח לומר אני רואה סברה דהשתא עיקר אבל לא שנעשה ענין זה טועה בדבר משנה דלעולם טועה בשיקול הדעת היא ואיך קאמר בש"ס שם דלכך החזיר רבי את המעשה משום דטועה בדבר מכנה הווי ור' ספרא דמתני ביקש לעשות ולא עשה דייק מינה הש"ס הא אלו עשה אינו חוזר ש"מ ר' ספרא ס"ל טועה בדבר משנה קם דינא וזה תימא איך נאמר

שבשביל שנראה לו עכשיו טעם זה הגון דא"כ מה כח ב"ד יפה וכסברת רשב"ג בשביל זה יחשב רבי טועה בדבר משנה במה שעשה כדברי חכמים והשתא בשיקול הדעת דאיתברר שטעה ופסק היפך להלכה שהרי לכתחילה מוציאין ממון ע"פ סוגיין דעלמא והדיין עצמו מודה שטעה ונראה בעיניו עתה טעם הגון כדת וכהלכה אפ"ה לא הוי טועה אלא בשיקול הדעת ק"ו בן בנו של ק"ו בעובדא דרבי התם פסק כחכמים דקיי"ל כוותי' וכמ"ש כל הפוסקים מהא דר"נ דאמר הלכה כדברי חכמים ואם רבי עצמו נראה לו אח"כ טעם של רשב"ג שהבין היא וודאי עכ"פ שאין זה טועה בדבר משנה אדרבה הרי לא טעה וכדת של תורה פסק ודי לנו אם נחשבהו לטועה בשיקול הדעת והוי אתי שפיר נמי פלוגתי' דר' דימי ור' ספרא דר' דימי סובר חוזר הדין בשיקול הדעת כיון שרבי הי' מומחה ויש בידו לחזור הדין ולומר טעם זה איני רואה עיקר ור' ספרא ס"ל דאפילו מומחה אין מחזירין כיון שאין גדול הימנו דרב"י, וז"ל רש"י שם עוד והאי נמי דבר משנה היא שאעפ"י שנחלקו חכמים על ר' שמעון הרי נותן טעם לדבריו עכ"ל ולפ"ז יש ליישב כל הקושיא הנ"ל ולומר דלא מצד שהסכים רבי לטעם בתרא מקרי דבר משנה אלא כל היכא שנתן התנא טעם לדבריו הלכה כמותו כאילו הי' כן סתם משנה זולתו אם נמצא בפירוש בש"ס דפסיק דלא כהאי תנא ודבר זה למדתי מדברי הגאון תוי"ט בפ"ח שם על הרא"ש פ' אחד"מ כתב שם באות ט' ז"ל טעה בדבר משנה כו' בכתובות (דף ק') ופירש"י דאעפ"י שנחלקו חכמים על רשב"ג הרי נתן טעם לדבריו ע"כ ומ"מ איפסק התם כר' נחמן דאמר הלכה כחכמים ומיהת שמעינן דאי לא איפסיק להדיא הילכתא מאן דיהב טעמא למילתא דבר משנה הוא עכ"ל, ודבר פלא היא וד' יאיר עינינו:

נד גם יש לדקדק לפי טעם זה דלעיל (דף פ"ד) בפלוגתא דר' טרפון ור' עקיבא דן דיינא כר"ט ואהדר ר"ל לעובדא מינייהו כו' דטועה בדבר משנה חוזר ופירש"י דלהכי חשיב לי' דבר משנה דס"ל לר"ל הלכה כר' עקיבא נגד ר' טרפון תיפוק לי' בלא"ה הא ר' עקיבא נותן טעם לדבריו ואפילו לא איפסק הילכתי' להדיא כוותי' הטועה בדבריו טועה בדבר משנה הוא והנה אחרי העיון היטב יש לפרש דברי הש"ס שם בהא דקאמר עשה רבי כדברי חכמים אמר לפניו פרטא כו' א"כ מה כח ב"ד יפה והחזיר רבי את המטעה כטועה בדבר משנה, דקשה לכאורה לימא דלהכי טועה בדבר משנה הוא משום דסבר כל מקום ששנהר"ש בן גמליאל במשנתינו הלכה כמותו ור' ספרא פליג וס"ל דלאו כללא היא במשנתינו כולה וכבר עמד בזה בספר בית יהודה ותירץ מדלא הזכיר פרטא דברי רשב"ג כלל אלא הטעם בלחוד דא"כ מה כח ב"ד יפה משמע דמשום האי טעמא בלחוד היא דהחזיר את המעשה כאילו טעה בדבר משנה אבל בירושלמי בפרקין מבואר להדיא

בזה אמר לו ר"א בן פרטא כו' לא כן למדתני בשם זקני רשב"ג אלא א"כ עשה איגרת וקבלה יחזר בי' ועביד כרשב"ג עכ"ל פירש הפ"מ לא כן למדתני בשם זקניך רשב"ג אא"כ עשוי אגרת אלא אפילו בלא אגרת מכרן קיים דא"כ מה כח ב"ד יפה גם קשה לפ"ז דאתי' הך עובדא דרבי דלא כהלכותי' שהרי קיי"ל כר' נחמן דהלכה כדברי חכמים כמ"ש כל הפוסקים וקשה יותר על ר"נ גופי' איך פליג על רבי ועל ר"א בן פרטא תנאי קמאי וחזינן דהוי בעי למעבד הלכתי' כחכמים וחזרו בהם ופסקו כרשב"ג וחשבו אח הפוסקים כחכמים כטועה בדבר משנה ומאי זה טעם וראי' יחליק ר"נ ויפסוק דהלכה דוקא דמכרן בטל, לכן נראה לפענ"ד דיש לומר דעובדא דרבי שעשה כדברי חכמים או ביקש לעשותו באופן דאיכא למימר בה סברא לכאן וסברא לכאן דהיינו שהיתה שם הכרזה ובמקום שאין צריך הכרזה ופסק כחכמים מכת סברא שהזכיר הרא"ש בשם הרי"ף דמוקי רישא במשנתינו נמי דאוכרז (רק במקום שאין צריך) ואפ"ה מכרן בטל דבמקום דלא בעי הכרזה הכרזה זו לא מעלה ולא מוריד וכדמוקי לה בש"ם למשנה לפום שיטת הרי"ף והרמב"ם ע"ש, וכשבא לפניו פרטא בנו של ר"א בן פרטא ודן לפניו דא"כ מה כח ב"ד יפה לא כיון לומר שיפסוק כחכמים אלא כרשב"ג ולהכי באמת בכיון לא הזכיר הך סברא בשם אומרה ולא שם של רשב"ג נקט כלל אבל כוונת התנא הזה הי' לחדש סברא מדנפשי' דכשהי' הכרזה ודאי מכרן קיים אפילו במקום שאין צריך הכרזה דלמה יגרע כח ב"ד משום שהוסיפו לעשות בפקדון המכירה על צד היותר טוב כמ"ש הרא"ש וז"ל ומיהו אין טעם הגין לחלק בי' דטעמא דהכרזה היא כיון שדיקדיקו ב"ד כ"כ במתון ובפרסום בשומא זו אין לתלות בה שום טעות על דבר הזה הלכך אפילו בדברים שאין מכריזין ההוא טעמא מיהו איתא בי' וכי בשביל זה גרע טפי וכלומר בכה"ג לית מאן דפליג על דבר זו א"כ מה כח ב"ד יפה ומשום שהוסיפו לעשות בדיקדקו וגם חכמים מודים בה וכששמע רבי דבריו וישרו בעיניו ולהכי שפיר הוי טועה בדבר משנה כמ"ש הרא"ש על הא דאטי אנן קטלי קני באגמי נמצא דגם לר' נחמן אתיא הך ברייתא דרבי פרטא כהלכה ושהפוסק להיפך טועה בדבר משנה הוא וזה נכון מאוד בפירוש הסוגיא כפתור ופרח בעהי"ת ויהי' מכאן ראי' נכונה לשיטת הרא"ש ולא כהרי"ף:

אבל ממה שכתב רש"י שם בזה והאי נמי דבר משנה היא שאעפ"י שנחלקו חכמים על ר"ש, הרי נותן טעם לדבריו משמע לכאורה דלא נחית לפרש כן ויש לומר דהכי קאמר כיון דעיקר סברת רשב"ג דאמר א"כ מה כח ב"ד יפה וודאי גם חכמים מודים לו ותדע שהרי ר' נחמן גופי' דפסיק כחכמים מסקינין בש"ם דאית לי' נמי מה כח ב"ד יפה אלא שמחלק בין טעו ללא טעו ואפילו בטעו אם עשוי אגרת בקורת גם חכמים מורים דמכרן

קיים וזה דכתב אעפ"י שנחלקו חכמים על ר"ש הינו במ"ש מכרן קיים אבל על הטעם דקאמר ר"ש לא נחלקו דטעם הגון היא מה ששנינו במשנתינו א"כ מה כח ב"ד יפה ובעשוי הכרזה גם חכמים מודים ואין כאן מחלוקת ודו"ק:

נה ולפ"ז יש לפרש נמי דברי הירושלמי שם דיהי' הך עובדא דמייתי התם הלמד מענינו דכך איתא התם דבתר דקאמר שם עבדים שלא יברחו ושטרות שלא יגנובו (כלומר באלו אין צריך הכרזה כדאיתא נמי בש"ס דילן לקמן ק' ע"ב) מייתי תיכף הך עובדא דרבי דבעי למעבד כרבנן (ר"ל דהוי כהך עובדא דעבדים או שטרות קמי' דרבי ושמוכרם ב"ד ע"י הכרזה ורצה לעשות כדברי חכמים וכנ"ל כיון דדברים אלו אין צריכים הכרזה אין ההכרזה פועלת כלום אמר לו ר"א בן פרטא כי לא למדתני בשם זקניך אא"כ עשוי אגרת בקורת וחזיר לעביד כרשב"ג) ולכאורה תמי' הלא אם עשוי אגרת בקורת היינו הכרזה גם לחכמים מכרן קיים ואיך תלוי דין זה בשם זקינו רשב"ג (והפני משה דחק לפרש ע"ש) אבל זה ראי' ברורה לשיטת הרי"ף והרמב"ם דמפרשים שגם הרישא מיירי שהי' אגרת בקורת ושאז אמר רשב"ג דמכרן קיים וקיבלה רבי וחזר כי' ועביד כרשב"ג וזהו דוקא שחזר בו כיון שלא עשה עוד כחכמים אלא דבעי עביד אבל וודאי אי הוי עביד מעשה הוי קם דינא דאין זה אלא טעה בשיקול הדעת לפי דעת הירושלמי כי לא נזכר בירושלמי שם כלל שיהא זה טועה בדבר משנה אבל בש"ס דילן מוכח כשיטת הרא"ש ודו"ק ועיין ברי"ף ור"ן ורא"ש משמע דאף לגרסת הרי"ף דרישא וודאי דאכריז ואפ"ה ברישא מכרן בטל דאין הכרזה מועיל בדבר שאין צריך הכרזה וכתב הר"ן הא דלא אמר רישא בדלא אכריז וסיפא דאכריז דאגב אורתא אחי לאשמיענין דבדברים שאין מכריזין עליהם אפילו הכריזו לא יפה כחן עכ"ל מוכת מזה שלדעת הרי"ף רישא בדלא אכריז נמי סבר רשב"ג דמכרן קיים משום מה כח ב"ד יפה אבל להנ"ל בירושלמי דלא אמר רשב"ג אלא בדאכריז אתי שפיר בלאו הכי הרשב"א והר"ן:

נו והריטב"**א** בשם רבינו האי כתבו דרישא בדברים שמכריזין עליהם והכריזו ובהנך היא דאמרינן בשתות דמכרן בטל וסיפא בדברים שאין מכריזין עליהם והכריזו כיון שדיקדקו כל כך שהכריזו בדבר שאין צריך הכרזה אמרינן דאפילו עד פלגא דמכרן קיים עכ"ל א"כ לפי דברים אלו ע"כ נמי דרישא איירי בהכרזה דוקא כיון דאיירי בדבר שמכריזין ואפ"ה אם טעה בשתות מכרן בטל ורשב"ג דאמר מה כת ב"ד יפה ודאי דוקא בדאיכרז והא דקאמר בסיפא אבל אם עשוי אגרת ר"ל אבל אם עשוי במקום שאין צריך מעשה אפילו לדברי חכמים המקח קיים אפילו עד פלגא, ולדבריהם י"ל הא דביקש רבי לעשות כדברי חכמים ולבטל המקח ע"כ שרצה לומר אפילו גבי אכרזתא ובדברים שצריך להיות בהן

הכרזה להכי אמר לו ר"א בן פרטא א"כ מה כח ב"ד יפה ר"ל כשיטת החולקים על רבינו האי וס"ל דבעשוי הכרזה כ"ע מודה דמקחן קיים והודה רבי לדבריו ולכך הוי כדבר משנה. ועיין עוד בפוסקים שם תמצא לפרש כה"נ על דרכים אחרים ועכ"פ אין הכרח מש"ס דשם לחדש דהיכי דנתן התנא טעם לדבריו יהא נחשב מכח זה כדבר משנה, ויהי' כל מי שפוסק היפך דעתו כטועה בד"מ ומה גם שעיקר הדבר תמי' שבלי ספק בכל מקום דפליגי תנאי ואמוראי יש טעם לכל אחד ואחד ואי משום שהזכיר רבינו הקדוש טעם האחד במשנה ס"ל שכך הלכה אדרבה הרי רבינו הקרוש עצמו עשה כדברי חכמים כמ"ש רב דימי שם ואם נאמר שע"כ באמת נעשה כטועה בדבר משנה וחזר הדין, תגדל התימה וכי במה הורע כוחו של רבינו הקדוש מכוחו של ר' נחמן שפסק כחכמים ולא הוי בזה טועה בדבר משנה כלל כך היא הלכה כמ"ש כל הפוסקים:

נז והנה נחזור למ"ש למעלה דהך עובדא דר' טרפון לא היתה שם מחלוקת כמ"ש הש"ך וכ"ע מודה דניטלה האם כשרה עיין ב"ח בתשובה סי' קנ"ו שכתב דהך דניטלה האם כשירה היא הלכה למשה מסיני וראיתי להגאון רח"י סי' מ"ה שם הוכיח דבלשון רש"י שם בחולין (דף נ"ו) והתוס' שם שכתבו שכן פירש ר"ח ג"כ דר' סימאי ור' צדוק סברי דנטלה האם טרפה וכר"ט קודם חזרה ואי ר"ט חזר בו לאו היינו כ"ע והני תנאי סבירא להו הכי להלכה, ועיין עוד שם שמה שהעיד תודוס הרופא דהא אמרינן סנהדרין (דף) דאערימו אערים דמייתי להו קטנים ותודוס לא העיד שראה פרה שיצאה ממצרים וחיתה, וי"ל דהך פרה וחזירה שראה במדינות אחרות מהנך דבקטנותן יצאו משם בלי חיתוך האם והולידו וי"ל לפ"ז דברי רש"י בסוגיין שכתב טועה בדבר משנה היא באילו טריפות עיין ש"ך שתמה דתיפוק לי' דהוי דבר משנה מכח שאין כאן מחלוקת בדין זה כלל וכנ"ל בדברי הש"ך שם אבל לפי הנ"ל מעיקרא לא קשה מידי דרש"י לשיטתו בתולין (דף נ"ו) דס"ל דתנאי נחלקו בדין זה באמת ור' סימאי ור' צדוק דסברי דנטלה האם טרפה לכך הוצרך רש"י לומר דעכ"פ חשוב טועה בדבר משנה מכת המשנה דאילו טריפות כלומר הי' סתם משנה שגורה בפי כל, ודו"ק ומכאן נמי מוכ"ח דאע"ג שטעם מבואר במשנה כמ"ש תודוס הרופא אפ"ה לא נחשב מכח זה כדבר משנה:

נח וז"ל בעל המאור בסוף דבריו ומה שפסקו הגאונים אחרי סתימת התלמוד ולא מהלכה ברורה ופסוקה כסוגיא דעלמא הוי ומאן דטעי בי' טעה בשיקול הדעת ולא טועה בדבר משנה עכ"ל והועתק לשון הזה ברא"ש ובב"י לכאורה מלשונו זה משמע דהיכי דתנא בסוגיא בעלמא לחוד אעפ"י שאין בו שום מחלוקת אלא דסוגיין דעלמא פוסקים הכי ולא נמצאת הלכה פסוקה בתלמוד להכי לא הדיר דינא וזה לכאורה דלא כדברי הש"ך בסק"ט

הנ"ל וכן מוכת עוד בלשון בעל המאור שכתב שם וז"ל כל מי שאין טעותו מתבררת מן המשנה ומן התלמוד בלי שום ספק לאו טועה בדבר משנה אלא טועה בשיקול הדעת היא כעין ההוא עובדא דההוא דהוי קרי לי' עכברא דשכיב אדינרא דאיפלג עליו ר' ישמעאל ור"י ור' חיי' אף כל כיוצא בזה שאין לברר טעותו ממשנתינו ומתלמודינו מפורש טועה בשיקול הדעת היא וכן היא ברא"ש שם מבואר מלשון הזה דאע"ג דסוגיין דעלמא דלא כוותי' כל שאין בירור מן המשנה או מן התלמוד מפורש לאו טעה בדבר משנה הוי:

נט ויש לומר דמ"ש בעל המאור היכי שפסקו הגאונים מדעת מכרעת ר"ל שפסקו הגאונים כחד מן התנאים או מן האמוראים או גאונים מדעת מכרעת שאין בירור ומפורש מן התלמוד כאחד מהם זה לא מקרי אלא טועה בשיקול הדעת אבל בדבר שאין בי מחלוקת ופסקו הגאונים מצד הכרעת דעתם בדבר שלא נמצא מפורש במשנה ובתלמוד הפוסק היפך דבריהם טועה בדבר משנה הוי וכדברי הש"ך בס"ק ט' הנ"ל. ובזה יובן שמ"ש הרא"ש בפרק זה סי' כ"ו שלא הי' כח לר' חייא לברר טעותו ר"ל שאפילו בסוגיין דעלמא לא הי' שם בירור לברר טעותו, דלעולם גם שאין לפרש דלעולם גם ר' חייא בירור טעותו מסוגיין דעלמא דהא ליתא שהרי כתב שם הרא"ש שלא הי' בדבר זה מחלוקת תנאים ואמוראים תחילה א"כ אם הי' כאן בירור מסוגיין דעלמא ממילא דהוי ר"י בר"י טועה בדבר משנה וחוזר לגמרי גם בפלגא שנתן כמ"ש הש"ך ממשמעות כל הפוסקים. אבל בפרק אד"מ שהעתיק הרא"ש לשון בעל המאור שכתב שם שכל מי שאין טעותו מתברר מן המשנה ומן התלמוד מפורש בלי שום ספק כעין ההיא עובדא כו' דמשמע מזה דדוקא בירור של דבר משנה לא הי' שם אבל בירור דסוגין דעלמא הי' שם. צריך לומר דמשמי' דבעל המאור נקט לי' דעל כרחך בעל המאור מפרש התם שהיתה שם מחלוקת תנאים בזה וכדברי הרמ"ה הנ"ל ולעולם דהי' שם בירור מסוגין דעלמא כמ"ש הב"ח לדעה הרמ"ה ושפיר מוכיח בעל המאור משם דלאו כל בירור דעלמא חשיב בירור להחשב על ידו טועה בד"מ אבל הרא"ש לשיטתו דמוקי לי' הך עובדא שלא הי' בזה מחלוקת תנאים כלל וע"כ לא הי' שם בירור סוגיין דעלמא כלל וכנזכר וממילא דאין ראי' משם כלל (ולא הוצרך הרא"ש לברר זאת דמובן ומוכח מעצמו ובפרט שהרי בלא"ה חולק שם על דברי בעה"מ וכמו שיתבאר בסמוך בס"ד) ובאו"ח סקט"ו הקשה לשאול מדברי הרא"ש דפרק זה בורר אדברי הרא"ש דפ' אד"מ אמנם להנ"ל נאמר דלא קשה מידי שבפרק אד"מ שם אין זה דברי הרא"ש כלל רק שהעתיק שם לשון בעה"מ ככתבו וכלשונו ולשון הראב"ד החולק עליו והסכים הרא"ש לדברי הראב"ד בעיקר דבריו שאחת אמר החכם. ומן התימא על מה שכתב האו"ח שם בס"ק זה ז"ל אלא ר"י ב"י עומד

בדעתו הוי טועה בשה"ד כי סוגיין דעלמא כר"ח כמ"ש הרא"ש בפ' אד"מ עכ"ל ותימא כיון שלא נחלקו התנאים בזה כמו שכתב הרא"ש אם הי' שם בירור דסוגיין דעלמא הי' זה טועה בדבר משנה דחוזר לגמרי וכמו שהסכים באורים שם בעצמו לדברי הש"ך הנ"ל בס"ק ט', ומ"ש ראי' מהרא"ש דסוגיין דעלמא כר"ח פליאה דודאי האידנא אית לן סוגיין דעלמא מהך עובדא דהתם אבל מאן לימא לן שהי' בירור מסוגיין דעלמא גם אז בימי ר"י ב"י ור"ח יעו"ש.

ס והנה דברי בעל המאור והראב"ד שם סתומים וצריכים ביאור לפענ"ד דלכאורה נראה דכך הוא הוצעת דבריהם שהחכם שם חידוש לומר דהאידנא דליכא מאן דרב גוברי' לחלוק על דעת הגאונים שהכריעו הלכה בין האמוראים (במה שלא הכריעו בתלמוד) א"כ הפוסק היפך דבריהם טועה בדבר משנה היא דממילא ודאי כיון דמבררין לו להדיין שפסק הוא היפך הגאון מודה היא לדברי הגאון וכטועה בדבר משנה הוא והבעל המאור חולק וס"ל דאפילו כששומע דברי הגאונים וחוזר לדבריהם דישרו בעיניו מ"מ לאו כטועה בדבר משנה הוא דדברי הגאונים לא עדיפי מסוגיין דעלמא דהן רוב הדיינים שבזמן הש"ס דקיימ"ל ודאי אעפ"י שמורה הדיין שטעה וישרו בעיניו דברי רוב הדיינים אפ"ה מה שעשוי עשוי וישלם מביתו (ועיין מ"ש בתמים דעים בשם גאון קדמון בקונטרס ר"ח ועיין קצות) וכ"ש כשחולק על גאון וודאי ממילא מה שעשוי עשוי והראב"ד הכריע שאמת אמר החכם דכשישרו בעיניו דברי הגאון הוי כטועה בדבר משנה ושאינו יכול לחלוק עליו אלא בקושיא מפורסמת וזה דבר שאינו מצוי והרא"ש הסכים עם הראב"ד והחכם במקצת שכשמודה לדברי הגאון הוי טועה בדבר משנה וחולק במקצת שיכול לחלוק בראיות המקובלת לחכמי הדור אעפ"י שלא יקשה קושיא מפורסמת

סא וצריך להבין לדעת הרא"ש והראב"ד דכשמודה שטעה הוי טועה בדבר מפנה איך יפרנסו משנתינו דדן את הדין דמסתמא מיירי נמי אפילו במודה שטעה ואפ"ה מה שעשה עשוי ומה גם למ"ש בתמים דעים דמשנתינו איירי דוקא במודה שטעה א"כ להוי כטועה בדבר משנה וע"כ צריך ליישב ולומר דלהראב"ד דס"ל דאינו האידנא יכול לחלוק על הגאון אלא בקושיא מפורסמת ושהוא דבר שאינו מצוי ע"כ כל זמן שלא נמצא לו קושיא מפורסמת אין הדיין בגדר בר פלוגתא כלל והעושה בדברי הגאון כטועה בד"מ משא"כ דייני שבזמן חכמי התלמוד דבלי ספק רבינא ורב אשי דחולקים ודאי על אמוראים שקדמו ובעלי פלוגתיה הוי וכל כיוצא בו באותו זמן אפילו יודו לסוגיין דעלמא מ"מ לא הוי טועה אלא בשיקול הדעת כיון שיכול לחלוק עליו מסברה מלבו וכן צ"ל לדעת הרא"ש דלא פליג על הראב"ד אלא בהא דבעי מפורסמת ושזה אינו מצוי ע"ז

פליג הרא"ש וס"ל דראיות המקובלת לאנשי דורו קושיא מפורסמת הוי כיון שכל חכמי הדור מודו דראיות ברורות הן אבל כל זמן שאין לו ראיות כאילו ואפילו יביא ראיות אבל אינם מקובלים לאנשי דורו א"כ סוף סוף אינו בגדר בר פלוגתי' דהגאון כלל לכן הטועה בדבריו כטועה בדבר משנה היא משא"כ דייני שבחכמי הש"ס שהם בגדר בעלי המחלוקת נגד האמוראים שקדמום אפילו אם יודה לדבריהם לא הוי רק טועה בשיקול הדעת וזה ברור ומוכרח:

מב והנה על הא דאיתא שם אטו אנן קטלי קני' אנן פירש"י אם חדשנו דבר מן דעתינו שלא נמצא לא במשנה ולא בגמרא ודיין שלא ידע דברינו ופסק בענין אחר וכששמע דברינו ישרו בעיניו הווי כטועה בד"מ וחוזר אבל הדיין ההוא פשיטא שיש לו כח לחלוק על דבריהם שמצינו דאמור יש אחרונים חולקין על הראשונים, עכ"ל מבואר להדיא מלשון הרא"ש דאפילו דיינים ואמוראים שבזמן הש"ס שיכולין לחלוק מ"מ כששמעו דבריהם של זולתם והודו להם הווי טועה בדבר משנה וחוזר וא"כ הדרא קושיא לדוכתי' ועוד הלא להדיא כתב הרא"ש למעלה וז"ל שלשה הדיוטות ויחיד מומחה ולא קיבלו עליהם דינוהו דיני ומשלמין ולא מצי למימר לבע"ד זול אהדר ולא כבעל העיטור וכן כתב שם למעלה וז"ל וכל היכי דקם דינא וחייב הדיין לשלם לא מצי הדיין למימר לבע"ד החזיר מה שנתן לך כי טעיתי דאני יחיד שאינו מומחה היא חייבוהו חכמים לשלם כיוון שנשתדל לדון יחידי ואם אינו מומחה הוא ואין הדין חוזר אפילו ע"י גדול הדור דקנסיהו חכמים לקיים הדין וישלם מביתו עכ"ל הרי להדיא דאע"ג דהדיין עומד וצווח טעיתי ומודה שדברי זולתו צדקו ממנו אפ"ה קם דינא ולא מיקרי טועה בד"מ מפני הודאת עצמו וי"ל דדווקא נקיט הרא"ש האי אם חדשנו דבר מדעתינו שלא נמצא לא במשנה ולא בגמרא וס"ל דמסוגיין דעלמא דשיקול הדעת דקם דינא אחרי בדבר שנחלקו בו כבר תנאי או אמוראי א"כ כבר ידוע סברת שני הצדדים וטעמו של כל אחד ואחד והדיין שיטה לצד אחד אע"ג דסוגיין דעלמא נוטה לצד השני קם דינא שהרי אין ברור וטעם חדש כדי שנאמר שלא ידע הדיין מזה ושיחזיר בשביל זה וכמו שפירש בשמעתין דמצי אמר לי' מי יימר דטעמא בתרא עיקר דלמא קמא עיקר ובהאי היא דטעית וכלומר שאין הוכחה ודבר חדש לברר טעותו בבירור מוחלט משא"כ שנתחדשה בבית המדרש של חכם פלוני בטעם וסברה נכונה שכל השומע בה יודה שכך הוא ושסברתו של תורה והדין זה שפסק להיפך היא מפני שלא ידע מסברא זו ולא שמע דברי החכם חבירו בזה ואלו שמע מעיקרא הי' מודה בה והי' מחזיק בה מסברה עצמו ג"כ כה"ג הוי טועה בדבר משנה (ואינו ענין לטועה בשיקול הדעת כלל שיש בו שני טעמים ומאן לימא לן איזה

טעם עיקר וסוגיין דעלמא לא בירור גמור וכנזכר הרבה פעמים בדברי פוסקים), ודומה לזה קיימ"ל בסנהדרין בשנים מזכין ואחד אמר איני יודע לא הווי רובא דלמא אי הווי שמע של החולק הווי מודה יעו"ש, וזה החילוק מוכרח לכאורה ואם כי המפורשים לא ביארוהו וסמכו על המבין ולקוצר דעתינו בעונ"ה צריכים אנו לפרש:

סג אבל עתה נשאר לנו מקים ספק דאפשר לפי זה הכל תלוי רק באם אין מחלוקת אמוראים או פוסקים אז אם יודה הווי טועה בדבר משנה אף מי שהוא בגדר בר פלוגתי' ואפילו אין כאן בירור מסוגיין דעלמא וכן לאידך גיסא היכא שיש כאן מחלוקת קדומה זולתו ופסק כחד מבעלי המחלוקת אפילו יודה עתה לדברי סוגיין דעלמא ושהן רוב הדיינים אמרינן בי' מה שעשוי עשוי וקם דינא אפילו אינו בגדר בעל פלוגתי' (ובאופן שלפי תרוצינו בזה עתה לא צריכנא עוד לתירוצא קמא הנ"ל ולאיפליגי בין מי שהוא בגדר בעל פלוגתי' או לא אלא הכל תלוי אם הי' טועה בדבר חדש שאין בו מחלוקת הוי טועה בד"מ אע"ג דליכא סוגיין דעלמא עדיין לברר אבל אם יש בו מחלוקת קם דינא אע"ג שאינו בגדר בטל פלוגתי' וכנ"ל. או דלמא דלעולם כיוון שאינו בגדר זה והוא מודה שטעה אפילו בדבר הכרעה נמי טועה בד"מ הוא כאילו לא היתה בזה מחלוקת כלל. ולפי מ"ש למעלה לקיים דינו של הש"ך דבמקום דאין מחלוקת סוגיין דעלמא לחור הווי כדבר משנה והוכרחנו לפי זה לפרש פלוגתי' בעל המאור עם החכם שבדורו שם שדברו בדבר שיש בו מחלוקת ואע"פ כן אמר הראב"ד שאמת אמר החכם שאם מודה שטעה הווי טועה בדבר משנה כיוון שאינו בגדר הפלוגתי' מוכח בזה בצד השני ושצריכים אנו גם תריץ קמא הנ"ל דאל"כ אלא שתאמר דהראב"ד קיים דברי החכם שמדבר דווקא באין בו מחלוקת כלל איך יאמר הבעל המאור על דבר החכם שלא נראה לו דבריו ושמה שפסקו הגאונים מדעת מכרעת ולא מהלכה ברורה ופסוקה מהתלמוד כסוגיין דעלמא הוי ולא דבר משנה עכ"ל, וזה חימה דאם יש סוגיין דעלמא לחוד נמי טועה בד"מ בדבר שאין בו מחלוקת אלא וודאי דגם בעל המאור מוקי לה לדברי החכם בדין שיש בו מחלוקת כבר ודוק היטב כי נכון הוא בס"ד:

סד הנה מצאתי בתשובח הב"ח סי' קנ"ו הוכיח דנחתך מקצתו מן האם דכשירה מהא דפרק אד"מ מעשה בפרה של בית מנחם שניטל האם שלה כו' והרי יש לתמוה הדבה לאיזה צורך הביאו ראי' מתודוס הרופא הלא הלכה למשה מסיני הוא דניטלה האם כשירה וכי לא ידע ר' טרפון מתניתן דניטלה האם כשירה ותו למה לא אמר ר"ט הלכה חמורך טרפון עד ששמע מן חכמים שביבנה ולמה לא אמר מיד הלכה חמורך לאחר שנודע לו מתניתין עוד הקשה שם וז"ל ותו מה ראי' מתודוס הרי הרשב"א

בתשובה סי' צ"ח כתב כל טריפות שמנו חכמים אפילו הן מתקיימות הרבה טריפה אלא נראה דהמעשה הי' (ועיין פרי תואר) שנחתך מקצת מן האם וקסבר ר"ט דנחתך גרע מניטל כמו בטחול ולהכי אצטריך להביא ראי' מתודוס שחותכין האם שלה שלא תלד והן מתקיימות ואין לנו לחלק מסברה ולהטריף בנחתוך מאחר דעינינו רואות שהן מתקיימות ומה ששנה התנא מעשה כו' שניטלה האם שלה אעפ"י שהמעשה הי' שנחתך מ"מ מאחר דלפי האמת אין חילוק בין ניטלה ונחתך א"כ בכלל משנתינו הווי נמי נחתך אלא דר' טרפון טעה לחלק כו' עכ"ל הב"ח יעי"ש. הנה לפמ"ש השך בסי' כ"ה ס"ק ט' אות ב' מושבת תמיהא הב"ח דשפיר הוצרכו ראי' מתודוס הרופא להשמיעינו דין זה דאפילו לא יהי' הדין מפורש בשום מקום אבל היא רק מוסכם מצד הסברה הווי נמי כטועה בד"מ וכן השתי קושיות האחרונות נמי לא קשיא מידי שבאמת לא ידע ר"ט ממשנה הזאת ורבינו הקדוש הוא שסוברה זמן רב אחר ר"ט וכן מ"ש הב"ח דהלכה למשה מסיני היא דניטלה האם כשירה צ"ע היכי רמיזה, והנה מה שהקשה השך שם דלמה לא מייתי הש"ס מתניתן דאלו טריפות דליכא למימר דשגורה היתה בפי כל שהרי ר"ט לא ידע לה וטעה בה עכ"ל הנה לפי דברי הב"ח לא קשיא מידי דלעולם ידע ר"ט ממשנה זאת ולא טעה בה אלא שסבר הי' לחלק בין ניטלה לנחתך ולא ניצריך אלא להוכיח מהא דקתני חותכן האם שלה משמע דנחתך מקצתה נמי כשירה ודוק בכל זה כי עכ"פ יש לקיים דברי רש"י לפי דברי הב"ח, והנה הפ"ח בסי' מ"ה השיג על הב"ח במ"ש דניקב טריפה ונחתך האם כשירה וכתב דאלו לישנא דמתניתין דבכורות אטעיי' דקתני חותכין האם שלה סבר דלישנא דחותכין מקצתה משמע וליתא דחותכין לגמרי משמע כולה עכ"ל, ואולי ראה דברי הב"ח הנ"ל בתשובתו הי' נראה דלאו משמעות הלשון לחוד דייק אלא מכח הוכחת ותמיהת הנ"ל המכריחות כדבריו והנה קשה לי על מ"ש השך שם ס"ק ד' דבנחתך כשירה דהכי איתא בש"ס פ"א ד"מ ב' ל"ג עכ"ל שנראה לכאורה שהיא ממש"כ דברי הב"ח בתשובתי' הנ"ל והלא לפי דברי השך הנ"ל בח"מ סי' כ"ה ס"ק ט' אין קושיית הב"ח מוכיחות כלל וצ"ל דלישנא גופי' דייק דחותכין כנ"ל עוד י"ל דלאו דנחתך מקצתה דייק אלא לאשמעינין דלאו דווקא ניטלה מעצמה ע"י תולוי אלא אפילו נחתך בידים ממש כשרה וזה ודאי מוכח מש"ס שם וצ"ע דזה יסתור קצת לדבריו שבח"מ דאימא דלכך לא הביא המשנה דאלו טריפות ללמדינו דאף נחתך כשר:

סה ויש לראות אם טעה הדיין בדבר משנה דקיימ"ל דאפילו אינו יכול לחזור פטור מלשלם מטעם דאלו הווי קמן הווי הדר דינא ולא הי' הפסד כלל היכא נדון באופן דאע"ג דהדר דינא אבל הפסד לא חזר בענין שפסק הדין שאין בה חשש חמץ ויכול לאפות

אותה על חג הפסח וכן עשה ולאחר שש שעות נודע שטעה בדבר משנה ועיסה זו חמץ גמור היא מדינא הנה אע"ג דהדר דינא אבל פסידא לא הדר דמעתה אסור בהנאה לגמרי ויתחייב הדיין לשלם (ובפרט למ"ש התוס' בהגוזל דף ק' דטעמא דפטור הדיין שלא הי' לו להבעלים למהר להאכילו לכלבים יעו"ש משא"כ הכא הוכרח למהר לאפותו שלא תחמוץ) דהא איתא קמן ולא הדר הפסידו או דילמא דכי אמרינן אלו הווי קמן הווי הדר כנאכל לכלבים על פיו אלו לא נאכל הווי הדר ולא הפסיד הכי נמי יש לומר אלו לא עברה עדיין שעה חמישית הווי יכול לאוכלה השתא נמי לאו כלום עביד או דלמא לאידך גיסא דההוא סברה לא שייך אלא היכא דההפסד היא ע"י מעשה ופעולה חפשית שאין הכרח אלו כגון מאכל לכלבים או דאגע בשרץ ועל כן תולין ההפסד בבעלים ואמרינן מי הוכרח אותך להאכיל לכלבים או לטמאותו בשרץ או לערבו בפירות טמאים ואם הדיין הורה אסור עדיין אין הכרח שיעשה הבע"ד כך ואם עשה מעשיו הוא שגרמו הפסידו שהרי כשהורה הדיין שעיסה זו או מצה זו כשירה עדיין לא הוכרח לעשות כן ולכן הדיין פטור מלשלם משא"כ היכא שההפסד בא בלא שום מעשה ופעולה מצד הבעלים שמיד שהורה הדיין שעיסה זו אין בה חשש חמוץ ואין צריך למוכרה והגיעה שעה שביעית ממילא נאסרה בהנאה ולא הגיע הפסד אלא ע"י חכם זה והוראתו ודמי ממש לטועה בשיקול הדעת דחייב לשלם מטעם דקם דינא:

סו ויש לפשוט ספק זה מש"ס דפ' הגוזל ד' צ"ט המראה דינר לשולחני ונמצאת רע פירש"י שהראה לו אם יקבל מחבירו ונמצאת שנפסלה צורה זו והעמידו אחרת כו' חייב השולחני מכח דיני דגרמי והקשה התוס' שם ונימא אלו הווי קמן הדר ונדחקו ליישב יעו"ש. והשתא קשה לאוקמי שהראה דינר לשלחני ור"ל דינר שפסלו המלך לזמן העתיד שגזר המלך שאינו יכול לילך עוד בהוצאה לשנה האחרת ויכול האדם עדיין להוציאו בשנה זו שכעת עדיין לא נפסל וכשהראה לשולחני את הדינר הזה לשאול עליו אם זהו שפסלו המלכות לעתיד ואמר שזה הדינר טוב היא גם לעתיד ועיכבה זה אצלו ולא הוציאו ונמצא רע שהגיעו הזמן ונתברר שזו הוא המטבע עצמו שפסלו אותה המלכות ושהגיעה ההפסד בלא שום פעולה והרי המטבע לפנינו ונפסדה אלא וודאי דגם כה"ג אמרינן אלו לא עבר הזמן לא פסיד כלום השתא נמי לאו כלום עביד ודו"ק:

סז גרסינין פרק אלו טריפות (דף מ"ד) דן את הדין זיכה וחייב טימא וטיהר אסור והתיר וכן העדים שהעידו כולם רשאין ליקח אבל אמרו חכמים הרחק מן הכיעור ומן הדומה לו פירש"י שלא יאמרו בשביל כך זיכהו לזה שיתננו לו בזול עכ"ל ותימא דהא לעיל בסמוך ד"ה משום חשדא פירש"י דלא לימרי דמשום דשרי' ניהלי' מחיל גבי' ונראה

כנוטל שכר על הוראתו ע"כ משמע להדיא דהא וודאי לא חיישינן שיאמרו פסק היפך דין תורה בשביל הנאתו אלא שיאמר שנוטל הוא שכר הוראה עיין מהרש"א שנדחק ליישב ועיין מהר"ם שדבריו סתומין ונראה לפענ"ד ליישב עפ"י מ"ש הב"ח בח"מ סי' ט' דאע"ג דאסור ליקח לדין אבל שכר פשרה מותר ליטול יעו"ש שכתב כן מצד סברא) והשתא נחזי אנן שאם נאמר שהדבר ברור דלא חשדינן לי' להדיין אלא כנוטל שכר על הוראתו אבל לא לומר שפסק היפך הדין דלחשדא כזו לא חשדינן א"כ הי' נצמח דבר חדש ולומר דאע"ג שאמרו חכמים שלא ליקח יקח הדיין לאותו מפץ ממי שזיכהו היינו דוקא שזיכהו עפ"י דין תורה אבל זיכה אותו עפ"י פשרה (מתוך דין תורה כבסימן י"א בח"מ) הנה אפשר לומר דמותר אח"כ ליקח ממנו זה החפץ או הטלית דלמאי ניחוש לשמא הטה את הדין הא לא חיישינן אית לך למימר שיחשדוהו דמחזי כנוטל שכר לדון הא לא איכפת לן כלל יטול ויטול וכנ"ל דמעיקרא בהיתר הוא נוטל שכר עפ"י הדין וכי תימא דאין הכי נמי א"כ הי' לו להברייתא הזאת לפרש דין דפשרה לית לן בה (שהרי מצווה לבצוע ושכיח האי מלתא טובא) אלא וודאי מדלא חלקה הברייתא בזה משמע וודאי דבלא פלוג אסרו חכמים אפילו בזכות שעפ"י פשרה וע"כ ס"ל דטעמא הוא דחיישינן שזיכהו שלא כדין בשביל הנאתו (וכמו שכתב הב"מ באמת שם דבנוטל אגר פשרה צריך ליטול בשניהם בשווה) וזהו כוונת רש"י בשנותו את טעמו כאן לכתוב שיחשדיהו שבשביל כך זיכהו לזה שיתנו לו בזול והשמיענו בזה דאף במקום שאין בו נטילת שכר ג"כ אסור לו ליקח משא"כ למעלה דמיירי בהוראת איסור והיתר דלא שייך בה פשרה שפיר כתב טעמא דנראה כנוטל שכר על הוראתו להשמיענו אפילו בדין המבורר לרבים דכך היא הדין (וכעין ההוא דלעיל דאמרו למדתנו ברוב חללה ולא שבקי' ושער ברוב עב"י) ולית בזה מיחש כלל לחשדו שפסק היפך דין של תורה אפילו דמחזי כנוטל שכר הוראה ודברי רש"י בזה מדוקדקים ומזוקקים וראוים אליו, ודו"ק היטב ובזה י"ל ג"כ מה דאיכא למידק לכאורה בברייתא דנקט וזיכה וחייב בשלמא טימא וטיהר שפיר הוצרך לומר שלא יקח הדיין ממנו פירות טמאין בזול או דבר האסור בזול משום חשדא אבל בחייב את הנידן נותן את הטלית לזה שכנגדו א"כ מה יקח ממנו ותו איכא למידק למה לי' למתני דן את הדין לחוד וזיכה וחייב לחוד הא לפי פירש"י דן את הדין על טלית ושדה בין זה לזה א"כ פשיטא כשהן על החפץ בין זה לזה היינו זיכה וחייב שמה שזכות לזה היא חייב לזה וא"כ הך זיכה וחייב משנה שאינה צריכה לכאורה והוא דיקדוק עצום להמעיין אבל לפי הנ"ל יש לומר דלהכי איכפל ותנא משום דאיכא חרי גונא זכית א' שדן את הדין לפי דין תורה ממש לזכות את הזכאי ב' שזיכה לא מתוך

שורת הדין רק מתורת פשרה מתוך דין תורה שזיכהו במקצת וחייבו במקצת קרוב מתוך הדין וזה זיכה וחייב כלומר כל אחד מהנידונים יש בו זכות מצד וחיוב בצד וכשעשה פשר בטלית זה או בהשדה לתת לזה ג' חלקים ולזה רביע וכדומה קרוב לדין תורה ולפי הטענות שייך שפיר ללמוד בו שלא יקח אפילו אצל זה שחייבו שלא יטול רק רביעי גם רביעי זו לא יקח משום חשדא וא"כ דבר גדול דיבר התנא והשמיענו דאפילו היכא דלית בי' משום חשד דנוטל שכר כגון פשרה נמי לא יקח וכאמור למעלה:

ובזה יובן היטב מה דנקט רש"י טעמא דאיסורא דווקא על הא דזיכה וחייב, ולא על איסר והיתר לא טמא וטיהר ולא דן אח הדין ודו"ק ועיין בים של שלמה פ"ב דיבמות ס"ק שעמד ג"כ על דברי רש"י הללו ויישב בדוחק והנה מצאתי לפ"ז סמוכין לדברי הב"ח:

סח ועיין בריטב"א שגרם דן את הדין זיכה את החייב חייב את הזכאי הנה לפי גרסא זו משמע דמיירי שטעה בדין של שיקול הדעת (וקיימ"ל דמומחה לרבים דינו דין ופטור מלשלם) וכדאיתא סנהדרין ל"ו ואם כך היתה ג"כ גרסת רש"י י"ל דלהא וודאי לא חשדינן לי' שיפסוק היפך הדין היכא שפסק באמת כפי הדין ואם יחקרו הרי יודע האמת שדן כראוי לכך כתב רש"י למעלה דמחזי כנוטל שכר הוראה משא"כ בברייתא בסמוך דמיירי באמת שדן שלא כדת וטעה שפיר יש לחוש שכשיחקורו יודע להם שפסק היפך איכא חשדא שפיר לומר שהטה בשביל הנאתו והראי' ברורה לסברה זאת באו"ת סי' רמ"ד גבי חשדא לשכר פועל לשבת ע"ש במג"א ס"ק ה' וט"ז סי' ב' ודו"ק, והנה הא דפריך הש"ס והיכא עביד הכי והתניא חכם שאסר אין חבירו רשאי להתיר קשיא לכאורה לפי דעת הפוסקים בסי' רמ"ב דהיכא דהחכם עצמו רוצה לחזור בו ולהודות לדברי השני שפיר דמי א"כ לישנא דהכי רב גופי' שדר לקמיה דרבה בר בר חנה הרי שקיבל תלמידיו לחזור מהוראתו שהורה עתה ולמה לי לשנוי דרב לא אסור מיסיר ועוד הרי מחשבה ניכרת מתוך מעשיו ודבעינן ברב עוב"י שדעתו להחמיר בהוראה זו רק שחזר והודה לדברי תלמידיו ולדברי רבה בר בר חנה ואדעתי דהכי שלח לו רב גופי' ויש ליישב:

סט וראיתי לישש על יבמות פ"ב סי' כ' על הא דתניא התם דף כ"ה עדים החתומים על שדה מקח ועל גט אשה לא חששו חכמים לדבר זה אלא אם רצה א' מן העדים לקנות אותה שדה או לישא אותה אשה הרשות בידו ולא חיישינן לחשדא ע"כ וכתבו התוס' שם וז"ל אעפ"י שלא חששו חכמים לדבר זה מ"מ בעל נפש ראוי להחמיר על עצמו כדתניא באלו טריפות דן את הדין וזיכה את הזכאי כו' וכן הערים שהעידו כולן רשאין ליקח אבל אמרו חכמים הרחק מן הכיעור ומן הדומה לו וכתב רש"ל וז"ל ותימה [גם בטורי הזהב באבן העזר סי' י"ב ראיתי שעמד בזה על הטור והרא"ש והרמב"ם שלא חלקו כ"כ בין

בעל נפש שיחמיר על עצמו ובין מי שאינו בעל נפש ותירץ דהנך פוסקים ס"ל דהרחק מן הכיעור לא [קאי] רק על הא דלא יקח החפץ או הטלית אבל לעניין אשה לא חיישינן דאיתתא לבי תרי לא חזיא ואפילו בעל נפש רשאי ע"כ וקשה דתינח הא דלא הביא הטור והרמב"ם שם ד' מגירושין דמיירי לעניין אשה אבל הרא"ש הא הובא שם ביבמות גבי דינא דשדה מקח דרשאין ליקח וכן הרי"ף שם ומדוע לא חלקו הרא"ש והרי"ף בזה כמו שחלקו התוס' ועיין הגהות מיימוני פ"י מגירושין שכתב דהא דכתבו אם בעל נפש יחמיר על עצמו מ"מ אם אינו רוצה להחמיר ליכא איסורא במלתא אמנם י"ל דהיינו דווקא לשיטתיהו דהפוסקים דאפילו ב"ד של ב' וג' או עדים אמרו חכמים להרחיק ובההוא דווקא ליכא איסורא כלל אבל לפי מה שפירש ברש"ל ביש"ש ביבמות שם בדעת הרא"ש ורש"י דדוקא ביחיד אמרו הרחק מן הכיעור ומותר מן הדין ליקח היינו מדינא דאורייתא אבל הרחק מן הכיעור יש בו איסור דרבנן עכ"פ כדי שלא לעשות מחלוקת בין הפוסקים ודו"ק ותימה שהרא"ש לא הביא דבריהם גם שאר המחברים לא הזכירם ובוודאי מ"ל הא שאמר בא"ט הרחק מן הכיעור לא קאי אלא אארישא דמלתא משדן את הדין כו' שהיה מומחה ביחידי ומשום הכי איכא חשדא ומ"ש שמותר ליקח ובכאן אסרו לאותו חכם לישא את האשה י"ל דיותר יש לחוש דשמא עיניו נתן בה בחימוד המשגל משא"כ בשאר דברים וכן פי' התוס' אפי' התם וכן נראה קצת מדברי רש"י שפירש"י התם מן הכיעור שלא יאמרו בשביל כך זכוהו ומדלא פירש"י מידי מעדים ש"מ דס"ל דאדיני ממונות קאי עכ"ל הנה מתוך חומר תמיהתו בדברי הרא"ש היקל לו להמציא פירוש חדש בדבריו אבל סתימת ש"ך להדיא להיפך באו"ח וש"ך וז"ל ודן את הדין נמי לאוו ביחיד קאמר כו' והן הן דברי הר"ן שם והעתיקם לפרש כן גם דעת הרא"ש וכן מוכח להדיא מהגהת אשרי שכתב על דברי הרא"ש בחרי דווקא מיירי לא בחד אפילו הוא דיין מומחה:

ע ובעיקר תמיהת הישׁ"ש הנ"ל, נראה לפי ענ"ד ליישב שהרי גרסת הרא"ש בברייתא שם זיכה את החייב חייב את הזכאי טימא וטיהר כו' ומשמע לפי גרסא זו דמיירי שטעה הדיין באמת בפסק היפך הדין וברי"ף ג"כ גריס הכי להדיא ושם בתוס' ביאור טימא את הטהור וטיהר את הטמא כו' וכן יש לפרש הך דאסור והיתר והיינו שטעה בשיקול הדעת דקימא לן מה שעשה עשוי וכדתנן במשנה דבכורות ובסנהדרין ל"ג יעו"ש בש"ס ותוס' שם. א"כ שפיר יש לחלק דדווקא התם אמרו חכמים הרחק מן הכיעור כו' וכפירש"י שם שיחשדוהו שבשביל כך זכיהו. בשביל הנאתו שהרי יש מקום לחשדא שהרי הטה אה הדין האמיתי משא"כ בנידן הבריתא הנ"ל דיבמות ד' כ"ה בעדים החתומים על שדה מקח ועל גט אשה שנעשה באמת כדין וכדת לא חששו חכמים לדבר זה כלל וכלל ע"כ

העתיקו הרי"ף והרא"ש הברייתא הזאת כצורתה ולא הצריכו לומר שאעפ"י כן לא יעשה כן מן הרחק הכיעור דס"ל דאין כאן דבר מכיעור ורחוק הרבה מן דומה לו אבל התוס' לשיטתו דגרסי התם בפ' א"ט זיכה את הזכאי וחייב את החייב כו שלא טעה כלל אבל הורה כדין של תורה ואפ"ה אמרו הרחק מן הכיעור ומן הדומה לו ע"כ שפיר כתבו שהוא הדין בערים החתומים על השטר נמי דינא הכי דהיינו הך וזה ברור כשמש. (ועיין ביש"ש פ' א"ט הביא דברי התוס' דפרק כל היד דף כ"א מה שכתבו דהא דתניא בע"ז ז' הנשאל לחכם וטימא לא ישאל ויטהר לא קפדינן אשואל אלא אחכם אבל השואל ישאל כל מה שירצה דמתוך כך ידקדקו בדבר ויצא הדבר לאור עכ"ל והנה התוס' כתבו שם הכי ליישב קושייתם דאיך שאלה ילתא אח"כ פעם ב' ותימה לכאורה הא מוכיח שם דידע ר"י בר יהודא שכבר טימא לה רבה בר בר חנה (ואפשר ילתא עצמה הודיעתו) וכה"ג שפיר דיכול השואל לשאול לחכם השני וכמ"ש הפוסקים עיין בר"ן בע"ז שם וכן פסק ברמ"א סי' רמ"ב דהא דלת ישאל לחכם ויתיר. היינו בסתם בשלא הודיעו דכבר אסור חכם פלוני ובאופן זה וודאי דיש קפידא שלא יבא השני לידי מכשול אחרי שלא ידע שכבר אסר חכם דבר זה וע"כ צ"ל שכוונת התוס' ג"כ הכי שאין קפידא לשואל כיוון שיודיעו שכבר אסרו חכם אבל חימה לפ"ז למה לי' להתוס' לומר דלא קפדינן אשואל, הול"ל בפשיטות שאין קפידא אלא לשאול בלא הודיעו והכא הודיעתו ועוד תימה איך אפשר לומר דהא דתניא הנשאל לא ישאל לחכם כו' איסר על חכם היא הא תנא לי' בברייתא בפירוש להדיא חכם שאסר אין חבירו רשאי להתיר והנה גם לדברינו צריכים אנו לדברי הרש"ל במקצת דלדעת הרי"ף והרא"ש לא קאי על העדים שהעידו רק על הזכות וחיוב טומאה וטהרה היתר ואיסר וכמו שהוכיח גם מדברי רש"י והנה הלבוש בא"ע סי' י"ב כתב וז"ל וי"א דאף בשניים אע"ג דשרי מ"מ בעל נפש ירחוק מזה ושם בסוף כתב אבל בתלתא אפילו בעל נפש א"צ להרחיק עכ"ל ולא ידעתי מנ"ל לחלק בהא ועוד קשה דא"כ אמאי לא אוקמי בש"ס ומתניתין דקתני ב"ד שהן ג' היינו מלתא דפסיקא דכה"ג גם בעל נפש רשאי לישאנה ולמה לי' להש"ס לשנוי' בדוחק שוב ראיתי בט"ז א"ע סי' י"ב הביא שם בשם הפרישה לחלק בין ב' וג' והשיג עליו דמשמע בש"ס דאין שום הפרש בזה בין ב' וג' או מאה יעו"ש:

עא עיין ב"י סוף סי' כ"ה הביא דברי מהרי"ק שכתב דאף לדעת הטור והרא"ש דבשיקול הדעת קם דינא אף היכא, דעדיין לא נתקיים הפסק היינו דווקא בשיקול הדעת אבל בטעה בד"מ מודה דכל זמן דלא שילם הנתבע הדר דינא ותימה לכאורה הא דבר משנה לעולם חוזר אע"ג דכבר שילם כדמוכח בש"ס ופוסקים וכבר עמד בזה הש"ך ס"ק ל'

וכתב על מהרי"ק וב"י שטעו כאן בדבר משנה ונלפע"ד ח"ו לא עלה על הדעת לחשוד בזה חכמי ישראל הגדולים שיטעו בדבר פשוט כזה אבל לפענ"ד לפרש שבאו לומר דאע"ג דבשיקול הדעת דקם דינא לדעת כ"ע אין חילוק אם כבר נעשה המעשה או לא מ"מ בטעה בדבר משנה היכי דקם דינא יש חילוק ומשכחת לה בטועה בד"מ שיהא קם דינא אחר שעשה מעשה כגון הא שכתב הנ"י דבטועה בדבר שהוא תיקו בש"ם לקימ"ל קולא לנתבע, אם טעה דיין ופסק להפך הוי טועה בד"מ ומהדרינן עובדא ועיין או"ת ס"ק ב' דכל זה אם הדיין לא התפיס עדיין ביד בע"ד אבל אם התפיס אין להוציא מיד המוחזקין למ"ד מהני תפיסה בתיקו בש"ס (וכ"כ בנה"מ ופשוט הוא לפני כל בר דעת) הנך רואה בפירוש דטעה בדבר משנה ואפ"ה אם עשה מעשה ע"פ פסקו של דיין קם דינא (ולפענ"ד דיש למצוא כה"ג במקום דמהני תפיסה כה"ג דלהווי הדין טועה בד"מ ואפ"ה אי בעשה מעשה קם דינא והנה לדעת הרא"ש שראינו שלדעתו היכי דקם דינא לא בעינן מעשה כלל רק מרד בדבירו של חכם הווי כנעשה מעשה והווי אמינא דה"ה בדבר בכעין זו רצה לומר היכי דמהני תפיסה והי' פסק הדיין כאלו התפיסו בדבר כבר וכאילו מוחזק בו ולא נבעי מעשה ע"כ למד אותנו דעת מהרי"ק ז"ל דבד"מ כל זמן שלא התפיסו הדר דינא ודוק היטב. עוד ראיתי חדשות להגאון ר' דוד שלמה ז"ל בעל לבושי שרד בספרו שם בדינים השייכים לי"ד סי' רמ"ב לעניין דיין שהטריף משני טעמים והאחד נגד דבר משנה וטעם השני נגד שיקול הרעת נסתפק מה דינו אי קם דינא אי חוזר ונראה לפענ"ד לפשוט ספק זה דקם דינא כמו שהעלה הגאון הנ"ל מצד הסברה אך שכתב שלא מנא ראי' לדין זה ולדעתי ראי' לזה מדברי מהרי"ק ודבר שהביאו לעיל שלכאורה תמוהין מאוד יעו"ש תומים להנ"ל נאמר נמי דכה"ג קם דינא אע"ג דטעה מדבר משנה מ"מ הא יש סברה לקיים הדין מצד טעות של שיקול הדעת רק דס"ל דכה"ג לא קם דינא רק בששילם המעות אבל אם עדין לא נעשה הפסק חוזר הדין כיוון דסברא זו דקם דינא קודם ששילם היא שחידש הטור:

עב עיין למעלה אות נ' שם כתבנו דצ"ע במומחה וקבלוהו או נטל רשות לפי מ"ש הב"ח דהיכא דרוצה הבע"ד לעשות כפי תורה חייב הדיין להחזיר הדין אי הדר וחפש הבע"ד שכנגדו אי מהני התפיסה או לאו הנה סתימת דברי הפוסקים דקם דינא ומה ששילם לבע"ד שכנגדו ממון של חבירו ה"א לגמרי ולא מהני בי' תפיסה אבל היינו משום דאין אנו יודעים מה שבלב הבע"ד דוודאי אם הבע"ד רוצה להחזיר מטעם שלבבו יבין שאמת היא שטעה הדיין, ודאי שהדיין מחויב להחזירו דהיינו לומר וכנ"ל בשם הב"ח וה"ה דמהני תפישה אבל היינו דוקא בידוע לנו שהבע"ד בעצמו רצה להחזיר וכגוונא דכתב

הב"ח גופי' והיא עובדא דעכברא דשכיב אדינרא לפי גרסת רש"י שלפנינו דאמר ניזול ונהדר החצי שקבלנו דחייב הדיין לומר לו שחוזר הדין וה"ה אם קדים הבע"ד שכנגדו ותפס טרם שהגיד לו הדיין ודאי דמהני תפיסה על פי סברה המבוארת למעלה ד' י' ע"ב וכ"ש אם עדיין לא גבה לשיטת הטור והרא"ש דקם דינא וחייב לשלם ודלא כמ"ש לעיל סברת הנה"מ יעו"ש וליתא דבלא"ה חייב לשלם כיוון דאין ידוע לנו שרצונו להחזיר ולעשות עפ"י התורה דסוגיין דעלמא והרי יכול לטעון אני סובר כסברא זו שפסק הדין וטעמא קמא עיקר ולא בקרא ואין כאן חיוב עליו כלל אפילו בידי שמים אבל יש לחקור דלמא היינו דווקא אי טעין הכי בפירוש איני סובר כסברא זו שפסק הדיין וכמ"ש מאן יימר דטעמא בתרא עיקר דלמא קמא עיקר אבל כל כמה דלא טעין הכי (אין הב"ד מחייבים את הזכאי לשלם) אנן לא טענינן בשבילו (וה"נ מסתברא שהרי שיטת הטור והרא"ש כל עיקר החידוש הוא שיחייבו הב"ד לשלם מה שעינינו רואות שהיא שלא כדת כמו שבאמת חמה הש"כ ס"ק כ"ט ודי לנו לומר דהיינו עכ"פ כשהבע"ד טוען סובר אני כסברה קמא ואין מחויבין הב"ד לקיימו הדין בסתם באמת טוען קים לי בסברא קמא ולא צריכא הכא כלל לטעמא דתפיסה מחויב לצאת ידי שמים רק דכך היא הדין דאין הב"ד מוציאין מיד המוחזק נגד הדת וכנ"ל אלא אם שילם מעצמו עפ"י פסק של הדיין י"ל דכבר זכה הלה בממון זה ולא מהני אח"כ תפיסה אפילו בסתם באינו טוען קים לי' ומפקינן מני' או דלמא כיון דלא טעין אני סובר כסברה קמא ש"מ שבאמת א"י בעצמו ואפשר דמחויב להחזיר לצאת ידי שמים ככל אינו יודע אם נתחייבתי לך דחייב לצאת ידי שמים אלא דשם לא מהני תפיסה אבל הכא כיון דשורת הדין על פי דת שישלם מהני נמי התפיסה וכמבואר לעיל ד' וכעין חזר הפסק לאיתנו:

עג שוב מצאתי וראיתי להרב בעל טורי זהב סי' זה כתב וז"ל על מ"ש העור דבשיקול הדעת מיד קם דינא אע"ג דלא שילם עדיין, וקשה דלעיל כתב ואינו יכול לומר לבע"ד שזיכה תחזור מה שנתן לך כי טעיתי והוי לי' לאשמיענין דאף שלא הוציא קם דינא וי"ל בדוחק דלעיל מיירי דבעה"ד בשקיבל הממון לא ידע שהדיין טעה בשיקול הדעת ואפילו אלו הי' יודע ל"ה מקבל ממון שאינו שלו מ"מ זכה כיון שכבר הוא בידו, וכאן מיירי שהבע"ד טוען אני סובר כסברה זו שפסק הדיין עכ"ל הנה מבואר בדבריו דמ"ש הטור בשם הרא"ש דקם דינא ומה שעשה עשוי מיירי כשהבע"ד טוען אני סובר כסברה זו שפסק הדיין אבל כשאינו יישן כך לא קם דינא רק באם שילם הממון, ותירץ בזה שלא יהי' סותרין דברי הטור עצמן שכתב בריש סי' זה ואינו יכול לומר לבע"ד שזיכה תחזיר מה שנתן לך כי טעיתי עכ"ל משמע אבל כ"ז שלא שילם יכול לומר שחוזר מפסקו והיינו

כשיטת הרמ"ה לכאורה, ואיך סותר דברי עצמו שהרי חולק הוא על הרמ"ה לכן תירץ הט"ז דלעיל מיירי הטור דבעה"ד קובל הממון ולא ידע שהדיין טועה (אלו הי' יודע לא הי' מקבל ממון שאינו שלו ולכן ודאי אם עדיין לא שילם הלה חוזר הדין כשנודע שטעה קודם ששילם) מ"מ זכה כיון שכבר הוא בידו קודם שנתיודע הטעות ונראה מדבריו להדיא שאם קבל הבע"ד המעות אחרי שנודע שאמת טועה הדיין בשיקול הדעת קבלה זו הווי כאומר בפירוש אני סובר כסברת הדיין שפסק כבר וא"כ אין כאן חיוב אפילו לצאת ידי שמים ולא מהני תפיסה (ויש לדחות דמ"מ היכי דלא תפיס ולא טען הווי כאינו יודע מדלא טען אח"כ קים לי וכנ"ל) ולכך שפיר קם דינא אפילו לא קיבל עדיין שהרי עומד וטוען הוא לקיים פסקו של הדיין והיינו כאומר קים לי כסברא שפסק הדיין רק דהטור מיירי למעלה באינו טוען אני סובר כסברא שפסק הדיין וא"כ וודאי כה"ג ודאי מודה הטור להרמ"ה דכנודע שטעה ודאי לא קם דינא רק הדר הדין שהרי הבע"ד אינו רוצה לקבל מעות שלא כדין:

עד אבל מה שכתב הט"ז שזה דוחק אפשר מצד סתימת הדברים גם י"ל כיון דטעם חיוב התשלומין וקם הדין כתב הטור לעיל דאינו אלא משום קנס משום שהגיס דעתו לדון יחידי על כן קנסוהו שיהא הדין קיים ואפילו גדול לא יחזרנו כדי שישלם א"כ לפ"ז אפילו באינו טוען הדיין אני סובר הו"ל לקנסו לקיים דינו כדי שישלם עיין למעלה אות על דברי מהרי"ק התמוהין הנ"ל י"ל עוד אם טעה בדבר משנה כגון שסבר שמותר לדון בלילה וכדומה דפסק דגם בדיעבד דינו לאו דינא א"כ ודאי שדיין זה הווי טועה בד"מ אמנם הנ"מ לא הווי אלא כמ"ש הש"ך בס"ק לענין זמן ב"ד או לענין הפירות והנה נראה מזה אפילו כבר נעשה מעשה על פי פסק של הדיין אפ"ה לא מהני מידי כיון שלא גבה השדה הזה עפ"י ב"ד א"כ הפירות הי' עדיין של חבירו ואפשר דהיינו דווקא בקרקע דלא מהני בה תפיסה אבל במטלטלין דמהני בה תפיסה אם כבר נתקיים הדין לא הדר דינא ואין מוציאין מיד המוחזק כיון שבאמת על פי ד"ת ממון שלו היא אעפ"י שהדיין טעה בד"מ מצד אחר דהיינו שדן בלילה וכדומה רק אם לא נעשה. מעשה עדיין ודאי אין דינו דין כלל לדעת הרא"ש שחולק על הרמ"ה בטעה בשיקול הדעת וס"ל דקם דינא אע"ג דלא נעשה מעשה עדיין בטעה בד"מ מודה, ומיושב בזה דברי מהרי"ק שהובא בב"י שכתב עליהם הש"ך שטעו בד"מ:

עה ויש לדקדק במשנה זו דן את הדין זיכה את החייב חייב את הזכאי טימא את הטהור טיהר את הטמא מאי טעמא לא חשיב נמי התיר את האסור ואסר את המותר והנה בברייתא פרק אלו טריפות ד' מ"ד בסוגיין זה דן את הדין כו' אסור והיתר יעו"ש והנה

ראיתי להרב בעל תוי"ט בסנהדרין במשנה דיני ממונות דיני נפשות הטמאות והטהרות כתב יש לתמוה אמאי לא קא חשיב נמי האסור והמותר וכאן לא העיר כלל וצ"ע, מצאתי במפורש מירושלמי סנהדרין פ' רביעי תירץ תמיהת התוי"ט וז"ל ונראה בטומאה וטהרה מצינו דברים שצריכים ב"ר כגון להביא פסח בטומאה וכן שאר קרבנות ציבור שהדבר זה נוגע לכלל שעשוי ואינו נעשה אלא עפ"י ב"ד של ע"א שייך בי' שפיר מתחילין מן הגדול אבל האסור והמותר לא פסיקא לי' שיהא הדבר צריך ב"ד לכך לא חנו לי' עכ"ל וזה התירץ לא שייך הכא, וי"ל דזכות וחיוב וטומאה וטהרה תרווייהו אצטריך לי' לאשמיעינן דל"ה שמעינן חדא מחברתא ודוק בפוסקים ותשכח משא"כ איסור והיתר ודאי לא איצטריך דכבר שמעינן לה מטומאה וטהרה ודוק היטב:

בהא דקתני דן את הדין נכון מאוד לפי מ"ש הפוסקים כולם דלכל הדיעות לא אמרינן קים דינא אלא בשיקול הדעת דעכ"פ פסק כדין משא"כ בד"מ ומיושב בזה דיקדוק עצום פ' אלו טריפות פירש"י דן את הדין כגון על שדה וטלית והכא לא פירש כלום ודוק:

הא דהגהת רש"ל בדברי רש"י מחזיק דבריו במקום מחזיר יובן עפ"י מ"ש הש"ך דדווקא מומחה שהבין בדעתו שטעה אזי גדול ממנו מחזיק דבריו משא"כ לגרסא דמחזיר א"כ ה"ה ממש באינו מומחה ועיין מרדכי בשם יש מפורשים הא דכתב רש"י קם דינא כלומר מה שהורה הורה יש להבין עפ"י, מ"ש הפוסקים דבהוראה לכ"ע קם דינא משא"כ בדיני ממונות וזה פשוט דדבר משנה לכ"ע חוזר ועיין רי"ף אלא דס"ד דיש חילוק בין הוראה לממון

עו על דבר מ"ש הש"ך ס"ק כ"ב אות א' כיון דקבלוהו לא מהני אלא בגמיר וסבור כדמוכח מתניתן דבכורות דמיירי בקבלוהו כדתרצינן אליבא דרבי אבוהו והאיך יועיל רשות מר"ג. ב' אי רשות ר"ג נותנים גם לאינו מומחה א"כ קשה מדוע לא הביא הרי"ף בבא ששית אינו מומחה דנטל רשות מר"ג ונו"נ ביד מה שעשה עשוי וישלם מביתו וכמו שהביא המרדכי באמת. והנה י"ל דניהו דנט"ר לאינו מומחה ממש לא מהני לפוטרו מתשלומין אבל עכ"פ מהני לענין שאינו צריך להביא ראי' שהוא מומחה דג' וס' דבזה כ"ע לא פליגי דעכ"פ רוב נתינת רשות דר"ג למומחין הן ואע"ג דגבי טבת אמר ר' יוחנן זיל אייתי ראי' דמומחה אתה ואפטרך ב"ק ר' צ"ט. ולא מהני לי' הרוב מצויין אצל שחוטה וכמ"ש בח"מ סי' ש"י י"ל דשאני התם כיון דשחט וניבל איתרע לי' רובא והרי שור שחוט ונתנבל מלפניך מה שאין כן הכא אין כאן טעות מוחלט שנאמר הרי טעה לפנינו כדי שנוכיח מזה שהוא אינו מומחה שהרי באמת פסק כחד תנא או אמורא שס"ל סברא זו להלכה ואדרבה הרי מומחה וגו"ם סובר כן כה"ג י"ל דשפיר מהני לי' רובא

לסייעו גם הוא דקושטא קאמר שהוא מומחה ולפ"ז י"ל אדרבה להכי באמת לא הוצרך הרי"ף להביא בבא זו דא"מ מומחה ונט"ר חייב לשלם דדבר זה נלמד היא בק"ו כמו שכתב הש"ך עצמו ואחרי שהביא הך בבא ד' דקבלה לא מהני לאינו מומחה לפוטרו איך יעלה על הדעת דנט"ר מר"ג יפטור אותו משא"כ שני בבות הראשונות א' מומחה ונט"ר הב' מומחה וקיבלוהו ודאי קושטא היא כיון דנט"ר מהני לי' למומחה גו"ס לפוטר כ"ש קבלוהו ואיך יעלה על הדעת דקבלה לא מהני לי' כיון דנט"ר מהני וא"כ לכאורה הבבא השנית בבא שאינה צריכא. ועוד קשה שהרי"ף כתב שלמד הך בבא השנית מהא דר' יוסף ומתירוצא דהש"ס אליבא דרבי אביהו ואמאי לא קא גמיר לה בפשיטות מהא קמייתא גופי' דאמר רב נט"ר פוטרו מתשלומין ק"ו לקבלה דעדיף מיני' טובא. איברא לפי הנ"ל אתי שפיר דאי הוי הוי מומחה וקבלוהו לפוטרו מהא דפטרינן לי' למומחה ונט"ר א"כ הוי אמינא דאפילו באינו מביא ראיה שהוא מומחה נאמן הוא על עצמו כיון דבנט"ר שהוא בבא א' מהני כ"ש בקיבלו, וכבר נתבאר דהא ליתא דלענין זה ודאי נט"ר עדיף דרוב מקבלי רשות מרוש"ג מומחין הן להכי מהימן משא"כ בלא נט"ר רק קבלוהו צריך להביא ראי' שהוא מומחה מהיכן למדנו לומר כן לזאת בא רבינו ולימד לחשוב בבא השנית הזאה בפני עצמו והשמיענו שהוציא דין זה ממתניתין דתנן בה להדיא ואם הי' מומחה לרבים פטור ומומחה לרבים פירושו שהוא מפורסים לרבים שהוא מומחה וכמ"ש הש"ך שם נמצא שיש בירור שהוא מומחה ואוקמוהו בקבלוהו כנ"ל:

וראיתי למהרי"ט אלגאזי בהלכות בכורות על הא מתניתין מי שאינו מומחה וראה אח הבכור ונשחט על פיו הרי זה יקבר וישלם מביתו שם ד' נ"ח כתב וז"ל קשה אמאי חייב לשלם הא כיון דקיימ"ל דהמזיק נכסי הקדש פטור כי יאכל פרט למזיק ב"ק ט' מעילה י"ט וכיון דלענין נזקי שור לא קרינן בי' שור רעיהו בבכור בעל מום כמ"ש בב"ק נ"ג וי"ב ושכן דעת רש"י ותוס' ור"י גאון ורבינו ישעי' ותלמידי ר"פ ואיך א"כ מצינו ידינו ורגלינו במשנתינו אמאי ישלם בנשחט על פיו לו יהי' כמזיק בידים נכסי הקדש הוא ופטור ע"ש שהאריך. ולפענ"ד דמזה ראי' נכונה למ"ש התוס' (והרמב"ן שם ד' נ"ז בהלכות בכורות) דהך נשחט על פיו הוא לאו דוקא אלא שנטל ונתן בידו ממש והובא בש"כ שם, ועיין בעל המאור בסנהדרין שם דאינו מומחה שנו"נ ביד דין גזלן יש לו וזהו אם נו"נ ביד בעל כרחו של חבירו, ואפילו כשלקח שלא ע"י כפייה וגזילה הרי עכ"פ דין שואל שלא מדעת יש בו דקיימ"ל נמי דגזלן היא וכמ"ש הש"ך סי' כ"ה ס"ק א' אות ד' באופן שאין התשלומין כאן מצד מזיק כלל אלא מצד גזלן, ובזה יש ליישב נמי תמיהת התוס' בכורות כ"ט: שכתב חימה דלא דייק הכי ברישא דנימא תנן סתמא כר"מ ונהי דיש נמי לאוקמי

בנו"נ ביד וכנ"ל מ"מ מדוע יקשה אסיפא דווקא, אבל להנ"ל ניחא דמרישא מעיקרא לא קשה מידי דאיך יעלה על הדעת דמצד דינא דגרמי הוא דמחייבינן לי' לא יהא אלא כמזיק בידים הרי פטור משים דנכסי הקדש הוא, להכי קבע הש"ס הך שאילתא אסיפא דוקא, ועיין סמ"ע ס"ק ד' וש"ך שם בשם הב"י וב"ח ותוס 'יו"ט:

ובהלכות הרמב"ן לבכורות ד' נ"ז כתב וז"ל והא דלא אקשינן ברישא נימא תנן סתמא כר"מ מדינא דגרמי, מסתברא לן דמשום דהכא קנסא הוא דקנסי רבנן דלא ליתי למשרי בוכרא אלא מאן דמומחה ושקיל רשותא כדאמרינן התם דבר זה הניחו לבית הנשיא להתגדר בו עכ"ל הנה לפי זה י"ל נמי דאע"ג דמזיק בכור פטור מגזירת הכתוב שור רעיהו ולא שור של הקדש אבל מאן דשרי בוכרא ולא שקיל רשותא מתורת קנם הוא דחייביהו חכמים, וצ"ל דקושיית מהרי"ט הנ"ל היא לשיטת התוס' דלא נחית להכי. אבל לפי מ"ש שם בשם תוספות חיצו' דנשחט על פיו ר"ל שציוה את שליחו ושחטו דהוי כמו שחטו בידים דאינו שוגג ויש שליחות לדבר עבירה כה"ג א"כ הדרינן לסברה הנ"ל דכה"ג לאו מזיק הוא אלא גזלן או שואל שלא מדעת שחייבים גם בהקדש ועיין יומא מ"ח אמר לו ר' אבא לא כך הי' המעשה יש להסתפק אי פליגי ר"א ור"נ ולר"א זקן יושב בישיבה א"צ ליטול רשות או דילמא לדינא מידה לר"נ אלא דס"ל כך הי' מעשה, והנה הא דפסקו הרמב"ם והרב כר"צ יש לתת טעם לפי מ"ש הרמב"ן במלחמות בסנהדרין לתרץ תמיהת בעל המאור שם דאינו מומחה דמתניתין ר"ל מומחה וגמיר וסבור ונטל רשות מר"ג אלא שלא נטל רשות מב"ד של ארץ ישראל להכי ישלם מביתו א"כ ש"מ דסתם משנה כר' צדוק:

הלכות גניבה וגזילה

בחושן משפט סי' ל"ד סעיף ז' החולק עם הגנב אינו נפסל לעדות, וביאורו בדברי הגאונים ז"ל הקצות והנה"מ דטעמא דמלתא שהגונב מן הגנב או הגוזל מן הגזלן אינו עליו שם גנב וגזלן כלל נגד הבעלים הראשונים ופטורין באונסין אם נאנסה הגניבה תחת ידם ולא עבר כלל על לאו דלא תגנוב, ואע"ג דלא נתייאשו הבעלים כמבואר שם ממה שפירש"י הא דב"ק קי"א דקיימ"ל רמ"ג דהיינו רק מטעם מזיק ולכאורה צ"ע מהא דאיתא בא"ח סי' תרמ"ט ובמג"א שם ס"ק ג' דלפני יאוש אפילו לאחרים הוי מצוה הבאה בעבירה, ושכ"מ בגמרא גבי אוונכרי דקאמר דלהוי יאוש ושינוי רשות ושכ"מ במלחמות שם וכן רמז המג"א בהלכות ציצית סי' י"א ס"ק י' משמע דיש עבירה דל"ת גם להלוקח

מן הגנב, גם נ"מ בדין זה לענין שופר של עכו"ם יגזלו ממנו עיין סי' תקפ"ו ס"ג ובמג"א ס"ק ה' וסי' תרל"ז ס"ק ג' וסי' תרמ"ט ס"ק ו' ז' ודו"ק היטב:

א וקשיא לי מהא דאיתא בפרק אלו נערות זר שאכל תרומה ולאביי פטור והאמר ר"ל בן הקנה כו' ה"נ מדאגבי' קניא מתחייב בנפשו לא הוי עד דאכיל לי' ומשני בשתחב לו חבירו בתוך פיו, ופרכינן תו סוף סוף מדלעסי' קני' נתחייב בנפשי' לא הוי עד דבלעה הכי ב"ע כגון שתחב לו חבירו לתוך בית הבליעה היכי דמי אי דמצי לאהדורי נהדר (ובלא אהדרה מההוא שעתא איהו מזיק לי') דמיתה ליכא עד דבלעה לגמרי, ואי דלא מצי לאהדורי אמאי חייב (מיתה אנוס הוא כן פירוש רש"י ותוס' פירשו אמאי חייב ממון והרי הוא לא גזלו) ומסיק לא צריכא דמצי לאהדורי ע"י הדחק (דאי נמי אהדרה ממאסה ולא חזיא לבעלים הלכך מגזל לא גזלה, אמאי קא מחייבת לי' בתשלומין אהנאת גרונו ומעיו ההוא שעתא חיוב מיתה נמי איכא, כן פירש"י, ואכתי קשיא הא שלא בפניו חזיא. וצריך לתרץ עוד דהב"ע דלא הי' בו מעיקרא רק שוה פרוטה ואחרי שנתקלקל לא נשאר בו עוד בשוה פרוטה, כמ"ש בתוכ' שם והשתא לפום האי דינא הנ"ל למה לן לאוקמי בכל הנך דוחקא, דלא מצי לאהדורי אלא ע"י דחק באופן דנמאס ע"י תחיבה זו ובאופן דלא הוי בי' רק שוה פרוטה ונחסר אח"כ משוה פרוטה הא סוף סוף הש"ס גופי' צריך נמי לאוקמי בשלא נטל האוכל בעצמו התרומה מביא בעליו רק חבירו גזלה וכמ"ש יעו"ש בתוס') א"כ תיפתר הך מלתא בפשיטות דהך דגזל התרומה נתנו לזה ותחבו בעצמו, לתוך בית בליעתו (ולאו דוקא בלא מצי לאהדורי אלא ע"י דחק, אלא דמצי לאהדורי בלא דחק כלל אלא כיון דלא מיירי דוקא באוכלין דממאסו א"כ לא נפסדו האוכלין עדיין כלל ולא הזיקו מידי עד שבלעו לגמרי ומטעם מזיק ואוכל דרמ"ג או שתחבו בעצמו לבית בליעתו במקום דלא מצי לאהדורי כלל דעל הגבהתו אין כאן חיוב תשלומין אם ישרף או יאנס רק על אכילתו זאת משעה שהזיקו ואבדו דאז הבעלים גובים ממנו ברמ"ג) ולעולם בלא דחק ואפילו בשוה פרוטה או מאה ואוכלין דלא ממאסו אפילו לא תחבו לבית בליעתו כל זמן שהן בעין ולא נמאסו ולא נחסרו משו"פ אין עליו חיוב תשלומין ולא קניא להתחייב עליו אם ישרף ולא בא החיוב תשלומין עד שעת בליעתו ממש שאז חייב מתורת מזיק ושני החיובים חלין כאחד וה"ה באוכלין דממאסו ונחסרו משויין קצת, מ"מ נ"מ לענין השויא שאחרי מיאוסן, דלא אחי עד דבלע לגמרי ומתוקמי נמי אפילו לא תחב לבית בליעתו ונ"מ לענין השווי. שאחרי המיאוס והנזק שאחרי תחיבתו לתוך פיו דלא חייל עד גמר הבליעה כולה שאז בא גם חיוב המיתה (וכן קשה לשיטת הריצב"א והתוס' שם דמשיעור שעה דמצי לאהדורי ע"י הדחק עד דבלע, שיעור קטן כזה חשיב

כבאין כאחד ואפילו באוכלין דלא ממאסו וכן לשיטת ר"ת בת"י שם דשכשבא האוכל למקום דלא מצי לאהדורי אלא ע"י הדחק כבר יש בו הנאת גרונו וחייב עליו מיתה, א"כ ודאי תמיה לכאורה טובא ל"ל לאוקמי בשתחב לו כלל לבית הבליעה. הא אפילו הניחו בעצמו לתוך פיו כדרך האוכלין ובלעו וכנזכר בדלא מאסו או אפילו בדמאסו קצת ולענין יתר דמי שוי' שאח"כ, ואפילו אחרי לעיסה משכחת לה שעדיין לא נתקלקל לגמרי ושעדיין יש בו שוי' ממש וכמ"ש בתוס' ישנים שם, ותיובתא אלימא הוי לכאורה על עיקר דהאי דינא וטעמי':

ב ולכאורה יש לומר דאין הכי נמי לדידן דקיימ"ל גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואוכלו רצה מז"ג ור' מזה גובה א"כ ודאי אשכחנא פיתרא הנ"ל לענין תשלומין מן השני אבל לרמי ב"ח דס"ל בריש הגוזל שם דמן השני לא גבי רק מן הראשון א"כ אין מקום לנ"מ זאת וי"ל דהש"ס נקט נ"מ דשייכא אליבא דכ"ע ולא עוד שהרי כתבו התוס' ובמהרש"א בהגוזל שם דרבא אית לי' כרמי ב"ת והכא אליבא דרבא ואביי בעינן מאי ביניהו (ועיין תוס' באלו נערות שם ד' ל' ד"ה רב אשי אמר בזר שאכל תרומה כו' ופליג אדרבא ועיין מהרש"א ומהרש"ל ופיה"ו שם):

ג והנה אם כנים דברינו אלה הנה יש עוד לעשות סמוכין להאי דינא הנ"ל ולטעמי' מהש"ס דלזה עצמו על פי מה שהקשה בשיטה זו הגאון ר' עקיבא איגר ז"ל על דברי רש"י שם במ"ש שהראשון לא עביד מידי במצי לאהדורי ולית לי' לכהן גבי' שום תביעה רק להשני יכול לתבוע שהזיקו וקשה דמה לי אם גם הראשון חייב בתשלומין אם יתבענו הכהן כדקיימ"ל גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רמ"ג רמ"ג ס"ס אתי שפיר ההוא קושיא דמקשה הש"ס שם אי מצי לאהדורי נהדור ובשעה זו חייב בתשלומין אם רצה הלה לגבות הימנו) וכן חמה עוד שם על מ"ש התוס' ד"ה ואי לא מצי להדורי אע"ג דאמרינן בב"ק רמ"ג רמ"ג היינו דוקא כו' עכ"ל וכתב שם הגאון וז"ל וגם זה תימה בעיני דמה להם להקשות מב"ק והא זה ממקומו מוכח מדקאמר אי דמצי לאהדורי נהדר והוו"ל למינקט ואע"ג דמצי לאהדורי חייב היינו דווקא לפי שהדבר הגזול ישנו בעולם עכ"ל הטהור אמנם להנ"ל יש לתרץ לקושית הללו על נכון דלהכי באמת הוכרח רש"י לפרש דהראשון לאו מידי עביד לכהן ולא נתחייב בלקיחתו כלום וכגון שלא לקח בתורת גזל כלל ולא נתכוון לקנותו בהגבהתו דרך גזל רק כמתעסק בעלמא כאדם הלוקח חפץ של חבירו ומניחו בתוך חיקו או ידו של חבירו (וה"ה פיו של חבירו במקום דמצי לאהדור ולא ממאיס דכחיקו וידו דמיא) דלאוו מידי עביד ולא נתחייב כלום וחבירו הוא שהזיקו לכהן בזה דלא מצי לאהדורי ובההוא שעתא גזלה ונתחייב בנפשו לא הווי עד דבלע

ושפיר חייב בתשלומין (אמנם בתחב לו חבירו במקום דלא מצי לאהדורי א"כ הראשון הוא הגזלן ולא השני) מה שא"כ אלו לקחו הראשון בתורת גזל ונעשה עליו גזלן שוב לא יעבור השני על לאו דלא תגזול נגד הכהן ולא מתחייב לו באונסין בהגבהתו ובגזילתו רק באכלו דחייב מתורת היזק, ואיבוד ממון חבירו בידים בשעה שבלעה לגמרי ואז מיפטר משום קילב"מ וכנ"ל (וא"כ למה לן לדחוקי נפשן בכל הנך דחיקין כנ"ל) ואין מקום לקושיית הש"ס שם במה דפריך אי דמצי לאהדורי נהדר אלא וודאי דהש"ס בעי לאשכיחו נ"מ גם אליבא דמ"ד דס"ל בגוזל ולא נתייאשו ובא אחר ואכלו דמן הראשון הוא דגובה ולא מן השני ולכך הוא דאיצטריך לאוקמי' בכל הנך דוחקי ובאופן שהראשון לא נזלו כלל. ולא נתחייב כלום ואז הוא שנתחייב השני דלא אהדרי' וכאמור ודברי רש"י מוכרחין ועל כן שפיר הוקשו התוס' מסוגייא דב"ק דוקא דאמרינן רמ"ג רמ"ג (וכלומר דא"כ סוף סוף לא אתיא הך נ"מ ושקלא וטריא זו אליבא דכ"ע ובפרט דהכי הלכתא דרמ"ג ורמ"ג) ולא הוקשו מסוגיא דלן דהכא, אליבא דאידך נמי אזלא ופשוט הנה לפ"ז מצאנו עוד סמך להההוא דינא ולטעמי' ממקום שבאנו:

ד ויש להבין עוד מהא דאיתא בפרק מרובה ס"ז:

על ההוא דאין הגונב אחר הגנב משלם ר' וה' אמר רב לא שנו אלא לפני יאוש אבל לאחר יאוש קנאו גנב ראשון וגנב שני משלם תשלומי כפל לגנב ראשון ע"כ והנה פשוט לפ"ז עיקר דוגונב מבית האיש ולא מבית הגנב לא איצטריך לגבי ראשון דפשיטא דלא קניא אבל לאחר ייאוש חייב הגנב השני בכפל לגנב הראשין דקרינן בי' וגונב מבית האיש שקנאו, וכי איצטריך קרא לגבי בעלים הראשונים שהגנב פטור מליתן להם כפל (וכן כתב הגאון פיה"ו שם בהדיא יעו"ש) והשתא אם איתא דהגונב אחר הגנב או הגוזל מן הגזלן אין עליו שם גזלן נגד בעלים הראשונים ופטורין באונסין אם נאנסה תחת ידם משום דלא עבר כלל על לאוו דל"ת נגדם מהיכי תיתי דלישלם כפל. ואין לומר דבאמת לרב מהכא ילפינן לה דלהכי לא משלם כפל לבעלים הראשונים אף שהוא קודם ייאוש וברשותא דבעלים קאי משום דליכא כאן לאוי דלא תגנוב דהתורה מיעטתו מלאוו מדפטרתו מכפי ומההוא טעמא נמי לא איצטריך קרא מיוחד לפוטרו מד' וה' דכיוון דלא עבר על ל"ת. דהא ליתא דא"כ תאמר בהקדש ג"כ דלית בי' לאוו דלא תגנוב דהא אמעוטי נמי מכפל מהאי קרא וגונב מבית האיש ולא מבית הקדש (עיין בתוס' בסוגיא שם ד"ה רעהו) וזו לא שמענו ועוד דא"כ למה לי קרא בהקדש למעט מדו"ה תיפוק לי' נמי מיגונב מבית האיש וכנ"ל אלא ודאי דהך וגונב מבית האיש מכפל הוא דאמעוטי והלאו גופי' בדוכתא קאי וה"ה בגונב וגוזל השני נגד הבעלים הראשונים והדרא קושי' לדוכתי':

ה ולכאורה י"ל לפי המבואר סברא דהאי מלתא דאמאי לא עבר השני על ל"ת (יעו"ש בקצות) דנלמד הוא מגנב גופי' היכי דמעיקרא שוויא זוזא ולבסוף שויא ד' ואיתביר ממילא דאינו משלם אלא זוזא כשעת הגזילה, ולא סגי דלא אגבי' לחביתא בתר דשוויא ד' ועוד דהא חצירו קונה לו וכל שעתא ושעתא דלא אגבי' לחביתא גזלי' ואמאי אינו משלם ד' אע"כ כיוון דכבר גזלי' תו לא מחייב הגנב עצמו משום גזילה ע"כ, וא"כ י"ל כיוון דבאמת קיימ"ל בתברה שתי' או מכרה הגנב עצמו בידים משלם ד' וכתבו המפורשים בטעמא דחשבינן לי' בשעת שבורה או שחי' ומכירה, כאלו גזלה עוד הפעם מתחת בעלים (ועיין בש"מ לב"מ מ"נ) ומשלם ד' דהשתא נמי שעת גזילה היא א"כ ה"ה והיא הטעם בגונב מן הגנב בשעת טביחה ומכירה עכ"פ ראוי להחשב כשעת הגזילה והשתא הוא דגנבה, ובשעת טביחה ומכירה עבר על לאוו דלא תגנוב שאז נשלם הלאוו דגזילה להחשב גנב מן התורה, וא"כ גניבתו וטביחתו באין כאחד ובשלמא בגנב עצמו שטבח אח"כ וודאי לא שייך לחייבו אח"כ עוד הפעם כפל דטעמא דעונש הכפל אמרינן בש"ם שם משום שגנב דעת המקום וגרע מגזלן וזה האיסור בשעת הגניבה היא דאיתעביד וכבר נתחייב כפל בשעת הזאת ואח"כ בהוסיפו לחטוא בשעת טביחתו תו ליכא כפל משא"כ בזה הגונב מן הגנב שעדיין לא התחילה חלות לאוו דגניבה עד השתא דטבחה א"כ הווי אמינא דנתחייב כפל אההוא שעתא למפרע ושפיר איצטריך קרא לפוטרו מכפל:

ו [הג"ה ולפי הדברים הנאמרים. יש ליישב מה דקשיא לכאורה על הרמב"ם בפירוש המשנה וכן הרע"ב שם במשנת מרובה שם שלא ביאורו מנא הא מילתא דאין הטובח והמוכר אחר הגנב משלם דו"ה דעל כפל פירשו דמקרא וגונב ילפינן לה ובפרק הזהב ילפינן לה מקרא דארבעה וחמשה א"ר ולא ג' וד' כמ"ש הרמב"ם והרע"ב שם להדיא וכבר תמה בזה הגאון מהרש"א מדוע נטרו הרמב"ם והרע"ב ולא נקטו הכי במשנתינו והניח בתימה ולהנ"ל י"ל דהרי שורש טעם זה דחייב ד' וה' אמרינן בש"ס שם משום דשנה בחטא ועיין בשיטה מקובצת שם לב"ק ד' ס"ת בשם גאון קדמון דשני' החטא היא א' העת שגנב הב' מה דלא שב מרשעתו ובא עוד להגות מממון שאינו שלו ומבואר יותר להנ"ל דבשעת טביחה איכא עוד הפעם גזילה ושפיר שייך שינה בחטא (כמ"ש הראשונים בב"מ מ"ג להדיא בחברא או שתי' הוא דגזל עוד הפעם) וזה ניתן לומר בגונב עצמו משא"כ בגונב מן הגנב דאין עליו שם לאוו דגניבה בשעת גניבה כנ"ל, ובשעת טביחה הוא דאיכא חטא הראשון דגניבה גופא ולא שנה עדיין בחטא וממילא דפטור מד' וה' בלא שום מעוטא וא"כ לא פסיקא ההוא דרשה לעניין ד' וה' ולכך לא נקטינהו הרמב"ם והרע"ב כיון דאיכא למ"ד דלא צריך קרא משא"כ הך דגונב אובית האיש, וכן

לעניין עבדים ושטרות קרקעות והקדשות שבפרק הזהב דהתם נקטי להו שפיר ועיין ודע דלכאורה יש לדקדק יותר דגם האי טעמא דדו"ה א"ר ולא ג' וד' לא יספיק דלעולם אימא לך הטובח או המוכר אחר הגנב משלם ד' וה' דכיוון דגנב ראשון משלם כפל לבעלים א"כ קרינן שפיר גבי' תשלומי ד' וה' (וכמ"ש הרב הפיה"ו להדיא לקמן ד' ס"ת בפירושו ד"ה ואינו משלם ד' וה' א"ר כו' אינו מוכרח די"ל סוף סוף משלם הגנב כפל לבעלים קרינן שפיר גבי' ד' וה' עכ"ל הרי להדיא אע"ג דליכא דו"ה בחד דוכתא מ"מ דו"ה יש כאן ויש לחלק כיוון דכתיב חמשה ישלם וארבעה ישלם אמרינן האיך דקא משלם צריך עכ"פ לשלם ד' וה' דהיינו בגנב אחד דווקא משא"כ המקבלין התשלומין שפירשו לא איכפת לן אם הם שניים וגם י"ל דלר' יוחנן דקאמר לקמן ס"ט דלבעלים ראשונים לא צריך קרא דבלא"ה ליכא למימר דשייך להו תשלומין כלל משום דגזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם א"י להקדיש א"כ אי נימא דמשלם ג' וד' לגנב ראשון וראשון משלם כפל לבעלים א"כ הרי אין כאן דו"ה לא לגנב ולא למקבל תשלומין, והי' עולה תימא הנ"ל רק אליבא דרב דלקמן ס"ד דמוקי מתניתן לפני ייאוש ולדידי' עיקר קרא דוגונב מבית האיש לא איצטריך אלא נגד בעלים הראשונים א"כ ה"ה גו"ד ושפיר יש מקום לקושיא הנ"ל אולם כבר כתבנו לחלק ע"כ הג"ה]:

ז ואבל היותר נראה לפענ"ד דבאמת האי דינא וטעמי' הנ"ל דהנוטל מן הגנב ליכא גבי' לאו דלא ל"ת נגד הבעלים הראשונים היינו לפי דקיימ"ל להלכה כר' יוחנן דאמר גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדיש וילף לה מההוא סתימא דאין הגונב אחר הגנב משלם כפל לבעלים הראשונים משום דאינו ברשותו ואין כאן לאו דגניבה כלל נגד בעלים הראשונים, ועיקר מיעוטא דוגונב מבית האיש לא איצטריך אלא נגד הגנב עצמנו (דעבר נגדו על לא תגנוב) אע"ג דכבר נתייאשו הבעלים ואפ"ה לא קנה הכפל משא"כ לרב דס"ל דלאחר ייאוש משלם לגנב ראשון כפל וד' וה' ומשנתינו לא נשנית אלא לפני ייאוש וכמבואר בש"ס שם א"כ ע"כ דעיקר קרא דוגונב מבית האיש לא איצטריך אלא למעט מבעלים הראשונים את הכפל ולא פטור לו ממילא דהא לא גנבו מבעלים הראשונים ש"מ דסבר רב דעדיין שם בעלים הראשונים על הגניבה וברשותי' קאי גם לענין שיחשב הגנב השני כאילו גנבם מביתם ממש ועבר נגדו על ל"ת ולהכי איצטריך קרא לפוטרו מכפל נמצא לפ"ז דהאי דינא תלוי' במחלוקת רב ור' יוחנן ורב דס"ל ייאוש קני ומשלם לגנב ראשון השני כפל וד' וה' ע"כ דלית לי' האי דינא:

ח ולפ"ז יתיישב ג"כ קושיתינו מסוגיא דאילו נערות לפי מ"ש הרשב"א דהא דאמר רבה בפשיטות ויאוש אמר רבנין דניקני. דר"ל מהא דאיכא במשנתינו אין הגונב אחר הגנב

משלם כפל ואוקימנא לפני ייאוש א"כ רבה ע"כ כרב ס"ל ואיתא התם בסוגיא ס"ו. איתבי' אביי לרבה וכתב הרשב"א בחידושיו לאו דאביי פליג על רבה דאביי ע"כ נמי כרבה סובר בהא דייאוש קונה, אלא שרצה להוכיח שהוא רק דרבנן ועיין בש"מ שם, וא"כ לבתר דשנינן ואוקמי בקרבן דחבירו א"כ באמת מצי גם אביי למסבר דמדאורייתא ייאוש קנה וכתב כדמוכח מהש"ס שם אליבא דרב וא"כ ע"כ דלא סבר אביי להאי דינא והתם בסוגייא דאילו נערות אליבא דאביי אזלא, לומר דלאביי פטור משום קלב"ם א"כ לק"מ ועיין היטב

ט וכן מוכח עוד דלא ס"ל לרב כר' יוחנן מהא דאיתא בפרקין ד' ס"ח לאחר ייאוש ר"ל אמר פטור יעו"ש בפירוש רש"י דייאוש גרידא קני כרב ושלו הוא טובח ושלו הוא מוכר ואותיב לי' ר"י לר"ל מההוא דגנב והקדש, ואוקימנא כשהקדישו בעלים ביד גנב וסובר דגזל ולא נתייאשו הבעלים יכולים הבעלים להקדישו וכצנועים ומבואר הוא דהקושיא הלזו עצמה ותירוצה צ"ל גם אליבא דרב וכ"כ התוס' להדיא שם ד' ס"ו ד"ה דתניא, דלרבה ולרב הווי מצי למפריך מההוא דגנב והקדיש כדמ"ש א"כ מוכת דרב ס"ל דיכולים הבעלים להקדיש דבר שהוא ברשותו של גזלן דלא כר"י אבל קשה הא דכתבו התוס' במרובה שם ד' ע' ד"ה אמטלטלין דקיימ"ל כר"י דשניהם אינם יכולים להקדיש כדמשמע בפ"ק דמציעא דפריך מיני' לרב עכ"ל משמע דרב כר' יוחנן ס"ל ואמת שבש"ס שלפנינו שם בפ"ק דב"מ ד' ז' לא נזכר שם רב אלא רב הונא ור' נחמן ולדידי' פריך מני' דר"י ולא לרב ולעולם דרב ס"ל דהגזילה ברשות בעלים היא להקדישה ודלא כר"י, ועיין בש"ס דקדושין נ"ב דלכאורה מוכח התם דרב כר"י ס"ל לעניין גזל ולא נתייאשו הבעלים אלא דמהתם ליכא למשמע מינה דהתם לענין הגזלן איירי שהוא אינו יכול להקדיש ועיין תוס' שם ד"ה והא אמר דעיקר מילתא דר"י לענין הנגזל אשמיעינן אבל לענין הגזלן פשיטא דכמה משניות מוכיחות כן ופשיטא שגם רב סובר לעניין גזלן כן (אבל לעניין הבעלים לא מוכיח מידי) וראי' ברורה לדבריהם מהש"ס מרובה ד' ס"א דפריך מעיקרא אילימא לפני ייאוש מי קדישי איש כי יקדיש כו' ולא הזכיר דברי ר"י כלל דכך הוא פשוט בלאו דר"י אלא לבתר דמזקי בהקדישו בעלים ביד גנב לעניין הבעלים אז הוצריך להזכיר הא דאמר ר"י ולהקשות ממנו דווקא. אבל התוס' שם ד' ע' שכתבו דפריך מיני' לרב בב"מ וכן הוא ברא"ש וכן הועתק בישו"ש, וצריך לומר שגרסתם שם בב"מ רב וכן ראיתי שהוא גרסת הרי"ף שם שגרס אמר רב כל ממון שאינו יכול להוציא בדיינים הקדישו אינו קדוש וכן ראיתי בגרסת הריטב"א הובא בש"ס שם ועלי' פרכינן הא יכול להוציא כו' והא אמר ר"י שניהם אינם יכולים להקדיש ושמע מינה דרב בהא נמי כר"י ס"ל וקשה דלפי הנ"ל

בסוגיא דמאן דס"ל דלאחר יאוש שלו הוא טובח ושלו הוא מוכר ע"כ מוקי ההוא דגנב והקדישו בהקדישו בעלים ביד גנב וס"ל כצנועין ודלא כר"י ומאי פריך מר"י לרב:

י ויש לעיין אם נאמר מכח זה סמוכין לדעת הרמב"ם וסייעתו שפסק כר' יוחנן בפ"ו מערכין ופסק כצנועין בפ"ט ממעשר שני ה' ז' יעו"ש בכ"מ מ"ש בשם הרמב"ן ומ"ש לתרץ ובשלטי גבורים פ"ק דמציעא כתב ג"כ לתרץ באופן אחר ולכל התירוצים קשה דמנ"ל מ"מ לדחות דברי הש"ס בההוא תירוצא דהוא דאמר כצנועין בלי שום הכרח, ולהנ"ל ניחא דיש הוכחה ברורה דע"כ ההוא תירוצא לאו בדרך דווקא איתמר דאל"כ הא רב דאית לי' כר"י לגרסת התוס' והרי"ף והרא"ש והריטב"א ואפ"ה סבר דייאוש כרי קונה וא"כ לדידי' ליכא למימר האי תירוצא וע"כ דיש לתרץ בפנים אחרים, ולכאורה יש לומר עוד דרב הונא דפשיט מני' דרב הוא דס"ל בחולין ד' מ' דאדם אוסר דבר שאינו שלו על ידי מעשה וי"ל דה"ה דיכול להקדיש דבר שאינו שלו ע"י מעשה (וכן כתב הגאון בעל תב"ש ביו"ד סי' ה' אות כ"ב יעו"ש דלא כמ"ד) וא"כ הא איכא לאוקמי ההוא דגנב והקדיש ואח"כ טבח בשעשה מעשה ואם הרביצה בעזרה ושחט בה סימן א' מעשה גדול הוא כמבואר בתוס' חולין מ' ד"ה רבוצה ותשלומי דו"ה לא מחייב עד לבסוף דבעינין וטבחו כולו כמבואר בסוגיא ע"ב אבל פטור מטעם דהקדש הוא כבר משעת שחיטת סי' א' ומשכחת לה נמי מעשה באופן אחר ועיין סוגיא דעכו"ם נ"ד אלא דיש לומר דסוגיא דב"ק שם דמתרץ הוא דאמר כצנועין אתיא אפילו כמ"ד אין אדם אוסר דבר שאינו שלו אפילו ע"י מעשה ויעיין בסוגיא דחולין מ' ודו"ק וכן י"ל הא דלא מוקי נמי בההוא עובדא דמסותא בפ"ק דמציעא שהקדישה ע"י מעשה:

יא ודע דלפי הנ"ל ולפי הגרסא שלפנינו בש"ס דב"מ ד' מ' שם דרב פליג על ר"י יש ליישב שיטת רש"י בחולין ד' מ' במ"ש רש"י שם דאם הגביה בהמת חבירו קנאה בהגבהה ונעשית שלו ויכול לאסרה [ייעו"ש מה שהקשו ע"ז התוס' בד"ה רבוצה] ונאמר אדרבה כיון דקיימ"ל כר"י בהקדש דשניהם אינם יכולין לאסרה מקרא דכי יקדיש ביתו מה ביתו שלו ומה ביתו ברשותו כדאיתא שם במרובה ס"ח וס"ט הרי דיצאה הגזילה מרשות בעלים הראשונים ומשום חומר דע"ז ס"ל דנכנס ברשות הגזלן דלעניין שיכול להתפיסן באיסור ע"ז החמיר משא"כ אליבא דרב דלא יצא עדיין מרשות בעלים הראשונים ואיצטריך קרא למעוטי מכפל ויכולים להקדיש א"כ לא יצא כלל מרשותו רק לאונסין ודאי די"ל דלא קנאה הגזלן וממילא דלא יכול לאסרה א"כ שפיר פריך הש"ס ור"נ ממשנה דהמנסך דהא כל עיקר הך קושיא אליבא דרב היא דס"ל מנסך ממש כמ"ש התוס' עצמו

שם בחולין מ"א ד"ה ת"ש אף אנן נאמר כן בהא דעיקר הך קושיא אליבא דרב דפליג על ר"י ואתי שפיר ודוק:

יב והנה הרמב"ם בפרק ו' מתרומות ה"ו כתב זר שאכל תרומה בזדון כו' ולוקה על אכילה ואינו משלם דמי מה שאכל עכ"ל ולכאורה קשה טובא שהרי מבואר בסוגיא דאילו נערות הנ"ל כל הטורח הזה דשקיל וטרי הש"ס התם למצוא אופן שיבוא חיוב האיסור וחיוב תשלומין יחד ואיך כתב רבינו הדברים לכתוב לוקה ואינו משלם בלי שום פתר דבר וכבר עמד בזה המ"ל שם והניח בקושיא ויש ל"ל למה דאיתא בסוגיא דב"מ הנ"ל דמ"ג דגזל חביתא דחמרא מחבירו מעיקרא שוויא זוזי ולבסוף שיויא ד' תברא או שתי' משלם ד' והכי קיימ"ל אלמא דחיוב תשלומין חשבינין משעה שאכלו או אבדו דאל"כ אמאי משלם ד' וכן משמע מלשון הסמ"ע סי' שס"ב ס"ק י"ט ז"ל ואע"ג דקיימ"ל כל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה מיהו עיקר גזילה נעשה משעה ששתאה או מכרה כו' דהא עד הנה ברשות הנגזל הווי קאי להדרה בעינה מן הדין ועתה קלקלה וגרם שלא החזיר בידו בעין משא"כ כשנשברה מעצמה וכ"כ הפיה"ו בחידושיו לב"ק יעו"ש ד' ס"ה וקשה לכאורה הא באמת קיימ"ל דעיקר חיוב התשלומין אשעת לקיחתו והגבהתו מבית בעלים רמינן וכדפריך הש"ס בפשיטות מדאגבי' קניא וצ"ל דדוקא לענין היתרון מה ששוה עתה יותר משעת הגזילה היא דאמרינן דשעת גזילת היתרון היא בשעת שבירה או שתוי' דוקא אבל לענין שוי' הגזילה שבשעת הגזילה לעולם אדמעיקרא רמינין וכן מורין דברי הראב"ד ז"ל בהדיא הובא בש"מ שם וז"ל מעיקרא גזל מיני' חד זוזי והשתא קא גזל מיני' תלתא זוזי יתירי הלכך שעת הגזילה קרינן בי' עכ"ל:

יג אבל הא קשיא לכאורה דלקמן ד' ל"ד איתא הי' גדי גנוב כו' גנב וטבח בשבת פטור משום קלב"מ וכתב הריטב"א והרא"ה (הובא בש"מ לכתובות שם) בשם רש"י דדוקא כה"ג שגם הטביחה היתה בשבת שיש בה חיוב מיתה הוא דאמרינן דפטורין משום קלב"מ אבל אם טבח בחול אעפ"י שהגניבה היתה בחיוב מיחה בשבת ולא חלה עליו אז חיוב הקרן והכפל כלל ואם אין גניבה אין כלום אפ"ה כיון שטבחו בחול הרי היא כאלו חוזר וגנבו בחול כוין דעד שעתא דטביחה ברשותא דמרי הוי קאי ומתחייב גם אטביחה וכדאיתא במרובה ד' ס"ה ובב"מ מ"ג כי שחי' משלם ד' ועיין שם היטב בש"מ לכתובות ר' ע"ב סוף ע"ג ועמוד ד' והשתא אשכחנא נמי פתרא ולא נצטרך לאוקמי בתחב לו ובכל הנך דוחקא אלא בפשיטות ובאוכלין דלא ממאסי וכגון שגנב האוכלין בחיוב מיתה (כגון בשבת) דבשעת גניבה אכלו חייב מיתה ולא חל עליו חיוב תשלומין ובשעת אכילה הוא דמתחייב היינו שעת בליעה ממש (דאז תו לא חזיין לאהדורי) ואז חלין חיוב

תשלומין וחיוב מיתה בי"ש כאחד ופטור לאביי ועיין שיטת ריצב"א שם דמשעת על ידי דחק עד דלא מצי לאהדורי כלל כאחד חשיב ועיין שיטת ר"ת שבת דשעת דפ"י הדחק כבר נהנה גרונו וחייל חיובא דאיסורא:

יד אמנם יש לתרץ לפי מ"ש הראב"ד בב"מ דף מ"ג דפרכינן שם לרבא דאמר תברא או שתיא משלם ד' ממתניתין דב"ה סברי כשעת הוצאה מבית הבעלים כך הוא משלם לא כשעת שבירה ושתי' ומתרצינין דלענין שבת גזילה אמרי ב"ה דגזלן הוי דשינוי קניא וב"ש סברי נמי שינוי קונה ולכך אם כחשה משלם כשעת הוצאה מבעלים כדקתני ילקה בחסר ויתיר גם ב"ה מודו וביתיר פליגי דב"ש סברי דקנסינן לגזלן דלא קני כך פירש הראב"ד ועל כן אמר ז"ל דאביי דאיתא בריש הגוזל דב"ש סבר שינוי לא קני ע"כ מוקי פלוגתייהו דב"ש וב"ה ביוקר וזול ודלא כרבא, דאי בשבח גזילה פליגי אמאי לוקה בחסר לב"ש אם כחשה הא שינוי לא קני אלא ודאי דלאביי ביוקר וזול פליגי ולבית הלל ס"ל כשעת הוצאה מבית בעלים משלם ולא ס"ל כרבה, ואפילו תברא או שתי' לא משלם אלא זוזי כדמעיקרא קרא דהלכה כב"ה (יעו"ש בש"מ לב"מ ד' צ' ע"ב (שהבק) שם הובאו דברי הראב"ד הללו בפירוש) וא"כ דוודאי לדידן דקיימ"ל כרבא דתברא או שתיא משלם ד' שפיר משכחת לה פיתרא כה"ג הנ"ל וכמ"ש הרא"ה והריטב"א הנ"ל כגון שגנב אוכלי דתרומה בשבת בחיוב מיתה ובאוכלין דלא ממאסו דלא אתי חיוב תשלומין עד שעת הבליעה וליכא חיוב. דמיתה בי"ש לא פטרה ולאביי פטור כנ"ל אלא דלהנ"ל דאביי גופי' ע"כ לית לי' הא דתברא או שתיא משלם ד' א"כ לא שייכי כלל נ"מ זאת אליבא דאביי ולכך הוכרחו בש"ס לומר הנ"מ בתחב לו ובע"י הדחק (דלית בה שו"פ ולא הוכרח הרמב"ם להביא זה ועיין פיה"ו במ"ש לקיים דברי מהרש"ל שם על דברי התוס' ד"ה ר' אשי ודלא כמהרש"א):

טו [**הגה"ה בעיקר** קושיית המשנה למלך על הרמב"ם בזה הי' מקום פשוט לומר דלק"מ עפ"י מ"ש הר"ר בצלאל אשכנזי שם בש"מ לכתובות וז"ל איכא למידק מאי פריך והא בקל יש למצא שיבוא מיתה ותשלומין כאחד כדאיתא בגמרא ויש לומר דמ"ה פריך הכי משום שאין התשלומין שווין דמעיקרא סברין למימר דלרבא משלם דמי תרומה בעלמא כאשר גזלה ולאביי פטור ומתרצינן אין לה כאן תשלומין גמורין ואינו משלם אלא דמי הנאת מיעיו ושזהו שפירשו כו' עכ"ל הנה לפי זה דהש"ס עצמו לא הוצריך לבאר זה אלא משום שאמרו שם בתחילה סתמא לרבא חייב וכלל מונח דהרמב"ם בחיבורו סתם הדברים שלא הוצריך לבאר זה אלא מה שביאורו בגמרא, ועיין פ"כ מה' מכירה הלכה ד' במגדל עוז שם ועוד במ"ע שם פ' כ"א ה"י ובפי' כ"ט ה"ב ובפ"ד משכנים ה"ו ובפ"ק

י"א אמ"א ה"ז ושם פ' י"ג הלכה כ"ד ובפ' י"ב ה"ג ושם פ' ט"ו הלכה י"ג שם הלכה כ"ד בסיף משנה מכל הלין תבין דאין קושיא אם נצטרך לעשות פתרון לדברי רבינו הרמב"ם ואוקימתא לדבריו הסתומים וחתומים אם לא במקום שהש"ס עצמו הוכרח לבאר הפתרון או האיקומתא הלזו ואם מקום לנו לומר מאיזה צד טעם הכריחו של בעל הש"ס לפי הסוגייא דשקיל וטרי בה לא לפי האמת הנה חזר הדבר וכאילו לא נתבאר בש"ס כלל והבן כלל זה כי ברור ע"כ הגה"ה] והנה גם לפי דברינו הנ"ל במקום הדין וטעמו בדין הגוזל מן הגזלן משכחת לה נמי גוונא דבאין כאחד וכנ"ל אלא דהתלמוד הוכרח לאוקימתא דידי' וכאמור למעלה:

טז ובירושלמי ריש פ"ז דתרומות על הא דתנן התם האוכל תרומה מזיד משלם קרן ואינו משלם את החומש ופריך עלה והא קיימ"ל אין אדם לוקה ומשלם ומשני אליבא דר"י הכא בדלא התרו בי' ופריך תו לריש לקיש דס"ל גם חייבי מלקות שוגגין פטורין מן תשלומין מאי איכא למימר ובשלמא מתניתין איכא לאוקמי כר"מ דס"ל לוקה ומשלם קראי מי נימא דר' הכתוב איש כי יאכל קודש כו' ומתוך דע"כ צ"ל דגזירת הכתוב בתרומה דשוגג לחייבו ממון יעו"ש והכי איתא בירושלמי בפרק אלו נערות שם תחילת סוגיין זה והובא בר"ש בתרומות שם ועיין כ"מ פ"ו מתרומות:

וקשיא טובא לכאורה מי הוכרח אותנו לומר דגזירת הכתוב הוא דבתרומה נשתנה הדין מכל שאר חיי"ל שבתורה מדוע לא נימא דקרא דאיש כי יאכל קודש כפשטי' שאכל בעצמו כדרך כל האוכלין ובלא תחיבה ובלא דחק ונמצא דמדאגבי' קניא נתחייב בחלקית לא הוי עד דאכל לי' (ואין לומר דחומש דמחייב קרא דאינו אלא על אכילה מני' היא דדייק דע"כ גזירת הכתוב הוא הא ליתא) דשאני חומש דבמקום קרבן קאי כדאיתא בשבת ד' פ"ט והכי איתא בירושלמי דתרומות שם וסבר רשב"ל שהחומש קרבן וכן יש לדקדק על דמוקי ר"י לצדדין כאן בהתרו בו וכאן בלא התרו בו הא איכא לאוקמי אידי ואידי בשהתרו בו, אלא דהתשלומין על ההגבהה והמלקות על האכילה ועיין בהפלאה בפרק אלו נערות שם הקשה כן ממש על דברי התוס' דהתם והנך רואה דיש להם להתוס' ראי' ברורה מדברי הירושלמי הללו [וכן העירותי על דברי החכם שהעירינו לקושיא הזאת על דברי התוס' הללו זה ימים כבירים] וכן קשה לכאורה על המשנה למלך דתמה על דברי הרמב"ם כתימה על הש"ס דירושלמי הנ"ל שדברי הרמב"ם לקוחים משם ולא עוד דהנך שינוי' דשנינין לעיל על הרמב"ם לא שייכי לתרץ הך דירושלמי כלל וכמובן] שוב מצאתי להרב בעל משנת חכמים בפ"ז דתרומות עמד ע"ד ירושלמי אלו:

יז והנראה לפענ"ד דבאמת על דברי ירושלמי יש לומר בפשיטות על כל מ"ש הרמב"ם פ"ו מתרומות הלכה כ"ד דאוכל תרומה בשוגג כיון שיש בו כזית אעפ"י שאין בו שו"פ חייב לשלם ועיין בכ"מ הטעם מקרא דיאכל קודש משלם משמע כל שיש בו כדי אכילה דהיינו כזית חייב לשלם ושכן איתא בירושלמי יעו"ש וע"כ שפיר י"ל דחייב על פחות משוה פרוטה דלא שייך אלא אשעת אכילה ומקראי דיאכל קודש אאכילה חייבי' רחמנא אבל לחייבי' משעת הגבהה מתורת גזלן כדפריך בש"ס ודאי דלא שייך על פחות משו"פ שאין בו תורת גזל כלל, ועד כאן לא פריך מדאגבי' קני' אלא במידי דשייך בי' עכ"פ חיוב אונסין מיד בשעת הגבהה וכפירש"י שם להדיא מדאגבי' קני' וחייב בתשלומין אפילו תשרף עכ"ל יעיי"ש גם בתוס' ד"ה לא צריכא, ובפחות משו"פ אם תשרף אין ספק שאין עליו חיוב אונסין מתורת גזל ואמאי קא מחייבת לי' אשעת אכילה ואההוא שעתא חיוב מלקות נמי איכא וקשיא לריש לקיש קרא דיאכל קודש דמיירי בפחות משו"פ במאי מוקי לה והוכרח הירושלמי לתרץ אליבא דר"ל דגזירת הכתוב הוא דגלי קרא בשוגג דתרומה לחייבו ממון וזה ברור ונכון:

יח [**הג"ה ומינה** דשייך דין דקם לי' בדרבה מני' אפילו בפחות משו"פ וכבר הוכחנו כן מסוגיא דערובין דף ס"ב בדין ב"נ הנהרג על פחות משו"פ וברש"י ותוס' שם אלא די"ל דשאני התם דלגבי ב"נ חשיב ממון ומנ"ל לגבי' ישראל אולם יש לי ללמוד מדברי הרא"ה בספר החינוך מצוה מ"ח שכתב וז"ל הכאה שיש בה תשלומין של שו"פ משלם ואינו לוקה ואם אין בה תשלומין של שו"פ לוקה ואינו משלם שהלכה הוא אין אדם מת ומשלם וכן אין לוקה ומשלם עכ"ל הנה מבואר להדיא דין קלב"מ בפחות משו"פ ולפי דברינו למעלה מצאנו לזה סמך נכון בירושלמי ועיין בתוס' עכו"ם ד' ע"א ע"כ הגה"ה] ולפי זה ניחא לפרש דברי הירושלמי אבל דברי הרמב"ם שמדבר במזיד ודאי קשה דבמזיד לא שמענו חיובא על פחות משוה פרוטה ועיין בירושלמי פרק כל שעה ובקרבן עדה שם שלפי דבריו שם יש בתרומה ג"כ בפחות מכזית שאין בו שו"פ מגזירה שוה מהקדש שיש בו חיוב השבה אפילו בפחות משו"פ בב"מ ד' נ"ה ואפילו במזיד כמבואר ברמב"ם סוף מעילה דקרא דיאכל קודש בשוגג היא דכתיב:

יט וצ"ל ביישוב דעת הרמב"ם עפ"י מ"ש ליישב קצת דברי הרבינו אפרים התמוהין לפענ"ד הובאו דבריו בשיטה מקובצת לכתובות שם במ"ש וז"ל בזר שאכל תרומה כי' שלא בא עדיין ליד כהן כו' ותנן האוכל תרומה במזיד משלם את הקרן פי' אעפ"י דמדאו' אינו חייב בתשלומין אלא בשוגג דכתיב כו' רבנן הם הקונסים באוכל במזיד עכ"ל ותמי' לי טובא מי איכא למ"ד דמדאורייתא חייב בתשלומי האוכל במזיד נהו ודאי דקרא

בשוגג מדחייב חומש אין חומש אלא בשוגג כדתנן בריש פ"ז דתרומה אבל שלא יתחייב גם קרן לא שמענו ואמינא לכאורה ליישב שדברי רבינו אפרים סובבים ע"פ יסוד דברי התוס' בסוגיא זו לא צריכא דמצי לאהדורי ע"י דחק דאיירי הכא כגון דמעיקרא לא הוי בה אלא שו"פ או מעט יותר ועתה שנתקלקלה קצת אינה שוה פרוטה אלא שקשה ע"ז דא"כ איך יתחייב לשלם דמי הנאת מעיו דהיינו פרוטה שלימה הא לא חסרי כי אם חסר משו"פ וקיימ"ל זה נהנה וזה לא חסר פטור והתוס' תירצו ע"ז די"ל כדאמרינן בב"ק כו' משום הקפה יתרתא או משום שיתרורותא דאישא מחייב לכ"ע בכל הכא נמי משום דשוה כל שהיא מגלגלין עליו את הכל וקשה דילמא שאני התם שעכ"פ יש בו חיוב דשו"פ בשתרותא דאישא וכדומה ומכח שו"פ זו מגלגלין עליו את הכל (ועיין מ"מ פ"ג מגילה ה"ט ובלח"מ שם בהגהת מיימוני שם אות ד' ובח"מ סי' שס"ג ס' ז' ועיין בנ"י שם פריך (בד"צ) שלכאורה דוקא ר"י סבר הך סברא דמשום שתרותא משלם הכל ולא רבנן דקיימ"ל כוותייהו) משא"כ הכא דאפילו הפסד זה של כל שהוא שאין בו שו"פ א"כ אין בו התחלת חיוב כלל שנאמר מכח חיוב זה מגלגלין עלו את הכל (ועיין מהרש"א ומהרמ"ש לפי' הק"ע פ' כל שעה דתרומה אפילו פחות מכזית שאין בו שו"פ חייב לשלם דאיתקש להקדש ובהקדש אין חילוק בין שוגג למזיד כמבואר ברמב"ם פ"י ממעילה יש ליישב קושיא זו שבתרומה חייב לשלם אפילו פחות משו"פ שפיר מגלגלין עליו את הכל עד שלכאורה נראה שדעת מהרש"א ומהרמ"ש דלא כהקרבן עדה בזה וכן דעת רבינו אפרים שהבאתי בפנים לפי הבנתינו בדבר:

כ וע"כ אפשר לומר דהיינו דקשיא לי' לרבינו אפרים ותירץ לנפשי' דשאני הכא בתרומה שיש חיוב גם על פחות משו"פ כמו על פרוטה ושפיר י"ל כיון דסוף סוף חייב הוא לשלם הך כל שהיא שהפסיד מגלגלין עליו אה השאר והיינו דכתיב ותנן האוכל תרומה במזיד משלם את הקרן (כלומר כיון שיש בו שיעור אכילה אעפ"י שאין בו שו"פ דסתמא תנן וע"ז קשיא לי) פי' אעפ"י דמדאורייתא אינו חייב בתשלומין אלא בשוגג (כלומר כיון דבפחות משו"פ מיירי ודאי מדאורייתא לא מוכח חיובא על פחות משו"פ אלא בשוגג דקרא בשגגה כתיב) רבנן הם הקונסים באוכל במזיד ע"כ נמצא לפ"ז למדין לסברא זו שאפילו במזיד האוכל תרומה שיש בה כזית אעפ"י שאין בה שו"פ מדרבנן עכ"פ חייב לשלם:

כא ולפ"ז לא הוי צריך לאוקמי בתחב לו בתוך בית הבליעה, אלא כשאכל במזיד כזית תרומה ואין בו אלא פתות משו"פ דליכא למימר בי' מדאגבי' קני', ונתחייב בתשלומין אפילו ישרף, כגזלן דעלמא שהרי אין כאן דין גזילה על פחות משו"פ, אלא בשעת אכילה

היא דמתחייב (מדרבנן שלא לחלוק בזה בין שוגג למזיד) ושפיר קלב"מ אלא שהתלמוד ניחא לי' למימר נפקותא בשוה פרוטה דחשוב ממון בכל דוכתי ועיין בש"מ שהבאתי למעלה ודו"ק או יש לומר לפי מה שכתבו התוס' בד"ה ולאביי פטור דה"ה דהוי מצי למפריך הכי על משנה דהאוכל תרומת חמץ בפסח לפי מה דמוקי לה כר"נ בן הקנה וצריך לתרץ נמי על כרחך כשתחב לו כמו סוגיא דהכא דשם לא שייך לתרץ כגון שלא הי' בו שו"פ עתה דלא ממחייב בתשלומין אלא כח אכילה דמדקתני במתניתין ופטור מדמי עצים א"כ וודאי איירי שיש בה שו"פ ודו"ק שם:

כב ומעתה אם נייחס סברא זו להרמב"ם אתי נמי שפיר הן שנאמר שהרמב"ם שם בפ"ז מהלכות תרומות מיירי באמת שהתב לו לתוך בית בליעתו כסוגיא הנ"ל ולא הוצרך לבאר זאת וכמ"ש עפ"י דברי, השיטה מקובצת בהג"ה הנ"ל שדבר קל הוא הך פיתרא ואדרבה נתן טעמו למה זה הוצרך הש"ס לבאר זאת, והן אם שנאמר שהרמב"ם ג"כ בפחות משו"פ מיירי וסמך עצמו לכמו שנתרץ דברי הירושלמי שם כך נתרץ דבריו הלקוחין מהירושלמי הנ"ל דלצדדין הוא התרו בו לוקה לא התרו בו משלם וכבר כתבנו הא דהתרו בו דלוקה ואינו משלם לר"י היינו דוקא בפחות משו"פ ושע"כ הוצרך לומר דר"ל גזירת הכתוב היא ויוציא מן הכלל כמבואר למעלה וא"כ לא קכה מידי דכלל ברור וידוע שהרמב"ם בהעתיקו דין מהש"ס בבלי או מירושלמי סומך על כה"ג (ועיין במה שרמזנו למעלה ד') והנה בין כך וכך אם יתיישבו דברי הרמב"ם על יסוד סברא זו אשר ייחסנו לרבינו אפרים דבתרומה שיש בה כזית אעפ"י שאין בה שו"פ יש בה חיוב תשלומין אם אכלה לפי המבואר למעלה בגליון בשם הקרבן עדה בירושלמי פרק כל שעה והרמב"ם פ"י ממעילה דיש חיוב מן התורה בפחות משו"פ בתרומה אין אנו צריכים לסברא זו ולא לייחסה לרבינו הרמב"ם דבלא"ה אתי שפיר כל זה ועיין לקמן בגליון ודוק יוצמח לנו מזה דבר חדש ליישב תמיה רבה אשר נלאו רבים מחכמי ישראל להשיבה והוא מ"ש הרמב"ם בריש הלכות מעילה המועיל בזדון הרי זה לוקה ומשלם וזה היפך מה דקיימ"ל לוקה ואינו משלם וכמ"ש כפירוש בפ"ג מגניבה ובכמה דוכתי:

כג אכן להנ"ל ניחא שדברים ברורים הם דהמועיל בזדון לוקה ומשלם ועל פי יסוד וטעם דברי הש"ס הללו עצמן דמדאגבי' קני' נתחייב במלקות לא הוי עד דאכל לי' (לדעת הרמב"ם וסייעתו ההוברים כדע' הרמב"ם דאין חייב על האיסור עד שיהנה מהקדש ועיין לקמן ביאור דברים אלו ודו"ק) דבשלמא בתרומה משכחת לה שפיר כדמשני הש"ס שתחב לו בתוך בית הבליעה במקום דלא מצי לאהדורי אלא ע"י הדחק דחו לא הוי בי' שו"פ נמצא שאין בו חיוב בתורת גזל משעת הגבהה ואפ"ה כיון שיש עליו חיוב לשלם

הפחות משו"פ זו כשאכלה כדין תרומה מכח חיוב הקטן הזה מגלגלין עליו את הכל וכנ"ל א"כ חיוב המלקות וממון באין בבת אחת (או בכזית שאין בו שו"פ וכאמור למעלה דבהא גרידא משכחת לה נמי דאתיין כהדדי) משא"כ בהקדש דאין מעילה על פחות משו"פ ובשוגג היא דאיתרבי להשבון אע"ג דיש חיוב לשלם באוכל במזיד אפילו פחות משו"פ כמבואר ברמב"ם פ"י ממעילה דבין בשוגג ובין במזיד ניתן להשבון והיא מש"ס דב"מ ד' נ"ה ע"ב אמר קרא אשר חטא מן הקודש ישלם לרבות פחות משו"פ להשבון אבל חומש וקרן ליכא משא"כ בתרומה דכל שיש בו כזית חייב בו חומש אפילו בפחות משו"פ וכן מלקות שבתרומה כזית אעפ"י שאין בו שו"פ אבל בהקדש בפחות משו"פ אין בו מלקות מלאו הכולל דמעילה עד שיפגום ההקדש בשו"פ ואעפ"י שנהנה פרוטה, כיון שהוא לא פגם פרוטה אינו מועיל וכמבואר ברמב"ם שם להדיא א"כ לא משכחת לה ההוא תרוצא של תחב לו חבירו שאמר בש"ס לגבי תרומה ועיין במ"ל ריש מעילה והבן א"כ אין מקים לומר כן ואם ביש בו עדיין אח"כ שו"פ א"כ סוף סוף האי שעתא דלא אהדרה גזלה, ומתחייב במלקות לא הוי עד דבלע (וכמבואר בתוס' ובש"ס שם) ושפיר עבדינן תרוייהו ודו"ק היטב:

כד והנה יש מקום עוד לפרש דברי רבינו אפרים באופן אחר גם בעיקר קושיית התוס' הנ"ל בהא דלא חסרו שו"פ וקיימ"ל זה נהנה וזה לא חסר פטור עיין תוס' ב"ק כ' ד"ה הא איתהנה תירץ אחר והוא דהואיל ונהנה מחמת חסרון שהי' מתחילה והביאו ראי' ממשנה ערוכה דשם ד' י"ט וכן כתבו בהגהת מיימוני בפ"ג מה"ג אות ד' בשם הר' ר' חזקי' וכן משמע עוד בתוס' פ' הגוזל ד' ק"א ד"ה או דילמא ובהרא"ש שם ס"ס כ"ז (עיין חו"מ סי' שצ"א סעיף ח' ובש"כ ס"ב) וצריך עיון על התוס' דכתובות שנדו מדרך זה איך יפרנסו המשנה ערוכה שם ד' י"ט המוכרחת לכאורה סברתם שם ויהי' איך שיהי' מ"מ הדברים הנאמרים למעלה ניתנן להאמר ועיין במשנת חכמים ריש מעילה דבהקדש נמי מיד דאגבי' קני' וחייב לשלם וחיוב מלקות לא הוי עד דאכיל לי' ע"ש:

הלכות גוזל ונגזל

יש לחקור בהא דקיי"ל המוכר שדה לחבירו ונמצאת גזולה והשביחה הלוקח דנוטל הוצאה מבעל השדה והקרן עם שאר השבח נוטל מהגזלן. הקרן ממשעבדי והשבח מבני חרי כ"ד בח"מ שע"ג האי שבחא מותר ללוקח מכח דין אחריות מאיזה זמן מתחיל חיובו לחול על המוכר, אם מיד בשעת המכירה חייל נמי חיוב השבח למפרע, או לאו דחיוב השבח לא חייל עדיין כיון שלא הי' בעולם ולא חייל עד שעה שהשביח, ונ"מ טובא

לדינא, ומהם אם לווה המוכר אחר המכירה וע"פ ואח"כ באו שניהם המלוה והלוקח לגבות חוב שלהם מבנ"ח ואין בבנ"ח רק כדי אחד מהם אם נאמר דחיוב אחריות שבחא למפרע, חייל משעת המכירה הלוקח קודם לגבות, ואם לא חייל עד שעה שהשביח אז המלוה קודם כי זמן הגעת פרעון לא מעלה ולא מוריד לעניין זה כדאיתא בח"מ (ריש ס' ק"ד) דבשני מלוה ע"פ ודאי בהם דין קדימה וכמו שהזכיר הגאון האו"ת להדיא ועיין אורים ס"ק ל' דלא כש"ך שם ס"ק כ"א וסמ"ע ל"א:

ולכאורה יש ללמוד דין זה ממה דאיתא כה"ג בח"מ סי' קט"ו גם בב"ח שטרף שבח מלוקח וחוזר הלוקח על המוכר וקיי"ל נמי דהקרן גבי ממשעבדי והשבח מבנ"ח. אמנם חיוב השבח מצינו בו מחלוקת גדולי האחרונים דלדעת הש"כ שם (ס"ק י"ב) הווי לי' המוכר לווה על השבח מיד בשעת המכירה דמשעת המכירה נתחייב לו המוכר בעד כסף מקנתו בשני דברים בחיוב של גוף הקרקע וחיוב של כל השבח שעתידה לעשות ואע"ג דבקנין קיי"ל דאין אדם מקנה דבר שלא כא לעולם (לענין שיעבוד שאני כמ"ש המפרשים) וע"כ רצה הש"ך לדון מטעם זה שיגבה הלוקח חצי השבח מהשבת גופי' לא על הקרן. אבל דעת הגי"ת הובא בש"כ שם דחיוב השבח לא חייל מיד בשעת המכירה דלדעת הגי"ת לא חשיב השבח כמכור משעת מכירה וע"כ סובר הגי"ת דלא חשיב לווה על השבת משעת מכירה (וכ"כ בכוונתו הגאון בעל נה"מ שם ס"ק ה' ע"ש) וכך נוטים דברי הסמ"ע שם ס"ק ג' הובא בש"ך שם דמכירת השבח היא אח"כ בשבא לעולם קנאו מהלוקח ומכרו לו לא חשיב נמי לווה על השבח אלא מההוא שעתא ומטעם זה רצה הגי"ת לדון דלא יוכל לגבות הלוקח חצי שבח על אחריות גופי' יעו"ש בש"ך וז"ל הגי"ת שם דפשיטא דלא יעלה על הדעת כו' דאם מחזיק בשביל השבח עצמו הווי לי' קנה ואח"כ לווה אלא ודאי פשיט כו', עכ"ל ועיין רמב"ם פרק כ"ו מהלכות מלוה ולווה דין ב' ועיין במ"ל שם הנראה דנ"מ נמי בין הגי"ת והש"ך לענין דין הנ"ל בחקירה לפ"ז הי' אפשר לומר שדין הנ"ל היא מחלוקת בין הש"כ והגדולי תרומה אבל באמת אחרי העיון יש לחלק. בנידן דידן בנמצאת השדה שאינו שלו וטרפה וגזל גם הש"כ אפשר דלא פליג על דעת הגי"ת והסמ"ע בטרפה ב"ח דנמצאת באמת שהמקח הי' מקח גמור ומכירה מוחלטת ואז שפיר צדקו דברי השפתי כהן. שטען ואמר בזה הלשון תדע דהא בגוף הקרקע גופי' אמאי נחשבי' כלוה הא לא הלוה כלום רק נתן לו מעות בעד הקרקע (ר"ל לולי דין האחריות ודאי שאין לו להמוכר שום דין ודברים וידו מסולקת הימנו בכל וכל שהרי באמת יכול הי' למכרה לקרקע דהרי שלו היתה באמת) אלא ודאי כיון שנתחייב עצמו והעמיד גוף הקרקע או תמורת כספה (מכח האחריות) א"כ ה"ל לוה על גוף הקרקע

וא"כ בכה"ג הול"ל נמי לוה על השבח מיד בשעת המכירה עכ"ל הש"כ והא תינח בטרפה בע"ח דעכ"פ היתה מכירה גמורה ואמיתות אבל בנמצאת השדה שאינה שלו. ואיגלאי מילתא למפרע דלא הי' כאן מכר לעולם ונתברר מלתא דהני זוזי גופיהו שנתן בעד הקרקע ודאי דרך הלוואה הווי (וכמ"ש התוס' להדיא בריש ב"מ י"ד ד"ה שיעבוד דמהאי טעמא אפילו לשמואל דסובר אחריות לאוו טעות סופר במקח וממכר דעביד אינש דזבין ארעא ליומא מ"מ במכר לו שדה גזולה גם שמואל מודה דחייב להחזיר לו הדמים, דכיון דאין כאן מקח נמצא דמעות הללו הלואה הם למפרע יעו"ש) וא"כ ה"ה והיא הטעם דגם על השבח יש לומר כן דמשעה שהשביח הקרקע הווי כאילו הלוה לו את השבח משעה זו דוקא (וכדין יורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות והשביחה, דוודאי משעה שהשביחה דווקא חייל חיוב התשלומין שיעור המגיע לו ולא קודם) אבל איך נאמר שיתחיל חיוב החזרת שבח העתיד משעת קנין תיכף ומכח המכירה והלא לא היתה כאן מכירה לעולם ולא הי' בו כח למכור כלל וכלל, וא"כ לכאורה הדברים נתינים להאמר מאוד דכאן בטלה מחלוקות וכ"ע מודו דלא מחשב לוה על השבח אלא משעה שהשביח (אם לא שנצדד לאידך גיסא ונאמר דמ"מ עיקר חיוב דמתחייב המוכר להחזיר גוף הממון שבעד הקרקע היא רק מכח חיוב האחריות שבשטר המכירה או מכח ט"ס דהא לרבא באמת דלית לי' אחריות ט"ס גם בשטר הלואה חדאי, לא גבי ממשעבדי ולשמואל אליבא דר"מ גם מבני חרי לא גבי):

ולפענ"ד יש ליתן לדין זה סמוכים וגם יתבארו הרבה קושיות שהניחו המפורשים בקושיא בסוגיא זו ולכך צריך אני להאריך קצת ויתבררו הדברים בס"ד. גרסינין התם בסוגיא ת"ש לאכילת פירות כיצד כו' גובה את הקרן מנכסים משועבדים ופירות גובה מבני חרי כו' אמר רבא במאי עסקינן, כגון שגזל שדה מלאה פירות כו' ע"כ וקשה אמאי לא משני הש"ס לעולם בלוקח מגזלן אף דיש לו קרקע, דהא קתני גובה מבנ"ח וא"כ ודאי די"ל דהני בני חרי קרקע נינהו ובש"מ הביא בשם הראשונים דנתקשו בזה ותירצו דאם נוקמי ביש לו קרקע א"כ לא יהי' הך בבא דמתניתין דמיא לרישא דמזון י זשה והבנות דלא צריך בהו קרקע דוקא ע"כ והא תינח אקושיא דלעיל משבת, דאכתי לא אסיק אדעתי' לומר הא כדאיתא והא כדאיתא אבל לבתר הכי דמקשה מאכילת פירות דכבר מסיק הא כדאיתא והכ"ד א"כ הדרא קושייא לדוכתי [ונראה דמה"ט לא הספיק להריטב"א תירץ זה, והוצרך לאוקמי ע"כ שאין כאן קרקע יעו"ש ועיין עוד שם בריטב"א דמקני חודו לא קשיא דלוקמי בקנו מידו דא"כ גם השבח ופירות הי' גובה ממשעבדי יעו"ש בחידושי' דף י"ב]. תו קשה השתא דמקשה מפירות למה לו

להש"ס להקשות מברייתא, יקשה ממשנה הערוכה דבשלמא לעיל בשבח הצריך להביא הברייתא להסתייע דבגזלן איירי לא בב"ת אבל השתא דמקשה מפירות דע"כ לא איירי בב"ח, א"כ יותר הי' לו להקשות ממשנה גופא וכבר עמד בזה הגאון מהרמ"ש והניח בקושיא, ותו קשה על הרמב"ם מה שאמר רבא כגון שדה מלאה פירות כו' דמשמע דאם לא היתה מלאה פירות בשעת הגזילה לא מחויב להחזיר אפילו הגזלן גופי' וכן כתב הריטב"א באמת בחידושיו לב"מ דף ל"ג, בד"ה אנא לארעא ע"ש וקשה מזה לשיטת הרמב"ם פ"ט מגזילה ואסור והמחבר סי' שע"ג ובאמת נתקשה בזה הה"מ שם הלכה ת' ולא תירץ כלום [ובהגהת הש"ס החדשים להג' הר"א דהרמב"ם לא גרם תיבת מלאה אילם הרואה בפירוש המשנה ריש הנזקין מבואר שגרסת הרמב"ם הי' ג"כ מלאה, וצ"ל לפי זה שהרמב"ם נזדמנה לו אח"כ בחיבורו גירסא אחרת כדרכו לפעמים אבל מ"מ גם גרסת הרמב"ם במשנה צריך ליישב, שהרי מ"מ מוכח מהש"ס גופא כדעת הרמב"ם וכמ"ש המ"מ שם והמ"מ גופא הסכים לדעת הרמב"ם ולא כתב אפילו בדרך אפשר. כדרכו לפעמים שכותב אפשר דגירסא אחרת היתה לו להרמב"ם וא"כ הקושיא צריך יישוב והתבוננתי על ספרי המפרשים ז"ל ולא ראיתי למי שיישב קושיא זו, ודע שיש ט"ס במ"ש שם בכל הפוסקים וגם בספרי הב"י חדשים גם ישינים כולם העתיקו דברי המ"מ אלו בטעות שם בסי' שע"ג שוב מצאתי דבדרישה ופרישה שם עמד על זה הטעות לתקנו] עוד קשה טובא איך בא רבא לתרץ דברי שמואל והלא איהו גופי' הוא דאותבי' לר"נ ולא סבר כוותי' ול"ל דקיבל מיני' דהא חזינין להדיא דפסק לקמן הלכה דלא כוותי' אלא כרב ול"ל דאליבא דר"נ היא קמתרץ דכל כה"ג לא לישתמיט בש"ס לומר תורגמא רבא אליבא דר"נ ומדלא קאמר הכי שמעינן דלדידי' גופא אצטריך האי תירוצא, ותימא הא איהו כרב פסק וכאמור וכבר נתקשו בזה גדולי הראשונים הובא בש"מ ה"ה הרא"ש והר"מ והרבינו מאיר רצה לחדש מכח קושיא זו דבפירות כיון דניכר בעד מה הוא נוטל מעות לא מחזי כרבית כלל אבל כבר כתבנו בחידושינו כי חולקין עליו בזה כמעט כל חכמי ישראל אבל מה יענו כולם לקושיית הר"מ והרא"ש הלזו שלכאורה מוכרחת כדבריהם. ובקשתי במפרשים ראשונים ואחרונים ולא מצאתי מי שהעיר לתרץ בזה. עוד קשה טובא על הרמב"ם שהביא הך אוקימתא דרבא בפירוש המשנה וכן מוכרחת דעתו דסמיך על ההוא אוקימתא ממ"ש בחיבורו בפ' כ"א ממלוה ותימא הא הך אוקימתות לא צריכא אלא אליבא דשמואל דאמר שבת אין לו, אבל אנן דקיימ"ל כרב דיש לו שבח ליתניהו להני אוקימתת כלל, וכבר נתקשה בזה הלח"מ והניח בקושיא אכן לפענ"ד יש לפנינו דרך נכון בפירוש הסוגיא על פי השאלה שזכרנו, ונאמר דלכאורה ספק זה יש לו

מקום בש"ס גופי' במה שנחלקו רב ושמואל בדין דהמוכר שדה לחבירו ונמצאת שאיני שלו רב אמר יש לי מעות ויש לו שבח. ושמואל אמר שבח אין לו אעפ"י שפירש כו' דמחזי כרבית ובשקנו מידו על השבח גם לשמואל יש לו שבח ופירש"י הטעם דאמאי לא מחזי כרבית בשקנו מידו, וז"ל שקנו מידו על השבת דהוי לי' תחויב משעת המכר קודם שיש שכר המתנת מעות עכ"ל מוכח מזה דלדעת שמואל וודאי אי לא קני מידו לא הווי לי' מחויב על השבח משעת המכר ולהכי סובר דמחזי כשכר המתנת מעות אלא דאנן קיימ"ל כרב דס"ל דלעולם שבת יש לו אפילו בלא קנו מידו:

אבל יש לשאול מאי טעמא דרב אם באמת משום דחולק על סברא זו גופי' וס"ל דאפילו לא קנו מידו חשבינין לי' מחויב על השבח משעה ראשונה. קודם שיש שכר המתנת מעות ונמצא דרב ולשמואל מחולקים בסברה זאת שעמדנו עליה בחקירה והי' נמצא למדין דקיימ"ל כרב ס"ל נמי דלעולם חשבינן לי' מחויב על השבח משעה ראשונה, דלהכי אין בו משום רבית. אלא דקשה לכאורה דא"כ אמאי מודה רב בהכיר בה שאינו שלו דאין לו שבח אפילו פירש עמו משעת המכירה בפירוש אחריות על השבח אפ"ה אין לו וכמ"ש בעל המאור להדיא (דמחזי כנוטל שכר מעותיו כיון דאין לו קרקע ולא קנו מידו דאם יש לו קרקע או קנו מידו גם לרב בהכיר בו אין בו משום רבית וכמבואר שם בבעה"מ) ואי חשיב לי' מחויב משעת המכר תיכף א"כ דמי ממש ללא הכיר דלא מחזי כרבית משום דנתחייב משעת המכר ולא מחזי כרבית כלל. אבל י"ל דוודאי שאני לא הכיר בו שעכ"פ היתה מכירה גמורה לפי דעת הלוקח וכה"ג וודאי שאין בו רבית דאורייתא, וכיון דאית בי' נמי הא למעליותא דרב דס"ל דגם השבח הווי מחויב משעת המכר והכי ס"ל לרב דלא מחזי אפילו כרבית דרבנן דאין כאן שכר המתנת מעות וכן נמי אפילו בהכיר בו רק דקנו מידו על המכירה ועל אחריות השבח אמרינן נמי כיון דיפה כחו לעשות קנין הני זיזיתא לא חשבינן לי' כהלואה אלא כמכירה וכאילו זבין האי היא ארעא ליומא, וכדאמרינן התם בש"ס סבר אנא איחות לארעא ולא עביד ואיכול בגווה כי היכי דהווי קא עביד איהו עד דאתי מרא דארעא, ומה מכר ראשון לשני כל זכות שהי' לו בה [כך נראה לי נכון להסביר סברת בעה"מ ומסולקת לפ"ז טענת הרא"ש בשמעתין מה שטען על הרז"ה בזה ע"ש ודו"ק] וא"כ אין בו משום רבית דאורייתא ודמי ללא הכיר בה שכה"ג יש לו שבת וכן כשיש לו קרקע להגבותו כיון דאין כאן רבית של תורה וגם נתחייב משעה ראשונה גם ריבית דרבנן אין כאן וכאמור. משא"כ בהכיר בה שאינו שלו וכשלא קנו מידו ופירש לו את השבח דניהו דנתחייב לו השבח משעה ראשונה כשהתנה מ"מ אין כת בהא מלתא לחודה (דפירש לו השבת משעת מכר) לסלק מכאן

חשש ריבית אדרבה כיוון דפירש לו את השבח בשעת מכירה מחזי יותר כריבית קציצה של תורה כיון דהכיר בו ולא קני מידו דמחזי הני זוזי כהלואה ממש כמ"ש בעה"מ ע"ש [ותדע לך שכן היא שהרי דעת הרי"ף בתשובה באמת לדינא דהכיר בו שאינו שלו ופירש לו את השבת הווי כריבית קציצה ע"ש ובמ"א הארכנו בזה בס"ד] וכללא היא דלא מהני ההוא סברא דנתחייב משעת המכר לסלק חשש רבית. אלא במקום דאין בו משום חשש רבית של תורה בלאוו הכי וכגון בקנו מידו או שמגבהו קרקע לא מהני ההיא סברא דלא לתחזי כשכר המתנת מעות מדרבנן כיון שנתחייב משעה ראשונה ואם לא כן אדרבה בהכיר בו כיון שנתחייב משעה ראשונה יותר מחזי כרבית ודו"ק או דלמא לאידך גיסא י"ל דלא נחלקו רב ושמואל בגוף הסברא כלל וגם רב מודה דחיוב השכר לא נתחייב עד שעה שהשביח כיון דנמצאת השדה גזולה כנ"ל ולא פליג אלא דסובר דלא גזרו חכמים על אבק ריבית כי האי שהיא דרך זביני ולא הכיר בו שאינו שלו, והי' נמצינו למדין לדינא דכ"ע מודי דחיוב השבת לא חייל על המוכר עד שעה שהשביח.

והנה לכאורה יש להוכיח כצד הא' דהאי סברא תליא בפלוגתי' רו"ש ועל יסוד זה דהובא בפוסקים דהיכא דיש לו לראובן על שמעון שני חובות מלוה על פה, ומלוה על שטר, והוא באופן דיש לשטר קדימה, ויש בנ"ת רק כפי פרעון מלוה אחת אינו יכול לגבות רק מבנ"ת על המצוה בשטר, ולא מהני להקדים ולגבות מבנ"ח על המלוה ע"פ ולחזור אח"כ על הלקוחות, דהלקוחות יאמרו לו הנחנו לך מקום לגבות ואם שהקדמת לגבותם על מלוה ע"פ שאין לה קול ומה לנו אם הפסדת הבנ"ח בידים [וכ"כ הר הריטב"א בחידושיו לב"מ בסוגיא זו דף י"ב ע"ש ודעת הריטב"א היא כהרי"ף וסייעתו דאפילו מלוה ע"פ מוקדמת והשטר מאוחר מ"מ השטר יש לו דין קדימה כך הביא הש"ך בשמו בסי' ק"ד ס"ק כ' ע"ש אבל דעת המחבר בסי' ק"ד ס"ק י"ג בשיטת רבינו האי וסייעתו דאין למלוה בשטר דין קדימה על המע"פ ועל פיהם יבואו דברינו אלה ויע"ש בתומים ס"ק. ובספר נה"מ שם ס"ת ס"ק ד' שכתב שם דגם התוס' בכתובות דף צ' ד"ה ור"מ נמי סברי דהלקוחות יכלו לומר הנחנו לך מקום לגבות בבנ"ח ולא מהני קדימה יעו"ש] ולפ"ז קושיית הש"ס חזקה היא דהכא קשיא לן לשמואל דס"ל דכל זמן שלא קנו מידו לא חשיב המוכר מחויב על השבח משעת המכר ולהכי אין לו שבח משום דמחזי כריבית איך קתני הכי ברייתא דגובה הקרן ממשעבדי והשבח מבנ"ח דניהו נמי דהשתא וודאי איכא לתירוצא ביש לו קרקע (לבתר דאסיק דל"ד רישא דומיא דסיפא) וכדמשמע סתמא דלישנא דגובה הקרן כו' ישבת מבנ"ח אבל מ"מ קשיא לשמואל דס"ל דלא חייל חיוב השבח אלא אח"כ כשבא לעולם. א"כ הרי יש לו להקרן דין קדימה (ודע דיסור ושורש

דברים אלו הם עפ"י דברי הריטב"א בחידושיו בסוגיא זו שדעתו דע"כ פשטא דלישנא גובה וגובה משמע לן השתא דבאיתניהו לקרקעות איירי ולהכי ליכא לפרושי גובה השבח מבנ"ת ר"ל לכשיהי' קרקעות מבנ"ת ובדליכא השתא בנ"ח מיירי יעו"ש היטב) אבל לרב ניחא דאית לי' דחיוב השבח חייל נמי משעה ראשונה א"כ אין להקרן דין קדימה על השבת כלל וכמ"ש המחבר בס' (ק"ד י"ג הנ"ל) ולהכי באמת לדידי' לא מחזי כשכר המתנת מעות כבקנו מידו לשמואל. וא"כ שפיר גובה הבנ"ח על השבת וחוזר אח"כ למשעבדי על הקרן, ובשלמא הא דאוקמי לעיל בב"ת אתי שפיר אפילו ביש לו קרקע דבשעה רק שגבאה ב"ח על חובו שפיר יש לומר כשיטת הש"ך סי' קט"ו ס"ק י"ב הנ"ל דלכ"ע חשוב מחויב על השבח משעת מכירה מיד אבל מאכילת פירות דעל כרחך לא איירי אלא בגזלן קשיא וזה פשוט. ובזה מיושב קושית הגאון מהרמ"ש שהזכרנו דלהנ"ל וודאי מהמשנה לא הווי קשה כלל דאיכא לאוקמי או בשיש בנ"ת שיעור הפירות והקרן או דהשבח גבי מבנ"ח אבל לא שיגבה את"כ הקרן כולו ממשעבדי אך דצריך לנכות כדי השבת, כיון דלא הזכיר במשנה מגביית הקרן כלל, ולעולם דר"ל הא דהווי גבי מבנ"ח היינו אלו הי' שה קרקעות דמתניתין גופא וודאי בדליכא קרקעות בנ"ח איירי דאל"כ תיפוק לי' לי' בלאוו תיקון עולם הא אין נפרעין ממשעבדי במקום שיש בני חרי אלא דאדיוקא דדייקינין הא מבני חרי גבי הוא דמוקמינן שפיר בדיש קרקעות בנ"ח ועיין מ"ש למעלה בשם הריטב"א משא"כ בברייתא דקתני להדיא גובה את השבת כו' וגובה את הקרן ממשעבדי משמע דלא מפסיד מידי (וכ"כ הגאון או"ת ס"ק ו' דהאי לישנא דברייתא משמע דלא מפסד מידי יעו"ש שכ' לעניין אחר) ע"כ שפיר הקשה. וגם זה פשוט וע"ד הזה עצמו, וביותר ביאור לפענ"ד יש ליישב בזה קושיא גדולה העיר עליה הרמב"ן ז"ל בפ' הגוזל עצים במלחמות שם על דעת הפוסקים דהך אוקימתא דבפרק הגוזל דף צ"ה דאסיק דאין הנגזל טורף את השבח אלא בת"ת וידע שקרקע זו גזולה היתה ולקחה אבל אם לא הכיר בה אין הנגזל יכול לטרוף את השבח דבשוגג לא קנים. וכתבו קצת מן הראשונים דהך אוקימתא הלכתא היא וז"ל שם במלחמות אמר הכותב זו א"א להעמידה כהלכה דסוגיין דהתם בפרק שנים אוחזין ליתא הכי דאקשינן ממנה לשמואל דאמר שבח אין לו בהכיר בה, ואי ס"ד בהכיר בה שאינו שלו לכולי עלמא נמי קשייא, דהכיר בה שאינו שלו ולקחה לכ"ע אין לו שבח, ואי בכדי הוצאה לשמואל נמי קשיא דלאו שכר מעותיו היא כו' [ובזה נדחה נמי מ"ש הרב הפ"י בסוגיא דשבת ט"ו בתוס' ד"ה מעות יש לו די"ל בשקנו מידו או שיש כאן קרקע יעו"ש דא"כ לשמואל נמי לא קשיא וכמ"ש הרמב"ן ודו"ק ויעו"ש עוד בפ"י מ"ש דלשיטת הרמב"ן וסייעתו קשה תמיהת

התוס' וכתב לתרץ בדיבור הקדום וע"ש וקצת תימא דאכתי הרמב"ן עצמו במלחמות הנ"ל מבאר יותר תירץ לקושיא זו יעו"ש ודו"ק] אלא וודאי כו' (דסוגייא דשנים אוחזין מוכחת דאוקימתא התם לא הלכתא היא):

אכן יש לקיים שיטת הפוסקים הנ"ל אם נאמר כצד הא' הנ"ל דרו"ש פליגי בסברא הנ"ל ויהי' מסוגייא זו אדרבא ראי' נכונה לשיטתם [אמנם נרחיב הביאור קצת דלכאורה קשה דאי כצד הא' הנזכר דהיינו טעמא] ונאמר דוודאי איכא למימר דההוא אוקימתא הילכתי' הוא ושפיר ידע ג"כ הש"ס הכא בב' אוחזין, דההוא מתניתין דאכילת פירות וכן שבת קרקעות לפי מאי דס"ד דבלוקח מגזלן איירי א"כ ע"כ דמיירי בהכיר בה שאינו שלו דאי לא הכיר בה לא קנסינן לי' להלוקח שיוכל הנגזל לטרוף את השבת וכדאסיקנא התם בהגוזל. וכיון דהכיר בה שאינו שלו אסיקנא א"כ קשה תמיהת התוס' הכא בסוגייא דף ט"ו בד"ה מעות הא בהכיר לכ"ע אין לו שבת ואיך קתני גובה מבנ"ת וצריך לתרץ תירץ התוס' דמתניתין מיירי בשקיבל עליו אחריות והא דלא מחזי כרבית כגון שיש לו קרקע [כ"כ הפ"י בכוונתם יעו"ש שכתב עוד כגון שקנו מידו אבל כבר כתבנו דברינו על פשיטת הריטב"א דבקנו מידו ליכא לאוקמי דא"כ גם גובה ממשעבדי] א"כ נמצא למדין לפי דרך זה דהי' לו להש"ס ראי' גמורה וברורה דעל כרחך מתניתן בשיש לו קרקע עסקינן, וא"כ דמהאי טעמא לרב לא קשה מידי דאע"ג דבהכיר בה מיירי מ"מ כיון דאית לי' קרקע להגבות לא מחזי כריבית כמ"ש בעה"מ ואתי נמי שפיר לרב דלא יכלו לקוחות למטען הנחנו לך מקום לגבות מבנ"ת על הקרן דלרב דאית לי' דגם השבת נתחייב משעה ראשונה א"כ א"ש דאין לו לקרן דין קדימה על השבת ושפיר מה שגבה על השבת גבה אבל לשמואל דאית לי' דכל זמן דלא קנו מידו לא חייל חיובא משעת המכירה א"כ קשה לימא הלקוחות הלמ"ל על הקרן שיש לו דין קדימה [דאין לתרץ השתא כתירץ הריטב"א דמיירי דהני בנ"ח מטלטלי נינהו דלא מצי למימר הנחתי לך מקום לגבות בשקדם וגבה מטלטלי על השבת דהא כיון דבהכיר בה לכ"ע מחזי כריבית אי לית כאן קרקע וכנ"ל] ומתרץ הש"ס לא בב"ח ובב"ת גם שמואל מודה כיון דקרקע יש לו נתחייב בשעת מכירה בקרן ושבח וכמ"ש הש"ך שם קט"ו ס"ק י"ב הנזכר ואפילו לדעת הגי"ת וסייעתו נמי ניחא דבב"ת אין צריך לאוקמי ביש קרקע דלא שייך בו רבית כדאמר בש"ס וא"כ יש לתרץ דהני בני חרי מטלטלי הם ולא מצי הלקוחות למטען הלמ"ל וכתירץ הריטב"א] ולהכי הדר ואקשו הש"ס מאכילת פירות דליכא לאוקמי בב"ח וא"כ הדרא קושיא לדוכתי' לשמואל ע"ד שכתבנו ולרב ניחא נמצא אדרבה סוגיין זו מתפרשת יפה כאוקמתת הש"ס בפרק הגוזל וזה ברור ונכון (אם כי בעה"מ עצמו בשיטה זו לא דרך

בזו הדרך מ"מ הדברים נכונים ליישב דברי הפוסקים כאוקימתא דהתם ודוק) ואם כנים דברינו הנאמרים דיסוד שקליא וטריא הלזו סובבת על זה דשמואל להכי מחזי כריבית משום דלא חשיב לי' לוה על השבת משעה ראשונה אלא אח"כ משעה שהשביח ולרב דלא גזר כאן משום ריבית היינו משום דלדידי' חשיב לו באמת לוה על השבח משעת מכירה מידו ושפיר ידע הש"ס דעל כרחך ביש קרקע עסקינן אלא דיסוד קושיא של הש"ס כאן הוא לשמואל דלימא להו הלקוחות לב"ח הנחנו לך מקום לגבות:

הנה נרוויח בזה ללמוד מכאן דין מחודש לא הזכירוהו הפוסקים והוא מי שגזל שדה מחבירו וחפר בה בורות שיחין ומערות שחייב בתשלומי הקרקע האי חיובא מאיזה זמן חייל, דבכל הגזילות קיימ"ל וודאי דחל עליו חיוב התשלומין מעיקרא בשעת הגזילה וכדקיימ"ל נמי ב"מ מ"ג לעניין אי מעיקרא שווי' ג' והשתא שוי' זוזי דכדמעיקרא משלם, והכי איפסקא הילכותא בח"מ סי' רצ"ב ונשנה עוד בהלכות גזילות סי' שס"ב יעו"ש איך נדון בקרקע דכי האי גוונא מי נימא דשאני מטלטלין כיון דעכ"פ קנינהו גזלן לענין אונסין דהווי ברשותו משעת גזילה וכדאמרינן בסנהדרין דף ע"ב אוקימנא רחמנא ברשותי' לענין אונסין וע"ש והכי אמרינן נמי בפרק אלו נערות מדאגבי' קניא ופירש"י וחייב באונסין אפילו תשרף ע"כ יעו"ש ומוכח שם דמכת הקנין הזה שיש לו לגזלן בגזילתו מיד בשעת גזילה להתחייב באונסין להכי נחשב חיוב התשלומין עליו מיד בשעת הגזילה משא"כ בקרקע דקיימ"ל קרקע אינה נגזלת ואפילו נשרפה או שטפה נהר אומר לו הרי שלך לפניך נמצאת כל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא גם לענין אונסין א"כ בהאי שעתא דחפר בה בורות שיחין ומערות היא דגזלה מן הנגזל ומשלם זוזי כהשתא כהווי שווה בשעת חפירה ולא כדמעיקרא או דלמא כיון דגם במטלטלים גופייהו אמרינן כל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא כדאמרינן בש"ס ב"מ מ"ג היכא דמעיקרא שוויא זוזי ולבסוף ד' ותברה בידים דמשלם, כהשתא (כדאמרינן שם ב' בגמרא) יעו"ש בפירש"י הטעם דכל היכא דאיתא כו' ואפ"ה אי מעיקרא שוויא ד' חשבינין לו נמי כגזלן משעה ראשונה ומשלם ד' זוזי, ועוד דגם בקרקע מצינו אופנים דחייב הגזלן באונסין מיד בשעה ראשונה וכגון באונסין הבאין מחמתו וכדאיתא ג"כ ברמב"ם ריש פ"ט מנגזל והטור בס' שע"א וא"כ אפשר דשייך נמי לומר דמיד דגזלו קניא לחיוב תשלומין:

הגה"ה וז"ל הטור בח"מ סי' שע"א בשם תשובת הרא"ש ג' עבירות כו' אבל קרקע נתמעטה מדין גזל לפיכך אם גזל קרקע אין כאן לא תגזול דברשות בעלים הם עומדין כו' אבל אם אכל פירות עובר משום לא תגזול, עכ"ל ומיהו ממה שכתב שם הרא"ש אם גזל שדה ולא חרשה ולא זרעה, בית ולא נשתמש בו אין כאן לא תגזול עכ"ל משמע

הא זרע או חרש אעפ"י שלא אכל פירות עובר בלא תגזול עכ"ל וא"כ יש לומר דמ"ש אח"כ הרא"ש אם אכל פירות עובר בלא הגזול ר"ל אעפ"י שלא זרע ולא עשה שום חזקה, כנלפענ"ד פשוט בכוונת הרא"ש ושזה שיטת הב"ח סי' שע"ו ודלא כסמ"ע ודרישה שם ודוק [הנה הפרישה סמך יסודתו מהא דכתב הטור בגזל שדה כו' אבל אם אכל פירות עובר בלא תגזול עכ"ל והוכיח מזה דעל כרחך דעת הטור דלא כהריב"ם דכתב דמסיג גבול קרקע עובר גם בלא תגזול, ואני חמה מה יענה הפרישה לדברי הרמב"ם בפ"א מגזילה שכתב בפירוש וז"ל אי זהו גוזל כו' שירד לתוך שדהו ואכל פירותיו וכל כיוצא בזה הוא גוזל עכ"ל והלא דעת הרמב"ם מפורש בפ"ז מגניבה דקרקע אפילו לא אכל פירות עובר בלא תגזול וכמפרש בספרים, אלא ודאי כוונתו כמו שכתבתי בכוונת הטור וזה ברור ודוק ע"כ הג"ה]:

והנה לשון הרמב"ם והטור ומחבר בסי' שע"א כך הוא הפסידה הגזלן כגון שתפר בה בורות שיחין ומערות או הרס הבנינים חייב להעמיד לו בית או שדה כמו שהיתה בשעת הגזילה או ישלם דמיו ע"כ, ולכאורה יפול ספק עצום בכוונת דבריהם אלו, במ"ש או ישלם דמיו שאם נאמר דהאי ישלם דמיו נמי אשעת הגזילה קאי וקשה לפי זה איך סתמו במילתא דפסיקא דלעולם משלם כשעת הגזילה דהא וודאי אי אפשר שהרי אם מעיקרא שויא זוזי ולבסוף שויא ד' בשעה שקלקל וחפר בה בורות שיחין ומערות בידים ודאי כדהשתא משלם דלא גרע בזה ממטלטלים דקיימ"ל תברה או שתי' משלם ד' וכ"כ הריטב"א להדיא בחידושיו לב"מ דף י"ב ע"ד וז"ל שם (בשם הראב"ד) ונפקא לן מהאי דאמר רבא לקמן דף מ"ג האי מאן דגזל חביתא כו' ולבסוף שויא ד' דיוקרא וזולא הוי דנגזל אבל בגזילת קרקע כו' אפילו הבא מחמת הוצאה דנגזל הוי עכ"ל הרי להדיא דילפינן מההוא מימרא דרבא גם לענין קרקע אלא דבקרקע עדיף עוד כח הנגזל דאפילו יוקרא הבא מחמת הוצאה דנגזל הוי וזה פשוט ואפילו חזר והוזל בשעת החזרה לית לן בה דלא אזלינין אלא לבתר שעה שהפסידה בידים וכך מבואר בב"י סי' רצ"ב להדיא בשם תשובת הרא"ש כלל כ"ד יעו"ש:

ובשלמא מ"ש חייב להעמיד לו בית או שדה כמו שהיתה בשעת הגזילה ניחא כה"ג שהרי הבית הזה שוה עכשיו ד' זוזי כשעת שבירה וחזרה ואם נאמר שכוונתם היא באופן דמעיקרא שויא ד' זוזי ובשעת שבירה וחזרה שוי' זוזי א"כ יקשה להיפך תינח הא דמשלם דמים כלומר כשעת הגזילה [כצד הב' הנ"ל] אבל איך נאמר שיעמיד לו בית או שדה אחר כמו שהיתה בשעת הגזילה והא בית או שדה כזה לא שוה עכשיו אלא דינר ואטו מגרע גרע קרקע ממטלטלין דקיי"ל בחביתא דחמרא דמשלם ד' כדמעיקרא ואינו

יכול לסלקו בחביתא דחמרא כמו שלקח אצלו ואומר לו הרי שלך לפניך אלא משלם ד' אבל אם נפרש דהאי ישלם דמיו לא קאי אשעת גזילה יש כאן מקום בפשיטות לפרש כגון דמעיקרא שוי' זוזי ובשעת שבירה ד' ויהי' דבריהם בכיון שלא כתבו בשעת הגזילה אלא אחזרת בית ושדה דוקא ולא אדמים, אבל להיפך אי מעיקרא שוי' ד' ובשעת שבירה והפסד שווי' זוזי חזר הספק למקומו או יש לומר בפשיטות דהפוסקים הללו לא דיברו כאן מיוקרא וזולא שבין שעת הגזילה לשעת השבירה והפסד ומיירי שלא נשתנה כלל שעת הגזילה משעה ראשונה עד שעת שבירה והפסד אלא באם הוזל אח"כ קודם החזרה ועל זה אמרו דמשלם שעת הגזילה בין דמים ובין בית או שדה לאפוקי משעת של עכשיו שהוא שעת החזרה דלא אזלינן בזה בתר שעת החזרה וכמ"ש בשם ב"י בשם תשובת הרא"ש הנזכרת והספק חוזר לאיתנו:

ויש לפרש עוד ולומר כצד הא' הנ"ל דבקרקע לעולם לא אזלינן אלא בתר שעת חפירה וקילקול שאז עיקר שעת הגזילה וכנ"ל בשם תשובת הרא"ש דלא עבר כלל על לאו דלא תגזול אלא בשעת חפירה וקילקול ולהכי היכא דלבסוף שוי' זוזי לא משלם אלא חד זוזי וא' יבואו דברי הרמב"ם והטור והמחבר כפשטן וכסתמן אף ענין יוקרא וזולא בין לקולא בין לחומרא אלא דשעת הגזילה שכתבו ירצה לומר דהיינו שעת חפירה וקילקול בידים דאז היא עיקר שעת הגזילה בשעה שהוא עובר על לא תגזול וכתשובת הרא"ש הנ"ל וז"ל הטור העתיקו הרמ"א בסי' שע"א וכשם שהקרקע בחזקת הנגזל שיכול לומר הרי שלך לפניך כן הוא ברשותו לטובתו דאע"ג דגבי מטלטלים כו' אינו משלם אלא כשעת הגזילה גבי קרקע אינו כן כו' עכ"ל והיא מש"ס דב"מ ועיין ב"י מוכח לכאורה דהאי דקיימ"ל קרקע במזקת נגזל קיימא דוחה להאי כלל דכל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה לענין דצריך לשלם לו דמי תשמישו ובזה יש לפרש נמי לשון הטור קודם לזה שחה שכתב חייב להעמיד כו' כמו שהיתה בשעת הגזילה ר"ל לאפוקי דמי תשמישו או מניעת רווח אין כאן כיון שהוא עצמו לא השתמש ולא הרויח אך קלקל וצ"ע לדינא:

אמנם לפי עניות דעתי יש לפשוט דין זה מש"ס ולהוכיח כצד ב' הנ"ל דלעולם עיקר חיוב הגזלן הוי בשעה שגזל ונוסיף טעם לפי מה שכתב הראב"ד בש"מ שם דהא דמשלם ד' אע"ג דמעיקרא לא שויא אלא זוזי היינו משום דלעולם בשעת הגזילה רמו עליהו חיוב תשלומין אע"ג דברשותא דמרא קאי אלא באם שוה אח"כ יותר מזוזי חשבינן לי' כאילו גזל עוד הפעם מה ששוה עכשיו יותר משעת שבירה ושתי' כיון דברשותא דמרא קאי וניהו נמי דקרקע נמי לא עבר עדיין על לא תגזול כל זמן שלא חפר וקלקל מ"מ כשחפר וקלקל אח"כ יש לומר דמתחייב על הקרקע משעה ראשונה וכעין מ"ש

המפרשים בלאו דלא תבוא אל ביתו לעבוט עבוטו אע"ג דכל זמן שהמשכון קיים ליכא עליו חיוב מלקות שהרי יכול להחזירו מ"מ כששרף אח"כ את המשכון אגלאי מלתא למפרע דלקי על האי שעתא דלקח המשכון ולכן לוקה ומשלם כמ"ש המ"מ פ"ג מהלכות מלוה ותומים ס' צ"ז ע"ש ודו"ק כי יש לחלק, אלא דבלאו הכי לפמ"ש למעלה דמוכח מדברי הרא"ש דה"ה בקרקע עובר מיד בלא תגזול אם זרע או חרש קצת בשדה והיינו דומיא דנשתמש בתוך הבית דהוי כמו חזקה קצת דמהאי שעתא עבר על לאו דלא תגזול וזה מוכח מדברי הרא"ש שהביא הטור סוף סימן שע"א ע"ש, וע"ש בדרישה ופרישה דמשמע להו שלהרא"ש אפילו חרש או זרע עדיין לא עבר על לא תגזול אלא מדרבנן אבל לרעת הרמב"ם משמע דעובר מיד בלאו דלא תגזול ועיין עוד בדרישה ופרישה סי' שע"א ובסמ"ע שם ס"ק ב', והב"ח שם השוה דעת הרמב"ם לדעת הטור והרא"ש דכולהו סברי דעובר על לא תגזול ע"ש ועיין בספר תורת חיים ב"מ דף ס"א בד"ה אלא לאו דגזל וכו' דפשיטא לי' שבקרקע עובר על לאו דלא הגזול כמו במטלטלין שכן מוכח ברמב"ם פ"ז מהלכות גניבה וברש"י פ' שופטים אך מה שהשיג שם על התוס' תמוה דאטו גברא אגברא קא רמי הלא בתשובת הרא"ש ג"כ מבואר להדיא דקרקע נתמעט מגזל ואין ספק שחולק על רש"י ורמב"ם בזה ויותר הי' לו להסתייע מדברי הספרי שמבואר שם להדיא כדברי הרמב"ם ורש"י:

אך לפי עניית דעתי דגם מהספרי אין השגה עליהם. וי"ל דסתם ספרי ר"ש אליבא דר"ע כש"ס סנהדרין פ"ו דדריש ריבה ומיעט בפרק ב' דשבועות וריבה קרקעות ג"כ לגזל כש"ס בבא קתא קי"ז ועיין ב"ת שע"א אות ט' וא"כ ודאי יש לומר דה"ה חיוב תשלומין רמי עלי' מהאי שעתא ובזה נסתלק ג"כ תמיהת המשנה למלך ריש פ"ד מה' מלוה מהך דספרי אבל מדברי התוס' ריש פרק מרובה שהביא שם ודאי מוכת. ולפ"ז אתי שפיר מה שנתקשו המחברים דלמה לי' להש"ס לאוקמי בשגזל שדה מליאה פירות דווקא והלא כשגזלו אח"כ פירות ג"כ חייב לשלם לדעת הרמב"ם כנ"ל אבל י"ל דמכאן מוכת כצד הב' הנ"ל דחיוב תשלומין חל ג"כ בקרקע משעת הגזילה ועכ"פ משעת חרישה וזריעה ולהכי אי הוי מוקמינן כשגזלו פירות אח"כ יקשה איך קאמר התנא גובה את הקרן מנכסים משועבדים ופירות מבנ"ח והא לפי האמת יש לו לקרן דין קדימה שהקרן נתחייב מיד בשעת מרישה ועל הפירות ודאי דלא התחיל חיובא קודם שבאו לעולם וא"כ לימא לי' הנחתי לך מקום לגבות מבנ"ח על הקרן, או יגבה ממשעבדי שיעור הפירות שגבה מבנ"מ ואיך קתני גובה את הקרן וגובה את הפירות ולהכי שפיר הוצרך לאוקמי כגון שהית שדה מלאה פירות מיד בשעת הגזילה ולכך שפיר גובה וגובה כו':

ולפי דברים האלה מצאנו יישוב נכון לדברי הרמב"ם בהא דהביא הך אוקימתא דרבא בפירוש המשנה ובחיבורו פרק כ"א ממלוה, ותמהו עליו דהא הך אוקימתא לא ניצריכא אלא לשמואל דס"ל שבח אין לו, ולמה דקיימ"ל כרב דיש לו שבח לתניהו להנך אוקמתת כלל. אבל להנ"ל י"ל אדרבה הרמב"ם עצמו נתקשה הקושיא זו על הש"ס גופי' דאיך בא רבא לתרץ ולאוקמי בהך אוקימתא והא רבא גופי' פסק דלא כשמואל וכבר עמד בזה הר"מ הובא בש"מ ע"ש שתירוצו היא נגד דעת כל המפרשים לכן בחר לו הרמב"ם לתרץ קושיא זו באופן אחר וס"ל דע"כ רבא חולק על סברת המקשן הנ"ל שסובר דלרב באמת נחחייב על השבח מיד בשעה ראשונה ע"ז פליג רבא וס"ל דלא נחלקו רב ושמואל בדבר זה כלל וכצד ב' הנ"ל דגם רב ס"ל דלא חשבינן לי' לחיוב השבח עד שעה שהשביח [אם לא בשקנו מידו דאז דוקא חשבינן חיוב השבח משעת המכר כפרש"י] רק דס"ל דלא גזרו רבנן כאן שהוא דרך זביני ולא הכיר בו וע"כ שפיר ס"ל לרבא דכל מה שהקשה המקשה לשמואל, לרב ג"כ קשה כל הך קושיא כיון שגם רב סובר דחיוב השבח לא חל אלא משעה שהשביח וכשמואל בזה, וא"כ אי מוקי לה בלוקח מגזלן יקשה ג"כ איך קתני גובה וכו' ושבח מבנ"ח לימא לי' הנחנו לך מקום לגבות מבנ"ח ולכך שפיר הוצרך רבא גופי' לתרץ ולאוקמי בהך אוקימתא אע"ג דהוא גופי' כרב ס"ל ולכן העתיק הרמב"ם ג"כ אוקימתא זו להלכה ודוק אמנם סוגיא דפרק הגוזל עצים הנ"ל דמוקי בת"ח דידע ובאית לי' קרקע ולפי דברינו הנ"ל צ"ל דאזלא הך סוגיא כסברת המקשה דהכא דלרב ניחא דאין לקרן דין קדימה והא דדחי דלמא בת"ח וידע כלומר ואליבא דהלכתי' דכרב קיימ"ל ונמצא לפ"ז לא יהי' הך דחויא לפי האמת וכמ"ש הרמב"ן, או דבההוא דחויא ס"ל דבהכיר בו שאינו שלו רק שקיבל בפירוש אחריות, אין בו משום ריבית כלל וכשיטת הראב"ד באמת אלא דלא קיימ"ל הכי או דסברי דבקנו מידו ואפ"ה לא גבי שבח ממשעבדי (וכשיטת התוספ' והריטב"א סובר כן באמת) ולא קיימ"ל הכי לדעת הריטב"א והוי יודע דמכל מה שכתב היא דחויא לדברי הריטב"א הללו דבקנו מידו אפילו שבח גבי ממשעבדי, ודע עוד שיסוד כל הדברים הנזכרים סובבים על שיטת רש"י שמוכחת דעתו דפעילת יש לו קרקע חלוקה היא מפעולת קנו מידו דקנו מידו פעילתו לענין שנתחייב שבת משעה ראשונה ופעולת הקרקע אינו רק דכה"ג כיון שאינו נותן לו מעות מיד ליד שם היא דרך זביני לא גזרו רבנן דלא כקצת מפורשים הובא בש"מ דפעילות הקרקע ג"כ לענין שלהחייב משעה ראשונה דלא כן דעת רש"י ופירוש רש"י הובא גם בסמ"ע ח"מ סי' שע"ג ודו"ק:

יש לחקור לפי מה דאסיקנא דטעמא דשמואל משום דמחזי כריבית ורב דפליג וסובר דהכא לא מחזי כריבית כלל ואפילו אבק ריבית אין כאן כמ"ש הראשונים ועיין בש"מ מי נימא דעד כאן לא פליג שמואל אלא בפירש לו את השבת ומטעם דאז שייך קצת לדמותו לריבית שאסרה תורה במה שקוצץ לו ליתן יתר על מה שנתן לו, אבל בלא פירש דבריבית גמור לא אסרתו תורה בלא פירש מתחילה בשעת הלואה כדקיימ"ל ביו"ד סי' ק"ס וקס"ו א"כ יש לומר דכה"ג גם שמואל מודה דאין כאן ריבית ולפי זה יהי' שני צדדי האי בעיא שוין דלצד הא' טעמא דשמואל דוקא משום דלא פירש הא פירש יש לו או דלמא כיון דשמואל סתמא קאמר משום ריבית דרבנן שאסר אפילו בלא קצץ א"כ גם בלא פירש אסור ומהא דאמר ר"נ אמר שמואל אעפ"י שפירש לו את השבח אין לו, ליכא להוכיח הכא דבלא פירש כ"ש שאין לו דהא ליתא דמהכא לא מוכת מידי דוודאי לשמואל גופי' לא פירש גרע טפי ולא מבעי לדעת הראב"ד (הובא בריטב"א ובש"מ לב"מ) דלשמואל אחריות לאו ט"ס היא אפילו בטורפה נגזל (ודלא כהתוס' לעיל בד"ה שעבוד יעו"ש) אבל אפילו לדעת התוס' והרמב"ם וסייעתם דסברי דגם לשמואל בטרף נגזל אחריות טעות סופר היינו דוקא על הקרן דכתיב בשטר אחריות הקרן אז אמרינן אחריות טע"ס לענין שבת וסברת הראב"ד יש להסביר בפשיטות דסובר כיון דר' מאיר לית לי' כלל דסברא דאחריות ט"ס לאפוקי ממון וניהו דלחכמים אלימא האי סברא דט"ס לאפוקי ממון מ"מ דייך שתועיל סברא זו לחד דרגא, והיינו בלא הזכיר בו אחריות כלל אמרינן ט"ס לענין הקרן לחוד ואם הוזכיר בו אחריות היכן אז אמרינן שוב אט"ס לענין שבח, אבל שתועיל סברא זו לשני דברים לקרן ולשבת ס"ל להראב"ד. דגם חכמים מודים דלא מהני וסברא כזו מצינו בכמה דוכתי בש"ס [ועיין בלח"מ הובא בש"ך סי' פ"א סוף ס"ק צ"ד והנה סברת החולקים על הראב"ד דסברי דלגמרי קיימ"ל אחריות ט"ס היא גם בלא כתב בו שום דבר י"ל דעד כאן לא פליגי אלא לדידן דקיימ"ל שאין חילוק בין שטרי הלואה לשטרי מקח, ולעולם אמרינן אחריות ט"ס והכי נמי סברי הנך פוסקים דלא מחלקינין בזה בין חד דרגי לתרי דרגא אבל לשמואל דס"ל לחלק בין שטרי מקח לשטרי הלואה י"ל דכ"ע מודה דאליבא דשמואל במקום שסובר אחריות ט"ס היא דהיינו בטרפו נגזל דלהתוס' והרמב"ם גם לשמואל אחריות ע"ס בהאי גוונא לדידי' שפיר י"ל דמחלק נמי וסבר דלא מהני אלא לחד דרגי וכגון דלא הוזכר בו כלום מהני לענין קרן ובהוזכר בו אחריות הקרן מהני שוב לשבת וא"כ אתי נמי שפיר הא דאמר שמואל אעפ"י שפירש לו דר"ל דלא מבעי לא פירש לו כלום דאו מדינא אין לו שבת כנ"ל דלא מהני הט"ס אלא

לענין קרן אלא אפילו פירש לו השבת בפירוש דמדינא ודאי אית לי' אפילו למ"ד לאו ט"ס מ"מ אין לו שבת משום דמחזי כריבית וזה פשוט:

ודע דיש לומר עוד כיון דמצינו איזה צד דיש מעלה לאחר מן הנושאים קתני אעפ"י הגס שבאמת גרע טפי עיין ש"ך סי' פ"א ס"ק כ"א שם כה"ג להדיא:

והדרן להנ"ל דא"כ יש ספק לשמואל גופי' י"ל דיש ט"ס גם על השבת אם פירש לו את הקרן דאפשר דכה"ג ס"ל דלא מחזי כריבית וניהו דאנן לא קיימ"ל כשמואל מ"מ נ"מ גם לדידן דקיימ"ל כרב דיש לו שבת לפמ"ש הפוסקים דאפילו לרב אם הכיר בו שאיני שלו ולקחה אין לו שבת אפילו פירש משום דמחזי כריבית וכמ"ש בת"מ שע"ג א"כ יש נ"מ בלא פירש לו את השבת והמוכר מודה שע"מ כן מכר לו ומתחייב עצמו על פי הודאתו להחזיר את השבת אם נאמר דגם בלא פירש מחזי כריבית, ואסור ללוקח לקבל הימנו, אבל אם נאמר דלשמואל גופי' בלא פירש אין בו משום ריבית א"כ ממילא לדידן נמי מותר לקבלו ולא מבעי לדעת הרז"ה והרשב"א דסברי דביש לו קרקע או קנו מידו גם בהכיר בו שאינו שלו יש לו שבת א"כ ודאי יש להסתפק ולומר דה"ה בלא פירש וכנ"ל אלא אפילו לדעת הרא"ש והרמב"ם וסייעתו דבהכיר בו שאינו שלו לא מהני הא דיש לו קרקע או קנו מידו דלעולם מחזי כריבית והטעם דלא הי' כאן מכר לעולם מ"מ בלא פירש אולי יש לומר דלכ"ע אין בו משום ריבית ועיין בריטב"א בב"מ כתב שם וז"ל ע"כ נראה לנו דודאי יש בהם משום ריבית ולא שנו לן בין פירש ללא פירש לרב, בהכיר בו שאינו שלו משמע לכאורה מדבריו דגם בלא פירש יש בו משום ריבית אבל יש לדחות דלאו מטעם רבית שווין תרווייהו אלא דבדבר זה שווין דבשניהם אין להם, אבל לא מטעם אחד דבלא פירש אין לו מטעם דהכיר בו ואמרינן אדם יודע שקרקע אין לו וגמר ונתן לשם פקדון, וכטעם הב' שכתבו הרי"ף ומטעם זה אין ראי' מקצת דברי הראשונים ז"ל יעו"ש אבל היכא דרצה ליתן השבת מעצמו לא איירי ועוד דהריטב"א אזיל בשיטת הרא"ש והר"ן דאפילו יש לו קרקע מחזי כריבית:

והנה המגיד משנה פ' כ"א מה' מלוה על מה שכתב הרמב"ם שם דבשבת אפילו לא כתב לו שכבר נודע שכך דין המוכר עם הלוקח כתב המ"מ שם וז"ל כך כתבו שסתמו כפירושו וכן עיקר עכ"ל והש"ך בסי' קט"ו ס"ק י"ג תמה דהלא דין זה ש"ס ערוך הוא פ"ק ד' ט"ו אמר רבא הלכתי' יש לו מעות ושבת ואעפ"י שלא פירש לו את השבח. ולפענ"ד קשה שהרי מבואר בדברי הראב"ד בהשגת בפ' ט' מהלכות גזילה ה' ו' דס"ל דגבי שבת לא אמרינן סתמו כפירושו כשלא כתב לו דבר וז"ל המ"מ שם ואפשר שהרא"ה ז"ל סובר שבקיבל אחריות סתם אף השבח בכלל ואם לא קיבל עליו אחריות כלל חייב

באחריות הקרן מפני שהוא ט"ס אבל לא בשבת ולא כן פירשו שאר המפרשים עכ"ל, הרי מפורש דמהש"ס אין ראי' וגם שגדולי המורים חולקים בדין זה ובפרט לפי הגרסא שלפנינו ברמב"ם אפילו לא כתב לו דבר שהיא מפורש לאפוקי דעת הראב"ד וגם לגרסת המגיד פשיט שיש לפרש כן וזה ברור בכוונת המ"מ והנה המ"מ נסתפק בדעת הראב"ד שאפשר שסובר כך מפני שלא ראה את דברי הראב"ד בסוגיא זו ע"כ כתב שאפשר שהרא"ה ז"ל סובר כן וסוד ד' ליראיו, כי כך נמצא מבואר בדברי הראב"ד הובא בש"מ בב"מ שם על הא דאמר רב יש לו מעות ויש לו שבת וז"ל ואעפ"י שקבל אחריות סתם וקסבר רב שבח אין צריך לימלך עכ"ל. וכפי הנראה שהראב"ד שם לטעמו אזיל דס"ל דהא דאמר שמואל לעיל ד' י"ד אחריות לאו ט"ס בשטרי מקח היא אפילו בנמצאת השדה גזולה ודלא כהתוס' שם בד"ה שיעבד צריך לימלך והראב"ד מפרש דהא דאמר לי' שמואל לר"ת ב"ש אתלך וכתוב שופרא שבת ופירי וקשה למה לא הזכיר שיעבד כמ"ש התוס' ע"ש אך הראב"ד מפרש דס"ל אעפ"י שצווה לכתוב אחריות צריך להימלך על השבת ולפ"ז ע"כ הא דאמר שמואל מעות יש לו שבח אין לו היינו שפירש בשטר אחריות דאל"כ אף מעות אין לו וא"כ ע"כ הא דבעי מיני' דרב הונא טעמא דשמואל משום דלא פירש כו', פ"כ דר"ל שלא פירש את השבח, אבל פירש בו גוף האחריות וכן הא דאמרינן בסוגיא אעפ"י שפירש לו את השבת ע"כ בפירש לו שבח מבלעדי הקרן [ובזה מיושב נמי קושיית מהרש"א בגמרא שהקשה אי בב"ת שיעבוד נמי צריך למלך ע"ש] וכיון דכל פירש ולא פירש דסוגיא לדעת הראב"ד היינו רק לעניין השבת אבל הקרן מפורש בו וודאי ושא נקל ג"כ לפרש מימרא דרבא דאמר אעפ"י שלא פירש לו את השבח, היינו באופן שיש בו עכ"פ על גוף הקרן ואע"ג דקיימ"ל אחריות ט"ס היא היינו דווקא על הקרן ולא אשבח ומ"מ מהני כתיבת אחריות סתם גם על השבח וכמ"ש המ"מ כן נלפענ"ד בכוונת שיטת הראב"ד ודרכו בש"ס שם לפי המובא בא"ז שם והא דאמר שמואל בהכיר בו שאינו שלו דאין לו מעות ע"כ דמיירי בשלא קיבל אחריות שאם קבל וודאי יש לו מעות וטעמא בהכיר הא לא הכיר יש לו וכמ"ש התוס' להוכיח מזה שיטתם לדעת הראב"ד צ"ל דלעולם גם בלא הכיר אין לו מטעם דאחריות לאו ט"ס אלא הא קמ"ל דבהכיר בו שאינו שלו הווי אמינא דמדינא אית לי' דמעות פסקינן (ועיין בא"ז ד' ע"א ד"ה ורבותינו הצרפתים ונו"ל שכיון לזה) ונמצא לדעת הראב"ד כפי פירושו דשמואל סברי דאמר אחריות לאו ט"ס במקח וממכר אע"ג דלא קיימ"ל כשמואל מ"מ נ"מ גדולה לדינא ג"כ לדידן ודו"ק:

ומן מוצא הדברים נוכל לדעת כי דעת הרמב"ם תתיישב כפי דרך התוס' דשמואל גופי' בלא פירש כלום איירי אך דבטרפה נגזל מודה שמואל דאחריות ט"ס היא דבשיטת הלוואה דמיא, וכמ"ש התוס' בד"ה שעבוד ובד"ה מעות יש לו ע"ש וע"כ סובר הרמב"ם בפשיטות לפי מאי דקיימ"ל אחריות ט"ס לאו לעניין קרן לחוד אלא ה"ה לעניין שבח, ואפילו לא כתב לו דבר ואעפ"י שלכאורה יש לחלק בסברא בין שבח ובין קרן לעניין אחריות ט"ס וכסברת הראב"ד מ"מ סובר הרמב"ם סייעתו כיון דקיימ"ל אחריות ט"ס ולא מחלקינן בין שטרי מקח או הלוואה, אעפ"י שיש סברא לחלק ה"ה דלא מחלקינין בין שבח לקרן אילם הואיל ובאמת הכלל שבידינו היא דאפושי פלוגתא לא מפשינן א"כ קרוב הדבר לומר ג"כ הכא דגם הרמב"ם ז"ל סובר דאליבא דשמואל דחזינין דמחלק בענין שטרי האיך שייך ט"ס, והאיך לא, וסובר ג"כ דבטרף גזל אמרינן אחריות ט"ס [אלא לחד דרגא והיינו לענין קרן] לדידי' יש לומר דמחלק נמי לענין שבח וקרן דבקרן לחוד י"ל דאחריות ט"ס. דעד כאן לא פליג רבנין לומר אחריות ט"ס אלא בחד דרגא דהיינו לעניין קרן דמסתבר וודאי דלא שדי אינש זוזי בכדי וכסברת הראב"ד ז"ל באמת אבל לא לתרי דרגא אבל כתב בו אחריות סתם מהני גם לגבות שבח וכה"ג לעניין שבח נמי אמרינן אחריות ט"ס בטרף נגזל, וכלל היא לדעת הראב"ד דלא מהני אחריות ט"ס אלא על הקרן לחוד בלא כתב בו כלום ובכתב בו אחריות מהני הו לענין השבח, אבל אם טרף ב"ח דסובר שמואל דאחריות לאו ט"ס היא וממילא היכא דלא כתב אלא אחריות הקרן לא מהני אחריות זה אשבח ולהכי אמר שמואל שבח שכר שעבוד צריך למלוך וכפירש"י שם כו' ואף אם קבל על הקרן לא קבל על השבח כיון דבטרף ב"ח לית לי' לשמואל ט"ס ולהכי לא מהני אלא בפירש לו בפירוש השבח זולת הקרן:

ולפ"ז יש לומר שיש להרמב"ם ראי' מהש"ס דשמואל סובר אחריות ט"ס היא וכדרך התוס' ודלא כהראב"ד והנה הראשונים נתקשו על הא דאיתבי' רבא לר"נ כו' קתני מיהת לשבח קרקעות מדרישא כו' סיפא נמי כו' ולמה לא הקשה מרישא גופי' ובפרט לפי מה שמוכח מדברי הש"ך שם ס"ק כ"ו דבפירות מחזי יותר כריבית, אמנם לפי סברא הנ"ל בדברינו די"ל דעד כאן לא פליג שמואל ואוסר אלא בפירש את השבח דאז מחזי כריבית דדמי לריבית קציצה, אבל בלא פירש גם שמואל דאין כאן איסור ריבית כלל, לפ"ז יש לומר דמרישא גופי' איכא לאוקמי בלא פירש לו את השבח ואז אמרינן אחריות ט"ס לענין השבח אפילו לשמואל כיון דטרפה נגזל וכשיטת התוס' אבל מסיפא דע"כ בב"א איירי נמי לסברת המקשן דסתמא איירי בין בב"ח ובין בנגזל וב"ח לית לי' שבחא רק בפירש השבח זולת הקרן וממילא דבנגזל נמי דומיא דהכא נוטל השבח דהא כוללים

יחד בחד בבא לשבח קרקעות דמיירי לדעת המקשן בין בב"ח בין בנגזל ובפרט לפום סברא דהשתא דלית לי' לחלק ולומר הא כדאיתא והא כדאיתא. ומשני הש"ס לא בב"ח פירוש וודאי סיפא בפירש איירי אבל לא כדקאמרת דסיפא בנגזל נמי לא, דסיפא בב"ח לחוד מתוקמי ופריך מדרישא בגוזל ונגזל סיפא נמי בגוזל כו' ואין לתרץ דאי נמי בגוזל מאי הווי דלמא בלא פירש דהא השתא ס"ד דע"כ רישא דומיא דסיפא והא וודאי גם המקשן אסיק אדעתי' דגם דסיפא בב"ח נמי איירי, אלא דהמקשה הקשה דמסתמא בגזלן איירי ג"כ וכנ"ל ומתרץ מידי אריא הא כדאיתא כו':

אלא דנשאר קשה לפ"ז הא איכא לשניי' בפשיטות אידא ואידא בלוקח מגזלן ותרווייהו בלא פירש ותהוי רישא דומיא דסיפא וכן קשה מאי פריך בתר הכי מברייתא דאין מוציאין לאכילת פירות הא כבר אסיקנא דלא בעי רישא דומיא דסיפא א"כ וודאי איכא לאוקמי בלא פירש וכנ"ל:

ויש ליישב על פי מ"ש הרא"ש בשם הר"מ בהא דאמר ת"ש אין מוציאין לאכילת פירות לאוו קושיא היא לשמואל אלא אדרבה סייעתא היא לשמואל דקשה לכאורה מדוע לא כלל התנא פירות ושבח בחד בבא ולערבינהו ולתנינהו אלא וודאי בעי התנא להשמיענו כדשמואל דרישא וסיפא לאוו בחד גוונא איירי ורישא ע"כ בגוזל ובלא פירש וסיפא בב"ח ואפילו בפירש ולהכי תנא להו כל חד באנפי נפשא להשמיענו דיש חילוק בין ב"ח הטורף ובין נגזל הטורף דהווי ריבית בפירש לו את השבח ודחי רבא מהא לא תסייע דלעולם אפשר דשבח יש גם בטרף נגזל והא דלא ערבינהו בהדי הדדי דינא אחרינא אתי לאשמיענין דהיכא דעמד בדין על הקרן לא טרף פירות, וכן הא דרבה בר רב הונא ור"א כולהו אתו למדחי סייעתא של הרא"ש בשם הר"מ (שם בש"מ בסוגיא זו) אך לא מטעמא שדעת הה"מ דלהכי לא קשה מפירות דפירות מודה שמואל דלא מחזי כריבית אבל לא כן דעת כל גדולי הראשונים ה"ה התוס' והרז"ה והרמב"ן והראב"ד, וכן התיחת דעת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש שאם דעתם דפירות לא מחזי כריבית הי' להם זה נ"מ גדולה לדינא לדידן בהכיר בו שאינו שלו דקיימ"ל דשבח אין לו אפילו פירש משום דמחזי כריבית והול"ל דפירות יש לו, וכן הרשב"א והריטב"א מדברי כולם מוכח להדיא דלית להו הך סברא אבל בכל זאת דבר גדול וחדש שמענו מפירוש הרא"ש בשם הר"מ בזה, דהאי ת"ש לאוו קושיא היא רק סייעתא היא ולפי דבריו יובנו הדברים הנ"ל היטב דלהכי באמת לא מהדר התלמוד לאוקמי רישא וסיפא בחד גוונא וכגון בלא פירש או כקושיית המפורשים לוקמי תרווייהו בלוקח מגזלן רק בשיש לו קרקע או קנו מידו משום דהתרא ניחא לי' טפי לאוקמי רישא לאוו דומיא דסיפא דכה"ג יש סיוע לדברי

שמואל מהברייתא וכנ"ל ומדוקדקת הסוגיא לפי זה ומפורשת שפיר, ועל כל פנים נשמע דלשיטת הראב"ד הנ"ל דאליבי' ע"כ שמואל גם בטרף נגזל לית לי' אחריות ט"ס א"כ גם בנגזל לית לי' שבח רק בפירש על השבח בפני עצמו כמבואר בדברי הראב"ד הנ"ל א"כ הדרא קושיא לדוכתי' מרישא עצמה הי' לו להש"ס להקשות דהא רש"י נמי ע"כ בפירש איירי ויש מזה הוכחה לשיטת הרמב"ם דאפילו לשמואל אמרינן כה"ג אחריות ט"ס אפילו בלא פירש וכנ"ל ומיושב קושיית הראשונים ודוק:

והנה הרי"ף בהלכותיו הזכר שני טפחים הא' כיון דהכיר בו שאינו שלו הוה זוזי כמלוה גבי מוכר, ואי שקיל לי' מיני' מחזי כריבית הטעם השני כתב אי נמי משום דסבר לה כרב דאמר אדם יודע שקרקע אין לו וגמר ונתן לשם פקדון ע"כ והנה וודאי נ"מ בין הני טעמים בקיבל בפירוש אחריות או ברוצה לתת לו בעד השבת מרצונו דכה"ג אסור דווקא לטעמא קמא ולטעמא בתרא הי' מותר אבל קשה למה לנו לפ"ז טעם השני שכתב הרי"ף ומאי נפקא מינה בו ואם נאמר שהרי"ף סובר כשיטת הרז"ה והרשב"א דביש לו קרקע או קנו מידו דאע"ג דאין כאן ריבית מ"מ אין לו שבת מטעם השני דאדם יודע שקרקע אינו שלו וגמר ונתן לשום פקדון ולא אמרינן הכא אחריות ט"ס היא וכ"כ בחידושי הריטב"א וז"ל וכ"ת לרב נמי אמאי איצטריך טעמא דאדם יודע תיפוק לי' דס"ל אחריות ט"ס היא י"ל דבהכיר בה שאינו שלו לא אמרינן דלהווי ט"ס דהל"ל בהדיא וצ"ע עכ"ל וא"כ וודאי נ"מ לטעם השני לדינא, וכן יש נ"מ בטעם השני לדינא אם נאמר שהרי"ף בטעם הב' סובר כשיטת הראב"ד דבפירש לו והכיר בו שאינו שלו לא מחזי כריבית כלל, כיון דמעות פקדון אין כאן ריבית כלל וכן משמע לשונו שמתחלה כתב דזוזי הוה מלוה והיינו דלא כרב ג"כ ואח"כ כתב אי נמי דסבר לה כרב כו' ושם פקדון ניהו לפ"ז הטעם השני חזרה מטעם הראשון וסובר הרי"ף כהראב"ד שהובא בריטב"א ובש"מ דכיון דקיימ"ל כרב יש לו שבח ואין כאן ריבית כלל בפירושו דבפקדון לא שייך ריבית אבל לפי דעת הרא"ש והנ"י בהבנת דברי הרי"ף דלא כשיטת הרז"ה והרשב"א וגם לא כהראב"ד א"כ עדיין נשאר קשה לאיזה צורך כתב הרי"ף טעם השני למאי נפקא מינה בו:

וראיתי תשובה להריא"ף מועתקת מלשון ערבי הובא בש"מ שם יורינו רבינו הא דאין לו שבח אפילו לרב בהכיר בו שאינו שלו דמחזי כריבית האי ריבית אי הווי ריבית קציצה או אבק ריבית, תשובה:

אם פירש לו הלוקח בפירוש הווי ריבית קציצה ובלא פירש הווי אבק ריבית ע"כ בשינוי לשון קצת. א"כ לכאורה מפורש מכאן דעת הריא"ף דאף בלא פירש יש בו משום אבק

ריבית וכצד השני מיהו יש לדחות דאעפ"י דעיקר הספק נפשט מכאן לדינא דלרב בהכיר בו אפילו בלא פירש יש בו משום אבק ריבית מ"מ יש לומר דהיינו דווקא בהכיר בו שאינו שלו ולא הי' כאן מכר לעולם והווי זוזי הלוואה ממש להכי יש בו משום אבק ריבית אפילו בלא פירש משא"כ בלא הכיר בה שהי' קצת דרך זביני אז מהני וכמ"ש המפרשים ההוא חילוקא לעניין קרקע או קני מידו]:

ואחר העיון יש לומר דיש לכאורה להוכיח מתשובה זו גופי' ומדברי הפוסקים דלשמואל גופי' דבלא הכיר בו ולא פירש אין בו משום ריבית [אלא דאין לו מטעם דאחריות לאו ט"ס היא כנ"ל] דאל"כ קשה להפוסקים מנ"ל דרב דפליג על שמואל וסובר שבת יש לו דלמא היינו דוקא בלא פירש אבל בפירש דהווי דומיא לריבית קציצה אפשר דגם לרב אסור ול"פ אלא בלא פירש דלשמואל אין לו שבת משום דאחריות לאו ט"ס לעניין שבת כנ"ל או משום ריבית וע"ז פליג רב וסבר דאחריות ט"ס, אבל מנ"ל דרב פליג בפירש לו וניהו דאי פשטו האי בעי' מדרב נחמן אמר שמואל דשמואל אפילו בפירש מיירי אבל אכתי אליבא דרב מנא ידעינן דמתיר אפילו בפירש. ועוד קשה לכאורה אמאי בעי הש"ס לפרושי מלתא דשמואל אי אמר בפירש או בלא פירש אע"ג דלא נ"מ לדינא דהא לית הלכתי' כשמואל וכדפסיק רבא להדיא ואמאי לא בעי הש"ס אליבא דרב דקיימ"ל כוותי' טעמא דרב משום דפירש אבל לא פירש גם רב מודה או דלמא דרב אפילו בלא פירש ס"ל דיש לו שבח דוודאי ליכא למימר דבדרב פשיטא לי' דאפילו בלא פירש מיירי דמנ"ל הא. ועוד שהרי מהא דאמר רבא לקמן הלכתי' שבת יש לו אפילו לא פירש ולא אמר כתמא הלכתי' כרב מוכת דמרב גופי' לא מוכח אי מיירי בפירש או לא וכ"כ הנ"י שם להדיא ועיין ש"מ שם ולכאורה יש לומר דלהכי קא בעי אליבא דשמואל, כדי לברר אי שמואל מיירי אפילו בפירש וכדי לאותיבא עליו ממתניתן ועיין ש"מ שם שכתב דהא דפריך ממשנה דשבח ופירות היינו משום דאסיק אר"נ אמר שמואל יעו"ש או משום דס"ד דגם הכא קיימ"ל כשמואל דהלכתי' כשמואל כדינא וכל זה דוחק:

אבל אי נימא דבלא פירש פשיטא לן דשמואל גופי' מודה דלא מחזי כריבית ולא אמר דאין לו שבח אלא בפירש ורב פליג עלי' ואמר דיש לו שבח ש"מ דאפילו בפירש ס"ל כרב דיש לו שבח אבל הא לא אבעי' לן אי טעמא דרב בפירש דווקא אבל לא פירש אין לו שבח משום דאחריות לאוו ט"ס הוא בשבת די"ל מדחזנין לעיל דאמר שמואל שבח שפר שיעבוד צריך לימלך והכי אמר לקמן דאמר לו שמואל לר"ח בר שילת ואנן לא קיימ"ל הכי וכדפסיק רבא לקמן א"כ יש לנו לומר דגם רב סובר כן למה לנו לאוקמי רב דלא כהלכה:

הלכות מעילה

א תנן התם מעילה י"ת נטל אבן או קורה מן ההקדש וכו' ועיין שם בפירש"י ותוס' שלכאורה מוכח דבשוגג וסבור שהוא שלו מעל והתוס' בב"ק ד' כ' ע"ב שכתבו דאין אדם מועיל אא"כ שהוא מכוון להוציא מרשות לרשות שהוא עכשיו אבל הכא סבר שלו הוא עכ"ל, יש לחלק דהיינו דווקא בגיזבר דאיירי התוס' התם ולהכי כיון דבאמת אין ניכר כאן שינוי וגזל מרשות הקדש משום הכי אם היא עצמו ג"כ במחשבתו סובר דשלו היא אין כאן מעילה כלל אבל הדיוט הלוקח מהקדש בשוגג אעפ"י שסבר שלו היא מ"מ הרי ניכר שינוי וגזל ומועיל וכן מוכת לכאורה קושיית הש"ס שם בפשיטות מ"ש הוא מ"ש חבירו פירש"י מ"ש הוא מדוע לא ימעול הוא מיד משעת הגבהה ומאי קושיא דילמא איירי בסבר שהוא שלו כמ"ש התוס' הא איכא לשנויי בפשיטות הב"ע בסבור שהוא שלו אלא וודאי דדווקא גיזבר וסבור שהוא שלו תרוייהו בעי וכדאמרן:

ב אמנם רבינו הגדול הרמב"ם ז"ל כתב בפרק ו' ממעילה הנוטל פרוטה מן ההקדש על דעת שהיא שלו לא מעל עכ"ל הנה מבואר דעת הרמב"ם דלא כפי הנראה מדעת התוס' ורש"י לכאורה אכן לאתר העיון יש לומר לפי ענ"ד דגם רש"י והתוס' ס"ל בשוגג ע"ז שהוא שלו לא מעל דהכא וודאי מסתברא כיון דילפינן שינוי בלא הנאה דמעילה מע"ז כמ"ש התוס' עלה י"ז ע"ב א"כ מה התם מתכווין עכ"פ לשנות מרשות הקדש לחול, אף הכא צריך להיות כוונתו עכ"פ לשנות מרשות לרשות מי שהוא עכשיו אעפ"י שצ"ל בשגגת הקדש מ"מ צריך שיהי' סבור בדעתו שזוכה עתה לעשות דבר מחודש יהי' אפילו דבר הדיוט לפי דעתו אבל בסבר שהוא שלו לא מעל כלל, אם לא שנהנה שנתחייב מכת שינוי הנאה ודומיא דסוטה כדאיתא בש"ס שצ"ל אי בנתנו לחבירו ובהכי מתוקמי מתניתן דלבש בטלית בקע בקרדום לא מעל עד שיפגום, ולכאורה יש להקשות לשיטת רש"י והתוס', אמאי לא מעל תיכף משעת הגבהה ואם נפשך לומר ולתרץ דההוא מתניתין בגזבר איירי או בגוונא אחרינא דלא שייך בהו מדאגבי' קנה לענין מעילה א"כ קשה מדוע לא מקשה הש"ס קושיא זו תיכף על משנה ראשונה ולמה נטר הש"ס להקשות כן על משנה זו דנטל אבן או קורה. אלא וודאי מיירי בסבור שהיא שלו:

ג וכן מוכח להדיא מדברי התוס' חגיגה דף יו"ד ד"ה מה לי הוא מ"ל חבירו. וז"ל ויש לתמוה דוודאי שינה, הרבה וכו' כדאמרינן כן בפשיטות פרק השואל המשאיל קרדום לחבירו מעל כו' אבל כו' לא נתנה אכתי לא נהנה מינה כלום וי"ל דהכא מיירי שהוא מתכוין להוציא מרשות הקדש עכ"ל (ולאו דווקא שהוא יודע שהוא הקדש דא"כ ליכא מעילה וכתב מהרש"א פירוש והווי כאילו הי' לו טובת הנאה בזה) הנה מבואר להדיא

דזה המקשה שהקשה מ"ש הוא מ"ש חבירו הוא דס"ד דהכא לא בגיזבר עסקינן אלא באינש דעלמא וסבור בכוונתו לשנות מרשות לרשות ולכך לא הקשה אמאי לא מעל אבל בסבר שהוא שלו וודאי שפיר דלא מעל כיון דאין כאן שינוי כמו בע"ז וגם הנאה ליכא והיינו דאשמעינן סיפא דמתניתן דנטל פרוטה כו' דלא מעל:

ד והאי דקשיא לן א"כ מאי פריך מ"ש הוא מ"ש חבירו דילמא איירי בגוונא דנטל על דעת שהוא שלו ומשום הכי מעל הנה בשום לבנו הקושיא זאת לא על שיטת התוס' וסייעתם בלחוד אבל גם על שיטת הרמב"ם אשר לו דרך אחרת בסוגיא זו דהא דפריך הש"ס מ"ש הוא מ"ש חבירו (מפרש הרמב"ם) מדוע לא ימעול חבירו ג"כ ועין בפירוש המשנה להרמב"ם שם וכן נראה בחיבורו פרק ו' ממעילה ובנושאי כלים שם ומאי קושיא דילמא איירי בשוגג כמו שהרמב"ם עצמו מפרש סיכא דמתניתין דנטל פרוטה דמיירי בשוגג ועל דעת שהוא שלו וכי נתנה לחבירו יצאה שפיר לחולין ולהכי שפיר חבירו לא מעל. אלא דיש לומר שיסוד קושיית הש"ס כך הוא כיון דקתני סיפא נטול פרוטה כו' יקשה לכאורה הא סיפא משנה, שאינה צריכה דכבר שמעינן לה מרישא דנטל אבן או קורה ומה לי פרוטה ומה לי אבן או קורה (וכ"כ התוס' יעו"ש) אלא דע"כ צריך לומר דרישא וסיפא לא בחד גוונא מיירי ורישא איירי במזיד וסיפא בשוגג ולאו מטעם דרישא כלל וכמ"ש התוס' י"ט באמת שזהו דעת הרמב"ם בשיטת משנה זו. א"כ שפיר וודאי פריך הש"ס מ"ש הוא מ"ש חבירו מדוע לא ימעול גם חבירו כיון דע"כ חד מהנך בבא במזיד איירי וא"כ תקשי בממ"נ על חד מהנך בבא. ודרך הזה עצמו יוצדק ג"כ לשיטת התוס' וסייעתם דהא דפרכינן מ"ש הוא מ"ש חבירו פירוש (מדוע לא ימעול מיד בשעת הגבהה) היא ג"כ על יסוד זה דאי רישא נמי איירי ג"כ בנטלו על דעת שהוא שלו סיפא למה לי וע"כ דחד מהנך כבא אשמיעינן מאי דלא אשתמע מחברתא (ולמר כדאית לי' ולמר כדאית לי') או כשיטת הרמב"ם ומר כדאית לי' ומר כאית לי' (ר"ל או כשיטת התוס') ולכך שפיר משני אמר שמואל לעולם דרישא מיירי נמי ע"ד שהיא שלו והכא בגזבר עסקינן ואשמיעינן דאע"ג דגזבר הוא ומסירות לו ואין ניכר כאן של הקדש כלל מ"מ (במתכוון להוציא מרשות מי שהוא עכשיו מעל מיד) טעמא דנטל על דעת שהוא שלו דלא מעל הא במתכוון להוציא מרשות הקדש שהוא עכשיו מעל וכמ"ש התוס' חגיגה דף י"א בד"ה בגיזבר קמ"ל טובא דגיזבר אעפ"י שהוא מתכוון להוציא מרשות שהוא עכשיו לא מעל אלא שדברי התוס' שם צריך עיון כמ"ש וסיפא קמ"ל דאפילו אינש אחרינא דלאו גיזבר אי סבור שהוא שלו לא מעל, ובזה נסתלקה קושיית התוס' שהקשה כיון שלדעת התוס' איירי רישא נמי בע"ד שהיא שלי א"כ סיפא למה לי לק"מ דסיפא טובא

קמ"ל דאפילו איניש דעלמא בנוטל ע"ד שהוא שלו לא מעל כשיטת הרמב"ם ודו"ק כי הדברים ברורים ונכונים ונתונים להאמר ולפי אלה הדברים עצמן יובנו דברי התוס' יו"ט בחגיגה דשם דף יו"ד שם ויש תימה כו' ויש לומר עכ"ל דתמוה לכאורה דהוא גופא מ"ל לאוקמי' הכי כדי לאתמוהי מ"ל הוא מ"ל חבירו ולפי האמור דמיתורא דמתניתין דייקיל"ן הכי והוא ממש כלדעת הרמב"ם ופשוט:

ה הנה לפ"ז מצינו שאין מחלוקת בין הרמב"ם להתוס' ורש"י והראב"ד שם ולכ"ע אינש דעלמא דנטל על דעת שהוא שלו לא מעל אמנם מה שנראה בו מחלוקת בדין גיזבר גופי' ובדברי התוס' עצמן. שממה שכתבו התוס' ב"ק ד' כ' מוכח דגיזבר נמי אם נתכוון להוציא מרשות מי שהיא עכשיו ובשוגג בהקדש מעל עמ"ש אבל התוס' חגיגה י"א בד"ה בגיזבר שכתבו וז"ל ואפילו למאן דאמר שליחות יד אינה צריכה חסרון, הכא שאני דכל היכא דאיתא בי' גזא דרחמנא איתא עכ"ל ומשמע להדיא דבגיזבר לא מטעמא שהוא סבור שהוא שלו לא מעל אלא אפילו בסבור שהוא של חבירו לא מעל הואיל דכל היכא דמנחי ברשותי' דידי' מנחי ולא חיסר מן ההקדש כלום דאע"ג דשליחות יד אינה צריכה חסרון שאני הקדש דצריכה חסרון וכן משמע דעתן של התוס' במעילה י"ת שתלו טעמא דלא מעל הגיזבר משום שלא חיסר כלל מן ההקדש דכל היכי דמנחי ברשותי דידי' מנחי משמע הא אינש אחרינא וודאי מעל וע"כ משום שכוונתו להוציא מרשות מי שהוא פאה ואפילו הכי הגיזבר לא מעל (וכדמשמע נמי לכאורה פשטא דלישנא דהש"ס דהכא בגיזבר עסקינין) א"כ לכאורה מוכח דהתוס' הללו חלוקים על דברי התוס' בב"ק הנ"ל:

אם לא שנאמר שיש לפרש דברי התוס' דחגיגה באופן אחר דמ"ש שאני גיזבר דכל היכי דמנחי כו' לאוו למימרא דבהקדש שליחות יד צריכה חסרון וכנ"ל אפילו במתכוון הגיזבר לגזול אלא שכך היא פירוש דבריהם דשאני הכא דכל היכי דאיתא כה"ג בי גזא דמלכא קאי, וא"כ על כרחך ליכא למימר דהגיזבר יודע שהוא של הקדש דא"כ אפילו נתנה לחבירו לא מעל דבי גזא דמלכא קאי כדקיימ"ל מהאי טעמא דאין הקדש מתחלל מזיד וא"כ ע"כ בשוגג איירי וסתם שוגג דגיזבר היינו בסבור שהוא שלו כדאיתא בתוס' הובא במשנה למלך משא"כ לסלקא דעתן דלא מיירי בגיזבר וסתם שוגג דאינש אחרינא היינו שמתכוון להוציא מרשות מי שהוא עכשיו אלא שוגג בהקדש, ולעולם בגיזבר אם נתכוון להוציא מרשות מי שהוא עכשיו וודאי מעל וכדברי התוס' בב"ק הנ"ל אלא שאין דברי התוס' מורין על פירוש זה והראשון עיקר דהתוס' דחגיגה סברי דבהקדש שליחות יד צריכה חסרון לכולי עלמא ולקמן נביא ראי' לזה בעזהי"ת.

ו וכל זה בנטל על דרך שהוא שלו אבל הנוטל דבר מן ההקדש על דעת שאינו שלו אלא של חבירו ומתכוון לגוזלו מן חבירו או לשאול החפץ הזה שלא מדעת חבירו דג"כ גזלן מקרי הנה מבואר מדברי התוס' ורש"י שם במעילה דוודאי מעל מיד כשנטל הדבר אעפ"י שלא נהנה עדיין שהרי הכי פריך הש"ס בפשיטות מ"ש הוא מ"ש חבירו ופירש"י ותוס' מ"ש דכי נטל הוא דלא מעל כמו שהסביר מהרש"א בחגיגה שזה שמתכוון לגוזלו תשוב מיד כמו טובת הנאה ולפ"ז הא דתנן שם במעילה י"ת שותה בכוס של זהב או נתנה כיון שנהנה מעל ביקע בקרדום לא מעל עד שיפגם ולא מעל מיד כשלקחו יש לאוקמי כגון שנטל ע"ד שהוא שלו ולכן לא מעל עד שנהנה או עד שיפגום בדבר שדרכו ליפגום אעפ"י שלא נתכוון לשינוי רשות מ"מ הא איכא שינוי הנאה דומיא דסוטה וכו' **וראיתי** לרבותינו בעלי התוס' במנחות ד' ק"א שכתבו שם בזה"ל אבל באינש דעלמא שאין סבור שהוא שלו כי מבקע בי' מגזל גזלו ומפיק לי' מרשות הקדש, ומתחלת הקדישות דמים בכך עכ"ל, ותימה לכאורה כיוון שמתכוין להוציא מרשות מי שהוא אמאי לא מעל עד דבקע בי' תיפוק לי' מיד דאגבי' למעול בו ואפילו אינו מתכוון לגוזלו אלא בדעתו להחזירו לרשות בעלים אחר בקוע מ"מ הא קיימ"ל שואל שלא מדעת גזלן הווי וגם כולו ברשותי' לעניין אחריות כמ"ש התוס' להדיא שם:

ז ונרלע"ד ליישב כיון דבאמת ס"ס שואל הוא ואין דעתו להחזיק בדבר ההוא להיות שלו א"כ ליכא טובת הנאה מהחפץ הזה בעצמו אמנם יש כאן טובת הנאה שמושו של הקרדום הזה שלא מדעת בעלים שעל השמוש הזה עכ"פ גזלן הוא וכיון שכן בדין הוא שכל זמן שלא השתמש בחפץ זה ולא נהנה ממנו בשום פעולה עדיין לא גזל מידי ולמה יהא עליו דין גזלן עדיין לכל מידי כדקא קיימ"ל לדינא וכמ"ש הרמב"ן והר"ן והריטב"א וכמ"ש במחנ"א ס"ח מגזילה שגם הטור ס"ל הכי בשואל שלא מדעת רק בנפקד שאני: אבל טעם הדבר למדנו מדברי התוס' ב"מ ד' מ"א ד"ה חדא שומר וכו' דלהכי הוא שואל שלא מדעת גזלן. ואעפ"י שעדיין לא השתמש בחפץ דילפינין לי' מן שואל מדעת וחשב לשלוח יד דהיינו לחסר ממונו אעפ"י שעדיין לא חסר כלום ולא התחיל עדיין לשלוח יד כלל הווי גזלן כיון דקיימ"ל להלכה שליחות יד אינה צריכה חסרון א"כ ה"ה והיא הטעם בשואל שלא מדעת חבירו ג"כ משעה שחשב לשלוח יד דהיינו להשתמש בחפץ חבירו שיהי' שואל שלא מדעת אעפ"י שלא שלח יד ולא השתמש כלום מחשבתו משוו' לי' גזלן ויעיין שם בדברי התוס' וסבור היתי לומר דיש לדחות שדעת התוס' שם שלמ"ד לא נתחייב עד שנשתמש כמ"ש הטור סי' רצ"ב הובא בתוס' סוף פ"ג דב"מ אבל מצאתי במחנה אפרים סי' י"ח שהעלה שהטור לא כתב כן אלא בנפקד שמשך הכלי להשתמש

בו וחשוב כאילו עומד ברשות בעלים אבל היכא דמוציא הכלי מרשות בעלים שלא מדעת לבתר דגלי לן קרא דש"י אין צריך חסרון והווי גזלן מיד בשעת משיכה ילפינין מני' נמי שואל שלא מדעת דחייב קודם שנשתמש וזה ראי' ברורה דיסוד הטעם הוא משום דקיימ"ל שליחות יד אין צריך חסרון וכדברינו ממש:

והנה כבר כתבנו שלדעת התוס' בחגיגה הנ"ל גבי הקדש כ"ע סברי שליחות יד צריכה חסרון מטעם דהקדש כל היכא דאיתא בי' גזא דמלכא קאי א"כ ממילא נמי אעפ"י שחשב לשלוח יד בשימושו של חפץ כל זמן שלא השתמש בו לא עשה כלום אא"כ בקע בקרדום אז הווי עליו גזלן ומועיל ולכך שפיר נקטי התוס' כי מבקע בי' לחייבו אעפ"י שכוונתו לשאול אבל בכוון לגזלו בכה"ג לכ"ע הווי חסרון וכמבואר שם בב"מ להדיא ה"ה וודאי דמעל כשנטל, ע"ש בתוס' ד' מ"א ד"ה שנטלה וברש"י דף מ"ד שם והכי נמי הא דהותנו התוס' בגיזבר הואיל והוא סבור שהוא שלו היינו משום דאיירינין בתוספתא שבקי הגיזבר בעצמו א"כ כבר שלח יד ובוודאי דהווי יוצא לחולין אי לאו שסבר שהוא שלו דאז אינו יוצא לחולין אעפ"י שמעל במה שנשתמש בו אבל בלא שלח יד אעפ"י שחשב לשלוח ואפילו סבר שהוא של אחרים אפילו מעילה אין כאן ודו"ק וזה ראי' לדברי התוס' דחגיגה וכן הא שכתבנו דס"ל להתוס' דש"י בהקדש לכ"ע צר"ח דלא כהתוס' בב"ק שוודאי הי' אפשר לדחוק ולומר דהתוס' במנחות לאוו דווקא נקטי האי ובקע בו אבל שערי דחוקים לא ננעלו שוב ראיתי לאדונינו הרב בעל משנה למלך בפ"ו דמעילה הביא שם דברי התוס' ב"ק ד' כהנ"ל וכתב שם ומדברי התוס' פ' כיצד נראה דס"ל דהא דקיימ"ל דיש חולקין בין גיזבר לשאינו גיזבר הוא דווקא בסבור הגזבר שהוא שלו אבל בסבור שהוא של אחר מעל אפילו בלא שום הנאה עכ"ל הנה מוכחת דעת המ"ל דאפילו בסבור שהוא שלו דווקא גיזבר הוא דלא מעל לדעת התוס' אבל אינש אחרינא אפילו על דעת שהוא שלו מעל ושלא כדברי הרמב"ם שם הלכה

ואנכי עפר תחת כפות רגלי הרב ז"ל בכל זאת לפענ"ד אין הכרח כלל לומר שהתוס' שם חולקים בזה הדין על הרמב"ם ז"ל וכמ"ש למעלה וגם אפילו לפי דעת התויו"ט בהבנת דבריהם דסיפא דנטל פרוטה ג"כ מיירי בסבור שהוא שלו והוא גיזבר דלהכי נתקשה סיפא ז"ל מ"מ אין הכרח כלל לומר דסבר דבלאו הגיזבר אעפ"י שסבר שהוא שלו מועיל אלא דלעולם באינש אחרינא בסבור שהוא שלו לא מעל אלא דלהכי אוקמוהו בגיזבר דסתם גיזבר מישך שייך בי' למטעי ולסבר שהוא שלו משא"כ אינש אחרינא לא שייך גבי' שיסבר על דבר מן ההקדש שהוא שלו וכמ"ש בהג' המ"ל עצמו שם בזה"ל ומתוך דברי התוס' הללו נראה שהחילוק שיש בין (שאר) גיזבר לשאר אנשים הוא שהגיזבר

סבור שהוא שלו ומי שאינו גיזבר אינו סבור שהוא שלו עכ"ל (וה"ה באינש אחרינא בסבור שהוא שלו דינו כגיזבר ועין בדברי מ"ל שם) עד שבאמת לכאורה לפענ"ד דעת המשנה למלך הלזו, תמוהין מנ"ל הא דבסבר שהוא שלו יש חילוק בין גיזבר לשאינו גיזבר ובספר שני דרוש וחידוש להגאון רבי עקיבא איגער ז"ל מערכה ה' ד' י"א מצאתי שכחב דהתוס' עצמן פליגי דידהו אדידהו בקדושין נ"ה וב"מ ד' צ"ו ס"ל דה"ה באינו גיזבר שסבור שאינו שלו אינו מועיל ומהתוס' מעילה ד' י"ח לא משמע כן וביותר מהתוס' מעילה ד' כ"א ד"ה הבאין מן החולין יעו"ש ואולי י"ל שסובר המ"ל דלדעת התוס' בפ' השואל דגיזבר לאו היינו מטעם שגיזבר סבר שהוא שלו אלא דגיזבר אפילו בסבור שאינו שלו אינו יוצא לחולין וא"כ כיון דלא פסיקא מילתא דסתם גיזבר סבור שהוא שלו קשה אמאי לא משני שמואל סתמא הכא בסבור שהוא שלו עסקינן ש"מ דדוקא גיזבר וסבור שהוא שלו היא דלא מעל דתרווייהו בעינן אבל לפי משמעות דברי התוס' דקדושין ומנחות ודאי דאין לומר כן אמנם לדברינו לעיל דרבותא אשמיעינן גיזבר א"כ אף לדברי הש"ס ותוס' דפרק השואל לא מוכח מידי ובתוס' דחגיגה מוכח להדיא דאפילו אינו גיזבר בסבור שהוא שלו לא מעל ולדעת המשנה למלך צריך לומר דפליגי בהא נמי התוס' אהדדי ולדרכינו למעלה לא צריכא אבל ילמד הסתום שבדברי התוס' בכמה דוכתי מן המפורש בחגיגה שם ודו"ק:

ומה שיש לחקור לפענ"ד הקשה לדעת הרמב"ם בפירוש סוגיא זו איך ידון בנטל פרוטה מן ההקדש בשוגג על דעת שהוא של חבירו וגוזלו הימנו או שואל שלא מדעת דהוי נמי גזלן דלשיטת התוס' ורש"י וסייעתם ודאי מעל מיד וכמו שהסביר מהרש"א סברתם דזהו דמכוין לגוזלו הימנו חשוב מיד טובת הנאה:

ט אבל הרמב"ם דמפרש קושיית הש"ס מ"ש הוא מ"ש אחר פירוש מ"ש כשנתנה לחבירו מעל הנותן לחוד למעול גם חבירו המקבל דהא גם הוא נהנה בהנאת קבלת מתנה אבל הא דלא מעל הנותן קודם שנתנה לחבירו לא קשיא ולא מידי להש"ס כלל כיון שהעיקר אצלינו פגם ולא נהנה לא מעל וכמו שביאר כל זאת הרמב"ם בפירוש המשנה שם א"כ משמע דלדעת הרמב"ם לא חשיב מה שנהנה כלל במה שנתכוין לגוזלו שזהו רק פגימה ולא הנאה ואין כאן לאו דמעילה או דלמא דהא דאמרינן דהגוזל פרוטה מן ההקדש בשוגג דמעל אעפ"י שלא נתנו לחבירו היינו טעמא כיון שהתורה גזרה על פריטת הקדש שיצא לחולין אחר שמעל בה אדה ונתכוין לגוזלו ולהנות ממנה וכשניתנה מיד מרשות הקדש וניקנית לרשות הדיוט לעשות בה כאדם העושה בשלו מבלי מניעה ואיסור א"כ ודאי מסתבר שימעול מיד משעה שגזלה לעצמו להנות בה דהא חק כה"ג ממש במשנתינו

נתנה מעל אעפ"י כו' בהו פירש הרמב"ם בעצמו טעמא בפירוש המשניות וז"ל וההנאה שהגיעתו היא שיכנס למרתץ כל זמן שירצה ולא ימנענו עכ"ל:

א"כ יש לומר דה"ה והוא הטעם בגוזל שוגג פרוטה הקדש על דעת שהוא שלו ההנאה שהגיעתו היא שהרי מיד שנטלה להיות שלו יוכל ליתנה לחבירו ולכל מי שירצה מבלי שימנענו שיהי הנאת הפרוטה דתשובה הנאה לכולי עלמא כדתנן נתנה לחבירו מעל כהנאת המרחץ בשעת רחיצה כך הנאת הפרוטה בשעת נתינה לחבירו, וא"כ ודאי מסתבר דכי היכי דמרחץ אעפ"י שעדיין לא רחץ רק משעה שבידו לרחוץ מעל ה"ה בפרוטה משעה שבידו ליתנה למי שירצה ימעול אבל מ"מ יש לומר דהיינו דוקא בשגג בהקדש דאם מלבד שבידו לעשות בה כבשלו הנה גם הוא בהיתירא עושה בה כבשלו כיון דקיימ"ל דהקדש מתחלל בשוגג והנאתו ומעילתו באים כאחד מה שאין כן בהזיד במעילה דקיימ"ל אין הקדש מתחלל מזיד כדאיתא בקידושין א"כ באמת אין בידו להשתמש בה דהא איסורא דהקדש רבע עלה אע"ג דבידו להשתמש בה באיסורא מ"מ לא דמי להאי דבלן כלל ודו"ק:

ויש לחלק עוד ולומר דמועיל במזיד היינו טעמא דלא לקי על לאו דמעילה עד שיהנה כיון דקיימ"ל בהקדש כי יאכל פרט למזיק עיין תוס' ב"מ ד' צ"ט ריש ע"ב דגבי תרומה כתיב האי קרא ובג"ש נלמד בהקדש לפטור את המזיק אפילו מקרן ועיין תוס' ריש פרק הניזיקין ד"ה רעהו ולא של הקדש, ועיין פיה"ו ובפרק הזהב שרצה לומר דהרמב"ם לא ס"ל בזה כהתוס' ועיין תו"מ סי' ס"ו סעיף מ"ו ובש"כ ס"ק קפ"ו ומהאי טעמא הנוטל דבר מהקדש זורקו לים או שרפו באש פטור מכלום א"כ לא שייך ללקות בה הגוזל פרוטה מהקדש משום לאו דלא תוכל לאכול בשעריך (ויעיין ברמב"ם ריש מעילה) מיד משעת גזילה דהרי בידו עדיין להנצל ממלקות על ידי שיזיק שישרפנו או יזרקנו לים, וא"כ כל זמן שיש בידו אופן להנצל ממלקות עדיין לא תל הלאו כלל (וכמ"ש האו"ת כעין סברה זו ממש בסי' צ"ו בלאו דלא תבוא לעבוט אמנם המ"מ כתב להיפך יעו"ש) ואפילו אם אין דעתו לשרפו ולהזיקו רק לאכלו מ"מ אנן ודאי לא מצינו לחייבו מלקות דאכל ונהנה דמנא ידעינן מה בליבו ועל ידי הודאת פיו ליכא חיוב מלקות בעולם ע"י הודאת עצמו מה שא"כ בשוגג דכל עיקר קרבן מעילה אינו בא רק] בהודאת פיו שבא לצאת ידי שמים א"כ ודאי משכחת לה שפיר דמעל מיד דאגבי וכגון שהודה והתוודה שנתכוין לגזול פרוטה זו מן ההקדש ולהנות בה ונהנה בה מיד כשבא בידו לעשות בה כשלו ודו"ק ולפ"ז זכינו לדין דבטלה מחלוקת שגם רש"י ותוס' והראב"ד וסייעתם כולהו ס"ל לדינא כדעת הרמב"ם בזה (ע"כ נעתק בישן):

וראיתי להרב בפיה"ו בסוגיא דזר שאכל תרומה שם וז"ל אמאי לא קאמר הזיד במעילה איכא בינייהו דרבא ואביי ובהזיד במעילה שפיר אשכחן דחיוב מיתה ותשלומין באין כאחד דמעידנא דקנה נתחייב במעילה כמבואר במסכת מעילה עכ"ל והרב ר' אליהו הזקן (בעל אליהו רבה שם בסוגיא זו) מתנבא בסגנון אחר וז"ל בחידושיו בתוס' בד"ה זר שאכל כו' דאל"כ אין לך אדם שמועל בהקדש ואין להקשות דילמא מיירי בענין שאין המיתה וממון באין כאחד דא"כ בלא טעם דקים לי' בדרבה מיני' נמי לא מעל (ר"ל בתחילה מדאגבי' ליכא נמי חיוב עונש) בהקדש עד שנהנה ודוק הנך רואה דהגאונים מחולקין בדין זה מהיפך להיפך. ולהרב בעל משנת חכמים שיטה אחרת בתיבורו שם במסכת תרומות מעילה ומשנתו פשיטא לי' דבמעילה חיוב התשלומין תל מיד בהיזיד ומלקות לא נתחייב עד שנהנה ועל כולם יש לתמוה לענ"ד דמ"ש הרב הפיה"ו דמיירי בהיזיד במעילה וכתב שמבואר במסכת מעילה דמעידנא דקניא נתחייב במעילה תימה כי אם הי' דבר זה מבואר בש"ס דמעילה אדמדקדק שם לפי זה דקדוק קליש יותר הי' לו לתמוה על הרמב"ם וכמ"ש למעלה (ויש לדחוק מ"מ אין הוכרח שיחלוקו לדינא על הרמב"ם כ"ש למעלה) ולומר דסבר הרב דנחלקו התוס' ורש"י על הרמב"ם בזה ומ"ש שמבואר שם היינו סתומות דבריו אליבא דהתוס' ושערי דחוקים לא ננעלו שוב ראיתי דאדרבה לשיטת התוס' ודאי דלא קשה מידי דלהדיא כתבו בפסחים דלרב שם אינו במיתה עד שיאכל ושכבר השיגו בזה בהפלאה יעו"ש:

יא ומה שכתב הרב בעל א"ר דמועיל בשוגג לא מעל עד שנהנה ובי' איירי קרא דמעילה ולהקשות לפ"ז בתוס' שם פליאה נשגבה מנ"ל הא והרי כתבו התוס' להדיא במעילה שם דשגג במעילה מיד דאגבי' מעל וכ"כ בב"ק דף הנ"ל וכ"כ בחגיגה שם וכ"כ רש"י להדיא בפירוש סוגיא דמעילה הנ"ל (וכ"כ די"ל דגם הרמב"ם לא איירי אלא במעל במזיד) והיותר תמוה דאדרבה לפי שיטת התוס' באמת וכנ"ל נמי יתרץ קושיית הרב הא"ר שם שהקשה דלמא מיירי קרא דמעילה בענין שאין המיתה וממין באין כאחד, דהא לשיטת התוס' הנ"ל לא משכחת במועיל בשוגג שלא יבוא כאחד דמיד דאגבי' מעל וממילא דמיד נתחייב בעונש ובקרבן וקלב"מ וע"כ צ"ל דגזירת הכתוב הוא כמ"ש התוס':

ומה שכתב הרב המ"ת בפשיטות דהזיד במעילה מדאגבי' קניא לענין חיוב תשלומין ומלקות הוא אך בשעה שנהנה גם זה תימה לכאורה מנא לי' הא ואמאי לא נימא דכי הינא דלענין לאו דמעילה ס"ל דלא חל חיובא עד דנהנה ה"ה לענין חיוב תשלומין וכן מורין דברי הרב ר' בצלאל אשכנזי בשיטה זו ז"ל בד"ה ולאביי איכא למידק מאי פריך מחולין כ' אבל תרומה כל היכי דאיתא בי' גזא דרחמנא איתא ויש לומר כו' דלא אמרינן

כל היכי דאיתא אלא בהקדש דיש לה בעלים כו' שפיר מקרי גזילה בידו להתחייב בתשלומין אם תשרף עכ"ל מוכת מדבריו דגבי הקדש דאמרינן כל היכי דאיתא כו' לא אמרינן בי' מדאגבי' קניא להתחייב בתשלומין וזה ג"כ שלא כדברי הרב הפיה"ו הנ"ל:

יב] הגה"ה אמת דלענין מעילה לא מוכח אכתי דאפשר גם לדעת הרב"ץ מעל נזיד דאגבי' דבכל מעשה דהוי קנין מהדיוט להדיוט אם עשה כה"ג גבי הקדש מעל וא"כ גזלו נמי כיון דמהדיוט להדיוט חשוב כמו שואל דכל הנאה שלו ה"נ גבי הקדש. ועיין תוס' מעילה י"ת ע"ב מ"ש שם לענין המשאיל חפצים של הקדש מעל משום דשינה מרשות גבוה לרשות הדיוט א"כ דאין השואל מן ההקדש חייב באונסין יעו"ש ויהי' לפי זה דעת הרב"ץ דמלקות דמעילה מיד באגבי' הוא וחיוב תשלומין אח"כ כשנהנה ויהי' לפי זה ג"כ לתת טעם קצת לדברי הרמב"ם ריש הלכות מעילה אשר למעלה ובאופן דצ"ל דהא דכתב הרמב"ם דהזיד במעילה דלא לקי עד שיהנה אבל מודה שהוא דאחר, שנהנה רמינין לאו דמעילה אשעת גזילה מן ההקדש דהיא עיקר המעילה ששינה מרשות הקדש להדיוט אלא שכל זמן שלא נהנה בידו להחזיר ולא שינה עדיין כלל דבגזא דמלכא קאי ותיכף שנהנה נשלמה השינוי למפרע וכסברת המ"מ ממש בפ"ג דמלוה בלאו דהשבת עבוט דלא כהאו"ת והמח"א. ודע עוד דלפי זה י"ל דברי הרמב"ם בפשיטות דלהכי לוקה ומשלם מה שפגם דהמלקות שהם בתחילה מסלקין את החיוב תשלומין לבסוף והשתא ניחא נמי הא דנקט הרמב"ם דין זה בדבר שיש בו פגומה דאילו בדבר שאין בו פגומה לא שייך לסלק החיוב לשעת הנאה כיון דלא עביד מידי גם נתיישב לפ"ז מ"ש הפ"י דאמאי לא אוקמי בקדשים ולא נצטרך לאוקמי בתחב דתיכף נתחייב בנפשו דמעל מיד דיש לומר דניהו דחיוב המעילה אתי מיד אבל לא נתחייב בתשלומין עד דאכל לי' וא"כ סוף סוף ליכא נ"מ בין רבא לאביי:

ויש ללמוד לפ"ז הא דכתב הרמב"ם בפ"ג ה"א מגנבה בד"א כו' אבל אם נתחייב כו' מלקות או מיתת ב"ד ואח"כ נתחייב בתשלומין ה"ז לוקה ומשלם ומת ע"כ והמ"מ הערה מקור מקומו מפ"ק דערכין:

היוצא ליהרג וחבל באחרים חייב ע"כ וקשה לפי מה שכתב הכ"מ בפרק כ"א בהלכות עדות הלכה י' לחד תירוצא דבכל דוכתי ממון לזה ונפשות לזה לא שייך כלל קלב"ם א"כ פשיטא יש לפרש היוצא ליהרג בשביל [שהרג את אחרים] וחבל באחרים חייב דהוי מיתה לזה ותשלומין לזה דלא שייך קלב"מ וחייב אע"ג דלא ניתן להחזרת ב"ד דלא כרשב"א דפוטר מהני טעמא אבל אין להוכיח מכאן שאם קדמה מיתה לחיוב תשלומין בכל דוכתי עבדיני תרווייהו ומנ"ל הא אמנם להנ"ל מוכרח כן מסוגיא דהכא וכמ"ש

הפ"י דאמאי לא קאמר הזיד במעילה איכא בינייהו וכנ"ל אלא שבאמת דיקדוק קליש הוא ואין לבנות יסוד דין זה ממנו דלעולם אפשר דשפיר נ"מ בהזיד במעילה אליבא דרבי דס"ל דהזיד במעילה במיתה אלא דהש"ס ניחא לי' לאוקמי הנ"מ אליבא דכ"ע ויהי' אפילו באופן יותר רחוק והרב הפ"י סמך דבריו לומר דע"כ רנב"ה. סובר כרבי יעו"ש שדבריו תמוהין, שוב מצאתי בספר החכמה עמד לפרש דבריו וכל זה אינו שוה להוציא דין זה לאמיתו:

יג לבד ראה זה מצאתי אשר לפענ"ד בלי ספק שהרמב"ם הוציא דין זה מתוספתא זו מצאתי בפ"ט דב"ק זו תוארה החובל בחייבי גליות ב"ד חייב בחייבי מיתת ב"ד עד שלא נגמר דינו חייב משגמר דינו הוציא ליהרג כו' אבל הרג את בהמתו ואח"כ הרגו קוטע את ידו ואח"כ הורגו חייב שנאמר דמים לו שלם ישלם זה הכלל כל שחלה עליו מיתה ותשלומין כאחר פטור, מיתה ואח"כ תשלומין, תשלומין ואח"כ מיתה ה"ז חייב עכ"ל, הנה מבואר כדברי הרמב"ם ממש ושלמדו כן ממקרא מפורש בתורה ועיין תוס' ב"ק ד' ע': ד"ה כמאן ועיין פיה"ו שם ושם בש"מ בשם תוס' הרא"ש כתב היפך דין זה ותימה רבה שהרי מבואר בתוספתא הכא להדיא כדברי הרמב"ם וכן פסקו כל הפוסקים וצע"ג: ולפ"ז יש ליישב נמי מה דקשה לכאורה בדברי התוס' שם בסוגיא ד"ה זה שאכל כו' ואוכל תרומה בשוגג והזיד במעילה לרבי ע"כ צ"ל דגזירת הכתוב היא וקשה הא משכחת לה באוכל שלא ע"י תחובה דמדאגבי' קני' כו' כך הוקשו המפורשים ז"ל ועיין מ"ש למעלה אות ט"ז מקור נכון לדברי התוס' מהירושלמי וייישוב קושיא זו אולם להנ"ל בתוספתא י"ל דמדאיצטריך לכתוב קרא דמים לו שלם ישלם להורות דבאופן דהמיתה וממון באין כאחד שימיתו וישלמו ותיפוק לי' מדכתיב ואיש כי יאכל קידש בשגגה דמיירי בתרומה ולא משכחת לה אלא בכה"ג דאין באין כאחד אלא ודאי דגזירת הכתוב היא דשוגג בתרומה אינה פוטרות אפילו באין כאחד ואין לומר דלהכי איצטריך דמים לו דלא ליתי למטעי ולומר דאוכל תרומה שוגג גזירת הכתוב היא דהא ליתא דמסתמא אית לן לומר מילתא בטעמא ולא לאוקמי על פי דברי הרא"ה והריטב"א הובאו למעלה אות י"ג בגזירת הכתוב:

יד ואל תתמה שכך מצינו מפורש שיטת הר"י קלנו בתוס' יבמות ד' ד' ע"ב סוף ד"ה ואמר רחמנא יעי"ש שם היטב, וכבר הבאתי ראי' לשיטה זו בסוגיא דעלי' ס"ס מהא דמוכח הש"ס שם מקרא דלא תבערו דעשה דוחה ל"ת שיש בה כרת וקשיא לי דלמא הוי אמינא להבעיר הפתילה ע"י שנים וקיימ"ל יכול אחד לעשותה ועשאוה שניים פטורים. ועיין לח"מ פ' כ"א מהלכות שבת שדעת הרב המגיד לאסור חצי מלאכה מטעם חצי

שיעור וכן ראיתי בספר לחם שמים פ' קמ"א דשבת אבל בלק"א אות כ"א העלה שע"כ אינו במוסכים ובפרט לקיים יד העדים תהי בו בראשונה ועיין פוסקים דיד העדים היכא דאפשר בשנים מצוה בשנים לבד בסקילה שמוטב לאיש אחד לזרוק האבן מלזרוק שני בני אדם כמ"ש בלח"מ פ' ט"ו מהלכות סנהדרין דין א' ובילמדינו פרשת פקודי שם סדר סקילה לוקחין העדים אבן אחת גדולה ושמין אותו על לבו כצד שמק אותי על לבו שמין אותו בעלי' אחת כדי שלא ישים האחד חלקו קודם חבירו אלא שישימו אותה ביחד על לבו כדי לקיים יד העדים תהי' בו בראשונה להמיתו וכן עושין בכל מיתה ומיתה שהיא חייב למות בב"ד עכ"ל:

(**והגם** שאין למדין הלכה ממדרש במקום שחולק על ש"ס דילן וממשנה ו' פ' נגמר הדין לא משמע הכי וכן כתב הרמב"ם כמ"ש התוס' יו"ט שם אבל מ"ש במדרש שכן עושין בכל מיתה ומיתה לקיים יד הערים תהי' בו בראשונה לא מצינו חולק על זה ועיין גור ארי' פ' משפטים ד' קנ"ז עמוד ג' כתב וז"ל מפני שבסקילה נאמר יד העדים תהי' בו בראשונה ואין כן בשאר מיתות שלא תמצא בממיתם יד עדים בו בראשונה עכ"ל י"ל שכוונתו שלא נמצא כן בכתוב מפורש אלא בסקילה אבל לעולם שהדין כן בכל ד' מיתות וכמבואר בדברי רז"ל עכ"ה) וכן יש להקשות בסוגיין זה עוד בשאר דוכתי:

אבל נאמר שמכאן ג"כ ראי' ברורה לשיטת הר"י קלנו ונאמר דא"כ למה לי קרא לפטור שניים שעשו מלאכה בבית אחת ותיפק לי' מדאצטריך לא תבערו ודוק היטב, כי אין כאן מקום להאריך ודע עוד כי למ"ש התוס' בסוגיא דוש"ת ד"ה ולאביי פטור דאמתניתין דכל שעה, דקתני במזיד פטור מטעם קלב"מ ה"נ ה"מ לאקשויי' והא מדאגבי' קני' מתחייב בנפשו לא הווי עד דאכיל לי' וא"כ ע"כ צריך לתרץ התם נמי בתחב לו בתוך בית הבליעה וקתני סיפא דשוגג חייב עי"ש בפירוש ובאוקימתא דאליבא דר"נ ב"ה הרי להדיא דאף בתחב לו בבית הבליעה דבאין כאחד המיתה וממון אפ"ה בשוגג חייב וא"כ ס"ס יש להתוס' הכרח ברור דע"כ צ"ל דגזירת הכתוב היא ובזה יובן כי מה שתמכנו לעיל יסוד שאלה זו על הש"ס דירושלמי דברים ברורים הם בס"ד ע"כ הגה):

טו והנה נחזור לדברי הררב"ץ הנ"ל דעיקר דבריו תמוהין לכאורה במה דפשיט לי' דבהקדש בכל היכי דאיתי' ברשותא דרחמנא איתא לא שייך בי' לומר מדאגבי' קני' להתחייב בתשלומין אם ישרף, ותרומה דווקא היא דאמרינן בה מדאגבי' קני' כו' וקשה דאטו משום כל היכי כו' לא דיינינן בי' מדאגבי' קני' להתחייב באונסין והא בכל גזילה דעלמא נמי קיימ"ל כל היכא דאיתי' ברשותא דמרא איתא אפ"ה קניא הגזלן לענין אונסין ובהדיא אמרינן בסנהדרין ע"ב כי אוקימתא רחמנא ברשותי' לענין אונסין אבל

לענין מקני ברשותא דמרייהו קאי מידי דהווי אשואל, וי"ל דודאי אע"ג דאמרינן החם דאוקימנא רחמנא לאונסין לאוו דכתב רחמנא הכי אלא דאנן מסברא היא דאמרינן הכי ומדין שואל אתינן עלי' כדאיתא בש"ס שם מידי דהווי אשואל וכן מבואר בדברי רש"י להדיא בסנהדרין שם הא דגזלן חייב באונסין משום דלא גרע משואל דכל הנאה שלו וא"כ י"ל דגבי הקדש דשואל גופי' לא קני' לי' לענין אונסין דאין דין שומרים בהקדש וכמ"ש הרמב"ם פ"ב משכירות ועיין מ"ח שם ה"ה גזלן דלא קני' לי' לענין אונסין ובי גזא דרחמנא לגמרי קאי טפי מגזילה דעלמא וזה נכון לכאורה לפרש בזה דעת הרביץ:

טז אבל יש להוכיח מדברי התוס' דלא ס"ל הכי מהא דכתבו בפרק כל שעה כ"ט ד"ה בדין היא דאפילו תוך זמנו מותר פירש"י באכילה (חמצו של עכו"ם) וקשה כו' ואם גזל הנכרי הרי חייב באחריותו והוא כשלו והא עכו"ם נמי אמעיט מדין שומרים מקרא דרעהו ולא הקדש רעהו ולא עכו"ם ואפ"ה גזלן דעכו"ם חייב באחריותו הרי דגזלן עדיף משואל ומ"ש ולא גרע מחמץ שחייב באחריותו ר"ל כעין דברי רש"י הנ"ל דלא גרע משואל גם לפ"ז יש ליישב שיטת רש"י לדעתו כמ"ש בדעת הרב"ץ ומשכחת לה שפיר בגזל מן הנכרי ולא קשה מידי ומה גם שלדעת רש"י אינו חייב לבער כ"א שחייב נמי באונסין עיין בא"ח סי' פ"ח ובח"מ סי' ע"ב בש"כ, ואפשר לומר דמה שכתב התוס' גזלן דעכו"ם חייב באחריות נמי לאוו באחריות אונסין קאמרי 'ואזדא הוכחה הנ"ל:

גם יש לפ"ז דעת הב"ח בא"ח סי' תקפ"ו סעיף ג' תקט בשופר של עבודה זרה יצא והיא שלא נתכוין לזכות בו אבל נתכוין לזכות בו לא יצא דהווי לי' ע"ז של (עכו"ם) [ישראל] ע"ש מה שהשיג הב"ח ולא ניחא לי' לפרש דמטעם גזלן שחייב באחריות וכדידי' הווי אמנם דעת המג"א מפורש שם דגזלן דעכו"ם מחייב באחריות ושכן מצינו בחמץ יעו"ש אז"ר מצאתי למהרמ"א בהלכות חמץ נסתפק בזה דגזלן בעכו"ם וסיים שם דמ"מ בפשיעה חייב ולא זכר את דברי המ"א שם ע"כ ואחר העיון יש לפרש עוד דעת הרב"ץ באופן אחר לפי מה דאיתא בש"ס ב"ב ד' פ"ח ואר"ל קשה גזל הדיוט יותר מגזל גבוה שזה הקדים חטא למעילה וזה הקדים מעילה לחטא ופירש רשב"ם גזל הדיוט דכתיב בי' כי החטא ומעלה וגומר דמיד בתחילת הגזל קרי' לי' חטא כו' וגבי הקדש כתיב תמעול מעל וחטאה בשגגה מקדשי ה' לא מקרי חטא עד שנהנה עכ"ל:

יז (ב"ה מוש"ק ויקרא תרט"ו) **ראיתי** היום בספר רבינו בחיי כתב וז"ל הקדים בפרשת הקדש מעילה לחטא ובפרשת פקדון הקדים חטא למעילה כו' והטעם כי מעילה לשון מזיד היא כו' ולשון חטא היא שוגג כו' ולכך הקדים בהקדש מעילה לחטא ושם הדבר שוגג (כלומר תפוש לשון אחרון דוויתר הכתוב בחטא שבין אדם למקום) לדונו כשוגג

אבל בתביעת הדיוט הקדים חטא למעילה ושם הדבר במזיד (ר"ל לדונו כמזיד שהחמיר עליו יותר משל הקדש) ואם שלא הזכיר דברי הש"ס דב"ב אבל ממילא שיש לפרש כן דברי הש"ס דלא כהרשב"ם ורש"י ומיישב לפ"ז קושיא הזאת יעו"ש אדונינו מהר"ש אידלש שם כתב הטעם כו' דבהדיוט מיד שגזל יצא הגדלה מרשותו של נגזל אבל בהקדש כל זמן שהוא בעין ביד גזלן כל היכא דאיתא בי' גזא דרחמנא איתא לכך לא הווי חוטא עד שנהנה ממנו ע"כ וקשה לכאורה דקרא דגזל גבוה בשוגג איירי תמעול מעל וחטאה בשגגה וכבר נתבאר בנוטל פרוטה מן הקדש על דעת שהוא שלו דלא מעל וכהאי גוונא בגזל הדיוט נמי לאוו גזלן הוא וכמו שהעלה בספר מחנה אפרים הלכות גדלה סי' ז' להדיא וז"ל אינו מתחייב משום גנב אלא במתכוין להוציא מרשות לרשות לאפוקי אם אין מכוין להוציא מרשות בעלים אלא שסבור שהוא שלו אעפ"י שהגביהו לא נעשה גזלן וכה"ג מחלקין התוס' פרק השואל ד' צ"ו ד"ה אמר רבא מאן נמעול, נמעול בעל יעו"ש ובפרק הבית והעלי' ד' קי"ז יעו"ש עכ"ל:

ושכן כתב הכ"מ סוף פ"י מתרומות מדפת הרמב"ם א"כ אין בזה חומר מבהקדש כלל ואם במתכוין להוציא מרשות לרשות שזה וודאי גזלן הוא כהדיוט ועפ"י ששגג באיסור הגזילה (וכעין לוקח מגזלן שמתכוין לקנותו שהזכיר שם ז"ל) פשיטא דגם בשגג בהקדש רק שמתכוין להוציא מרשות לרשות דמעל מיד בשעת הגבהה קודם שנהנה יצא בהקדש מרשות גבוה וכמבואר בש"ס ופוסקים וכמ"ש למעלה, וביותר יקשה לדעת המ"ל שם התוס' פ' כצד, דאינו גזבר אפילו בסבור שלו היא מעל, וכן הוכיח הג' רע"א ז"ל מהתוס' מעילה כ"א הובא למעלה בגליון א"כ אדרבה חומר, בזה גבוה מהדיוט.

יח עד שבאמת הי' נראה לפנ"ד דמזה ראי' נכונה דלא כשיטת המחנה אפרים שבגזל הדיוט מיד שגזל אפילו בסובר שהוא שלו מחשב גזלן משא"כ בהקדש בסבור שהוא שלו כדעת הרמב"ם וסייעתו בשגם שעיקר ראיות הו"א שם אינן ראיות להנ"ל דהתוס' קדושין נ"ה וב"מ צ"ו בגזל הקדש מיירי ואימר דהתם שפיר לא מעל בסבור שהוא שלו משא"כ בגזל הדיוט דחמיר בזה הדיוט מגבו וכנ"ל גם מה שהוכיח מהתוס' ב"מ קמ"ז לענ"ד אינה ראי' מלבד מה שכתבו התוס' הכא תיקנו דלא ליקני כיוון שאינו מתכוין לגזול ולקנות דמשמע דתקנת חכמים מירי התם אלא בלא"ה יש לחלק דשם לענין קונין גוף הדיר על ידי שינוי וודאי שפיר יש לומר איך יקנה החפץ להיות שלו והוא אינו רוצה לקנותו משא"כ לענין קנין לה חייב באונסין ולהקרא גזלן, שקנין הזה בע"כ ושלא ברצונו רחמנא אקני' כדאמרינן בסנהדרין ע"ב אוקימנא רחמנא ברשותי' לענין אונסין אימא בעל מ"א הנ"ל מודה לענין אונסין דחייב מיד בשעת הגבהה אעפ"י שלא נתכוין

לגזלו ורק לענין יוקרא וזולא היא דאיירי התם יעו"ש בדבריו היטב ובמה שהביא בשם הריטב"א אבל לאונסין לא גרע משואל וניחא נמי לפ"ז הא דלא מוקי בזר שאכל תי ומה וסבור שהוא שלו בסוגיא דזר שאכל תרומה הנ"ל:

יט ויש להוכיח עוד דלא כהמ"א ז"ל, מהא שכתבו התוס' בחגיגה ד' י"א ד"ה בגיזבר וז"ל ואפילו למ"ד שליחות יד אינה צריכה חסרון הכא שאני דכל היכא דאיתא בי' גזא דרחמנא איתא עכ"ל ואגב אורחין צריך לבאר כוונתם דר"ל דהכא מדקתני סיפא, דלא מעל עד שידור תחתיו בשו"פ ושגם אינו יוצא לחולין רק שכר הנאת שו"פ וכמ"ש התוס' שם בדבור הסמוך, א"כ ע"כ דאיירי הכא דאינו רוצה לקנות הקורה או האבן להיות שלו כולו דאל"כ הי' יוצא לחולין כולו באם ששגג בהקדש והי' מועיל לפי כולו (והתוס' ב"ק כ': שכתבו דהכא במתכווין לקנות הכל היינו רק למה שהוקשו שם ולס"ד בקושייתם דבמתכווין לקנות איירי אבל למה שהעלו בתירוצם דהכא בסבור שהוא שלו א"כ ממילא דהכא לא מיירי במתכווין לקנות כולה וזה פשוט וברור) אלא איירי שרוצה להשתמש בקורה זו על מנת כן נוטלה והוקשו לפ"ז למ"ד שליחות יד אינה צריכה חסרון אמאי לא למעול מיד קודם שהשתמש בה דבשלמא למ"ד ש"י צריכה חסרון ניחא דלהכא לא מעל כיוון שעדיין לא השתמש ולא חיסר כלום מן הקורה וגוף הקורה לא נתכווין לגזול אבל אם הי' מתכווין לקנות גוף הקורה כולה פשיטא דמשעת הגבהה, היינו חסרון דאין לך חסרון גדול מזה וכדאיתא ברש"י סוף המפקיד ובתוס' שם מ"א וכן במהרש"א שם יעו"ש:

ב אלא למ"ד ש"י אינה צריכה חסרון א"כ תיכף שהגביהה ע"מ להשתמש בו מקרי שולח יד וגזלן כך הוא הוצעת כוונת דבריהם וקשיא לי להא דכתב הטור בסי' רצ"ב דמגביה ע"מ להשתמש לא מתחייב מדין שליחת יד עד שישתמש וכ"כ התוס' במ"ט פ"ג דמציעא וז"ל ועיין בסוף פרקין ד' מ"ג להשתמש דהכא היינו ונשתמש (ולשונו זה תמוה לי כי אין הכרח מסוגיא דסוף פרקין לדין זה כלל וכלל והטור הוציא כן מדברי התוס' בד"ה חדא לומר לך שם ד' מ"א כמ"ש המחנה אפרים שם סי' י"ח ושם כתב דגם מהתוס' אין ראי' ושהרמב"ן והר"ן והריטב"א פליגי להדיא וס"ל בשואל שלמ"ד מתחייב משעת משיכה קודם שהשתמש וסיים דאפשר דהטור לא כתב כן אלא בפקדון שמשכו הנפקד להשתמש בי דלא מתחייב קידם שהשתמש בי משום דכל דעומד ביד הנפקד חשוב עדיין כאילו עומד ברשות בעלים אבל היכא דמוציא הכל מרשות בעלים שלא מדעת חייב משעת משיכה ופשיט דגיזבר וודאי לנפקד דמי ודין הוא שלא יתחייב משעת הגבהה (ועיין רש"י בחגיגה שם ריש ד' י"א) וא"כ אין מקום לכאורה לדברי התוס'. ויש

לומר דבאמת מדברי התוס' הללו מוכח דלא ס"ל כהטור אלא כיוון קיימ"ל דש"י אין צריך חסרון אפילו בנפקד שהגביה על מנת להשתמש מיד חשוב שולח יד וכסתימת דברי הרמב"ן והר"ן והריטב"א ע"כ הוצרכו לפרש דשאני הקדש מהדיוט בזה דבחזקת מרא קיימא טפי מהדיוט ולא מעל הגיזבר עד שישתמש וכלומר דבהקדש ש"י צריך חסרון אבל הטור דלא ניחא לי' לחלק בכך אימא שפיר שהוציא דין זה מהש"ס דשם גופי' ולמד להדיוט מן הקדש דלא מתחייב קודם שהשתמש וזה נכון:

וי"ל התוס' נמי לא כתבו כן אלא למאי דס"ד בש"ס שם שלקחו הגיזבר לקבעו בבנין על ידי שינוי דהיינו לסתת האבן או לחתוך הקורה ולשיפה וכדומה לו א"כ הווי כלוקח ע"מ לחסרו דשפיר מקרי שולח יד מיד בשעת הגבהה למ"ד של"י אין צ"ח כמבואר בטור שם ופוסקים וכמ"ש התויו"ט שם אבל לפי המסקנא דמסיק הש"ס דהכא בשדר תחתיו בלא שינוי כלל ולהניחו ע"פ ארובה, א"כ מיירי רק ע"ד להשתמש בו וודאי שפיר לא צריך לן לחלק בין הקדש להדיוט בזה וכמבואר למעלה בשיטת הטור וגם זה נכון:

כא והנה איך שיהי' קשיא לכאורה אכתי למה הוצרכו התוס' לחלק בין הקדש להדיוט בזה ולשיטת המחנה אפרים הנ"ל שכתב וז"ל עלה לנו דכל היכא דסבור בפקדון שהוא שלו אעפ"י ששלח יד במקצתו לא מתחייב בכולו מדין שולח יד בפקדון או משום שואל שלא מדעת דהווי גזלן כדמוכח מדברי התוס' שהבאתי עכ"ל, והרי כתבו התוס' בפרק כצד דלמאי דמוקי לה בגיזבר בסבור שהוא שלו מיירי, וא"כ גם בהדיוט כה"ג לאוו שולח יד הווי ולא שם גזלן עלי' כלל כיון שסבור דשלו הוא, אלא וודאי דהתוס' ס"ל בפשיטות דבהדיוט אפילו באין מתכווין לגזול כלל שולח יד וגזלן הווי ודלא כהמג"א א"כ אם לא שנאמר דהתוס' בחגיגה שם פליגי על מ"ש בפ' כצד וס"ל דבגיזבר אפילו במתכווין להוציא מרשות מי שהוא אפילו הכי לא מעל וכמו שכתבנו למעלה בעזהי"ת שמהתוס' דחגיגה הנ"ל משמע דגיזבר אפילו נתכווין להוציא מרשות מי שהוא אינו מועל ושם דברינו באו סתומין יעו"ש, אבל לפי הנ"ל לקיים דברי המחנה אפרים וסייעתו הדברים מפולשין והשתא ניחא נמי דב"ב פ"ח דחמור הדיוט מהקדש לפי דברי התוס' דחגיגה הנ"ל דבהקדש שליחות יד בעי חסרון אע"ג שמתכוון להוציא מרשות מי שהוא בשגג בהקדש משא"כ בהדיוט:

כב ולענין עיקר קושיא הנ"ל מב"ב פ"ח נראה עוד ליישב לכאורה דמה שאמרו שם דחמור הדיוט מהקדש לענין מזיד איתמר ולפי האמור למעלה דבהזיד בהקדש ר"ע מודו דלא חל הלאו עד שנהנה משא"כ בגזל הדיוט ואע"ג דקרא דהתם דהקדים מערלה לחטא בשגגה מיירי מ"מ מידריש לענין מזיד באם אינו ענין לשוגג שהקדש והדיוט שווין בו

כנ"ל תניהו לענין מזיד ועוד דעל כרחך הני קראי דהתם לענין מזיד נמי מידריש בפרק הזהב נ"ה מפיק מואת אשר חטא מן הקודש לענין חשבון אפילו בפחות משו"פ ולא חילק בין שוגג למזיד וכמ"ש הרמב"ם להדיא בפ"ו מעילה:

והנה שם בתו"כ ה' פ' ט"ו פירש"י וחטאה בשגגה וגומר והיכן הוזהר נאמר כאן חטא ונאמר חטא בתרומה מה להלן הוזהר (כדכתיב קרא בתרומה כל זר לא יאכל קודש) כו' אי מה להלן לא הוזהר אלא על האוכל ת"ל המעול מעל ריבה עכ"ל (עיין בתורת כהנים פ' ויקרא פ' י"ט פ' י"א אות ה' לפענ"ד שדברי רש"י לקוחים משם) הנה מבואר ג"כ דמהך קרא דתמעול מעל דבשוגג לומד אזהרה ולאו לאוכל במזיד שה"ה להנהנה במזיד:

כג וראיתי להר' רבינו אלי' מזרחי שם כתב לפרש דברי רש"י הללו וז"ל אינו רוצה לומר מה להלן לא הוזהר אלא האוכל, ולא על הנהנה משאר הנאות אף כאן כן שהרי בכל מקום שנאמרה אכילה אף שאר הנאות בכלל, כמו שאמר כל מקום שנאמר לא תאכלו ולא האכל אחד איסור אכילה ואחד איסור הנאה במשמע עכ"ל, וכן כתב עוד שם בסמוך וז"ל ומ"ש אכילה דתרומה דדייקינן מינה דוקא פוגם ונהנה. אבל בחד מיניהו לא ואילו בשאר איסור אכילה דכתיבה בכל התורה כולה אמרו אחד איסור אכילה ואחד איסור הנאה במשמע עכ"ל:

ויש לתמוה טובא דהרי ש"ס ערוך לפנינו בפסחים שם ד' כ"ג והרי תרומה דרחמנא אמר וכל זר לא יאכל קודש ותנן מערבין לנזיר ביין ולישראל בתרומה אר"פ שאני התם דאמר קרא תרומתכם שלכם תהא ע"כ הרי דבתרומה לכ"ע אין בו איסור הנאה וכ"כ הר"ש להדיא במשנה ט' פי"א דתרומות (ושם משנה זרד ברמב"ם ועיין ש"ס שבת ד' כ"ה וד' כ"ו בתוס' שם ודעת רש"י פסחים ל"ד מבואר שהוא כהר"ש דאפילו הנאה של כלוי מדרבנן הוא דאסור כמ"ש הפיה"ו והא"ש שם להדיא ויסוד דברינו פה סובב לפרש דברי פ' רש"י ועיין משנה למלך פ' ב' מהלכות תרומות ה' י"ד כתב שגם דעת התוס' כן שלא נמצא בשים מקום שיאמרו הנאה של כלוי יהא אסור מדאורייתא, וי"ל דהקישא דקראי דנקטי אסמכתא בעלמא היא ועיקרו מדרבנן:

כד ולע"ד לפרש הדברים כמשמעו כיון דבאמת בתרומה לא הוזהר אלא על האוכל וכנ"ל שהרי מותרת בהנאה וכל עיקר הזהרתו של הקדש מתרומה היא דילפינן מג"ש א"כ וודאי הווי אמינא דה"ה בהקדש לא הוזהיר אלא האוכל ת"ל תמעול מעל ריבה, והנה הקושיא העיקרית אשר הכריחה להרמ"א ז"ל ולהוציא הדברים ממשמען ולפרש ריבה זו שיהא משונה מכל הריבויין שנאמרו בכל הש"ס יעו"ש כי אחת היא דהא בש"ס דמעילה פ' הנהנה מבואר דמרבינן בהקדש אף הנהנה ולא פגם מהיקישא דסוטה ולא

מריבוי' דתמעול מעל ונלפענ"ד ליישב בטוב טעם דאדרבה משים דגמרינן מסוטה הווי אמינא אכתי דלגמרי איתקיש לסוטה ומה סוטה מזידה גם הקדש לא יצא לחולין עד שהזיד וכמו שמפורש להדיא בקידושין נ"ג שזהו דעת ר מאיר דס"ל באמת לא משכחת לה מעילה בשוגג אלא באוכל הקדש לבד וכמ"ש שם בתוס' ובמהרש"א שם דטעמא דר"מ היא רק דאיתקיש לסוטה שהיא מזידה אף הקדש לאו מתחלל אלא מזיד להכי איצטריך לרבנן דר"מ דקיימ"ל כוותיהו הך ריבויא דתמעול מעל לרבות נהנה ולא אכל למעילה וללמד בא על היקש דסוטה דלענין נהנה ולא פגם היא דאיתקש לרבנן ודלא כר"מ וזה פשוט וברור, ועיין תוס' פסחים ד' ל"ג בד"ה ומינה מה תרומה בכזית אע"ג וכו' דהא אכילה דהקדש מאכילה דתרומה יליף כו' דבשאר נהנה ליכא מיתה אלא אאכילה אפילו לרבי דומיא דתרומה עכ"ל, וצריך טעם אמאי לא נימא נמי לעניין עונש הך ריבה, ולשיטת הרא"מ דלאוו ריבה היא, עדיין קשה יותר דתרומה גופי' כוללת הנאה נמי או דמסוטה יליף ודו"ק:

על כל פנים יותר מבואר להנ"ל דמצינו דקרא דמפקינין מיני' דחמיר גזל הדיוט מגבוה לענין זה דה"ה לענין מזיד איתמר א"כ מסולקת התימה הנ"ל מעל הרב"ץ ומתפרשין דבריו שפיר דדווקא בהדיוט היא דאמרינן מדאגבי' קני' ושם גזלן עליו מיד משא"כ בהקדש דמעטי' קרא ואמרינן דאכתי כל היכא דאיתה ברשותא דמרא איתי' ולא ילפינן מניה לגזל עכו"ם וגרע שואל מגזלן וכדעת המג"א סי' תקפ"ו הנ"ל:

כה והנה אזהרה לכהן טמא שלא יאכל תרומה נפקא לן מן הכתוב בקדשים לא יאכל עד אשר יטהר ויקרא כ"ב ד' וכמ"ש בשבועות ד' ד' ובמלקות י"ד יעו"ש ברש"י ותוס' ד"ה לא הזהיר ועיין תוס' יבמות ע"ה ד"ה והכתיב דלחד תנא אזהרה זו לא מהך קרא אלא מן הכתוב בכל קודש לא תיגע והאי נגיעה אכילה היא וכמ"ש שם רש"י להדיא וכן בפרשת אמור יעו"ש וא"כ להך חנא דלא כתיבה אכילה באזהרה זו אין שום טעם לאסור לכהן טמא הנאת תרומה דדווקא היכא דהוזכר לשון אכילה ס"ל לר' אבוהו דאחד איסור אכילה ואחד איסור הנאה, וגדולה מזו דגם מאן דמפיק מן בקדשים לא יאכל נמי לא ס"ד לאסור הנאת תרומה לכהן טמא, ותדע לך דאל"כ מדוע לא פריך הש"ס לר' אבוהו והרי תרומה לכהן טמא דרחמנא אמר לא יאכל ותנן בריש פ' הערל ד' ע' כל הטמאין לא יאכלו בתרומה נשיהם ועבדיהם יאכלו ונהי נמי די"ל מדאמר ר' נחמן אמר רבה ב"א ואני נתתי לך את משמרת תרומותי בשתי חרומות הכתוב מדבר אתת תרומה טהורה ואחת תרומה טמאה ואמר רחמנא שלך תהא להסיק תחת תבשילך וי"ל, דהאי לך מדריש נמי אתרומה טהורה לכהן טמא להיתר הנאה וע"ש בתוס' ד"ה תהא להסקה דלך קאי אכולהו תרומות

עכ"ל אבל בכל זאת יפלא למה לא פריך הש"ס בפסחים שם מהך אזהרה והרי שם לא הניח שום אזהרה ממאכלות האסורות שלא נאסרו בהנאה אע"ג דכתיב בהו אכילה, וי"ל דסוגיא דהתם אזלא כמ"ד דמלא תיגע נפיק וכנ"ל או י"ל בתרומה טהורה פשיטא לי' מקרא דאני נתתי לך משא"כ בטמאה לטהור מ"ד דאסור בהנאה שהרי יכול להנות ממנה בימי טמאתו וכתב רחמנא תרומתכם להתירה וא"כ וודאי איצטריך ולא יחללו לאסור את הסך שלא יסוך בו כהן טמא וכפירש"י בנדה שם ולא עוד דאפילו למ"ש התוס' דהנאה של כלוי דהיינו להאכיל לבהמתו וכדומה אסורה תרומה לישראל אבל לכהן טמא וודאי דמותר כדתנן במשנה הנ"ל עבדיהם יאכלו וה"ה בהמתם דקנין כספו הוא ועיין נמוקי יוסף ועיין רש"י שפירש דנשיהם ועבדיהם של טמאין דאוכלין בתרומה, הוא דמשום ערלות וטומאה לא נפקי' מכלל כהנים אלא דאינהו מיחסרו תקנתא וכלומר דהם עצמן ראויים לאכול בתרומה ליום מחר וארי' הוא דרביע עלי' משא"כ כל הנך איסורין דחשיב בש"ס התם ועיין שבת י"ז ובירושלמי נדרים פי"א סוף הלכה ג' ודוק:

כו שוב מצאתי ראיתי כי בעיקר תמיהתי על הרא"מ כיונתי בזה לדעת הגאון מהר"ל בספר גור ארי' ע"ש אלא דקשה לי על מ"ש וז"ל דוודאי בתרומה אין אסור בהנאה דבפרק בנות כותיים ל"ב מצריך קרא לסך שמן של תרומה שאסור מלא יחללו משים דסיכה היא כשתי' ושתי' בכלל אכילה וא"כ שאר הנאות מותר עכ"ל, והרי התם בתרומה טהורה לכהן טמא מיירי וקיימ"ל תרומה נכסי כהן הוא לקנות בה שדה ועבדים משא"כ ישראל בתרומה לא נפקי לן מהתם כלל והיותר תמוה למה לנו להביא ממרחק והלא ש"ס ערוך הוא במקומו פסחים כ"ג דהנאת תרומה לזר מותרת מן הכתוב תרומתכם שלכם תהא וצע"ג:

והנה הגאון ר"י מושקאט נ"י הקשה לשאול על מ"ש הרמב"ם פ"ז ממעילה בבשר העולה לא מעל אלא האוכל בלבד שיש בו לאו נוסף על המעילה וקשה דתיפוק לי' דמעל מיד בשעת הגבהה ונהי דהאוכל גופי' לא מעל עד שאכל וכמ"ש המשנה למלך שם כיון שהוא לא עשה שום מעשה והגביה בפקידת אחר מ"מ המשלח הרי מעל מיד בשעת הגבהת השליח ובמעילה הרי יש שליח לדבר עבירה ולכאורה נ"ל לפי דברי הראב"ד שם שהוסיף טעם דכאן לא מעל אלא הנהנה ואכל אבל הנך דלקחו והגביהו לא מעלו כלל דאונסים הם כיוון דסתם חתיכת של חטאת הוא ולא עולה א"כ י"ל דאינו נכנס כלל בגדר שוגג דאין זה אלא אונס ואינו מועל כל זמן שלא נהנה, אלא דא"כ קשה גם באוכל נימא דאנוס היא ועכצ"ל כל שנהנה חייב א"כ גם בהגבהה כיוון דקימ"ל נתנה לחבירו מעל וחשיבה הא מלתא הנאה א"כ ימעול המשלח מיד והדרק"ל ולכאורה י"ל

דיש לאוקמי באין בו שוה פרוטה, דלענין לאו הפרטי בכזית חייב אעפ"י שאינו שו"פ (וכמ"ש המ"ל בריש הלכות מעילה) וכה"ג ליכא מעילה בהגבהה רק באכילה דוקא וכמ"ש המ"ל שם אבל קשה לזה מדברי המ"ל שם פ"ז שפלפל לענין מעילת השליח אי שימעול המשלח וי"ל דלקושטא דמלתא שקיל וטרי התם דהרי יש נ"מ לדינא היכא דיש בה שו"פ אבל לעולם דהרמב"ם מיירי כאן באין בו שו"פ וצע"ה:

והנה י"ל לפי מ"ש הרמב"ם דהנוטל פרוטה על דעת שהיא שלו לא מעל א"כ ה"ה באומר לשליחו הגבה פרוטה זו ותן אותה לפלוני נהי נמי דגלי קרא דיש כאן שלית לדבר עבירה ושליחו כמותו אבל לא עדיף מהגבהת עצמו כל שהי' סבור שהיא שלו לא מעל גם בהגבהת שלית, וכדאמרינן בש"ס מי איכא מידי דאילו עביד איהו לא מחייב ואי עביד שליחו יחחייב אמנם באומר לחבירו קח לך פרוטה זו ותגביהנה לזכות בה לעצמך הנה זה הדין מבואר במשנה נתנה לחבירו מעל אלא היכא שהוא בעצמה נתנה בידים חיוב מעילה זו נצמח מצד עצמו ואם הוא לא עשה מעשה הנתינה אלא שאמר לחבירו שיטלנה בזה חיוב המעילה נצמח מצד שליחות דשליחו כמותו דגלי קרא דיש שליחות לד"ע במעילה כל זה בסבור שהוא שלו א"כ הנאה שהגיעתו היא בשעה שנתנה לחבירו ובאותה שעה מעל אבל אם ביודע שזאת הפרוטה אינה שלו אלא שסבר שהוא של אותו אדם שנותנו לו וכן האומר לשליחו צא חן חתיכה זו לאורחים [וסבור שהוא של אורחים עצמן שהניחוה שם] והשליח עשה שליחותו על דעת זו שנותן להם את שלהם ונמצאת שאותה חתיכה של הקדש היתה לא אותה. שהניחו האורחים שם הנה כל זמן שלא אכלו האורחים ממנה לא מעל שום אחד מהם [והרי היא כאילו נטל לעצמו ע"ד שהוא שלו שלא מעל עדיין כלום] אכלו ממנה לא מעל אלא המשלח לבד שהרי שלית עשה שליחותו [והיינו דוקא בבשר שאינו של עולה אבל בבשר של עולה מעל אלא האוכל שבאיסור אכילה\ עולה אין שליח לד"ע] וא"כ אפשר לאוקימי דברי הרמב"ם הנ"ל כי בנותן להם ע"ד שהוא שלהם דלא מעל אלא בשעת אכילה:

שוב מצאתי תנא דמסייע לי בדרוש וחידוש להגאון ר' עקיבא אייגר מערכה ה' ד' י"א שכ"כ להדיא בנוטל על דעת שהוא שלו מ"ד דלא מעל ה"ה אם שלח שליח ליתנו לאדם אחד וסבור שהוא של המשלח לא מעל עד שיוציא ע"ש ושמחתי כי הייתי מסתפק בדין זה שלא נחצא מפורש ואדרבה מדברי המ"ל שכתב להוכיח מכן דהרמב"ם לא ס"ל כהתוס' משמע דלא ס"ל הכי ויש לדחות דהמ"ל ישמיעינו דאפילו בנטל ע"ד שהוא אינו שלו לא מעל המקבל ודו"ק. והתבוננתי בספרים ומצאתי בספר המקנה בקידושין ח"ג שם הקשה קושיית הגאון מהר"י מושקאט נ"י והוכיח מזה דעל כרחך ס"ל להרמב"ם דלא

מעל עד שעח אכילה אבל במשנה למלך מבואר שדעת הרמב"ם כהתוס' וא"כ הדרק"ל גם צ"ע איך יפרנס המקנה דברי הרמב"ם בפ"ו מהלכות מעילה שכתבו בנותן מתנה לחבירו מעל הנותן, ואתאי לא ימעול הנותן הפיכה לאורחים ואם יחלק דשאני התם דעיקר כונתו של נותן ש אכלנה אין לזה טעם אם לא כח"ש במקנה שם באופן השני והנה בפ"ו שם כתב הרמב"ם דקדשי מזבח שנתנו לחבירו, וחבירו לחבירו כולן מעלו ובשער המלך שם תמה מקדושין נ"ח וכי מאחר דאין מתחלל קרבן אמאי חייב וכמ"ש בתוס' שם דלא מתחייב אלא באכילה או הנאת הגוף ע"ש דסיים בצ"ע ויש לומר לפי מ"ש במקנה שם דעולא משחי' דב"פ ס"ל דעביד לא חהני והאי דלקי משום דעבר אמד"ר ולהכי גם במעילה אע"ג דלא מתחלל חייב במעילה דעבר אדמ"ר א"כ לפי מ"ש המ"מ פ"ג מגזילה דס"ל הלכתא כרבא דל"מ אתי שפיר דכולן מעלו אבל י"א דהרמב"ם ס"ל כאביי דעביד מהני הדרק"ל, והנה בשער המלך פ"ז ממעילה שם הכריע שדעת הרמב"ם דלא מעל [בבשר העולה אלא בשעת אכילה דלא כהתוס' קידושין מ"ג בד"ה שלא ונמצא לפ"ז סתירה בדברי הרמב"ם עצמו:

ולכאורה י"ל עוד לענין קושיא הרי"מ נ"י והמקנה סברה חדשה למה דאמרינן בכתובות ל"ח דהגבהה לאו צורך אכילה היא ע"ש ברש"י ותוס' וא"כ באומר לשליחו אכול בשר עולה זו והלך ואכלו שלא ע"י הגבהה כגון דגחין ואכל או שתחבו לו לגרונו הרי עשה שליחותו ולא מעל אלא האוכל בלבד דמשום איסור הנוסף אין כאן שלד"ע והגבהה לא היתה כאן דנימא שמעל המשלח וגדולה מזו י"ל דאפילו הגביה בעצמו נמי לא מעל המשלח משעת הגבהה כיון דעיקר של"י לא היתה אלא שיאכל והגבהה לאו צורך אכילה הוא ומה לו להמשלח להגבהתו הרי לא עשאו שליח אלא לאכילה כדי שלא יתחייב המשלח בהגבהתו אמנם מדברי התוס' קידושין מ"ג שם מוכח דלא ס"ל הכי ע"ש מה שנסתפקו ויש לדחות דהתוס' מיירי בפירש לו ואמר הגבה לאכול דעשאו שליח גם להגבהה או דהרמב"ם והתוס' מחולקים בזה] אלא דקשה לכאורה לפ"ז גם בקדשי בדק הבית נמי נימא הכי דזה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן ואי משעת הגבהה נמר נימא דלהגבהה לא עשאו שליח וח"ט כתב הרמב"ם שם דמעל המשלח וי"ל דהרמב"ם ס"ל דבמעילה אמרינן זה נהנה וזה מתחייב, וכספיקו של ר"י בתוס' שם וכצד הא':

ויש לחלק ולומר דבקדשי ב"ה דנפקי לחולין בתר דמועיל א"כ אדרבה נימא איפכא השליח מסתמא לא נתרצה להעשות שליחו לחטוא כדי שיזכה חבירו ולא נכנס לשליחות זה אלא לקיים מה שציוהו המשלח דהיינו לאכול ככר זה באופן שלא יתחייב עליו באכילתו דהיינו שיגביהו ולקנותו תיכף בהגבהתו ונתחייב המשלח במעילה

ותיכף יצא הככר לחולין והיתירא אכל משא"כ גבי קדשי מזבח דסוף סוף מועיל האוכל דלא נפקי לחולין א"כ שפיר הדרינן לסברתינו הנ"ל דלהגבהה לא עבדי' שליח ויופטר המשלח עכ"פ ולפ"ז י"ל דלא פליגי התוס' והרמב"ם כלל:

שוב מצאתי להר"מ עטייזא בחידושיו לקידושין שם כתב וז"ל דסתם ככר לאכילה עומד נקט ואכול אבל עיקר השליחות היא ע"י הגבהה עכ"ל ולהנ"ל יובן שזה דוקא בקדשי ב"ה ומטעם האמור משא"כ בקדשי מזבח נהפוך היא דזיל בחר טעמא ודו"ק:

הלכות נזירות

תניא בתוספתא דנזיר פ' ג' האשה שנדרה בנזיר ושמע בעלה והיפר לה והיא לא ידעה שהפיר לה בעלה. והיתה שותה יין ומטמאה למתים הרי זו סופגת את ארבעים כשהגיע ר' עקיבא לדבר זה הי' אומר ומה נתכווין לעלות בידו כו' ותמיה רבה דהרי תנן להדיא במשנתינו נזיר כ"ג דלא נחלקו אלא לעניין מרדות דלת"ק גם מרדות ליכא ולר"י לוקה מרדות כמ"ש התוס' שם כ"א ע"ב דה"ק ור"י פליגי והכסף משנה פ' י"ב מהלכות נדרים כתב דר"י מלתא דת"ק מפרש אבל עכ"פ כ"ע ס"ל דאין כאן מלקות של תורה. והנה בתוספתא שם בסיפא תני הי' שותה יין ומטמא למתים ואח"כ נשאל לחכם והותר לו אינו סופג את ארבעים ר' יהודה אומר אם אינו סופג את הארבעים יספוג מכות מרדות משמע להדיא דרישא אעפ"י שהפר לה בעלה הרי זה סופג את ארבעים של תורה. דלולי הך סיפא הי' אפשר לומר דמצינו בש"ס לוקה ארבעים ור"ל מכות מרדות וכמ"ש בהקורא לחבירו ממזר לוקה מ' ור"ל נמי מכות מרדות וכמ"ש אבל מדמחלק בסיפא בין מלקות מ' למרדות ש"מ דארבעים של תורה קאמר והדר ק"ל (ותו תימה הך סיפא דנשאל לחכם והותר לו אינו סופג מ' היכי דמי אי דשתה יין קודם שנשאל אמאי לא ילקה מ' ואי שתה אחר שנשאל לחכם והותר לו איך יאמר ר' יהודה דסופג מרדות פשיטא דאח"כ מותר לו לשתות לכתחילה וצ"ע גדול כעת ופירוש על התוספתא שנדפס אין תחת ידי):

בסוגיא דחייבי חטו"א

בש"ס ב"ק ד"מ בעי מיני' חייבי כופר אי דמי לחטאות ואשמות ואין ממשכנין או דלמא כו' ושם בתוס' ד"ה חייבי כופר מאי ביורשי הניזק עצמו מיבעיא לי' אם יכולין למשכנו עכ"ל ופירש הרשב"א בחידושיו שם דלעניין ב"ד לא מבעיא לי' דוודאי ממשכנין אם לא רצה לשלם כי קמבעיא לי' לענין היורש עצמו אי דמי לגיזבר) והקשה הלח"מ פ' י' מהל' נזקי ממון דין וא"ו. הא עיקר האיבעיא שם אי דמי לחטו"א משום דלכפרה אתי ובחטו"א וודאי שאין ב"ד ממשכנין וכסתם מתניתין וא"כ ה"ה כופר ואי נימא דפשיטא

לי' דכופר קיל מחטו"א וחיישינן בי' טפי דילמא פשע. א"כ מאי מספקא לי' לעניין יורש עצמו. ומדוע לא יוכל גם היורש למשכנו בעצמו. ואם ר"ל דאפשר דיורש בעצמו לא מצי למשכנו ולא דמי לגיזבר דחשיב כשליח ב"ד א"כ הכי הי' לו לומר יורש כופר כגיזבר דמי או דילמא דמ"מ ממון הדיוט הוא ואינו רשאי למשכן בעצמו יעו"ש בלח"מ (שקיצר מאוד) וכתב דיש לפרש דברי התוס' דלא כהרשב"א. אבל הואיל והרשב"א דקדק כן מדברי התוס' דבריו דברי אלקים חיים:

א ויש לכאורה לומר דהרשב"א ס"ל בדעת התוס' דגם חטו"א ביה דין ממשכנין [אבל זה אינו אלא במתעצל ומוציא הוצאות חנם כדי שלא ישאר בידו להקריב חטאתו וכמ"ש התוס' בר"ה דף וא"ו ד"ה יקריב ע"ש] ולא אמרו אין ממשכנין אלא לעניין כהני המשמר שהן בעצמן אין רשאין למשכנו בחטו"א אבל ממשכנין עולות ושלמים ר"ל הכהן עצמו יכול למשכנו. וכן חייבי עירוכין הגיזבר עצמו נכנס לביתו למשכנו וכן פירש רש"י להדיא בעירוכין כ"א וכ"ג וכן בב"ק דף ק' דלכאורה קשה מנ"ל לרש"י לפרש דממשכנין ר"ל הגיזבר עצמו דילמא ממשכנין דתנן ר"ל נמי ע"י בית דין דווקא אבל להנ"ל ס"ל דרש"י נמי הכי ס"ל דעל ידי בית דין גם חייבי חטו"א ממשכנין והוצרך לפרש דממשכנין דתנן היינו שהגיזבר עצמו נכנס למשכנו וכן הכהן של משמר ממשכן חייבי עו"ש משא"כ חייבי חטו"א. אבל הלח"מ נראה דפשיטא לי' דחייבי הטו"א גם בי"ד אין יכולין למשכנו ולנו גם דבריו דברי אלק"ח וכן משמע מסתימת דברי הרמב"ם וכן מוכח מדברי הרמב"ן פ"ד דב"ק:

ב עוד י"ל לפי מה שכתבו התוס' כריתות י"ב ויבמות פ"ז דבסבור שהוא פטור ממשכנין גם בתטו"א וא"כ י"ל מ"ש הרשב"א בכוונת התוס' ר"ל דבסבור שהוא פטור הוא דפשיטא לן דב"ד ממשכנין ודבר זה תלוי לפי ראות עיני הב"ד שמבינים מתוך דבריו שסבור הוא בדעתו שאינו מחוייב ולכן ימאן לשלם. וה"ה גיזבר של הקדש דינו כשליח ב"ד לעניין זה. משא"כ לעניין היורשין עצמן קא מבעיא לן אי נאמנים ע"י עצמן לומר רואין אנו שסבור שפטור [משום דאמר אנא לאוו מידי עבדית וממוניה הוא דאזיק או משום דלאוו לגבוה הוא כמ"ש בש"ס שם] או דילמא כיון דלכפרה אתי וודאי ישלם ואישתמוטי הוא דקא מישתמיט:

ג (**עוד** י"ל לפי מ"ש תוס' והרמב"ן דאחר שעבר על בל תאחר ממשכנין גם חטו"א א"כ י"ל דה"ה בכופר אחר שעבר זמן ב"ד ממשכנין אותו אלא דמבעיא לי' אם היורשין עצמן יכולין לקבוע לו זמן ואחרי שעבר הזמן ממשכנין כגיזבר בעירוכין או לא):

ד בא"א י"ל לפי דברי התוס' ר"ה דף וא"ו הנ"ל דמתניתין מיירי באופן שמתעצל ומוציא הוצאות חנם כדי שלא תשיג ידו אח"כ להביא עולתו ולכן ממשכנין חייבי עו"ש, אבל חייבי חטו"א אין ממשכנין משום דחמור עלי' ולא יפשע וזה דווקא בחטו"א אבל כופר דוודאי דיש בו סברא שיקל על עצמו מכח ב' הטעמים שאמרו בש"ס שם מלבד וכשיצטרף להם עוד הטעם השלישי דהרי חזינן שמתעצל מלשלם חובתו ומפזר ממון ללא צורך לכן ס"ל דכשמסתבר לב"ד שכך הוא לפי ראות עיני הב"ד וודאי ממשכנין. ולא קא מבעיא אלא לענין יורשים אי נאמנים לומר רואין אנו שמפזר ממונו לחנם ומיקל על עצמו לבלתי ישלם או דילמא דסוף סוף לכפרה אתי ולא פשע וצריך בירור לב"ר דווקא:

ה ויש ע"א לפי מ"ש הרמב"ן פ"ד דב"ק די"ל דהא דתנן חייבי עולות ושלמים וערכין ממשכנין אותם ר"ל גבאי צדקה ממשכנין ולא ב"ד וזה מ"ש רב האי דנודר לצדקה אין ב"ד יכולים לעשות בו דבר ר"ל שאין יורדין לנכסיו למוכרן כו' אבל מ"מ גבאי צדקה ממשכנין אותו כו' עד שיפרע ולכשיתן יחזירו לו משכונו שגבאי צדקה ממשכנין אותו ולא ב"ד כי לא חלק הגאון ז"ל מעולם בזה דהא צדקה איתקיש לנדר וחייבי עולות ושלמים ממשכנין אותו ומאי שנא וכן נמי חייבי ערכין עכ"ל וי"ל דזהו גם דעת התוס' ב"ק הנ"ל שפירשו בעיא זו לענין יורשין עצמן דלעניין ב"ד פשיטא לן דלא מצי למעביד בי' מידי (אפילו בנודר לצדקה כנ"ל) ואפילו בעולות ושלמים וערכין אלא גיזבר וגבאי צדקה דווקא וגבי כופר יורשין עצמן במקום גיזבר קאי וקא מבעיא לי' אי דמי לעולות ושלמים וממשכנין או דילמא כיון דלכפרה אתי כחטו"א דמי ולא בעי למשכני' (וזה להיפך מדברי הרשב"א הנ"ל דב"ד וודאי ממשכנין) ואין לומר דכופר שיש לו תובעין עדיף להא דגם ב"ד ממשכנין דהרי גם ערכין וחייבי עו"ש יש לו תובעין גיזבר וכהני המשמר דרחמנא זכי להו וממון דידהו נינהו. ואפ"ה לסברא הנ"ל דווקא גיזבר ימשכן ולא ב"ד וכן יש לפרש כוונת רש"י הנ"ל ערכין כ"א כ"ג וב"ק דפירש ממשכנץ גיזבר נכנס לביתו למשכנו לאפוקי ב"ד דלא וכאמור:

ו והנה הרמב"ן שם במקרא זה דאם כופר יושת עליו כתב וז"ל בעבור היות הכופר כפרה כענין הקרבנות אם הוא אין חפץ בה אין מכריחין אותו לבא לב"ד ואפילו אם חייבוהו אין ממשכנין אותו בעבור זה אמר א"ם עכ"ל:

והקשה הגאון רי"פ במ"ר וז"ל קשיא לי במה "שהחליט רמב"ן דאין ממשכנין לחייבי כופר והא בעיא דלא איפשטא ולחומרא פסק הרמב"ם בפ"י מנזקי ממון וצ"ע גדול עכ"ל. ולענ"ד י"ל דכוונת הרמב"ן היא כשאין תובעין אותו היורשין אין ב"ד מכריחין אותו לבא לב"ד ואפילו בא מעצמו לשאול ואמרו לו חייב אתה לשלם כופר להתכפר בו מ"מ אין

ממשכנין אבל כשהיורשין עצמן תובעין אותו י"ל דוודאי מחייבין אותו לעמוד עמהם בדין ומחייבים אותו לשלם ולעניין ממשכנין היינו דמיבעיא לן בש"ס אי דמי לתחו"א ואין ממשכנין או לעולות ושלמים וממשכנין ובזה י"ל דגם רמב"ן מודה דלחומרא וי"ל לפ"ז לפרש ג"כ כוונת התוס' ב"ק הנ"ל. ביורשי הניזק עצמו מבעיא לי' ר"ל אם היורשין בעצמן תובעין אותו הוא דשאלו אם יכולין למשכנו לאפוקי כשאין היורשים עצמן תובעין כלל מצד הב"ד וודאי אין ממשכנין ואין מכריחין אותו על כך כלל והיינו דכתב אם כופר יושת:

ועל פי דברי הרמב"ן הללו יש לפרש גם דבריו בפ"ד דב"ק במלחמות שם שכתב לפרש דברי רה"ג שאמר לית להו לב"ד למיעביד בי' מידי ר"ל כשאין שם גבאי צדקה התובעין אין לב"ד למשכנו. אבל כשיש גבאי צדקה ממשכנין וגם ב"ד מוכרין אח"כ משכונו כשלא ירצה לפרוע. וכן בעירוכין כשהגיזבר תובעו וממשכנו והב"ד יורדין אח"כ למכור מנכסיו להגבותו ומ"ש ולא ב"ד ר"ל כשאין שם תובעין אין ב"ד גובין ממנו ועיין במח"ר לרי"פ הנ"ל פסוק כ"ב משמע דבכופר מכריחין אותו לבא לב"ד ולחייבו הגם שאין תובעין. ויש לדחות דר"ל שמחייבים אותו אם בא לב"ד מעצמו לשאול מה יעשה אבל לא שיכריחוהו לבא כל זמן שאין לו תובעין:

הלכות יום טוב

כתב הרמב"ם פ"ו מהלכות יו"ט אסור לאדם שיעורר על מתו קודם לרגל ל' יום כדי שלא יבוא הרגל והוא נעצב ולבו דואג וכואב מזכרון הצער. אלא יסיר הדאגה מלבו ויכיוין דעתו לשמחה עכ"ל. ובפרק י"א מהלכות אבילות כתב אשה לא תעורר על מת שלה ל' יום קודם לרגל עכ"ל. וכתב על זה הכ"מ שם וז"ל אשה לא תעורר כו' משנה במועד קטן דף ת' לא יעורר אדם על מתו כו' וקשה לכאורה שאם מקור דברי הרמב"ם שם מן המשנה הזאת מדוע שינה הרמב"ם את טעמו ולא כתב לשון המשנה כצורתה לא יעורר אדם כו' וכמ"ש באמת בפ"ו מהלכות יו"ט ועיין לקמן בדברינו:

והנה ראיתי להרב בעל חכמת אדם כלל קמ"א סי' י"ט וז"ל לא יספידנו משיכנסו ל' יום סמוך לרגל כו' ונראה לי דדווקא על מתו אסור אבל אדם אחר שאינו קרובו מותר להספידו בתוך ל' אלא שהאבלים אסורים לכנוס להספיד דהכי דייק הגמרא בשבת דף ק"ה דקתני הקורע על מתו ומשני מת דעלמא ופריך דהא מתו קתני וכן ברכות דף ח"י דפריך מתו אין אבל משמרו לא עכ"ל:

ויש לתמוה דלא מבעי למאי שכתבו התוס' להדיא בש"ס ד"ת:

ד"ה דקא. דקרובו של מת מותר להספידו לכל הדיעות דיותר מתאפק על צערו על ידי צמקה וישמח לאחר זמן הרי מפורש דאין איסור אלא כשנספוד על ידי אחר (וע"כ צריך לומר דס"ל להתוס' דמתו דתנן במתניתין הכי פירושו דהקרוב עצמו אעפ"י שהוא מותר לספדו אבל אסור לו לעורר את אחרים שיבכו עמו וכן כתב הר"ן במשנה שם לא יעורר אחרים יעו"ש בר"ן לקמן וכן שלא להספידו ע"י אחרים אם אינו יכול לספדו בעצמו) והנה הפוסקים שלא הזכירו דברי התוס' הללו הגם שאפשר שפליגו על התוס' בזה וס"ל דאפילו על מתו אסור וכן כתב הפ"מ ריש סי' תקמ"ז אבל עכ"פ מבואר דאפס מקום לדיקדוקו של הרב מהא דקתני מתו לומר דאדם אתר מותר דאדרבה נימא דלרבותא נקט מתו דאפילו קרובו לא יספוד הגם דיותר מתאפק על צערו וכמ"ש בתוס' שם וכ"ש אינש אחרינא וודאי דאסור הלא תראה דברי הרב פ"מ שם כתב וז"ל ומשמע אפילו ע"י עצמו אסור דלא כתוס' שם עכ"ל מבואר מדבריו דעל ידי אחר כ"ש דאסור. גם עיקר הסמך הדין שנפסוק דלא כתוס' אינו מבואר להדיא בהפוסקים אלא מדסתמו ולא חלקו להתיר ע"י עצמו משמע דלא ס"ל כהתוס' וכן כתב בתשובת ב"א להדיא א"כ ממילא דה"ה והוא הטעם דנאמר מדלא חלקו להתיר לספדו שלא בקרובים ש"מ וודאי דבכל גוונא אסור הן ע"י עצמו הן ע"י אחרים. וכן יש להוכיח לפענ"ד מהש"ס שם במקומו שהרי פשיטא לרב דס"ל דעיקר האיסור אינו אלא בשכר וכדי שלא יחסר לו ממון לצורך הרגל הרי וודאי שלאדם אחר שאינו קרובו ג"כ אסור ואדרבה יותר שייך למגזר בו מן אדם שהוא קרובו שלא יקח שכר כולי האי וא"כ הי' לו להש"ס להקשות תיובתא לרב ממתניתין דתנן מתו דווקא כדפריך בשבת דף ק"ה ועוד קשה שאם נאמר דלשמואל לא אסרינין אלא לקרובו א"כ איכא ביניהו טובא בין רב לשמואל במספד בשכר ג"כ דלרב אסור לרחוק ולקרוב ולשמואל ברחוק מותר אפילו בשכר כמ"ש המפורשים דלשמואל אפילו בשכר מותר ולמה לי' להש"ס לומר איכא ביניהו בחנם. אלא וודאי מוכת דליכא תיובתא לרב ממתניתין דנקט מתו דאימא לרבותא נקט מתו דאפילו קרובו דלא שקיל שכר כולי האי וכ"ש רחוק וה"ה לשמואל יש רבותא במתו כנ"ל וכסברת התוס' הנזכרת: **והנה** בתשובת בית אפרים כתב דהא דתניא בירושלמי אשה לא תעורר לוויתה משמע דאף היא עצמה אסורה לעורר ההספד על בעלה עכ"ל. ואין הכרח בלשון הזה יותר מלשין המשנה עצמה ותנן נמי לא יעורר אדם על מתו דמשמע הוא עצמו על קרובו אבל כבר כתבנו דיש לדחות דס"ל להתוס' דהכי קאמר לא יעורר עצמו לבכי על ידי אחרים וכן יש לפרש דברי הירושלמי לא תעורר ע"י אחרים הוא דקאמר:

ולכאורה יש עוד נ"מ בין רב לשמואל לעניין הספד של רבים עיין מגילה דף כ"ח ברש"י שם דהיינו בתלמיד חכם שמוטל על הרבים לספדו דלרב מותר אפילו בשכר כשהשכר משתלם מקופת הקהל משא"כ לשמואל אסור משום שלא יצטערו גם בתוך הרגל וא"כ קשה נימא איכא ביניהו הספד כה"ג אמנם להתוס' ניחא דקרובו של מת מותר להספידו לכ"ע דקיימ"ל חכם שמת הכל קרוביו א"כ גם לשמואל מותר ובזה י"ל קושיית הגאון ר"י בערלין בספר מת"ר דף ל"ה ז"ל שם על דברי התוס' הנ"ל לא ידענו מה רצונה במ"ש דאפילו לשמואל י"ל וכו' הלא אין שום נפקותא ותועלת יוצא מזה אתרי דלית הלכתא כשמואל עכ"ל אבל להנ"ל ניחא וכך היא הוצעות דברי התוס' ונראה דהלכה כרב באיסורי ר"ל דלדידן עכשיו קיימ"ל כרב ואסור בשכר ובחנם שרי וע"ז קשה מנ"ל הא דלמא כסברת הרי"צ גאות שהביא הרא"ש דבזמן הזה גם בשכר שרי וצ"ל דהא ליתא מדלא קאמר הש"ס איכא ביניהו בזה"ז וכמ"ש הרמב"ן באמת אלא דאכתי קשה לימא נ"מ בהספד של רבים המשתלם מקופת הקהל לזה כתבו התוס' ואפילו לשמואל י"ל דהוא עצמו שרי, א"כ ה"ה תלמיד חכם דשרי דהכל קרוביו וא"כ ליכא לומר תו א"ב ת"ת וא"כ כיון דהלכה כרב אף בזה"ז אסור מדלא קאמר איכא ביניהו בזה"ז כדברי הרמב"ן והנה זה ממש כסגנון תירוצא של המת"ר שם. עוד כתב שם להקשות ז"ל הא דדחיק הש"ס למצוא נפקותא א"ב דעביד בחנם והוא דבר שאינו שכיח קצת ולא קאמר בפשיטות איך שהוא עצמו מספיד עכ"ל וי"ל דבאמת הא דקאמר הש"ס א"ב בעביד בחנם והיינו מי שהוא שכיח להספיד בחנם דהיינו קרובו של מת עצמו וכדומה ולק"מ:

והנה נראה מזה דבזמן הש"ס לא הי' שכיח כולי האי להספיד בחנם ועיין ב"ת ריש סי' תקמ"ו באו"ח כתב רגילין הי' לשכור ספדין כו' ועיין כתובות פ' נערה אפילו עני שבישראל לא יפחות וזהו טעמא דרב דאמר ואינו אסור אלא בשכר אע"ג דסתמא תנן לא יספידנו ולא הזכיר שכר כלל דלא הוצריך להזכיר כיון דלא הי' רגילין בחנם ועיין סנהדרין דף מ"ה ועיין רא"ש פ' א"מ סי' קל"ט פ' י"ד באבל רבתי ועיין ירושלמי כתובות דף כ"ג

ובמשנה דמועד קטן דף כ"ח: תק נשים במועד מענות כתב הר"ן שם וז"ל נשים במועד מענות שסופדות כולן כאחת עכ"ל נלמד שענוי זה הנזכר במשנה ר"ל הספד וכן משמע בש"ס שם דמפרשים מאי אמרי הני נשי בהספידן ולכאורה קשה הא קיימ"ל דאין מספידין במועד אלא לת"ת בפניו וי"ל לפי מ"ש הלבוש סי' תקמ"ז שאין איסור להספיד במועד אלא הספד מרובה אבל הספד מועט בפני המת שרי ולכך כשהנשים עונות כאחת מותר שאין זה הספד מרובה אבל לא מקוננות שתהא אחת מדברת וכולן

עונות אחריה שזהו הספד מרובה וזה שאמר אין מניחין את המטה ברחוב שלא להרגיל את ההספד ר"ל שלא להרבות בהספד ויפסיד שמחת הרגל. ולפ"ז יש להבין ברייתא דירושלמי במועד קטן שם אשה לא תעורר לוויתה במועד דלכאורה קשה מה בא ללמד דין זה דוקא באשה מה הי' חסר לו לשנות סתם לא יעורר אדם קודם הרגל על מחו וכי כעורה זו ששנה רבי במשנתינו לא יעורר אדם כו' אבל להאמור י"ל דקמ"ל דאפילו האשה שהותר לה ההספד בין אנשים על המח בפניו מ"מ לא תעורר אצל הספד זה דרך אגב גם בענין מת אחר וכעין דין שהזכיר בטור וש"ע בל' יום לפני הרגל שהיא ג"כ מהירושלמי איזה עירעור שמזכירו בין המתים ואיזה הספד שמספידו בפני עצמו. ועיין ר"ן שפירש לא יעורר על מיתו היינו במת לו מת במועד ולא יספידנו היינו במת תוך ל' לרגל וכן פירש רבינו ירוחם בשם הראב"ד ואם נאמר שגם הירושלמי מפרש כן יתורץ בזה שאנן במשנתינו זו ואצ"ל זו וכמ"ש הגאון ב"א שם אבל רישא אשמיעינין דלא איירי במועד אפילו אם מת במועד שיכול להספידו כגון ת"ח בפניו לא יזכיר עמו המת שלפני הרגל משא"כ לפני הרגל לא יספידנו בפני עצמו אכל להזכירו עם המת שמת לו עתה שרי וזה דלא כהטור וש"ע ועל זה האופן יתפרש ג"כ הברייתא הנ"ל אשה לא תעורר לוויתה במועד דר"ל דאע"ג דתנן נשים במועד מענות דהיינו להספיד לפני המת בפניו מכל מקום לא תעורר לוויתה ור"ל לא תספיד בעלה אגב הספד זה שמת עכשיו וכל זה לגרסת הקרבן עדה אבל הרמב"ן גרס שם אשה לא תעורר לוויתה ולא גרס במועד וכן נראה מדברי הרמב"ם פרק י"א מאבל אבל אכתי גם לגרסא זו לא פלטינין מקושי' מ"ש אשה דנקט ויותר קשה דלמ"ש הרמב"ן שם בתה"א ז"ל האשה שדעתה קלה הספידתו והוציאה בו ממון א"כ יש מקום לטעות שדווקא באשה אמרו לא תעורר כו' מפני שדעתה קלה. ואפשר לומר דלרבותא תנא אשה להנ"ל דאשה הותר לה להספד במועד ע"י שינוי והספידה הספד מועט כמ"ש בלבוש וא"כ הווי אמינא דנקל בלאשה קודם הרגל אפילו שלא בפני המת קמ"ל דלא לפי זה נראה פשוט שהרמב"ם בפ"ו מהלכות יו"ט דבריו שם הוציא מדברי הירושלמי הללו אעפ"י שהכסף משנה לא כתב כן הנה האמת יורה דרכו ועיין פירוש המשנה להרמב"ם שלא כתב לפרש כלל דין העירעור ומה היא וצ"ע ודבריו בחיבורו הגדול מראין דאזיל בשיטת הירושלמי דאמר איזה עירעור מזכירו בין המתים איזה הספד כשעושה לו הספד בפ"ע ולפ"ז צ"ל דע"כ מתניתין זו ואצ"ל זו קתני ולכן העתיק הרמב"ם בחיבורו דין העירעור ולא הוצריך להזכיר הך בבא דלא יספידנו כלל:

בטור בש"ע א"ת סי' תקמ"ו סעיף ג' ובי"ד סי' שמ"ז דדווקא במת לפני שלושים הוא דאסור להספידו תוך שלושים לרגל אבל במת בתוך שלושים אפילו בערב הרגל מותר

להספידו וכן מבואר בירושלמי הובא ברא"ש פ"ק דמועד קטן סי' י"ג בחדש מותר איזה חדש תוך שלושים יום וראיתי להגאון בעל פרי מגדים בא"ת במ"ז סי"ק א' סי' תקמ"ז וז"ל מועד קטן דף ח' ועיין רש"י שם והרב מברטנורה משמע שמפורשים ולא יספידנו אפילו מת תוך שלושים יום היפך הירושלמי וצ"ע עכ"ל. נראה מדבריו דס"ל שיש פלוגתא בדין זה בין ש"ס דילן להירושלמי:

ותימה רבה לפענ"ד והרי בש"ס דילן תענית י"ז: ת"ר אלין יומיא דלא למספד בהון מריש ירחא דניסן עד תמניא בי' מתמניא בי' עד סוף מועד ועוד תניא התם הימים האלה הכתובים במג"ת לפניהם ואחריהם אסורים שבתות וי"ט הן אסורין לפניהן ואחריהם מותרין ומה הפרש בין זה לזה הללו דברי תורה ואין צריכין חיזוק כו' ע"ש הנה מבואר להדיא בש"ס דילן דלית מאן דפליג לאסור הספד במת ל' יום לפני הרגל. ובפרק שני דמגילת תענית איתא בשבעה באייר חנוכת שיר ירושלים דלא למספד ותיפק לי' דשלושים יום לפני חג השבועות היא וכן איתא התם בארבעה עשר באייר נכיסת פסחא זעירא דלא למספד והכי איתא בש"ס דילן בחולין דף קכ"ט הרי להדיא דדווקא משום פסת שני לא יספדו אבל כל שלושים שלפני הרגל שבועות אין כאן סרך איסור כלל. ובפרק ו' דמג"ת בי"ז אלול איתנטילו רומאי מיהודאי כו' ואותו יום שבטלוהו עשאוהו יו"ט. בכ"ב בו תבנא לקטלא כו' עשאוהו יו"ט ושם פ"ז בג' תשרי אתנטלית אדכרתא מן שטריא ואותו יום עשאוהו יו"ט והובא בש"ס דילן ר"ה י"ח ועיין במפרש במ"ת שם פ"ז ופ"ג ד"ה בכ"ה דכל היכי דסתם עשאוהו יו"ט ולא פירש דלא למספד מותר בהספד רק תענית אסור ושכן מבואר בירושלמי פ"ב דתענית ע"ש הלכה י"ב הנה מוכח מכל הנך דוכתי שמעולם לא נשמע ולא נראה למי שיאמר דבשלושים שלפני הרגל אסור בהספד. ועיין עוד בפ' י"ב במ"ה ט"ז וי"ב וכ' אדר עשאוהו יו"ט ועיין במפרש שם (ועיין מ"ש לקמן דבפני המת מותר לכ"ע ושכן כאב הרמב"ן יש לדחות דכל הנך דוכתי לענין בפני המת הווי וגם שם כתבנו דנשים מספידות אפילו במועד ובלבד כולם כאחת. ופשוט דה"ה כל הני יומין שנזכרו במג"ת דלא עדיפא ממועד גופי') והנה אפשר לדחות ולומר דהך מלתא דלא יספידנו ל' יום לפני הרגל תקנה אחרונה היא וכמ"ש בש"ס באותה שעה אמרו לא יעורר ולא יספיד אלא דלא מסתבר לומר כן ועיין מה שנכתב לקמן. עוד יש לומר שרש"י והרע"ב לא דיברו אלא בשוכר ספדין לסופדו ומטעם שלא יחסרו לו ממון על הרגל וע"כ אסור אפילו במת בתוך ל' וכמו שכתב בש"ס שם אבל לספור בחנם לא דיברו ע"ש. ואולי דגם הפ"מ כוונתו כן בשם רש"י והרע"ב לאסור הספד בשכר וזה היפך הירושלמי דמשמע מהירושלמי דפוסק כשמואל ובחדש אפילו בשכר מותר כמ"ש

הפ"מ בס"ק זה ועיין לקמן. ועיין רש"י שם דף ח' ד"ה יבכון עומי' אפילו הכי אסור למימר במועד היינו לא יעורר על מתו. ותימא במועד מאן דכר שמי' והא הכא לפני המועד אייריגן כמ"ש רש"י במשנה דשלושים יום אתרוויהו קאי שוב ראיתי בשו"ת בית אפרים בחלק יו"ד בסופו שם עמד על דברי רש"י הללו והניחם בקושיא. ולענ"ד יש לומר שהרי זה ברור שרש"י ז"ל בפירוש משנתינו בשני הדינים הן לענין עירעור והן לענין הספד פירש הכל בשכר דעיקר איסור אינו אלא בשכר וע"כ דהטעם היא כדי שלא יבטל על ידי זה מלעלות לרגל. וא"כ לכאורה הווי אמינא דמטעם זה במועד גופי' שכבר על לרגל שוב מותר לו לערער וכגון לחכם בפניו שמספירין אותו אפילו במועד קמ"ל רש"י דאפילו הכי אסור למיעבד בשכר דאכתי איכא למיחש שיחסר לו ממון לשמחת יו"ט כמ"ש הרמב"ן עיין רא"ש. וגדולה מזו ראיתי בבית אפרים בשם הרמב"ן בתה"א דכל שהוא עדיין תוך ל' יום למיתתו אף על פי שהוא תוך ל' לרגל שרי להספיד ושם האריך לברר שגם דעת הרמב"ם והראב"ד והרא"ש והנ"י כך היא ע"ש. ושם ראי' לזה דאילו במת תוך ל' לרגל הרי דבר פשוט הוא ומוכח בכמה דוכתי במג"ת מכמה מימרוח וכן בר"ה דף כ"ה גבי אימא של בן זוזא שהספידה רבן גמליאל הספד גדול לידע שלא קדשוהו ב"ד את החודש והתם בר"ה מיירי וע"כ תקשה היכי עביד הכי ל' יום לפני הרגל הא שמואל אוסר אפילו בחנם ודוחק לומר דהך מלתא שלא יספוד בתוך ל' לרגל בתר הכי קתני כיון דמילי דסברא נינהו אליבא דשמואל שלא יזכיר אבילות ברגל. מסתמא הי' זה תקנת הקדמונים מנביאים שביניהם מוכח מדבריו אלה דאליבא דרב דקאמר באותה שעה אמרו באמת אין דוחק כלל לומר כן דתקנה אחרונה היא מאותה שעה ואילך וא"כ קשה מה חידש הירושלמי בזה דקאמר במד"א בישן כו' פשיטא דהכי היא אלא וודאי דהירושלמי השמיענו דלא תימא דדווקא בכה"ג שהמיתה עצמה היתה סמוך לרגל ובלאו הכי זכור היא ברגל קמ"ל דכל שעדיין תוך ל' יום אין ההספד מוסף מרירות כלל. ויש לדחות דמכל הנך דוכתי לא מוכח אלא בחנם אבל בשכר אפשר דאסור להספיד וקמ"ל הירושלמי דחדש מותר אפילו בשכר וזהו אליבא דשמואל דמוכח שם דירושלמי פוסק כשמואל וכמ"ש הראב"ד ורא"ש ועיין פ"מ אות הנ"ל שכתב כן להדיא דלשמואל לאוו מטעם ממון אסרו ולכך בחדש מותר אפילו בשכר. אבל לפענ"ד דעל זה גופי' יש לדון דמנ"ל לאפושי פלוגתי' כולי האי בין רב לשמואל ועוד איך נאמר שיחלוק שמואל בהכחשת מעשה הזאת מכל וכל אבל היותר נכון לומר דגם שמואל לא פליג בזה כלל ומעשה שהי' וודאי כך הי' וכך הובא בירושלמי הך עובדא גופי' אלא דס"ל לשמואל במת ישן בלא"ה אסור ולא הצריכו לאסור בעובדא זו משום ממון אלא במת חדש שאין בו

איסור מצד הסברא וכמ"ש הרא"ש והראב"ד לכן הצריכו לאסור לתת שכר על הספידו ומשום חשש חסרון ממון לשמחת הרגל נגעו בה אבל במת ישן אסור בלא זה אפילו במנם נמצא לפ"ז מודה שמואל דבשכר אפילו בחדש אסור. ובזה י"ל קושיית השער המלך שם שהיקשה שלפי שיטת הירושלמי דמפליג בין חדש לישן נימא איכא בינייהו מת חדש ולהנ"ל ניחא דבחנם גם לרב מותר ובשכר גם לשמואל אסור:

ובזה יש להבין דברי הרע"ב במשנה זו שפירש לא יספידנו לא ישכור ספדן על מתו שמת לו באותה שעה. וקשה שהרי הרע"ב במשנה זו עצמה הביא שני הסברות סברא דרב דמשום מיחש חסרון מעות לשמחת הרגל הוא או כסברא דשמואל דאין המח משתכח מן הלב כל ל' אחר הספידו ולפ"ז אפילו בחנם אסור ואחרי שהביא שני הסברות ולא הכריע ביניהם א"כ איך פירש מתחלה ולא יספידנו דמיירי בשכר וזה אתיא כרב דווקא דלשמואל בחדש גם בשכר מותר וכן קשה על פירש"י שפירש משנתינו בשכר דווקא. וא"כ ע"כ שזהו בוודאי כרב דווקא והלא ידוע כי אין דרכו של רש"י לפסוק הלכה מיד בפירושו ובפרט כעין דהכא לפרוש ולסתום כחד דעה. הן אמת בתשובת בית אפרים שם כתב בפשיטות שנראה מפירוש רש"י שפוסק כרב אבל להנ"ל אתי שפיר דנקטי הרע"ב ורש"י לפרש משנתינו בשכר דווקא דכי האי גוונא פסיקא להו מלתא שאסור בין לרב בין לשמואל דבשכר גם שמואל מודה דאסור אפילו בחדש:

והדרן לדברי הפ"מ אות א' הנ"ל שכתב וז"ל ועיין רש"י והרע"ב משמע שמפרשים ולא יספידנו אפילו מת בתוך שלושים היפך הירושלמי וצ"ע עכ"ל ודבריו תמוהים אי' אפוא ראה בירושלמי במת בתין שלושים מותר להספיד בשכר אדרבה דברי הראב"ד והרא"ש שהביאו וכן הר"ן שם מבואר להדיא שפסקו מטעם זה כשמואל. דכיון דירושלמי מתיר להספיד במת חדש ש"מ דפוסק כשמואל דאליבא דרב נם בחדש אסור בשכר בלי ספק א"כ הרי זה ממש כדברי רש"י והרע"ב דבשכר אפילו בחדש אסור ואחרי שרש"י בפירושו אזיל בשיטת רב וכן הוא שיטת התוס' דהלכה כרב באיסורי וכן פסק באגודה וכן בב"א שם להדיא וז"ל ודאתין עלה בשיטת רש"י עכ"פ מבואר מדבריו דס"ל דהילכותא כרב מדכתב בפשיטות בפירוש המשנה ולא ישכור ספדן עכ"ל וכן כתב הרע"ב א"כ דעת שפתותם ברור מללו דאפילו בחדש אסור וכן הרמב"ן עצמו שהובא בראש שחולק הוא על הראב"ד ופסק דהלכה כרב באיסורי ודלא כירושלמי הנה הוא מודה בזה דהירושלמי אליבא דשמואל. והגם שבהה"א כתב הרמב"ן עצמו שכמדומה לו שמת חדש בתוך ל' לדברי הכל מותר אפילו בשכר אפילו לרב ועיין שם ושיש לפרש הירושלמי גם אליבא דרב לא להחליט כתב כן אלא כמדומה ונראה שמזה הטעם עצמו

לא הצריך הרא"ש להשיב על דברי הרמב"ן הללו שאעפ"י שחולק על הרמב"ן כאן סומך על הירושלמי והרי הרמב"ן ס"ל שהירושלמי פוסק ג"כ כרב אלא וודאי שלא העתיק הרא"ש סברא המדומה שברמב"ן שם. אבל כבר כתבנו שהיותר נכון דלא פליג שמואל להכחיש מציאת הך עובדא לגמרי שספרה ממנה בש"ם בבלי ובש"ס ירושלמי והרי דעת הירושלמי להלכה כשמואל כמ"ש הראב"ד והרא"ש והר"ן וסייעתם ש"מ וודאי דמודה שמואל בסיפור מעשה הזאת ושבאותה שעה גזרו לאסור אפילו במת חדש ובשכר בשביל חסרון ממון לרגל אלא דס"ל דבמת ישן גם בחנם אסור ודלא כרב א"כ אתיין דברי רש"י והרע"ב כפשטן אליבא דכ"ע וז"ל בתה"א וכן נראה מאותה הגמרא בירושלמי שיש להם המעשה הזה של הרב דגרסינן עלה תני לא ישא אדם אשה שיש לה בנים אפילו בקבר משום מעשה שהי' והוא המעשה הזה שנטלה ממון גדול שכנס בעלה לעלות לרגל ונתנה לספדן להספיד בן שהי' לה מבעלה אחר ונמנע אותו אדם ממצוותו בשביל כך ולפי שהענין זה קרוב לקטטה גדולה ולגירושין ויש בה הפסד ממון לפיכך ראוי שלא ישא אדם אשה שיש לה בנים לעולם אפילו בקבר ומפני שסמכו בעלי אותה הגמרא אזהרה זו בגזירה של משנתינו נראה שהכל טעם אחד ומעשה אחד הי' עכ"ל:

ותימה לשיטת הרא"ש והראב"ד שס"ל דהירושלמי אזיל ע"כ כשמואל דלאוו מטעם גזירה הפסד ממון נגעו במשנתינו זאת א"כ מה שייכות גזירה זו לגזירה דמשנתינו ואיך יפרנסו דברי הירושלמי הללו במקומן אבל להנ"ל דבשכר גם שמואל מודה דאסור אפילו בחדש וכמעשה שהי' אתי שפיר. וז"ל הבית אפרים שם ובקרבן העדה כתב להגיה תני נושא אדם שיש לו בנים אפילו בקבר אמר ר"י כמעשה שאירע והיינו מעשה דיוסף הכהן והנה מלבד מה שקשה להגיה כל הספרים ולמחות גרסות הראשונים תימא ג"כ דלפ"ז מה עניין סיפור מעשה זה לכאן ובלי ספק דאישתמיטתי' דברי הרמב"ן הנ"ל שאל"כ לא הי' נזקק להג"ה זו ועיין בשער המלך סוף הלכות יו"ט שם הקשה לשאול על הטור שכתב ודווקא בשכר אסור אפילו יש לו הספד בלא זה דמשמע דלרב בחדש מותר. והרי מוכח מהראב"ד והרא"ש דלרב בחדש אסור דאל"כ מאי מייתי ראי' מהירושלמי ע"ש שהניח בצ"ע ולפענ"ד לא קשה מידי דמנ"ל לאפושי פלוגתי' דלרב גם בפניו אסור דאפשר וודאי דבפני המת מודה רב דגם בשכר מותר ולא נחלקו רב ושמואל אלא בחדש ושלא בפניו ולא חמור ל' לפני הרגל באינו ת"ח ממועד גופי' שנאסר להספיד אפילו ת"ח ומ"מ בפניו שרי ה"ה בל' לפני הרגל אליבא דרב אפילו באינו ת"ח:

שוב פקחתי את עיני ומצאתי שכך מבואר להדיא בדברי רבינו הגדול הרמב"ן בספר תולדות האדם שם דהספד בשעת מיתה מותר אפילו בשכר לכ"ע ועד כאן לא הצריך

הרמב"ן לחדש אלא לאפוקי מדעת הראב"ד דס"ל דמת חדש שבתוך ל' אסור להספידו בשכר לרב ע"ז כתב הרמב"ן שאין הדבר פשוט כל כך ושכמדומה לו שמת חדש תוך ל' לדברי הכל מותר אבל הספד דשעת מיתה זה דבר ברור דלכ"ע מותר אפילו בשכר. וז"ל הרמב"ן בתה"א דף כ"ט: אבל כמדומה לי שמת חדש תוך ל' לדברי הכל אסור לפי שאין אדם מתייאש ואם בא לכנס לרגל או לעניין אחר שכר הספדן הוא מקצת מהם. ועוד דכל שלושים בכלל הספד דשעת מיתה ובאותה שכר הוא נספד ומי שמת לו מת וודאי שמספידין אותו אפילו בערב הרגל ואם כנס מעות ואירע בו דבר יכנס אחרים ויעלה למצוותו כו' אלא כל שלושים יום למיתתו אינינו בכלל גזירה וכהספד בשעת מיתה דמי הנה מבואר להדיא דההספד בשעת מיתה זה אין צריך לפנים דפשיטא שלא הי' בכלל הגזירה לדברי הכל. והגאון בשו"ת בית אפרים העתיק קושיית שער המלך. ותימה רבה שלא שת לבו שלפי דברי רמב"ן הללו אין מקום לקושיא זו והרי הוא עצמו הביא שם דברי הרמב"ן הנ"ל שכתב וז"ל ועוד דכל שלושים בכלל הספד דשעת מיתה ובאותה שכר הוא נספד דמי שמת לו מת וודאי שמספידין אותו אפילו ערב הרגל רמב"ן. והגאון בית אפרים כתב שם שצריך להגיה וז"ל נראה לי שחסר כאן וצריך להיות ומי שמת לו מת תוך ל' עכ"ל. ופליאה רבה הלא דברי הרמב"ן פשוטן כצורתן ואין צריכין הגהה כלל דהרי בא ללמד היתר הספד למת חדש בשכר מהספד בשעת מיתה שמותר אז להספידו בשכר בלי ספק וזהו שכתב ומי שמת לו מת וודאי שמספידין אותו אפילו בערב הרגל ר"ל שזהו וודאי לדברי הכל שאם מת לו מת אפילו בערב הרגל שמספידין אותו אפילו בשכר ואינו בכלל הגזירה ושעל כן אמר הרמב"ן שכמדומה לו שה"ה במת חדש תוך ל' כך דינו וזה ברור ופשוט בדברי הרמב"ן שם:

ולפי זה יש ליישב ג"כ קושית הב"א מהא דר"ה דף כ"ה דמיתה אימא של בן זוזא סיפדה ר' גמליאל הספד גדול בתוך שלישים לפני הרגל וכן מוכח בכמה דוכתי במגילת תענית ומה קמ"ל הירושלמי דבחדש מותר ולהנ"ל לק"מ דיש לומר דכל הנך לא שמעינן להתיר אלא בפניו דווקא אבל שלא בפניו לעולם אימא לך דאסור לכך הוצריך בירושלמי לחדש דבחדש במת תוך ל' לפני הרגל שרי שלא בפרו. ועיין ב"א שם דף כ"ה עמוד ג' כתב וז"ל אפשר לומר דס"ל דוודאי אין מקום לומר דאסור להספיד על מת בתוך ל' לרגל כדמוכח בדוכתי טובא וכמו שכתב לקמן דלא מסתבר לומר דהך דמגילת תענית ודר"ג קודם הך עובדא שאירע הווה וא"כ אין מקום קיום לדברי רב רק דבאמת לרב מוקמינין בפשיטות דהתם דבחנם הווי ושרי וא"כ לא הווי יכול הש"ס לומר חדש איכא ביניהו דא"כ הווי קושיא אליבא דרב מדוכתי טובא. דמוכח דחדש מותר וע"כ לומר דלרב בחנם

שרי ולכך אמר האי נ"מ גופא בפשיטות ואין צריך לחזור אחר נ"מ אחרת כלל עכ"ל. הנה בכאן הורה בפירוש דגם אליבא דרב לא מסתבר לומר דהך דמג"ת ודר"ג קודם הך מעשה שאירע הווי דלא כמ"ש בעצמו בתשובה זו להיפך. ועיין בתשובת ב"א שם שכתב וז"ל ומלשון רש"י נראה לי שיש בזה שיטה אחרת שכתב לא יעורר על מתו אם מת לו מת חדש כו' לא יספידנו שאם מת לו מת תוך שלושים יום לפני הרגל לא ישכור ספדן כו' מבואר דמפרש דלא יעורר היינו במת ישן ולא יספידנו היינו מת חדש כו' האמת יורה דרכו דרש"י ס"ל שזהו החילוק בין עירעור להספד וכן מבואר ממ"ש רש"י לפי שאין המת משתכח כו' כלומר כיון דמת אינו משתכח מן הלב ל' יום אי מספידו פחות מל' יום לפני הרגל אתי להספידו ברגל דעדיין לא שכחו עכ"ל ור"י דגזירה היא שגזרו חכמים דאי שרית לי' להספיד מת חדש קודם לרגל יש לו לחוש שמא יספידנו ברגל ג"כ כיון שהרגל הוא תוך ל' דעדיין לא שכחו ובהא דלא יעורר דהיינו במת ישן מ"מ אסור הוא כיון שהספדן חוזר על קרוביו ומעורר לכן יש לחוש שיהי' מי שלבו דווי עליו ואתי להספידו במועד עכ"ל ולכאורה זה דבר זר ותמוה לומר שלשיטת רש"י מותר להספיד את המת הישן בל' לפני הרגל אפילו בשכר שלא נמצא דעה כזאת לא בבבלי ולא בירושלמי ולא לשמואל ולא לרב ולא נמצא מאן דפליג בהא ואסור להספיד מת ישן בשכר לד"ה. ובני המשכיל מו"ה פרץ נ"י אמר שכוונת הב"א לומר בשיטת רש"י שיש הפרש בין עירעור להספד רק בשינוי השם לבד דעירעור שייך במת ישן וכך היא דרך ההספד למת הישן לעורר קרוביו ואוהביו והספד שייך במת החדש שא"צ לעורר להקרובים שלבם ער ממילא עדיין ולעולם דאין שום היתר להספיד במת הישן בשכר אפילו שלא בפני קרוביו דחברא חברא אית לי' ויבא להתעורר לב קרוביו ובכלל גזירת חכמים הוא שלא יבא להספידו במועד ודבריו נכונים. אלא שזה עכ"פ למדני שכמו שיש סברא להתיר הספד מת חדש (ומטעם הירושלמי שכתבוהו הראב"ד והרא"ש) יותר מן המת ישן כן להיפך דיש סברא לאסור במת חדש יותר מן הישן כנ"ל וע"כ הוצריך רבינו הקדוש לשנות במשנה שני הדינים א' לעורר אדם על מתו היינו במת הישן ולהשמיעינו אעפ"י שנתיישן גזרו חכמים שלא יבא ע"י כן לעורר במועד והשני לא יספידנו היינו במת החדש אעפ"י שכבר ממילא מרירות בלבבו ואין בו תוספת מפני ההספד אפילו הכי אסור בשכר:

והנה לפי הנזכר למעלה בשם הלביש הי' אפשר לומר דהספד מועט אפילו במועד מותר ואפילו בשכר דלאוו דווקא נשים וכן משמע נמי שאין חילוק בין נשים לאנשים בזה מהא דכתב בשלטי גבורים שאמרו הגאונים לעניין צדוק הדין במועד יאמרו כולם כאחד

דווקא ולא שיהא אחד מדבר וכולם עונים אחריו והוציאו כן מאותה משנה דתנן נשים במועד כו' וס"ל להגאונים דצדוק הדין הרי הוא כהספד ממש שאל"כ מה לי אם יאמרוהו כאחד או שיהא אחד מדבר וכולם עונים אחריו. ותדע שהרי הרא"ש שם סי' קל"ד בשם תלמודי רש"י משמו של רש"י שיאמר צדוק הדין בחוה"מ כתב טעמו בצידו שאין זה הספד אלא הודאה וקבלת דין שמים לכך לא הצריכו להיות דווקא כולן עונין כאחד. אבל סתימת דברי הש"ס גם לשון הרמב"ם והא"ח סי' תקמ"ז בחוה"מ אסור בהספד ולא חלקו להספד מועט למרובה משמע דאין מספידין כלל ולא התירו חכמים אלא לנשים ובדרך שינוי וכלומר דנשי לא גמירי ולא ידעו אלא הספד מועט וכדמפרש בש"ם שם הני נשי מאי אמרו לכן הותר להם להיות עונות כולן כאחת אבל אנשים אסורין להספד דידעו וגמורי להאריך מענין לענין להכי לא הותר להן אפילו מועט דאתי למשוכי משא"כ צדוק הדין אפילו נאמר דדמי להספד מ"מ לית כאן אלא מטבע קצר שטבעו חכמים ולא אתי לאוסופי עלי' ואזלי להו הוכחות הנ"ל. והנה עיקר איסור ההספד במועד לא תנן במשנה כלל שפשוט הוא כמו יו"ט עצמו אבל תנן אין מניחין את המטה ברחוב שלא להרגיל את ההספד כלומר דחיישינן שמתוך כך יבא להספיד וכך הוא לשון הש"ע בא"ת סי' תקמ"ז חוה"מ אסור בהספד לפיכך אין מניחין את המטה ברחוב ע"ש ולשון רש"י במשנה שם קשה קצת שכתב אין מניחין מטה במועד ברחוב להספידו עכ"ל ויש ליישב בדוחק ועיין רא"ש שהביא דברי רש"י אלו והשמיט תיבת להספידו וכן הר"ן והרע"ב וכן ברש"י שברי"ף ליתא תיבה להספידו וכן עיקר שאין מניחין כלל אפילו שלא להספידו משום גזירה שמא ירגיל וכן הדין שלושים שלפני הרגל הוצריך התנא להשמיעינו שלא יספידנו בל' לפני הרגל אבל להניח המטה ברחוב בל' לפני הרגל פשיטא דמותר דהא בחנם שרי להספידו אליבא דרב ודגם לשמואל בחדש מותר וכ"ש לפי מה שהוכחנו דבפני המת מודה רב דגם בשכר מותר א"כ אין מקום להזכיר דין זה בל' לפני הרגל:

(שלא לעשות מלאכה ביו"ט):

עיין פוסקים ובש"ע א"ח סי' תקל"ג כל מלאכות שהם לצורך המועד כשעושין אותם אומניהם עושין בצנעה כיצד הציידין של חיות ועופות כתב המג"א חיות ועופות כוונת רמ"א לדיוקא דדגים שרי מ"מ צ"ע מנא לי' הא הא במרדכי מיירי במי שאינו אימן כדאיתא בגמרא שהביא דאזיל כ"ע לצוד דגים אבל אומן שעושה הרבה וחד אסור בפרהסיא. וראיתי להגאון בעל קרבן עדה בירושלמי פ' ד' דפסחים דף י"ג הלכה א' ד"ה ר"א וז"ל ולי נראה דיצא לו מהא דמקלל ר"א דציידה דגים שהוא דבר פרהסיא כו' וזה ברור עכ"ל:

ותימה איך יוכיחו מדברי ירושלמי הללו היפך סתימת הרמב"ם וסייעתו ולהתיר אפילו באומן וגם בפרהסיא הלא מבואר שם דהנך חרמי טבריא ודשושי עכו וגרוסי ציפורי קבלו עליהם שלא לעשות מלאכה בחוה"מ משמע להדיא דהחומרא היתה שלא לעשות כלל אפילו בצינעה כר"י במשנה סוף פ' ב' דמועד קטן כדאיתא בש"ס דר' יוסי מחמיר שלא לעשות כלל וכמ"ש הרע"ב והרמב"ן והר"ן במשנה שם וכתבו הפוסקים דאין הלכה כר' יוסי אלא דהנך דעכו וציפורי וטבריא קבלו עליהם להחמיר כדעת ר' יוסי שלא לעשות מלאכה וע"ז שפיר קאמר הירושלמי דעל ציידי דגים דגרמי מניעת שמחת יו"ט אקפיד ר' אמי שזה חומרא דאתי לידי קולא כיון דהאומנין מונעין רשתם הגדולה יחסרו הדגים לכבוד יו"ט אבל לעולם לא הותר להם אלא בצנעה ומ"ש ציידי תרמים שהיא דבר פרהסיא פליאה נשגבה לכאורה הלא ש"ס ערוכה שם י"ג ציידי חיות ודגים צדין בצנעה ועיין ר"ן ובתויו"ט שם הרי וודאי דמשכחת לה גם בצידת דגים שיהי' בצנעה ועיין ספר מחצית השקל שם ס"ק י' שכתב מקום הנהר שהוא מקום פרהסיא עכ"ל על כרחך דבריו לאוו דווקא וכנ"ל בש"ס. ובמרדכי סוף פ' מי שהפך כתב שם וז"ל הציידין ציידי עופות כו' מוכרין בצינעה לצורך המועד אבל ציידי דגים שהוא לצורך המועד והדבר ניכר שהוא צורך המועד הי' נראה להתיר אף בפרהסיא מדאמרינן לעיל סוף פ"ק שרי למיזל ולמיצד משמע בפרהסיא ויש לדמות לתבלין עכ"ל הנה לאוו מנהר קא דייק אלא דמשמע שם באמת בלישנא דש"ס דקאמר אזיל כ"ע לצוד ע"ש. ולכאורה קשה נמי במ"ש המרדכי דהנך ציידי דווקא בחיות ועופות מיירי לא בדגים והא בש"ם בדגים נמי איירי להדיא כדאמר התם ציידי חיות ועופות ודגים צדין בצינעה. גם הוא כי עיקר ראיות המרדכי מהך דרבא קשה שהרי הר"ן שם כתב בסופ"ק דמועד קטן וז"ל לבאי כוורה צדו והביאו דגים רבים שנתיבש הנהר ומתו הדגים עכ"ל ואם כן ליכא התם איסור צידה כלל ואפילו בשבת מותר כה"ג אלא דעיקר רבותא דהתם במה שמלחום והותירם לאחר המועד ועיין א"ח תקל"ט סעיף ו' נהר שהציף דגים אסור לאספם כדי לכבשם אא"כ ראוי לאכול מהם במועד דמציאה אסור לטרוח ולחפש אחריה עכ"ל א"כ משמע דהאסיפה גופי' רבותא הוא גם משמע התם שכבר ניצודו ע"י עכו"ם שעשו דרך לנהר שיצאו מימיו ונשארים שם דגים הרבה אלא דהא מלתא לא פסיקא דעדיין משכחת בהו איסור צידה עיין א"ח סי' שט"ז:

והנה לפימ"ש מג"א בא"ת סי' תקל"ז סעיף ח' ס"ק ת' דצידה דאוושא מלתא טובא מותר ובאופן ע"מ לאכול ממנו במועד אבל צידה דהכא בסי' תקל"ג סעיף ד' אף דאיירי בצידת פרהסיא מ"מ לא אוושא מלתא (כמו ע"י חפירה ופתיחת מקום בשדה דמפרסמה

טובא) כ"כ ולכך שרי אפילו אין דעתו כלל לאכול ממנו במועד כיון שאפשר שיאכל ממנו די כמבואר בש"ע כאן ובמחצית השקל שם מבואר ביאור דבריו וז"ל ועמ"ש סי' תקל"ז כו' שיצאו המים כו' וישארו שם הדגים היינו משום שהם מעט דגים ולא מוכחא מלתא דלצורך חול כמו בבריכה דהכא עכ"ל. נמצא דצידה דהכא גבי בריכה גדולה שאסר המג"א לחפור היינו אפילו בדעתו לאכול ממנו במועד כיון שניצד הרבה ביחד ונראה כעושה לצורך חול וכעניין אומנים בס"ק ט' במג"א ובע"ז ס"ק ב' ובב"י וצידת פרהסיא כהך גם המרדכי והרמ"א מודו דאסור וא"כ לפ"ז שפיר יש לומר דלכל הדיעות גם בצידת דגים איכא פרהסיא דאיסורא ולפי דרך זה צ"ל שסמכו המחבר והרמ"א בזה על הא דלקמן קל"ז סעיף ח' ותקל"ג סעיף ד' ויהי' איך שיהי' דברי הקרבן עדה תמוהין דמהירושלמי לא מוכח מידי דאיירי בפרהסיא ועיין בשלטי הגבורים ריש פ' א' דפסחים העתיק דברי הירושלמי מוכח ג"כ שלא ירד לכך כלל לכוון בדעת ירושלמי שר"ל בפרהסיא והרי המג"א עצמו הביא דברי השלטי גבורים שהן דברי הירושלמי ממש. ומתוך הדברים הנ"ל מוכת להדיא שדעת המג"א בכוונת רמ"א להתיר בציידי דגים גם באומנין עצמן וכ"כ הגאון בעל א"ר בביאורו על הלבוש להדיא ותימא על הרב בעל חיי אדם כלל ק"ט בסי' י"ד בצידת דגים כתב שם ומותר לצוד בפרהסיא שמפורסים לכל ודווקא שאין אומנתו בכך ולא כתב לחלק בין חיות לעופות ודגים היפך הסכמות המחבר והרמ"א שפסקו דעת המרדכי להלכה. גם מה שפירש הק"ע מיקל ר' אמי שר"ל שקלל אותם ע"ש ובדברי ריא"ז שבשלטי הגבורים הנ"ל העתיק דברי הירושלמי הללו וכתב רשאין לחזור ממנהגם משמע שם שמפרש מיקל ר"ל שהקל להם לנהוג לקולא דאי כפירש הק"ע שקילל אותם משום שלא חזרו ממנהגם א"כ חיובא איכא וחייבים לחזור ממנהגם ועיין ש"ס ברכות דף כ"ט ופוסקים שם לעניין השואל מטר שלא בזמנו דאמר בירושלמי דהוי מיקל ושם א"א לפרש בל' קולא:

והנה למעלה כתבנו להוכיח מד' המג"א דצידה דבריכה גדולה שאסור לתפור היינו אפילו בדעתו לאכול ממנו וכ"מ מראיות המג"א שם מהא דחפרו העכו"ם החפירה ושם בלישנא קמא מיירי מעיקרא אדעתא למיכל ואפשר לדחות דבאמת ללישנא בתרא דמסיק דאפי' שלא ע"מ לאכול התיר לכך הוצרכו לחפירת העכו"ם ויהא באמת הא נמי נ"מ בין ל"ק לל"ב ולכך ל"ק מלקמן סי' קל"ז דבם בע"מ לאכול במועד מותר אפי' בחפירה גדולה והמג"א לא אסר הכא אלא בשלא ע"מ לאכול. וצ"ע על בעל מחצהש"ק מדוע לא רצה לפרש כן ודו"ק היטב כי י"ל שהמג"א גופי' מסתפק להתיר אפי' בריכה גדולה א"כ אפשר דלא מיירי אלא בנידון סימן זה דאיירי שלא עמ"ל ודו"ק:

הלכות שופר

בפרק בתרא דר"ה תנן מי שברך (ט' ברכות של תפילה) ואח"כ נזדמן לו שופר תוקע ומריע ותוקע ג' פעמים ושם בגמרא טעמא דלא הווי לי' שופר מעיקרא הא הווי לי' שופר מעיקרא כי שמע להו אסדר ברכות שמע להו ר' פפא בר שמואל קם לצלוי אמר לי' לשמעי' כי נהירנא לך תקע לי אמר לי' רבא לא אמרו אלא בחבר עיר. תניא נמי הכי כשהוא שומען שומען על הסדר ועל סדר ברכות במד"א בחבר עיר אבל שלא בחבר עיר שומען על הסדר ולא על סדר ברכות עכ"ל והנה הברייתא זאת סתומה כי לא פירש מאי על הסדר ומאי שלא על הסדר ובדברי רש"י שלפנינו לא נמצא עלי' שום פירוש אבל כד מעייניין בדברי הראשונים ז"ל מצינו שנחלקו בפירוש הברייתא הזאת דברי זה שלא כדברי זה. וזה לשון הרמב"ן במלחמות שם ובריייתא אבל בחבר עיר שומען על הסדר ועל סדר ברכות לצאת ידי חובה קתני שכך תקנו חכמים ברכות ותקיעות על סדר ברכות כשהן יושבין וחוזר ושומען על הסדר ברכות כשהן עומדין עכ"ל הנה דעת הרמב"ן לפרש על הסדר דרישא ר"ל סדר ברכות דמיושב דהיינו ברכת לשמוע קול שופר וברכת שהחיינו ועל סדר ברכות דסיפא ר"ל תשעה ברכות של תפילה במד"א בחבר עיר אבל ביחיד שומען על הסדר ר"ל גם ברכת לשמוע קול שופר וברכת שהחיינו ושלא על הסדר ברכות של תוך התפילה שאין היחיד רשאי להפסיק בתוך התפילה לא בתקיעה ולא בשמיעה יעו"ש היטב ברמב"ן שמפרש סדר ברכות דרישא שר"ל לשמוע ושהחיינו לאפוקי מהרז"ה דס"ל דאין לברכות אלו דמיושב שורש בש"ס כלל. אבל מדברי הר"ן שם נראה דהכי פירושא שומען על הסדר ר"ל שיהי' התקיעות כסדר תקיעה תרועה תקיעה לאפוקי שלא יקדים תרועה לתקיעה ועל סדר ברכות דווקא שכך תקנו חכמים שיתקעו בתוך התפילה. במד"א בחבר עיר אבל ביחיד שומען על הסדר לאפוקי למפרע דלא אבל לא על סדר ברכות שבתוך התפילה אסור לו ליחיד להפסיק כנ"ל. ולפ"ז לא איירי הכא בברייתא מתקיעות דמיושב כלל וכן נראה שיפרש הרז"ה דס"ל שאין לתקיעות דמיושב שורש בש"ס כלל וכלל וכן פירש רבינו ירוחם. וכמ"ש לקמן בס"ד וכן פירש בלח"מ פ"ג מהלכות שופר ה"ב אפס שנראה מדברי הלח"מ שם שפירוש זה הוא מוסכם וליכא מאן דפליג ולפרש באופן אחר. ועל כן הקשה על המ"מ מדוע לא הביא ראי' מן הש"ס דילן ולהנ"ל לק"מ דפשיטא דלפירושו של הרמב"ן הנ"ל לא דברה הברייתא כאן מתקיעות דלמפרע וא"כ ליכא ראי' מש"ס דילן ופשוט שי"ל שהמ"מ נמי ס"ל לפרש כרמב"ן. אמנם בדברי רש"י שאצל רב אלפס פירש שומען על הסדר ר"ל סדרו של חשר"ק קשק"ק קר"ק כדאיתקן ר"א ועל סדר ברכות דווקא דהיינו בתוך התפילה במד"א בחבר עיר אבל יחיד

שומען על הסדר ר"ל ג"כ תשר"ת קש"ק קר"ק כו' אבל לא על סדר ברכות ר"ל שהיחיד לא פסיק בתוך התפילה ולפי פירוש זה לא דברה הברייתא כאן מן דין למפרע או כסדר וגם לא מדין תקיעות דמיושב אלא שמדבר מן סדר דאיתקין ר"א בקיסרי אבל זה מבואר דלכל הפירושים הללו עכ"פ שווין בדין זה שאין היחיד מפסיק בתוך התפילה לתקיעות וכן כתב הטור להדיא בסי' תקצ"ב וז"ל אבל יחיד אפילו יש לו שופר אין מפסיק בברכות לתקוע הלכך מחזיר ש"ץ התפילה כדי לתקוע על סדר ברכות ועיין ב"י שם וכן מבואר להדיא ברש"י שם בסוגיא וכן כתב במלחמות לרמב"ן שם איזה פעמים ושינה ושילש דיחיד לא יתקע על סדר ברכות וכן כתב הרשב"א בחידושיו שם וכן כתב הר"ן בסוגי' שם שמה שהש"ץ יורד לפני התיבה בר"ה הוא כדי לשמוע התקיעות על סדר ברכות וכן פסק בש"ע תקצ"ב להלכה וכ"כ הכל בו וכן כתב האורחות חיים וכן דעת רבינו ירוחם להדיא:

אמנם הרמב"ם בסוף פ"ג משופר הלכה י"ב כתב וז"ל וכל הדברים הללו בצבור אבל ביחיד בין ששמע עס"ב בין ששמע לא על הסדר בין מעומד בין מיושב יצא ואין בזה מנהג עכ"ל. וכתב הה"מ על זה וז"ל שם ל"ד תניא כשהוא שומען שומען על הסדר ועל סדר ברכות במד"א בחבר עיר פירוש ש"ץ כו' ע"כ נראה לכאורה שדעת הרמב"ם שגם היחיד יכול לתקוע על סדר ברכות וכן כתב הרדב"ז בתשובה חלק א' סי' שמ"ג שם נשאל אם היחיד יתקע על סדר ברכות והשיב הא וודאי פשיטא לי' שיכול היחיד לשמוע התקיעות על סדר הברכות וכן כתב הרמב"ם פ"ג מה"ש וגדולה מזו דאפילו בעצמו יכול היחיד לתקוע ואדרבה שפיר עביד שכך עיקרה של מצוה בתקיעה על סדר ברכות דווקא ואין זה חשיב הפסק כיון דהתקיעות מעניין התפילה הם יעו"ש ותימה רבה לכאורה הלא להנ"ל נתבאר שכל הנך רבוותא הלא המה רש"י והרמב"ן והרשב"א והר"ן ורבינו ירוחם והטור כלהו ס"ל דאין רשאי להפסיק. ואפילו לשמוע מאחר כתב הטור דאינו רשאי ואיך לא זכר הרדב"ז דעת אחד מהם גם מ"ש עוד שם להוסיף טעם דלא חיישינן להפסק כיון דקיימ"ל דתפילת המוסף אינו אלא בחבר עיר והיחיד פטור מדינא מתפילת המוסף עכ"ד יעו"ש. דבר תימה הוא הלא בדברי כל הפוסקים ראשונים ואחרונים מבואר להדיא דהלכה כחכמים דסוף פרק תפילת השחר דתפילת המוספים בין בחבר עיר בין שלא בחבר עיר וכמ"ש הטור בסי' רפ"ו ע"ש:

גם בעיקר הדין קשיא לי מהא דאמרינן בש"ס שם ר"פ בר' שמואל קם לצלוי אמר לי' לשמעי' כי נהירנא לך תקע לי אמר לי' רבא לא אמרו אלא בחבר עיר והשתא אם כדברי הרדב"ז שכך רשאי היחיד לעשות ומצווה קא עביד קשה איך מנע רבא את ר"פ מלקיים

מצווה זו כתקונה. וזה אפשר ליישב על דרך שכתבו הראשונים סנהדרין ע"ב ולומר דה"נ רבא ידע דר"פ ב"ש לא עביד הכי אלא מטעם דהווי ס"ל דהחיוב לעשות כן מצד הדין ושלא יצא י"ת אא"כ יתקע על סדר ברכות לזה השיב עליו דהא ליתא אלא בחבר עיר ויש לחלק דהתם במחתרת שאם הי' יודעין הדין שאין חיוב עליהם מדינא לא הי' מחזירים א"כ ממילא דלא הי' רבא רשאי לקבל מהם משא"כ הכא מה הפסד יש בזה אם יתקע ר"פ על ס"ב ויקיים המצוה על מכונה:

תו קשיא לי שאם דעת הרמב"ם ז"ל לומר שמותר לו ליחיד לכתחילה להפסיק תפילתו לשמוע או לתקוע עס"ב ומטעם דלא חשיב זה הפסק כלל א"כ קשה איפכא אדרבה מדוע לא יתחייב היחיד לעשות כן לכתחילה לקיים מצוה זו כתקונה. והלא זה ברור דלענין חיוב גוף המצוה של תקיעה היחיד מחויב בה כמו הציבור וכמצות סוכה ולולב ודומיהם ואם עיקרה של מצוות תקיעה היא על סדר ברכות וכמ"ש הטור סי' תקפ"ה א"כ קשיא טובא מדוע יגרע כל יחיד ויחיד מישראל לבלתי קיים המצוה הזאת על מכונה (וז"ל הלבוש סי' תקפ"ה ועומד התוקע לתקוע כו' והקהל יושבין מפני שאין זה עיקר התקיעה כו' אבל בתקיעה שעל סדר ברכות שהוא דאורייתא גם השומע צריך לעמוד עכ"ל מ"ש שהוא דאורייתא קשה לכאורה מנ"ל הא ועיין רמב"ן במלחמות שם דמדרבנן הוא גם בעל המאור לא אמר אלא דנראין כשל תורה יעו"ש וי"ל דכוונתו דעיקר דעת מקיימי המצוה לצאת ידי חובתם בהנך דעל ס"ב דהנך דמיושב אינם רק לערבב. א"כ ממילא דהנך דמעומד הם לצאת ידי מצוות התורה. וכן י"ל כוונת הלבוש. ועיין מהרש"א ר"ה ט"ז בשם הספרי דמפיק מגז"ש מן הכתוב ותקעתם בחצוצרות וצ"ל דאסמכתא בעלמא היא וכן לקמן ל"ב דמפיק להו הש"ס מקראי כולהו אסמכתא נינהו ועיין טורי אבן שם דהא דקאמר הש"ס רחמנא אמר אדכר לאוו דווקא. וכבר כתב הרמב"ן סי' י"ב בס"ה ועיין טורי אבן שם שהוכיח כן מן ש"ס ערוך דעקרן של ברכות אלו דרבנן הן ועיין חידושי הרשב"א שהניח בצ"ע]:

והיה נראה לפענ"ד על כן לומר דהרמב"ם ס"ל נמי ככל הנך רבוותא דהיחיד אינו רשאי להפסיק לכתחילה בתוך התפילה על כן כתב שם הלכה ז' הציבור חייבין לשמוע התקיעות על סדר ברכות כיצד כו' וכלומר דווקא ציבור משא"כ היחיד אין עליו חיוב זה. וממילא דשוב אסור ליחיד לעשות כן משום הפסק [והרי דבר זה כשאר עניני תקוני תפילה שמצינו בהם חילוק זה דהיחיד אינו רשאי לאומרם בתוך התפילה משום הפסק ולא ניתקנו אלא בהחזרת התפילה להש"ץ ועיין א"ת סי' קי"ב בטור וש"ע ומג"א שם]:

אמנם כוונת הרמב"ם שם הלכה י"ב איננה לומר דיחיד יכול להפסיק בתפילתו ותדע שאל"כ למה שינה הרמב"ם את טעמו למנקט טעמו של דין זה בלשון דיעבד והי' לו ללמדינו דין זה לעניין לכתחילה ולומר שהיחיד יכול להפסיק לכתחילה בתוך תפילתו ולתקוע. ועוד קשה שהרי מקור דין זה מן הברייתא הנ"ל וכמ"ש המ"מ שם ועינינו הרואות שהתנא דברייתא שם נקט האי דינא בלישנא דלכתחילה והרמב"ם נקט לענין דיעבד. ועוד קשה שאם הרמב"ם יפרש כן לישנא דברייתא שומען על הסדר ושלא על הסדר שר"ל בין על סדר ברכות ובין שלא על סדר ברכות אימא רישא שומען על הסדר ועל סדר ברכות ועל כרחינו דעל הסדר דרישא אין ר"ל סדר ברכות דהא קאמר על הסדר ועל סדר ברכות ואיך יכווין בעל הסדר דרישא לענין אחר ועל הסדר דסיפא לענין אחר לכן נלפע"ד שהרמב"ם מפרש ברייתא הזאת כמו שפירש הר"ן שם וכמ"ש גם הלח"מ שם בפשיטות גמור שכן דעת הרמב"ם וה"ה דעל הסדר ר"ל שלא יקדים תרועה לתקיעה. אלא דלפי פירוש זה ג"כ לכאורה תמוה דברי הברייתא הללו מראשה ועד סופה דבחלוקה הראשונה ידבר בדינו של חבר עיר ובחלוקה השנית בדינו של יחיד ובשני החלוקות לא דמי רישא לסיפא כלל דקתני בחבר עיר שומען על הסדר ור"ל שלא יקדים תרועה לתקיעה וזהו אפילו לענין דיעבד [כמ"ש בירושלמי וכ"כ הרמב"ם ועיין מ"מ שם דכה"ג לא יצא] והדר תנא וכל סדר ברכות ובהא קיימ"ל שאינו אלא לענין לכתחילה אבל בדיעבד גם הציבור יוצאין בתקיעות שלא על סדר ברכות וכתנן במתניתין מי שבירך כו' וכמ"ש הרי"ף והרמב"ם והרא"ש דלהכי סגי על סדר ברכות בתשר"ת לחוד כיון דמדינא יצאו בתקיעות שקודם התפילה. וכן קשה בחלוקה השנית שלא בחבר עיר דקתני שומען על הסדר שר"ל שלא נקדים תרועה לתקיעה שזהו לעיכובא ולא יצא אפי' דיעבד אם הקדים. והדר תני ושלא על סדר ברכות וזהו וודאי אינו אלא לכתחילה אבל בדיעבד אם שמע היחיד תקיעות על סדר ברכות פשיטא דיצא ולית מאן דפליג בהא [וכן כתב הרב הר"ד עראמה בחיבורו על ספר היד] ועוד קשה דשני החלוקות הללו בעצמן לא דמיין להדדי דחלוקה הראשונה שבברייתא וודאי באה ללמד המנהג אשר נכון לנהוג לכתחילה לכל ציבור וציבור לשמוע על הסדר ועל סדר ברכות אבל החלוקה השנית וודאי לא איירי לענין מנהג דלכתחילה שכך יתנהג לכתחילה כל יחיד בפני עצמו דהא ליתא. דפשיטא לכתחילה מחויב כל אחד ואחד להשתתף עצמו עם הציבור ולנהוג עם התקיעות כמנהג הציבור כולו אבל על כרחך דמדבר לענין דיעבד או למי שלא הי' אפשר לו חולה או אונס דהיינו נמי כדיעבד. והנה על כרחינו צריכים אנו לתרץ דברי הברייתא הזאת ולהשיב על כל הקושיות הללו חשובה הידיעה בסוגית התלמוד ולומר מידי איריא

הא כדאיתא והא כדאיתא (כב"מ י"ד) רישא לעניין לכתחילה וסיפא לעניין דיעבד הן בחלוקה הראשונה שבחבר עיר והן בחלוקה השנית דשלא בחבר עיר והכל כמפורש למעלה ובדין היא דהווי לי' למתני חלוקה השנית בלשון דיעבד ולומר שהיחיד ששמע פ"א על הסדר ושלא על ס"ב יצא אלא דא"כ הווי משמע שאם שמע על הסדר ועל סדר ברכות לא יצא והא ליתא וכנ"ל להכי תני בחלוקה השנית נמי לשנא דלכתחילה. ולעולם וודאי דחיוב על כל יחיד לכתחילה להביא עצמו לכלל חיוב על סדר ברכות שנראית כשל תורה כנ"ל ולא הותר לו לסמוך על חבר עיר שיש שם בלעדו. וכמ"ש לענין תפילת המוסף בשאר ימות השנה עיין (א"ח רפ"ו) אי נמי איידי דתני רישא לענין לכתחילה איך לנהוג לכתחילה תני סיפא נמי לשנא דלכתחילה ובהיות כן יש לומר שעל כן ראה הרמב"ם ז"ל לפסוק כל דברי הברייתא הלזו להלכה אבל לא ראה להעתיקה כלשונה וצורתה מפני שאין סדר למשנה זו ולא מיפרקה אלא בהא כדאיתא והא כדאיתא ועל כן העתיק כל דיני הברייתא הזאת כל אחד במקומו הראוי לו וכמו שנראה שם בפ"ג הלכה ד' ה' ו' שם דיבר מדיני התקיעה שמעכבין גם בדיעבד לכן כתב שם האי דינא שמחויב לשמוע על הסדר שלא יקדים תרועה לתקיעה עיין מ"מ שם אחר כן בהלכה ז' כתב תקנת חכמים איך ינהגו הציבור דלכתחילה מחוייבים לתקוע ולשמוע גם על ס"ב ופירש ואמר כיצד ש"ץ אומר כו' וכלומר דלכן ש"ץ יורד לפני התיבה כדי לתקוע על ס"ב (וכדברי הרשב"א והר"ן והטור) ולומר דליחיד לא תקנו תקנה זו וממילא דאין רשאי להפסיק בתוך התפילה וכמוכח בש"ס מעובדא דר"פ ב"ש שם וכדתניא נמי בחלוקה השנית הנ"ל:

אמנם שם הלכה יו"ד בשאר דין תקיעות דמיושב שהוא מצד המנהג שנהגו כן כל העולם כמ"ש המ"מ שם] לתקוע ב"פ. א' מיושב והב' מעומד אע"ג דמדינא פ"א סגי אבל כבר נהגו ושם הלכה י"ב ביאר להדיא דמצד הדין יצאו הציבור בתקיעות דמיושב לחוד ולהורות דסיפא דתני ועל ס"ב לאוו לעניין דיעבד נאמרה אלא שנהגו לתקוע ב"פ וסיים ואמר וכל הדברים הללו בציבור ר"ל הוא שנהגו בכל אלה לתקוע פ"א מיושב ופ"ב מעומד. אבל היחיד בין ששמע על ס"ב [ר"ל בדיעבד דלכתחילה כבר ביאר שם הלכה ז' שלא היתה תקנה זו אלא בציבור. א"כ פשיטא דאין היחיד רשאי להפסיק] לחוד ולא תקע במיושב כלל ובין שלא שמע על ס"ב אלא שלא על ס"ב לחוד בין מעומד בין מיושב יצא ואין בזה מנהג ר"ל המנהג הזה לתקוע ב"פ אין מנהג זה ליחיד שמתפלל בלא ציבור ולא תקנו לו מנהג אבל לענין איך ינהוג היחיד לכתחילה פשיטא דחייב להשתתף עצמו

עם הציבור וישמע גם הוא ב"פ אם אפשר לו להשתתף. ואם אי אפשר לו להתפלל עם הציבור אסור לו לתקוע בתוך התפילה מדינא לא מצד מנהג לחוד

ולפ"ז נמצאו דברי הרמב"ם והטור והש"ע דברים אחדים ואין מחלוקת ביניהם כלל. ובזה נתיישב לנו תימה רבה ועצומה שאם כדברי הגאון הרדב"ז שהרמב"ם מתיר תקיעות על ס"ב ליחיד איך לא הזכירו דעתו לא הרשב"א והר"ן ולא רבינו ירוחם והטור ותגדל התימה על הב"י ורמ"א והלבוש. איך העלימו כולם דעת הרמב"ם מכל וכל. אבל הדבר ברור שדעת כל הנך פוסקים דלא כהרדב"ז. ושגם הרמב"ם אוסר ליחיד לתקוע על ס"ב. ויש לומר עוד שמ"ש הרמב"ם בין *ששמע* על ס"ב ר"ל *ששמע בעת שתוקעין* הציבור על ס"ב ובין *שלא שמע* על ס"ב רק במיושב לחוד כגון *שלא* הי' בצבור כלל שאז אסור לו לתקוע על ס"ב ואיך שיהי' עכ"פ לא כתב הרמב"ם היתר ליחיד לתקוע על סדר ברכות בשום פנים [שוב בא לידי ספר הכל בו וראיתי שם דף נ"ג כתב שם סוף ע"ב ועמוד ג' דרק ציבור חייבים לתקוע בתוך התפילה. ושם דף נ"ד העתיק דברי הרמב"ם כצורתן יעו"ש ומדבריו למדנו ראי' ברורה לדברינו בכוונת הרמב"ם]:

והנה בא לידי ספר שכנה"ג שם מצאתי בסי' תקצ"ב כתב ג"כ שברור הוא שגם הרמב"ם ס"ל דיחיד לא יפסוק לתקוע דלא כרדב"ז אלא שנתקשה שם בפירושא דהברייתא אליבא דהרמב"ם והניח בצ"ע אבל לפי דברינו הנ"ל הכל ניחא בס"ד. שוב מצאתי להגאון ברכי יוסף שהשיג ג"כ על הרדב"ז דכתב שכן הקשה חכם ספרדי ר"מ אבן מורגי והניח בקושיא. אמנם לפענ"ד לתרץ דברי הרדב"ז לפי מ"ש בשילטי גבורים וז"ל ולא אמרו לשומען על ס"ב אלא בחבר עיר כו' ונראה בעיני שחבר עיר היינו כשש"ץ אומר תפילתו בקול אבל כשהציבור מתפללין כל אחד תפילתו בלחש כולם יחידין הן עכ"ל א"כ י"ל דדוקא היחידין שמתפללין בלחש בתוך חבורת הציבור הוא דאסור להם להפסיק ובזה דברה הברייתא דווקא לאסור להם התקיעה בלחש וטעמא רבה איכא כמ"ש הרדב"ז עצמו בתשובה שם דא"א שיכוונו כולם את תפילתם כאחד דזה מקדים וזה מאחר ואיכא ערבוביא אבל יחיד המתפלל בפני עצמו (כעין הך שאלה דהרדב"ז שם) שפיר יכול לתקוע ואצ"ל לשמוע על ס"ב ואדרבה מצוה קעביד ועוד דהיחידין שבתבורת ציבור הרי יקיימו שמועה על סדר ברכות כשיחזור ש"ץ תפילתו משא"כ היחיד שמתפלל בביתו יכול לקיים המצוה כתיקונה אם ירצה ולפ"ז ר"ל דהאי דרב פפא ב"ש דקאמר כד נהירנא תקע לי יש לפרש דקם לצלוי תפילתו בלחש בחבורת ציבור ורצה לצוות שיתקע לו בלחש ועל כן מנעו רבא לא אמרו אלא בחבר עיר ר"ל ש"ץ כשמחזיר תפילתו בקול וכמ"ש הש"ג ולעולם דיחיד בפני עצמו אעפ"י ששמע תקיעות במיושב ומתפלל אח"כ

מוסף בפני עצמו בביתו הרשות בידו לתקוע וכ"ש לשמוע על ס"ב (וזה דלא כשיטת הערוך בשם י"א דתוקעין בלחש ולא חייש לעירבב ולפ"ז ע"כ הא דאמר אבל שלא בחבר עיר ר"ל דווקא היחיד שלא בחבורת ציבור) אלא דהא וודאי מוכת עכ"פ דחובה ליכא ביחיד לשמוע על ס"ב דאל"כ משום חשש עירבוב לחוד לא הי' מבטלין תקיעות בלחש שהיא חובה על כל אחד ואחר ואיך יגרעו משום דרבים נינהו ומוטב הי' לתקוע בלחש. ולתקינו דלא להווי עירבב ותדע שהך חששא דערבוביא לא תשו לה באתרי דנהגי לתקוע בלחש ומכווני כולהן יחידים לבייהו כדי לקיים תקיעת על ס"ב כדין ועוד דאי תימא דחובה מן הדין ליחיד לתקוע על ס"ב איך נפקי ידי חובה בשמיעה כשש"ץ מחזיר תפילתו ואמאי לא סמכו בתפילה על הש"ץ מטעם שכתבו הפוסקים משום דא"א לכווני שלא להעלים איזה מלות ותיבות ועל כן חובה עליהן להתפלל בלחש וא"כ ממילא דאין להם ליחידים על ס"ב, אלא ודאי ש"מ עכ"פ דאין חובה על היחיד לשמוע על ס"ב ולא תקנוה חכמים לכתחילה אלא לחזרת ש"ץ אחר התפילה. וא"כ דברי הרדב"ז קיימים במ"ש דחובה לא תקעו לך דתניא כו' גם מ"ש דהיחיד פטור מתפילת המוספין י"ל דר"ל במוספין דר"ה דקיימ"ל דש"ץ מוציא אפילו לבקי ואפילו לעם שבשדות א"כ מי שמחמיר על עצמו להתפלל דין תפילתו כתפילת הרשות כנלענ"ד בדעת הרדב"ז ומי שיתרץ דבריו באופן יותר נכון אומן יקרא ושכר הרבה מן השמים יקח:

ולענין דברי הרמב"ם הנ"ל י"ל עוד דטעם שאמרו בש"ס דהיחיד שומען שלא על ס"ב לפי מ"ש הר"ן בשם הירושלמי דמדינא אין ליחיד להתפלל תשע ברכות דהלכה כר"ג באילין תקיעתא כל הנך ג' ברכות של מז"ש שתוקעין עליהם שהש"ץ מוציאן בין לבקי בין לשאינו בקי אלא שצריך לשמוע כל התפילה מפי הש"ץ ואי אנוס הוא ואינו יכול לבא לבה"כ יצא בתפילת ש"ץ אעפ"י שלא שמע ומשמע בר"ן שם דמדינא אסור לו ליחיד להתפלל ברכות מז"ש במוספין שנוסח זו רק לש"ץ נתקן ועל כן הקשה בירושלמי על מאן דסברי דר"ז התפלל ט' ברכות משמע דאפילו רשות ליכא ועל כן ממילא דהיחיד מוכרח לתקוע שלא עס"ב אלא דהאידנא ליכא מאן דמכוון כראוי לבלי העלים תיבה אחת כשחוזר הש"ץ תפילתו חזרו לומר דראוי להתפלל כל יחיד ט' ברכות א"כ רשות לכל יחיד להתפלל ט' ברכות ממילא נמי דרשות הוא לו לשמוע התקיעות על סדר ברכות ועיין רמב"ם פ"ז מהלכות תפילה שפסק להלכה דתפילת מוספין רשות הוא לכל יחיד ויחיד על כן שפיר פסיק לדיניהו דרשות בידו לתקוע ג"כ על סדר ברכות אם ירצה ודו"ק:

ודע שגם הכל בו כתב להדיא דהיחיד אינו תוקע על ס"ב וכ"כ הא"ח הובא בב"י ועיין ב"י בשם הכל בו דהיחיד יתקע קודם שיתפלל מוסף ומוכח האי סברא מהא דתנן מי

שברך ואח"כ נתמנה לו שופר כו' עכ"ל ותמה הגאון הרא"ו ז"ל דאדרבה משם משמע להיפך דהא אוקמי' להאי משנה בציבור דווקא הוא דמחויב לתקוע על ט"ב אבל יחיד לעולם דלכתחילה יתפלל ואח"כ יתקע יעו"ש:

ותו קשה דלשיטת הכל בו קשה לוקמיה מתניתין ביחיד דמצותו לתקוע תחילה קודם התפילה בשיש לו שופר ובאין לו ואח"כ נתמנה לו שיפר יתקע אח"כ. ויש לומר דהכל בו יפרש באמת משנתינו כן מי שברך ביחיד מיירי להכי קאמרינן הא אלו הווי לי' שופר מעיקרא תוקע ואח"כ מתפלל אלא דהיינו למסקנא דמסיק דיחיד אינו תוקע על ס"ב אבל לפי מה דס"ד דהש"ס שם דגם יחיד חייב לתקוע על ס"ב והווי דייק מינה דיחיד דהווי לי' שופר על ס"ב תוקע וכדסבר נמי ר"פ ב"ש וזהו דדחי' לי' רבא. ולא אמרו אלא בציבור אבל לעניין פירושא דמשנתינו לא דחינין לה אלא שלא לפרש דיחיד יתקע על ס"ב אלא יתקע קודם הברכות ודוק היטב. ועיין ספר כפות תמרים שם:

והנה הרי"ף והרא"ש השמיטו הך דר"פ ב"ש לגמרי רק פירשו למשנתינו טעמא דלא הווי לי' שופר הא הוי לי' שופר מעיקרא על סדר ברכות תוקע אמר רבא לא אמרו אלא בחבר עיר משמע להדיא דקאי האי פירושא גם למסקנא. וכן מורין פשט דברי הש"ס וכן כתב הגר"א בפשיטות ג"כ דבש"ס מוכח דיחיד יתפלל תחילה ואח"כ יתקע וכלומר דלהכי הוכרח הש"ס לפרש משנתינו בחבר עיר דווקא:

ובהיות כן נלענ"ד לישב מאי דאיכא למידק לכאורה טובא מאי טעמא נטר הש"ס להביא הך סוגיא דווקא על משנה זו דמי שברך הל"ל לעיל דף ל"ב על משנה המפורשת להדיא דתנן אומר מלכיות ותוקע זכרונות ותוקע שופרות ותוקע שמע מינה דתיקון על ס"ב דווקא ולפרש עצה אמר רבא לא נאמרו אלא בחבר עיר. ור"פ ב"ש קם לצלוי כו' כלומר דעל כרחך ר"פ ב"ש הווי סבר דגם היחיד יעשה כן שמשנתינו שם גם לעניין יחיד נשנית ודחי לי' רבא לא אמרו אלא בחבר עיר ככל הסוגיא דהכא ודוחק לומר דאי מהתם הווי אמינא דרשות קאמר דיכיל לתקוע כך בתוך התפילה ודיוקא משמע דחייב לכתחילה למעביר הכי אי נמי כמו שכתבו התוס' בב"מ י"ב דאע"ג דמפורש במשנתינו ניחא לי' טפי להביא מדיוקא עיין כללים) אולם לפי הנ"ל י"ל דבכיון נטורי רבינא ור"א בהאי סוגיא ונקטי לה דווקא הכא על ההוא מתניתן דנ"מ דהאי סוגיא לדינא שיחיד מתפלל תחילה דווקא ואח"כ תוקע מדהוכרחה להעמיד משנתינו בציבור דווקא משא"כ על משנה הקדימה אע"ג דהווי אפשר נמי לפרש בה ולומר לא אמרו אלא בחבר עיר ולא ליחיד אבל אכתי לא הוי ידעינין איך ינהג היחיד אם יתקע ואח"כ יתפלל או איפכא ודו"ק:

עיין טור סי' תקפ"ה שם הביא ראי' דעיקר תקיעה בס"ב מן המשנה דתנן השני מתקיע ועיין בדרו"פ סי' תקצ"ב פלפל בחכמה דלמה לא הביא ראי' ממשנה דמי שברך כמ"ש בסי' תקצ"ב ותירץ וי"ל דהדיוק כך הוא הא הווי לי' שופר יתקע קידם התפילה ושם בסי' תקצ"ב לא הביא ראי' מהא דהשני מתקיע די"ל דמתקיע אחר התפילה יעו"ש ודו"ק:

שוב בא לידי ספר ברכת יוסף (מצאתי ראיתי שם) סי' תקצ"ב ומצאתי בו שעמד בזה מדוע שבק מרן הב"י סברת הרמב"ם ומה גם לשין הרי"ף כלישנא דגמרא והרמב"ם נמי סבר הכי מסתמא ולפחות הי' לו להזכיר סברתו בלשון יש אומרים. ושם הביא דברי שייר כנה"ג והשיג עליו ושם הביא תשובת הרדב"ז הנ"ל והקשה עליהם וז"ל חדא דההיא ברייתא משמע שאינו רשאי לתקוע על סדר ברכות. ותו מאי קאמרינן לא אמרו אלא בחבר עיר והלא רשות היא ומהא מוכח הפך מה דפשיטא לי' להרב ותו דמהרמב"ם משמע להדיא דרשאי לתקוע על הברכות ות"ל כי כוונתי להערות הללו מדנפשאי וכתבתי ליישבם. ועוד שם וז"ל ומ"ש בסיומא דמלתא דהיחיד פטור מתפילת המוספין קשה. וכן הקשה עליו הרב חביבא כמהר"ר מאיר בן מורגי נ"י דהא קיי"ל דיחיד חייב בתפילת המוספין והוא הלכה רווחת עכ"ל ושבת להשי"ת שגם בזה הערתי מדנפשאי וכתבתי יישוב גם לזה

ועיין ישועות יעקב תקצ"ב תימא על הש"ע שלא הביא דעת רש"י ר"ה ל"ד ד"ה חבורת ציבור אבל יחיד מברך ואח"כ תוקע ט' תקיעות עכ"ל וכ"כ הר"ן ולפי דברינו כך הוא גם דעת הרי"ף והרא"ש. ע"ש מה שהקשה לפי דברי הכ"ב מנ"ל להש"ס למימר דאי הווי לי' שופר מעיקרא אסדר ברכות תקע להו דילמא דיוקא הכי הוא דאי הווי לי' שופר מעיקרא תוקעין תחילה ואח"כ מתפללין ואפילו בציבור אין רשאין לתקוע בתפילה ע"ש ולענ"ד דלק"מ דהרי משנה ערוכה לפנינו דף ל"ב דלית מאן דפליג בזה דתוקעין בתוך התפילות וא"כ יהי' סתירה בדברי המשנה עצמה. [כ"ד אלול תרל"ב]:

בש"ע תקפ"ו בט"ז ס"ק י"ד ועיין מ"ו ז"ל עט"ז וא"ר אם דבקו בדבק כשר ועיין מג"א אות י"ג די"א כן אפילו ברובו וא"כ כ"ש הוא לרחבו דמהני דבק ברובו אף דלא נשתייר שיעור תקיעה ע"כ הנה מבואר הוא היכי דבעינן רוב שופר וודאי סגי באם נשתייר שיעור תקיעה אמנם היכי דבעינן שיעור תקיעה לא מהני שיעור רוב שופר וא"כ משמע דשופר שאין בו רק שיעור מצומצם ונקב יש להכשירו בתנאי שישתייר בו רובו. עיין ש"ע שם סעיף ז' וט"ז ס"ק ז'. אבל נסדק והדקו במשיחה. שהרב אימר בו שצריך שיור שיעור תקיעה. א"כ בשופר זה (שכולו אין בו רק שיעור תקיעה) אין לה תקנה אמנם לדעת המכשירין שופר שנסדק מיעוטו וכתב הב"י בשם הרא"מ שזה דווקא בנשתייר רובו

אפילו בלי שיעור שופר א"כ אפשר דשיעור שופר לבד לא מהני בלא רוב דלמא יסדק יותר בהיותו כבר נסדק חציו:

והנה מדברי הר"ן שכתב שלדעת הפוסקים דנסדק כל שהוא פסול ולא מהני דבק להכשירו אבל אם הדקו בחוט או במשיחה מהני להכשירו יע"ש שם ובב"י נלמד מזה שתיקון הידוק חוט או משיחה עדיף טפי מדבק ומעתה אם דבק מהני אף בנסדק רוב השופר גם לדידן דפסלינן נסדק משהו וכמג"א ס"ק י"ג. א"כ הידוק בחוט או משיחה וודאי מהני בנסדק רובו. ואם בהדקו בחוט כו' בעינן דווקא נשתייר שיעור תקיעה כ"ש דבקו בדבק וא"כ בנסדק לרחבו לא מהני דבק כיון דלא נשתייר בו שיעור תקיעה. וכמו נסדק רובו דקיי"ל נמי דצריך שיור שיעור שופר ממקום הסדק. אבל לפי מ"ש המג"א ס"ק י"א נקב אפילו לא נשתייר בו שיעור תקיעה כשר כמ"ש הב"ח ואפשר כיון דקשרו הו"ל כאלו סתמו קצת וצ"ע בכל בו עכ"ל וכ"כ במ"ז ס"ק י"ב בכוונת הט"ז שמיירי בשנשתנה קולו מחמת המשיחה לכן בעי נמי שיור שיעור תקיעה. ולפ"ז אפשר דבנסדק רוב שופר לא מהני הידוק משיחה הלזו דהווי אינו מינו אבל דבקו לא בעי שיור שיעור תקיעה דהווי מינו ומשמע דאפילו נשתנה קולו כשר דאל"כ אף בהדקו בחוט לא בעי שיור שיעור תקיעה דהא נסדק עדיף מניקב שאין בו חסרון גופו כ"כ וז"ל המ"ז ס"ק י"ב עט"ז במעכב התקיעה י"ל ע"י משיחה כמ"ש המג"א אות י"א וגרע מניקב ולא סתמו מש"ה בעי כאן שיעור ד' גוד"ק אבל אם לא מעכב א"צ שיעור כלל אבל דעת הפר"ח דבלא נשתנה קולו א"צ שיעור תקיעה ואם נשתנה קילו לא מהני שיור ש"ק ועיין לבוש עכ"ל]:

וי"ל הטעם דלהכי נסדק רובו ודבקו כשר אפילו נשתנה קולו אפילו לא נשתייר רק משהו ומאי שנא מניקב סעיף ז' דבענין דווקא לא נשתנה קולו ואפילו במינו דהתם טעמא הוא כמ"ש הר"ן וז"ל דכיון דמעכב את התקיעה נמצא שאינו בטל לגבי שופר והוו"ל קול שופר ודבר אחר וזה דווקא בנקב שהחסרון בגופו נראה לעינים ועכוב התקיעה נתלה בסתימת הנקב הזה משא"כ בנסדק שלא נחסר כלים וכשנדבק בדבק חשבינן לי' תיקון דחינו לכן אפילו נשתנה קולו לא תלינן שנוי הקול בהדבק רק בעצמו של שופר ולא הווי קול שופר ודבר אחר וניחא נמי שלא תקשה לדעת הטור דתרתי למעליותא סגי דהיינו רובו ולא נשתנה קולו. ולמה כתב בנסדק כל שהוא והוא שדבקו במינו, וה"ה באינו מינו ולא ניכר אבל בניכר לא מהני כלל הא דלא נחסר גוף השופר ופסול בנשתנה קולו משום דלא הווי רק חדא למעליותא דהיינו רובא. אבל הא דבק בשופר שנסדק רובו. יש לומר דטעמא הוא כיון שאינו נחסר כלום מגופו לכך אפילו לא נשתייר רובו סגי משא"כ בניקב שהרי חסר לפנינו צריך שיור רובו וא"כ גם לדעת י"א דדבק הווי שלא

במינו אם לא נשתנה קולו יש להכשירו בשעת הדחק דסני בתרתי למעליותא דהיינו לא נשתנה קולו ומעלת הרי אינו חסר לפנינו שעומד במקום מעלת שיור רובו. וראיתי בפ"מ בא"א ס"ק ט"ז וז"ל ויש בו מג"א שכתב די"א אלו ס"ל דדבק הווי כסתמו שלא במינו ולפ"ז לכאורה יש להכשיר לכתחילה אם נשתייר רובו ולא נשתנה קולו דהווי ס"ס עכ"ל. הנה מדהוצרך מעלה שלא נשתנה קולו מוכת דס"ל. דהא דכשר בדבקו אפילו נשתנה קולו (כדמוכח בט"ז שם) היינו דווקא בצירוף מעלה שאינו ניכר והוי כמינו ולכן א"א להכשיר בנשתנה קולו מכת ס"ם הנ"ל דאת"ל דבק הווי אינו מינו שמא סגי בתרתי למעליותא דאם נשתנה קולו תו לא הווי תרתי למעליותא מחמת מעלה שאין חסר לפנינו דהא ליתא כאשר הוכרחנו לעיל בס"ד מדברי הרא"ש והטור והב"י. אמנם אם יסבור הרב הפ"מ דלהכי לא בעינן בנסדק ודבקו שיור רוב מטעם הנ"ל דאין חסר לפניך (ואם לטעם דחשיב כמינו) אם כן הוו"ל להכשיר אפילו בלא נשתייר רובו מכח ס"ס הנ"ל ספק מינו ואת"ל דלא הווי מינו דילמא סגי בתרי למעליותא דהיינו לא נחסר גופו, ולא נשתנה קולו. (ומלשון הטור והב"י בכוונת הרא"ש אין הכרח די"ל דמיירי בנשתנה קולו). אלא וודאי מוכח שדעת הרב הפ"מ דלהכי אין צריך רובו מטעם שאין חסר לפניך וגם דחשיב מינו כיון דלא ניכר כלל הדבק אבל אם הי' ניכר א"כ הי' נראה החסרון ברובו והי' פסול:

וי"ל דדווקא לענין לכתחילה אמרו הרב ושלא יתקע בו היכא דאפשר לו למצוא שופר אחר. אבל בדיעבד מודה דיוצא בו וה"ה שעת הדחק כדיעבד דמי:

עוד כתב שם בא"א ס"ק י"ד וז"ל ואין הדבק ניכר בין הסדקים ולכאורה החילוק בין נקב שיש חסרון ובחתיכה אחרת ובין סדק שאין חסרון ובדבק אבל נראה דאף בנקב שיש תסרון אם הוא קטן ויוכל ליתן שם דבק הווי כמינו וצ"ע ועיין לבוש. כל שחיבר בדבק אפילו לא נשתייר שיעור תקיעה כשר עכ"ל. ולפענ"ד דבנקב שיש בו חסרון אף שאינו ניכר הדבק פסול דבנקב כ"ע מודו דצ"ל מינו דווקא וראי' מדברי הב"י סימן זה שכתב להוכיח שדעת הרא"ש שבאינו נסדק כולו מהני דבק מדהביא פירש"י במשנה. ודבקי פירש"י בדבק. הקשה הרמב"ן הא הווי אינו מינו כו' ומאי אירא נסדק כולו אפילו ניקב פסול ותירץ הרא"ש דחשיב כמינו כיון שחיבר הסדק כמו שהי' ואין הדבק ניכר בין הסדקים ואם איתא שאפילו בנסדק כל שהוא לא מהני דבק לא נ"מ מידי בין רש"י להרמב"ן ולא הי' לו להרא"ש להביאו בפסקיו אלא דבלא נסדק כולו מהני דבק ולכך הביא הרא"ש מחלוקת רש"י ורמב"ן ללמדינו איך יהי' ענין הדבק אלו דברי הב"י בשל"ק, והשתא אי נימא שלדעת הרא"ש אף בנקב שיש בו חסרין מהני סתימת נקב אף דלא

הווי מינו כיון שאינו ניכר. א"כ הוכחת הב"י מעיקרא ליתא. דלעולם י"ל דגם בסדק גדול ודבקו פסול כמשמעות לשון המשנה אבל הוצרך להביא פירש"י ללמד שדעת רש"י שלא כרמב"ן שאמר דאפילו בניקב פסול דבקו בדבק ורש"י חולק ואמר דכיון שאינו ניכר הדבק בכה"ג הוו מינו כלומר בנקב קטן שהדבק אינו ניכר בו ולכך במתניתין דווקא נקט נסדק לומר דבנסדק אפילו אינו ניכר הדבק פסול וזה מפורש יותר ברא"ש להיותו נ"מ מנ"מ שכתב הב"י. אלא וודאי בנקב שנחסר מעט מגוף השופר לעולם לא מהני דבק וא"כ אין נ"מ בין רש"י לרמב"ן אלא כמ"ש הב"י ודו"ק:

עיין עוד שם ס"ק י"ב בכוונת מג"א דלי"א מיעוט אינו פוסל סדק אף דלא נשתייר שיעור תקיעה ל"ש כ"כ רא"מ הובא בב"י. עוד שם ס"ק י"ג דמשמע לכאורה נסדק רובו לא מהני חוט ומשיחה רק דבק דווקא כו' עכ"ל. הנה כבר כתבנו דהידוק עדיף מדבק וצ"ל דהיינו לענין שאם הדקו לא חיישינן שיסדק כולו אבל מ"מ גרע מצד שחשיב כסתמו ולכך בעי שיור שיעור תקיעה וא"כ נסדק ברובו ונשתייר שיעור תקיעה מהני בהדקו בחוט או משיחה ודו"ק]:

העולה מזה א'. שופר שנסדק ודבקו באור מעצמו או לדעת י"א בדבק אפילו נשתנה קילו כשר (כפ"מ בכוונת הט"ז). ב'. לדידן דחיישינן לדעת י"א דדבק חשיב כסתמו שלא במינו פסול אפילו נשתייר רובו אם נשתנה קולו. כמי ניקב ונשתנה קולו כן מוכת מלשון הטור והב"י בכוונת הרא"ש, ג' לא נשתנה קולו אף לא נשתייר רוב ודבקו בדבק יש להכשיר בדיעבד או שעת הדחק מכת ס"ס ד' אם ניקב נקב קטן וסתמו בדבק אף שהדבק אינו ניכר פסול. וכן מוכח בב"י כנ"ל והרב פ"מ לא כתב כן:

הלכות טריפות

כתב הרמב"ם פרק י' מהלכות שחיטה שמינה מיני טריפות נאמר למשה מסיני כו'. והקשה הלח"מ הא בגמרא ריש אלו טריפות בהדיא איתא דמאן דחשיב שמונה טריפות הוא לאפוקי דרכיש בר פפא והרי הרמב"ם פסק הך דרכיש בר"פ להלכה דלקחה בכוליא טריפה א"כ הווי לי' לחשוב תשעה טריפות. ולפענ"ד נראה דהא לכאורה קשה איך קאמר לאפוקי דרכיש בר פפא והא איכא למימר דהך מנינא דח' טריפות אלו אינו רק מה ששייך בין בבהמה ובין בעוף אבל לקוחא דכוליא דליתא בעוף להכי לא מני לי' בהדי הנך וכבר עמד בזה הכו"פ ריש סי' כ"ט ע"ש שרצה לחדש מכח זה דע"כ רכיש סובר דלקוחא טריפה גם בעוף. אבל לפענ"ד י"ל בפשיטות לפמ"ש התוס' שם דף מ"ג ד"ה הנך דאפקית כו' וא"ת לעולא מאי ניהו י"ת טריפות וי"ל דניטל צומת הגידין חשיב חדא

עכ"ל ועיין מהרש"א שם שכתב דתירץ זה מספיק באמת לתרץ גם שאר קושיית התוס' ושזה התירץ הוא מן גיליון שחולק על דעת התוס' שסוברים דעולא ור"י לית להו האי כללא דח"י טריפות לפי מ"ש ב"י סי' ל"ו שפסק דח"י טריפות להלכה וכן כתב הב"ח שם א"כ צ"ל נמי דצומת הגידין חשיב חדא וכן כתב בספר נ"ע להדיא. ועיין במהרש"א שם דלפ"ז מוכח דעולא סובר דנקרעת רוב החיצונה לאוו היינו הבשר החופה את רוב הכרס רק כאידך מ"ד לקמן דף נ' ע"ב ע"ש ברש"י דכל הנך אמוראי סברי דנקרע רוב החיצונה היינו בכרס עצמו יש מקום דניקב לא איכפת לן רק בנקרע רובו:

ולפ"ז נחזי אנן לפי מ"ש הב"י דתחת סוג קריעה ליכא רק שני טריפות דהיינו נקרע רוב החיצונה וגלודה עיין כ"מ פ' י' מהלכות שחיטה הלכה ט'. והב"ח בסי' מ"ח כתב טעם טריפות נקרע בשר החופה היינו משום דסוף שיתגלה הכרס הפנימי וינקב וא"כ ע"כ דנקרע בשר החופה הוא נכלל בכלל נקובה שבשמונה טריפות וכמ"ש התוס' דף מ"ב ע"ב ד"ה ואמר ע"ש לענין חסרון גלגולת שבח"י טריפות נכלל כהאי גונא בח"י טריפות בסוג אחד וכ"ש בשמונה טריפות שהם האבות הכוללים הי"ח והשבעים שמנה הרמב"ם ועיין פ"מ בפתיחה לה"ט שוודאי נכלל בכלל נקובה מה שסופה להינקב וא"כ לעולא שחושב נקרע רוב החיצונה ע"כ שהוא בכרס עצמו וגלודה נמי בכלל קריעה א"כ שפיר יש לו לעולא הוכתה לשיטתו דמדלא נמסר להלכה לקותא מוכח וודאי דלקותה כשירה דליכא למימר דלא חשב בכלל ח' רק מה דשייך בין בבהמה בין בעוף הא ליתא דהא חשיב קריעה דהיינו לעולא נקרע בכרס עצמו כנ"ל וגם גלודה ותרווייהו לא שייכי בעוף דכרם העוף היינו הזפק כמ"ש רש"י דף נ"ו ע"ב במשנה יעו"ש וכ"כ הכ"מ פ' י' מהלכות שחיטה הלכה י"א (וכן מורין פשוט דברי הרמב"ם בפ' י' מהלכות שחיטה הלכה י"ז וכן משמע בדברי הכנה"ג סי' כ"ט על הב"י סעיף ח') וכן מצאתי בספרו של הגאון ר"פ הלוי שם בספר נ"ע דף נ"ו וז"ל בד"ה שם ע"ב א"ד הורה להתיר כו' הקשה הר"ן מאי ענין זה לזה ונראה לי דכוונתו כמ"ש התוס' דבעוף מיירי והכי קאמר כמו רבי בזפק דמיירי בעוף דהיא במקום כרס דבהמה טריפה ובעוף היא דמכשיר כן ההיתר דטרפחת היא אפילו בעוף עכ"ל וזה דלא כהגהת רי"פ בש"ס שם וגרס כום במקום כרם וכן הוא בר"ן וברש"י שבריף [ועפ"מ סמ"ט סעיף קטן ג' במשבצות זהב] ולא שמענו בו שום טריפות בנקרע רק ניקב גגו של זפק הוא דקיימ"ל דטריפה והוא נכלל תחת סוג דנקובה וכן גלודה כשר בעוף כש"ע סי' נ"ט יעו"ש א"כ ע"כ דטריפות דקריעה ליתא בעוף כלל ואפ"ה חשיב לי' בין שמונה מיני טריפות ש"מ דלקותא ס"ל דכשירה גם בבהמה:

אלא דלכאורה קשה דלדברי הב"ח לדידן דנקרע רוב החיצונה היינו בשר החופה כמ"ש הב"י סי' מ"ח וטעם טריפות נקרע בשר החופה הוא מטעם שסופה של כרס לינקוב א"כ חסר להו מהנך ח"י טריפות חדא דחד מיניהו הוא בשר החופה שבשב שמעתתא ולהב"ח הא הווי לי' בכלל ניקב וכבר עמד בזה בתשובה ב"י סי' י"ג ותירץ וז"ל די"ל דחשיב לה משום פלוגתת רבנן ור"י דגדולה ברובה וקטנה בטפת עכ"ל הובא בספר נ"ע ונראה שדעתו שזה מספיק לתירוץ תנא דמתניתן אבל מ"מ קשיא הא בצרי להו ח"י טריפות כיוון דבכלל ניקב הוא ועוד הא לדעת הרי"ף והרמב"ם ר"י לא פליג על ר"ש רק לפרש כמ"ש הב"י סי' מ"ח. עוד הקשה בנ"ע שם לפי דברי הבית יעקב הנ"ל הא דכתב התוס' במשנה דאין לומר דטעם דריסה מטעם דסופה לינקב דא"כ כנקובה דמי וקשה מאי בכך הא צריך למתני משום פלוגתת דר"י בדריסת הנץ כו' דכ"ש למ"ד לקמן דפליג ר"י על ח"ק. אמנם לפענ"ד יש לומר דאדרבה מכאן הוכחה לשיטת הרי"ף והרמב"ם דר"י דאמר בגדולה טפח ובקטנה ברובה בא לפרש מלתא דת"ק ולא לחלוק כמ"ש ב"י סי' מ"ח לדעתם וא"כ י"ל כיוון דחזינן דמנה בין ח"י טריפות קריעת בשר החופה חדא ונקרע רוב החיצונה חדא באנפי נפשי' א"כ ע"כ היינו טעמא כמ"ש התוס' כיוון דחלוקין בשעוריהן חשיב להו תרתי וכמ"ש התוס'. והכו"פ בסי' מ"ח בס"ק ד' כתב די"ל בפשיטות הואיל ואמר ר"י בקטנה רובא וגדולה טפח אבל בשר החופה הוא ברוב דווקא שהוא יותר מטפח לשמואל ועיין שם שתוכח מדבריו דלדעת הב"י כן הוא באמת אלא דהב"ח לא הבין כן יעו"ש א"כ הא חזינן להדיא שאפילו בדברים שראוי לכוללם תחת סוג אחד מ"מ הואיל ומצינו בהם איזה חילוק מה שחלוק אחד מחבירו שפיר חשבינהו תרתי א"כ י"ל דבהכי נמי מצינו חילוק ביניהם דבניקב לא חלוק בין גדולה לקטנה משא"כ בנקרע שיש בו חילוק בין גדולה לקטנה משא"כ חסרון גלגולת שפיר נכלל בכלל ניקב שגם בו אין חילוק בין גדולה לקטנה דלעולם משערינין בכאיסר ולפי שיעור ערך איסר. לפ"ז שפיר כתבו התוס' דע"כ דריסה דמתניתין לאוו משום נקובה היא דאל"כ הא כבר תנא לה ואי משום דר"י מפליג בין גסה לדקה מ"מ קשה לת"ק דלא מפליג הא בצרי לה ח"י טריפות וכמ"ד לקמן דפליגי ולפ"ז אתיין דברי התוס' כפי מה שס"ד לקמן דלית מאן דפליג על מניני' דח"י טריפות. ולפ"ז יש ליישב דעת הרמב"ם והש"ע שפיר דוודאי לדידן דקיי"ל דנקרע רוב החיצונה היינו בשר החופה כמ"ש ב"י הנ"ל נמצא שע"ז מפרש ר"י ואומר גדולה טפח וקטנה ברובה א"כ שפיר יש לכוללו בכלל קריעה. ואע"ג דהטעם הוא משום דסוף הכרס לינקוב מ"מ יש לחושבו בפני עצמו מפני שחלוק הוא משאר נקובים בהפרש זה של גדולה וקטנה וממילא לפ"ז לדידן אין

ראי' לומר מדלא תנא לקותא דשפיר י"ל דה"ה לקותא טריפה רק דלא חשיב אלא טריפות דשייך גם בעוף. וקריעת בשר החופה דקתני דעיקר טריפתו משום דניקב הכרס וודאי דשייך גם בעוף דניקב הכרס בגגו טריפה דהיינו גגו של זפק והוא כרס של עוף כנ"ל אע"ג דכרס בהמה בכל מקום שניקב טריפה משא"כ בעוף. הא לא איכפת לן מידי דהא בהדי נקבים כולל נמי טחול אע"ג דלא ניטרוף בכל מקום שניקב משא"כ לקותא דלא שייך בעוף דלא תני לה אבל לעולא דלדידי' נקרע רוב החיצונה שבמשנה הוא בכרם עצמו ובזה הוא דמפרש ר"י דיש הפרש בין גדולה לקטנה ומשמע דבשר החופה אין בו הפרש כלל ולעולם בעי רוב בשר וכמ"ש הכו"פ סי' מ"ח ס"ק ד' להדיא בטעם טריפתו הוא משום נקיבת הכרס א"כ וודאי דכבר נכלל היא בנקובה. וקרוע בכרס עצמו לא שייך בעוף כלל א"כ שפיר מוכח דחשיב גם מלתא דליתא בעוף א"כ ש"מ דלקותא כשר ודו"ק. אלא דאכתי קשה על דרך הנ"ל עצמו דאי משום שמצינו איזה חילוק אף שהוא תחת סוג אחד חשבינין לי' בפני עצמו א"כ מדוע לא חשיב ניקב הטחול באנפי נפשי' דג"כ חלוק הוא משאר נקובים דהפרש יש בו בין ניקב בסומכי' או בקולשי'. ודע דגם לולי דברי הב"ח דסובר נקרע רוב החיצונה הוא מטעם דסוף הכרס לינקב. אך כמשמעות דעת הפוסקים דלאוו משוה נקיבת הכרס היא גם בפ"מ סי' נ"ח שם נתקשה מנ"ל להב"ח הא. קשה לי להבין דעת הכו"פ במ"ש בפשיטות דבח' טריפות לא חשיב אלא מה דשייך גם בעוף הא לפימ"ש הכ"מ דאחת סוג קריעה ליכא רק ב' הנ"ל א"כ וודאי דטריפות נקרע רוב החיצונה לא שייך בעוף ועיין בספר כנה"ג סי' כ"ט ס"ק כ"א וכפי מה שפירש רש"י דבשר החופה את הכרס זה הוא קרום טב העובר על כל החלל וגם הרמב"ם אל קרום זה נתכוין ודלא כהש"ג בפרק א"ט שכתב שדברי מיימוני נוטים שלא כדברי רש"י ע"ש וכבר השיגו הכנה"ג בסי' מ"ח על הב"י אות י"ב ושכ"כ הל"ח סי' קמ"ג ושלזה כוונו גם הגהת מיימוני שכתב פירוש רש"י על דברי הרמב"ם (וקצת קשה לפ"ז במ"ש הגהת שם ורש"י פירש שהוא קרום כו' ולא כתב ופירש רש"י שהוא קרום כו' כידוע בכללי הפוסקים או שהי' לו לכתוב וכן פירש"י, וצ"ע כעת] וזה הקרום לא נמצא בעוף כלל ואין לומר דשאני קריעה הואיל ואין אבר זה נמצא בעוף כלל לכך לא איכפת לן משא"כ לקותא דגם העוף יש לו כוליא ואפ"ה אם לקה העוף בכוליא כשירה ולכך לא חשיב לי' דהא ליתא דהא טעמא דלקותא בכוליא של עוף דכשירה כתב הרשב"א משים דלית לי' מקום חריץ א"כ מקום שבו תלוי טריפות הכוליא נמי ליכא דאע"ג דלגבי עוף נמי יש כוליא מ"מ לקותא שלא במקום חריץ גם בבהמה כשירה וכמ"ש הכו"פ בשם הרשב"א (אבל בישש"ש כתב טעם אחר להכשיר לקותא בעוף יעו"ש) וי"ל דדברי הכו"פ

אתיין כדעת אינך מפרשים דתחת סיג קריעה יש יותר משנים עיין ש"ך סי' כ"ט וכנה"ג ופ"מ שם:

והנה לענין הנ"ל דאמאי לא חשיב ניקב הטחול בפני עצמו והלא חלוק הוא משאר נקובים דהיינו בין ניקב בסומכא לניקב בקולשי' דבשלמא ניקב הזפק דהיינו כרס של עוף לפירש"י דיש בו ג"כ חילוק בין ניקב בגגו דטריפה ולמטה הימנו כשירה מ"מ לא קשיא אמאי לא מנאו ר' ישמעאל דיש לומר דטריפות דלא שייך בבהמה לא חשיב וכעין מה שכתב הכנה"ג בדעת הרמב"ם שמנה שבעים טריפות ולא מנה ניקב הזפק ולא ניקב הקורקבן שהוא מטעם דלא מנה אלא מה דשייך בבהמה אבל ניקב הטחול קשיא. עוד קשה במ"ש בספר נחלת עזריאל וז"ל רדנקיבת הטחול דחשיב לי' ר' עווירא בכלל נקובה וקשה הלא בטחול בעינן נשתייר עובי דינר זהב ובפחות מזה טריפה ובשאר נקבים אם נשתייר רק משהו שאינו מפולש כשר עכ"ל ומ"ש לתרץ שם כיון דסוף סוף טעם טריפות הוא משום דאם לא נשתייר כדינר זהב סופו לינקב א"כ בכלל ניקב הוא הנה לפי הנ"ל בשם הב"ח דאף קריעה מטעם סופו לינקוב הוא ואפ"ה חשיב לי' בפני עצמו מפני שחלוק הוא בהפרש שבין גדולה לקטנה א"כ כ"ש טחול שחלוק הוא בשנים הן בשכורי' והן בסומכא וקולש'. אכן לפענ"ד י"ל בקושיא זו קושיא אחת יותר גדולה שהקשה על הרמב"ם והש"ע סי' מ"ג סעיף ו' דטחול העוף שניקב כשירה שהוא נגד הכלל המסור בידינו כל מה שמנו חכמים כנגדו בעוף טריפה ועיין ט"ז שם סק"ט. אמנם לפי הנ"ל יש לומר דהרמב"ם מפרש שכל מה שמנו חכמים בבהמה כנגדו בעוף היינו הח' טריפות שמנו חכמים הלמ"מ וקשיא לי' באמת אמאי לא מנו טחול וצריך לתרץ דלהכי באמת לא מנו טחול משום כנגדו בעוף בשר וחכמים לא מנאו באן אלא מה שכנגדו בעוף נמי טריפה ובשלמא לקתה בכוליא דחשיב בין ח"י טריפות אע"ג דכנגדו בעוף כשירה לא קשיא דהיינו באמת מטעמא שלא נמצא בעוף כוליא כלל אלא חתיכות בשר דמות כוליא כמ"ש הפ"מ סי' מ"ד במשבצות זהב ס"ק ט"ז בשם הגאון חב"ש (וזה דלא כמו שנראה מדברי הב"ח דטחול וכוליא בעוף מחד טעמא הן כשרק) וא"כ נמצא אדרבה שמכאן יש ראי' לדינו של הרמב"ם דמדכללו חכמים כל מה שמנו חכמים בבהמה כנגדו בעוף טריפה ש"מ מה דלא מנו חכמים בבהמה אע"ג דהוא טריפה מצר הקבלה אפ"ה מה שלא בא במנין ח"י טריפות כנגדו בעוף כשירה ובזה יתורץ מה שהקשה הט"ז וז"ל דהא מצינו עוד לשון זה בגמרא דבי ר"פ מחו בכוליתי' וקטלוה כו' אמר להו וכי להוסיף על הטריפות יש אין לך אלא מה שמנו חכמים והאי ודאי לאו אמתניתין קאי ור"ל דהא מצינו הרבה טריפות שהוסיפו אמוראים שאין להם זכר במשנה כלל אלא על כל שמנו

גם האמוראים וא"כ מנא לן לפרש שם בענין אחר אבל להנ"ל ניחא דמה שאמרו מנו חכמים קאי על ח"י טריפות שמנו גם הרבה מהם אמוראים כהני שמעתתא וכל הטריפות שנמצאו בדברי האמוראים כולם הם תולדות של הח"י טריפות ולכך שפיר אמר התם אין לך אלא מה שמנו חכמים ור"ל דחכמים לא מנו אלא לקתה בכוליא אבל לא נקובה אפילו הגיע למקום חריץ וכך נתקבל דאע"ג דבריאה פוסל לקותא מטעם ניקב בכוליא לא כן. עיין חידושי רשב"א דף נ"ה ד"ה לקתה ודו"ק. ולדעת החולקים על הרמב"ם בטחול של עוף וס"ל דטריפה ואין בה חילוק בין קולשי' לסומכא א"כ י"ל דלהכי לא חשיב לי' טחול בפ"ע דהחלוקה שבו אינו שווה לבהמה ולא שייך בו נמי לומר כל מה שמנו כו' כנגדו בעוף ויש לדחות:

עיין מפרשים בשם הד"מ שלדעת הרמב"ם נחשב לקותא תחת סוג דריסה ונסתייע דהא בלאוו הכי קשה שהרמב"ם מנה ח' טריפות שנאמר למשה מסיני ואחד מהם הוא דריסה והא דריסה מפורש בתורה כמפורש בדברי הרמב"ם שם וודאי דלקותא הוא בכלל דריסה שזה ל"ח אבל דריסה גופי' מפורש בתורה ונ"מ לדינא בין דריסה לשאר טריפות כמבואר ברמב"ם שם והד"מ עצמו כתב שמ"מ זה רחוק להכניס לקותא תחת סוג דריסה. אמנם הפ"מ סי' ל"ט ס"ק ב' בש"ד כתב לתרץ וז"ל י"ל דמקרא הייתי אומר שהכה ארי בצפרניו וניקב הדקין וכדומה שאינו יכולה לחיות ובא פי' המקובל שדריסה היינו שהוטל ארס והאדים הבשר נגד הבני מעיים ושורף וסופו לינקב ואפ"ה הווי דריסה יותר במפורש משאר טריפות ומש"ה החמירו בה כר"מ פ"ה מהלכות מ"א ופ"ד מה"ש עכ"ל נראה מדבריו אפילו לפי תירוצו דלא בא בפירוש בתורה רק בטרף ארי וניקב הדקין וכדומה זהו שבא בפירוש ונ"מ לעניין שנחמיר בכל ספיקה אבל אם הוטל ארס טריפה מצד הלמ"מ נחמיר בו כדריסה ממש כיון שעיקר דריסה מפורש בתורה וכן מוכח לדינא כמ"ש הט"ז ריש סי' כ"ט. אבל קשה לכאורה טובא דא"כ מאי פריך הש"ס חולין דף מ"ג: ולעולא מ"ש מספק דריסה הא וודאי שאני ושאני טריפות הדריסה מכל שארי טריפות ועיין ב"ת שעמד בזה הובא בנ"ע יעו"ש. אמנם לפי דברי הד"מ הנ"ל דלקותא היא בכלל דריסה שבהלמ"מ אבל דריסה המפורשת בתורה היא אפילו הטלת ארס א"כ קשה תינח לדעת הרמב"ם אבל לעילא גופי' דסובר ח' טריפות הלמ"מ ואחד מהן הוא דריסה תקשה הא דריסה מפורש בחורה וליכא לתרץ הלמ"מ שבדריסה היא לקותא דהא עולא לית לי' לקותא דרכיש ב"פ ד' מ"ג וצריך לתרץ דאליבי' דעולא דהטלת ארס אינו מפורש בתורה והצריך לבא בהלמ"מ כמ"ש הפ"מ ולפ"ז צ"ל באמת דלעולא לא החמירו בספיקו של דריסה אלא באופן שהספק הוא אם הכה הארי וניקב הדקין וכדומה לא בספק

הטלת ארס שאינו אלא הלמ"מ ולפ"ז מיושב דעת הר"מ שפיר דוודאי לדידן דאית לן לקותא דרכיש לחשבו בכלל הלמ"מ שבדריסה ודריסה גופי' יהי' אפילו הטלת ארס דנין אותו כמפורש בתורה ע"כ שפיר פסק הרמב"ם כל ספק שיסתפק בדריסה ר"ל אפילו ספק הטלת ארס. אבל הש"ס פריך שפיר ולעולא מ"ש מספק דריסה פי' לעולא דלית לי' לקותא דרכיש וע"כ דספק הטלת ארם אינו מפורש בתורה רק בהלמ"מ א"כ ראוי להקל בהפיקו ואנן קימ"ל להחמיר בספק דריסה אפילו בהטלת ארם וכמ"ש רש"י שם. ומדוקדק בזה שפיר לשון הש"ס דנקט דווקא ולעולא בפירכא זו ובשאר פרכות דפריך שם מאי שנא מב' חתיכות מ"ש משוחט כו' ולא נקיט ולעולא:

והנה כל דברינו הנ"ל בישוב דברי הרמב"ם סובבים על יסוד דברי רש"י שם דף נ"ו כפי הגרסא שלפנינו דגם לעוף יש לו כרס פנימי אבל יש מגיהין כוס במקום כרס וכן הוא ברש"י שברי"ף ובר"ן וכ"ד הפ"מ סי' י"ט ס"ק ג' במשבצות זהב. אבל בכל הסיננון הזה עצמו י"ל עפ"י דברי הרב בעל דמש"א הובא בפ"מ שם דגם בעוף שייך האי דינא דכרס החיצונה טריפה שנקרע רובה דסוף הפנימי לינקב בבהמה וה"ה בעוף סוף הבני מעיים לינקוב שאין הגנה לבני מעיים כי אם הכרס החיצון ע"ש פ"מ ס"ק ג' מ"ט במ"ז וא"כ נאמר וודאי לדידן דקיימ"ל נקרע רוב החיצונה דמתניתין היינו בשר החופה וכמ"ש ב"י הנ"ל ונמצא שע"ז מפרש ר"י ומחלק ואמר בגדולה טפח וקטנה ברובה א"כ שפיר יש לכוללו בכלל קריעה שבח' טריפות ואע"ג דטעם הטריפות הוא משום שסוף הכרס לינקב וראוי הי' לכוללו בכלל הניקב מ"מ נחשב קריעה בפ"ע מפני שחלוק הוא משאר נקבים בהפרש שבק גדולה לקטנה וכנ"ל. וממילא לפ"ז י"ל דה"ה לקותא טריפה והא דלא חשיב נמי לקותא משום דלא שייכי בעוף דהא קריעה שייך נמי בעוף כדברי הדמש"א משא"כ לעולא דלדידי' נקרע רוב החיצונה שבמשנה הוא בכרס עצמו ובזה הוא דמפרש ר"י דיש הפרש בין גדולה לקטנה אבל בבשר החופה דהיינו הכרס שבחוץ ממש אין הפרש בין גדולה לקטנה ותרווייהו ברובה כנ"ל וכמ"ש הכו"פ סי' מ"ח ס"ק ד' וטעם טריפתו משום נקיבת הכרס בבהמה והבני מעיים בעוף א"כ וודאי דכבר כלול הוא בנקובה וכנ"ל וקריעה דכרס הפנימי עצמו הא לית לי' לעוף כרס הפנימי כלל לפ"ד א"כ מוכח שפיר דחשיב גם מלתא דליתא בעוף ואמאי לא חשיב נמי לקותא א"כ שפיר קאמר דלעולא ע"כ לית לי' לקותא וכשר ודו"ק. שוב ראיתי בספר מגיני זהב ש וט"ז השיג ג"כ על הב"ח כקושית הבית יעקב הנ"ל דאי שום נקובת הכרס הי' לו לכוללן בכלל ניקב ובמג"ז שם כתב לתרץ וז"ל לק"מ דמשום פעם אחת הוצריך מתניתין להורות דין זה דסופו לינקב כנקוב דמי והוא כלל בכל איסורין עכ"ל וקשה

דכלל זה כבר שמענו מהא דלא חשיב חנא דמתניתין חסרון גרגרת בכאיסר לטריפות בפני עצמו וכמ"ש התוס' ותירצו דטעם חסרון בגרגרת הוא מטעם שסופו לפסוק א"כ ממילא ש"מ דעומד לפסוק כפסוק דמי ועומד לינקוב כנקוב דמי אבל לפי דברינו הנ"ל ניחא, ועיין רשב"א בחידושיו שם שכתב דטריפות שבאבר אחד מונה לדבר אחר ולהכי לא חשבינין תורבץ הוושט ברובו לטריפות בפ"ע יעו"ש מ"מ הכא קשה דלחשוב חסרון בגרגרת חדא ופסיקת בגרגרת לא לחשוב דכבר כלול להו בפסוקה דהיינו פסיקת חוט השדרה דתרוויהו פסוקי חשוב להו חד א"כ ע"כ צריך נמי לתרץ כדעת התוס' הנ"ל דטעם הטריפות הוא משום דסוף הגרגרת הוא לפסוק ברובא אמנם הרשב"א גופי שם מוכח שחולק על תירץ זה ועיין רא"י ותב"ש סי' מ"א ס"ק א' וס"ק ח':

והנה ז"ל מהרש"א שם על דברי התוס' שהקשה דלחשוב חסרון בגרגרת ולפי הגליון ה"נ איכא למימר לעולא דחסרון בגרגרת הווי חשוב חדא ולרכיש הווי בכלל נפסק הגרגרת משום דסופה ליפסק עכ"ל והנה כבר כתבנו למעלה בשם המפורשים דהרמב"ם סובר דח"י טריפות הלמ"מ וסובר נמי ע"כ דצומת הגידין נחשב לחד בפני עצמו וכמ"ש הב"ח והנ"ע ולפי דברי מהרש"א י"ל דצומת הגידין נכלל הוא בכלל ניטלו הרגלים אלא דחסרון בגרגרת חשיב לי' לחדא. ואם כי לא מצינו להמפרשים ז"ל שדברו מזה דבר דלכאורה לא נ"מ אם לתרץ לדעת הרמב"ם כך או כך. אמנם לפענ"ד לכאורה יש נ"מ לדינא בין הנך שני תירוצא ר"ל בין תירץ התוס' ובין תירץ מהרש"א בנידון נפסק הגרגרת בעוף ברוב עובי' לחוד אע"ג דקיי"ל דכשר מ"מ רעותא יש כיוון דאיכא למ"ד בגמרא דטריפה כה"ג וכמ"ש המפורשים עיין פ"מ סי' ל"ז ס"ק ג' תנאי הא' דהוו רעותא חדא וגם שם המך להההפסק באין הפרש ניקב בו נקבים שיש בהם חסרון שיש אמוראים דטריפה בשיעור חסרון זה וכגון דין זה שבסי' ל"ד סי' ד' בהג"ה בשיעור חסרון גרגרת דעוף דהוו נמי רעותא עכ"פ כיון דיש אומרים שטריפה בשיעור חסרון א"כ יש כאן תרתי לרעותא ועיין תב"ש ופ"מ שם תנאי ב' דזה אצל זה נמי תרתי לרעותא הווי אבל לפי הכלל שבידינו דלא טרפינן בבי"ת לרעותא אלא היכי שהשני רעותות עדותן מכוונת עיין פ"מ שם תנאי ד' ז"ל סירכא תלוי' מתוך האטום להרשב"א טעם האטום לפי שאינו מניף על הלב וסוף הלב להנטל וסרחי מורה ויגיד מפסול בריאה שיש כאן נקב ואין עדותן מכוונת לא הווי ב' לרעותא אמנם לדידן אטום מטעם ניקב א"כ ב' הרעותות עדותן מכוונת שיש כאן נקב וטריפה עכ"ל וא"כ נידן הנ"ל נאמר שתלוי בהנך שני תירוצים לפי תירץ התוס' דחסרון בגרגרת הוא מטעם פסיקת הגרגרת ופסיקת. רוב עובי' היא נמי מטעם פסוקה א"כ הווי תרתי לרעותא שעדותן מכוונת וטריפה אבל לתירץ השני דחסרון גרגרת לאו

משום פסוקה הוא א"כ ב' הרעותות אין עדותן מכוונת וכשר ועיין תב"ש ל"ו ס"ק ח' ט' י' י"א וצ"ע כי בעיקר נ"מ זו יש לדחות שלא נמצא דין זה דתרתי לרעותא רק גבי ריאה והגדולים כתבו שדין זה חומרא בעלמא וא"כ אפשר דהבו דלא לוסיף עלה. עוד יש לכאורה נ"מ לפי מ"ש בענין כל הטריפות דמטרפינן משום סופן כגון סופו לינקב סופו ליטול סופו ליפסק עיין ט"ז סי' מ' ס"ק ד' ובמ"ז שם בשם הגהות הלבוש ותב"ש שם ס"ק ד' העלה וז"ל אלא דליכא טריפה על העתיד כי אם כשהתחיל חולי המשריפה וכה"ג גמירא דלא מתעברה מחולי גדול כזה. לפ"ז צ"ל נמי מאי דחשבינן חסרון אם נמצא מחט בריאה ופירש"י הטעם שהברזל אוכל הבשר סביבותיו כששוהה שם ומחסרו עכ"ל דאע"ג דעדיין לא שהה ולא נחסר אפ"ה אמרינן כל העומד לחסור כחסר דמי וצ"ל דמחט שנמצא בבשר הריאה חשיב נמי כאילו התחיל מיד להחסר ואוכל הבשר מי במקומו אלא שאינו ניכר רק אחר שיהוי זמן מה משא"כ בנידן דהט"ז שם ס"ק ד' דמה בכך שסוף המחט לינקוב והא עכשיו אין כאן נקב. ועיין מהרש"א שכתב לתרץ גרסא שנית שמביא רש"י שם וז"ל או איירי באופן שרואין שבא המחט מקרוב ולא חסרה עכ"ל משמע מדבריו דלגרסת רש"י איירי דווקא שיש לתלות שכבר שהא המחט דאל"כ לא מטרף על שם סופו ולפ"ז לא צריך להנ"ל וז"ל התב"ש סי' ל"ו ס"ק מ"ד ומשני דכ"ע שמי' חסרון והכא בדלא חסר כלום שלא שהא שם המחט עכ"ל אמנם ממ"ש רש"י שם וז"ל ואית דגרסי כו' כיוון שנמצא בבשר הריאה אי, אפשר בלא חסרון כדפרי' עכ"ל ומאי קושיא דלמא בדלא שהא שם א"כ אפשר בלא חסרון אבל משמע בזה שדעת רש"י דזה טריפה על שם העתיד וכנ"ל דמיד התחיל חולי זה:

וטעמא דכל הני טריפות דמטרפי על שם העתיד משמע מדברי הפוסקים שהוא משום דכל העומד לינקוב כנקוב דמי ועומד לחסר כחסר דמי וכן בעומד ליפסק רואין אותו כאילו נפסק מיד עיין רמב"ם פ"ה מהלכות שחיטה ה"ט וא"כ לכאורה י"ל דלא מטרפינן מהאי טעמא דרואין אלא היכי דסגי בהאי רעותא לחודא למטרפי' מצד עצמו וכגון סירכה בריאה וכיוצא בזה. משא"כ בגוונא דרעותא גופי' זו לא מטרפי אלא על שם העתיד א"כ הווי לי' תרי רואין ותרי רואין לא אמרו והדמיון בזה טריפות נטילת הכבד שכתב הרשב"א שהוא משום דסוף המרה להנטל וכמ"ש התב"ש ריש סי' מ"א וא"כ אם רואין אותה שאירע לקותא בכבד שיהי' סופה להנטל ע"י לקותא זו לא מטרפינן לה על שם העתיד ולומר רואין אותה כאילו נטלה הכבד דהא אפילו נטלה הכבד לא מטרפינן לה אלא על שם העתיד שאמרו רואין כאילו נטלה המרה וא"כ אפשר דתרי רואין לא אמרו, או דלמא כיון שאמרו להתיר מטעמא דרואין אין חילק בין חד לתרי:

והנה לכאורה יש ללמוד לפשוט ספק זה מהא דקיימ"ל בגרגרת שניקבה נקבים שיש חסרון דמצטרפין לכאיסר גם השלם שביניהם מצטרף וטעמא דמצטרף השלם שבין נקב לנקב כתב הר"ן שם דכיון שאין בין נקב לנקב כמלא נקב אין מה שביניהם מתקיים ורואין אותו כאילו אינו עכ"ל ועיקר טעם טריפת חסרון גרגרת בכאיסר לדברי התוס' הוא רק מטעם דרואין אותו כאילו נפסק א"כ מוכח דאמרינן תרי רואין אמנם לפי הירץ מהרש"א שם לא מוכח מהתם מידי דשם כתב דחסרון גרגרת טריפה מצד עצמו:

ולפי דרך זה מציא נמי ליישב דברי הרמב"ם בפ"ת מה"ש ה"ז שכתב וכן אם חסר מקצת הריאה ולא ניקבה כולה טריפה נראה מזה שהרמב"ם גורם בסוגיא דחולין מ"ת דכולי עלמא חסרון מבפנים שמי' חסרון עיין רש"י שהביא גרסא זו והקשה עליה דא"כ מאי טעמא דמכשר התם במחט והא אי אפשר בלא חסרון ועיין מהרמ"ש ותב"ש שכתבו ליישב ועוד קשה לכאורה להרמב"ם גופי' שכתב לעיל פ"ו הלכה י"ד במחט להכשיר בבדיקה ואמאי לא מטרף מטעם חסרון ועיין לח"מ שם ה' י"ד שמדבריו משמע כדעת הכ"מ דגם הרמב"ם גרס כגרסת רש"י אבל התב"ש לא כתב כן. אבל לדרכינו הנ"ל ניחא ולומר שמזה מוכח באמת כדעת הב"י דטעם טריפת חסרון הריאה מבפנים הוא מטעם שסופה לינקב הקרוס ונמצא שחסרון מבפנים אינו טריפה מחמת עצמו רק משום דרואין כאילו היא נקובה ולכך אתי נמי שפיר דבנמצא בה מחט כשר אע"ג דסופה לחסר ורואין כאילו חסר מיד מ"מ כיון דחסר גופי' לא מטרף אלא מטעם רואין ותרי רואין לא אמרו ולפ"ז צ"ל להרמב"ם דחסרון גרגרת טריפה מצד עצמו כדברי מהרש"א הנ"ל:

ולפ"ז יש לתרץ נמי דברי הרא"ש שפירש אבעיית הש"ס חולין מ"ה בעופא מאי דמבעיא לי' בעוף שאין בגרגרת שלו כאיסר אי מחמרינין בשיעור קטן כזה לצרף השלם עם החסרון עכ"ל. וקשה לפימ"ש הב"י בסי' ל' דבגלגולת נמי משערינן השלם עם החסרון א"כ הדרא קשיית הרא"ש לדוכתי' דה"ל למבעיא בגלגולת דעופא מאי כיון דלפי ערכו נגד בהמה קטן מאוד שיעור חסרונו אם גם בזה יצטרף השלם עם הנקבים עיין תב"ש בבכ"ש שעמד בזה גם בסי' ל' ס"ק ה' בתב"ש השיג בזה על הב"י להוכיח דגרגרת גופי' דמצטרפין השלם הוא חומרא מדרבנן ובעצם הגלגולת דחלים יש לומר דלא החמירו ע"ש שהוכיח עוד דצירף השלם שביניהם הוא מדרבנן דאל"כ מאי קא מבעי' לי' להש"ס פשיטא לפום גמלא שיחנא אלא וודאי דחומרא דרבנן הוא ועיין פ"מ שלדעת הרי"ף י"ל דדינא הכי באמת מדאורייתא. אבל לפי הנ"ל י"ל דלעולם גם בגלגולת מצטרף השלם שביניהם מדאורייתא וכסתימת דברי הב"י ומטעם כיון שאין בין נקב לנקב כמלא נקב עתיד הוא לחסור. ורואין אותו כאילו הוא אינו וס"ל להב"י דחסרון הגלגולת טריפה

היא מצד עצמו לא מטעם שסוף הקרום לפסוק וכדברי הפר"ח והתב"ש שם דפליגי על הש"ך ס"ק ד' שם וא"כ וודאי ליכא למבעיא בגלגולת דעופא מאי דוודאי כיון דדינא הכי מדאורייתא לצרף השלם שביניהם גם בעוף כן הוא לפום גמלא שיחנא וכנ"ל משא"כ בחסרון גרגרת לפי מ"ש, דטעם טריפתו הוא משום שסופה לפסוק כנ"ל וי"ל דהרא"ש סובר כן באמת וכמ"ש התוס' א"כ י"ל דוודאי מדינא לא יצטרף השלם שביניהם דתרי רואין לא אמרו ומדרבנן בעלמא הוא שהחמירו לומר בזה תרי רואין א"כ שפיר מבעיא לי' להש"ס בעופא מאי דאפשר דכאן לא החמירו וא"ש. ומכלל הדברים מצינו למדין דגם להתוס' תרי רואין מדאורייתא לא אמרינן ושאני חסרון גרגרת דמדרבנן בעלמא הוא לפ"ז נ"מ בין תירץ התוס' לתירץ מהרש"א הנ"ל לענין חסרון גרגרת לצרף השלם שביניהם להתוס' מדרבנן בעלמא הוא ע"כ. ולתירץ מהרש"א י"ל דמדאורייתא הוא כמ"ש הפ"מ בדעת הרי"ף. והנה יש אתנו עוד מקום לומר באופן אחר דוודאי לא יחלקו במציאות וגם לתירץ מהרש"א י"ל דחסרון בגרגרת סופה לפסוק היא אלא למאן דחשיב לי' חסרון בגרגרת לטריפות בפני עצמו סובר דטריפות בגרגרת שנחסרו ניהו נמי דעומד לפסוק הוא מ"מ טריפה נמי הוא מצד עצמי דאפילו לא יהא נפסק הגרגרת נמי שוב אינה חי' מכח החסרון לחוד ולהכי שפיר יש לחושבו לטריפות בפני עצמו ולא דמי לחסרון גלגולת דאינו תלוי טריפתו אלא משום פסיקת הקרום ושפיר כבר הוא נכלל בניקב הקרום אבל חסרון גרגרת י"ל דהואיל דטריפה נמי מצד עצמו אפילו לא הי' נפסק רובא שפיר יש לחושבו בפני עצמו כך היא לפי תירץ מהרש"א אבל לתירץ התוס' ניהו נמי דגם התוס' סברי דחסרון גרגרת טריפה היא מצד עצמו ג"כ מ"מ סברי התוס' כיון דסוף סוף אם נחסר הגרגרת סופו נמי לפסוק א"כ כבר נכלל הוא בפסיקת הגרגרת ולא נחלקו שני התירוצים במציאות כלל דזה וזה אמת שיש בו שני טעמים א' דחסרון זה גופי' יש בו להטריף מצד עצמו גם מכח חסרון זה סוף הקרום לפסוק ולא נחלקו אלא לעניין אם לחשבו טריפות בפני עצמו או לא כיון דסוף סוף יש בו טעם להטריף מצד שסופו לפסוק וכבר כלול הוא בפסיקת הגרגרת.

ולפי דברינו יש ליישב ג"כ מה שהניחו התוס' בתימה אהא דאמר שם נטלה רצועה ארוכה מצטרפת לכאיסר ותימה כיון דקיימ"ל ניקבה נקבים הרבה מצטרפין לכאיסר כ"ש נטלה רצועה אמנם להנ"ל דהרי רואין לא אמרינן להטריף ע"ש סופו א"כ הכא בחסרון גרגרת דגם השלם שביניהם מצטרף מטעם דסופו לחסר ג"כ ורואין אותו כאילו הוא חסר לפנינו ע"כ צ"ל דטריפת חסרון הגרגרת היא טריפת בפני עצמו לא מפני פסיקת הגרגרת דאל"כ לא הי' השלם שביניהם מצטרף. ומעתה י"ל, כיון דבאמת כל הני

שיעורין דטריפות הן הלמ"מ וא"כ אולי לא הווי אמר אלא האי דינא לחוד דנקבים הרבה מצטרפין לכאיסר ודין נטלה רצועה הווי גמרינין מיני' במכ"ש היינו אומרים דיו לבא מן הדין להיות כנידן ולומר דטעם טריפת זה ע"כ מחמת עצמו כטריפת דנקבים ונ"מ לדינא לעניין תרתי לרעותא כנ"ל להכי איכפל לאשמיעינין דנטלה רצועה מטרפי נמי ע"ש סופו דעומד לפסוק וכנ"ל דתרוויהו אתניהו דטריפה מחמת עצמו וגם מצד שסופו לינקב אלא דבמקום דשלם שביניהם מצטרף ע"ש סופו דרואין ע"כ לא מטרף אלא מצד עצמו וכנ"ל:

ובזה הדרך מצינו נמי ליישב השגת הרא"ש על הרי"ף וז"ל שם מתוך דברי הרי"ף משמע דאבעית הש"ס דעופא מאי לא קאי אניקבה כנפה אלא קאי אשיעור חסרון דגרגרת כו' שהרי כתב אותו בתר אם נטלה הימנו רצועה מצטרפת לכאיסר עכ"ל אמנם להנ"ל נאמר דאדרבה דגם הרי"ף מפרש כך דאבעי' דעופא לא קאי אלא אניקבה כנפה אלא דקשיא לי' להרי"ף מאי קא מבעיא לי' הכא בעופא מאי תיפוק לי' כיון דכל עיקר טריפת זה הוא, משום שסופו לפסק רובו פשיטא דגם בעוף טריפה אם נחסר לפי ערך שיעור האיסר דאז יפסק ג"כ רובו שהרי בפסיקת הגרגרת אין שום חילוק בין בהמה לעוף דתרווייהו ברובה דבשלמא לאידך קושיית המפרשים שהיקשו מאי קא מבעיא לי' דווקא לעניין חסרון גרגרת ולא מבעיא לי' נמי אידך שיעורין דעוף יש לתרץ באמת כמו שכתב הכו"פ דשאני טריפת הסימנים דמצינו דסימנים דעוף חלוקין מן מסימני בהמה גם לעניין שחיטה עיין שם אבל הא וודאי קשיא כיון דעיקר טריפת זה משום פסיקת הגרגרת היא ובפסיקת הגרגרת לא מצינו חילוק בין עוף לבהמה. אבל להנ"ל ניחא דשפיר מבעיא לי' על ניקבה כנפה דע"כ לא מטרף להצטרף השלם שביניהם אלא שטריפה מצד עצמו לא משום פסיקת הגרגרת דהא תרי רואין לא אמרינן ולכן שפיר שואל בעוף כה"ג אם מצטרף השלם שביניהם לטרף מחמת עצמו אלא לכאורה קשיא דלמא באמת גם שם לא מצטרף השלם שביניהם דלא מטרף אלא ע"ש סופי וא"כ הדרא קושיא לדוכתי מאי קא מבעיא לי' בעופא מאי זיל בתר טעמא אבל להנ"ל ניחא מדאמרינן בתר הכי נטלה רצועה ארוכה דקשיא פשיטא שהרי היא כ"ש טן ניקבה כתמיהת התוס' וצריך לתרץ כנ"ל דלהכי אצטריך לאשמיעינין דנטלה טריפה נמי ע"ש סופו ומוכח מזה דניקבה ע"כ לא מטרף ע"ש סופו ליפסק וכנ"ל דהווי לי' ב' מוחין א"כ ש"מ ע"כ דבניקבה גם השלם שביניהם מצטרפין ולא מטרף אלא מצד עצמו ושפיר קא מבעיא לי' בעופא מאי וזהו כוונת הרי"ף שהעתיק אבעית הש"ס בעופא מאי בתר הך מימרא דנטלה רצועה דמחמת מימרא זו מתפרש שפיר שאלה זו דעופא מאי ולעולם דגם להרי"ף קאי אניקבה כנפה ודו"ק:

הלכות טומאת משכב ומושב

במשנה למלך פ' ד' מהלכות אלו הלכה ז' כתב וז"ל. והנראה אצלי בדעת רבינו כו' דלא מעטו אלא או גנוב או גזול למר כדאית לי' ולמר כדא"ל אבל היכא דלא גנבו ולא גזלו אז מטמא אף שאינו שלו לפי שאין אדם מקפיד על דריסת כלי ותשוב כשלו לענין דריסה עכ"ל ושמעינין מינה דלאוו דווקא ספסלין ולאוו דווקא לישיבה. אלא ה"ה שאר כלים וה"ה לדריסה. אולם דעת התוס' י"ל דס"ל דווקא סתם ספסלין מושאלין לישיבת בני אדם ולא אינך כלים ולכך שפיר הקשה מהא דתנן במשנה ו' פ"ת דטהרות המשכבות והמושבות סתם משכבות ומושבות מוכת דאפילו אותם שאינן מושאלים לשכיבה ולדריסה אי נמי י"ל דסבירא להו לחלק דאע"ג דסתם ספסלין מושאלין לישיבת בני אדם מ"מ לזבין ונדות מסתמא מקפיד על ישיבתן ועכ"פ לא מקני להו הכלים לישיבה כדי שלא יתטמאו בישיבתן עליהם כדין משכב ומושב הגזול. והיא הנותנת כמו שאינו מקפיד על סתם ספסלין כדי שישבו עליהן בני אדם בהיתר מצד הסברא הזו עצמה מקפיד לבלתי להקנותם לזב וזבה כדי שיכלו ג"כ לישב עליהם ולא יטמאו אותם בישיבתן מצד משכבו ולא של חבירו:

ועיין בח"מ סי' שפ"א שדעת המחבר כהרמב"ם דלא אמרינן סתם ספסלין מושאלין לישיבת בני אדם א"כ י"ל בפשיטות שכן דעת התוס' כאן ועיין תוס' ב"ק דף יו"ד ד"ה כגון. ועל דברי המשנה למלך הנ"ל קשה לי שהרי הרמב"ם בפ"ו מהלכות תובל ומזיק פסק להדיא דאין סתם ספסל מושאל לישיבה ולא תשוב כשלו לענין זה. ועיין פיה"ו ב"ק שם שכתב כעין תירץ המ"ל ולא מטעמי' אלא דגזירת הכתוב היא דווקא דגזול או גנוב אבל יושב על ספסל שאינו שלו לא מיעט הכתוב ע"ש:

והנה זה לשון הרמב"ם שם אין אדם מטמא במדרס משכב או מרכב שאינן שלו שנאמר והנוגע במשכבו. גזל משכב ודרס עליו בלא נגיעה טהור. ואם נתייאשו הבעלים טמא עכ"ל וכתב הכ"מ שם וז"ל טעמא שלא נתמעט משכב שאינו שלו אלא מטומאת מדרס לא מטומאת מגע ולפ"ז מ"ש גנב משכב וישב עליו טמא היינו אפילו בלא נגיעה. ומ"מ יש לתמוה דהא מיעוטא דמשכב שאינו שלו גבי נוגע כתיב עכ"ל ועיין מ"ל שם ונראה לפענ"ד שהרמב"ם ז"ל בא לתרץ קושיא החמורה שהקשו הראשונים ז"ל על שיטה זו שהיא כפירש"י בסוגיא דמרובה דמשכבו ולא הגזול היינו דגזל משכב גמור שאינו מטמא בתורת משכב שזה תימה איך ולמה לא יהי' תורת טומאה למשכב זה יעו"ש בתוס' ועיין בחידושי רשב"א שם אבל לפי הנ"ל יש לתת טעם לדבר זה. דהא באמת כבר נתקשו הראשונים ז"ל בהא דקיימ"ל אין אדם אוסר דבר שאינו שלו. דא"כ הנותן חלב או דם

לתבשיל של חבירו לא יאסור. וחלקו בין דבר התלוי במחשבה ובין דבר התלוי במעשה עיין תוס' יבמות דף פ"ג ועיין בריש פ"ז דכלאים משנה ד"ה. דהיכא דעשה מעשה אפילו בדבר שאינו שלו וודאי אוסר משא"כ איסור שלא ע"י מעשה אין אדם אוסר דבר שאינו שלו ולהכי שפיר אמרינן דמטומאת מגע וודאי אין סברא כלל שלא יטמא דהא מגע מעשה ממש תשיב אפילו לענין מלקות וכגון שנגע במת וכדומה (כמ"ש הרמב"ם בפי"ט מסנהדרין) משא"כ טומאת מדרס ומשכב דקיי"ל שאין צריך שיגע כלל בהמשכב או המרכב ההוא א"כ מתטמא אעפ"י שלא נעשה מעשה בגוף המרכב והמשכב ההוא בנידן כזה שפיר יש לומר שזה דווקא במרכב ומשכב שלו משא"כ משכב שאינו שלו לא מתטמא בטומאה זו. וזה שכתב רבינו שם וכפל אין אדם מטמא במדרס משכב או מרכב שאינו שלו כו' גזל משכב ודרס עליו בלא נגיעה. אבל מטומאת מגע לא אימעט (ואפילו שכב ונגע בגופו ממש על משכב שאינו שלו טמא הוא בתורת מגע ולא בתורת מדרס כיון דעיקר טומאת מדרס ישנה אפילו בלא נגיעה אפילו דרס ע"י נגיעה לא נעשה מודרס וכמו שמצינו סברא זו לענין מלקות דלאוו דאפשר לעבור בו בלי מעשה אפילו עשה בו מעשה אינו לוקה ועיין מ"ש למעלה עלה י"ח ואפילו מאן דפליג התם הכא מודה דלענין לאסור דבר שאינו שלו מצינו אפילו מה דחשוב מעשה לענין מלקות לא חשוב מעשה לענין שיאסור דבר שאינו שלו. ועיין בלחם משנה פ"ד מאיסורי המזבח דו"ה ודו"ק ועיין תוס' ע"א דף נ"א ד"ה מתוך דאפילו השתמשת בכלי לא חשוב מעשה גמור כיון שלא נשתנה הכלי ועיין לקמן מ"ש לחלק. או י"ל דמייתורא דקרא שמעינין לה לומר דאפילו שכב ע"י מגע גופו ממש אין בו טומאת מדרס רק טומאת מגע דבלא נגיעה במרכב כלל א"כ לא איתעביד בו מעשה כלל לאוו קראי בעינן דתיפוק לן בלאוו הכי אין אדם אוסר דבר שאינו שלו:

וכל זה אני אומר לפי מה שנראה מסתימת הכ"מ. וכן מוכיחין דברי המ"ל שם דאפילו שכב בנגיעת גופו ממש אינו טמא המשכב בתורת משכב לטמא אדם רק בתורת מגע אבל לפענ"ד י"ל דכוונת רבינו דדווקא במדרס שלא ע"י נגיעה טהור מטומאת מדרס אבל דרס ע"י נגיעה טמא טומאת מדרס ממש. אפילו במשכב הגזול. ור"ל דהמיעוט הזה משכבו ולא הגזול לא בא אלא על אופן זה היכא דשכב או דרס בלא נגיעה אבל דרס ע"י נגיעה זה לא נתמעט כלל. ובזה י"ל תמיהת הרשב"א בחידושיו שם שכתב וז"ל פירש"י דגזירת הכתוב היא שלא יטמא אדם משכב הגזול וזה תימה דהא כל המשכב וגו' עליו כתיב עכ"ל ולהנ"ל לא קשה מידי דוודאי קרא כפשטו נמי מתוקם שפיר כל המשכב

אשר ישכב עליו ממש דהיינו בלתי הפסק בינו ולבין המשכב יטמא אבל הך מיעוטא דמשכבו היינו שלא ע"י מגע:

ולפי דרך הזה יתיישב נמי קושיית המ"ל על רבינו שסתימת דבריו מוכיחין דאפילו טומאה דרבנן ליכא במשכב הגזול ומה יענה רבינו ביום שידובר בו במשנה ו' פ"ת דטהרות המשכבות והמושבות אם יש עמהם עכו"ם או אשה ועוד הרבה הלכות שנזכרו בפ' י"ח מהלכות אבות הטומאה ובפ' י"ב ממטמא משכב שכולם הלכות פסוקות ומוכיחות להדיא שאפילו מדרס שאינו שלו מתטמא בטומאת מדרס. אבל להנ"ל ניחא שאין מכל הלכות הללו ראי' אלא שיש טומאת מדרס אפילו במשכב שאינו שלו אבל אם יהי' תורת מדרס עליהם אעפ"י שלא נגע בהם זה לא שמענו ולעולם דמטמא בנגיעה ואם היינו יודעים שלא נגע בו בגופו לא הי' בו טומאת מדרס. אבל כמו שלא ידענו אם השתמש כלים בכלי זה אם לא. ככה לא נדע אופן השתמשותו בו:

וזה פשוט וברור. אמנם המל"מ נראה שסובר בדעת רבינו שאפילו אם דרס ע"י נגיעה ממש אין בו תורת טומאת מדרס רק תורת טומאת מגע. ולכך נתקשה מכל אלה ההלכות הנ"ל, וקשיא לי דאיך כתב שם המ"ל עצמו וז"ל עוד נראה לי דקרא נמי הכי דייק דיש לדקדק דמיעוט זה אמאי לא נקיט קרא בעיקר דין המשכב והווי לו לומר כל משכבו אשר ישכב עליו יטמא. ולפי דברי רבינו ניחא דגבי טומאת המשכב לא כתב מיעוטא משום דמשכחת לה שיטמא אף באינו משכבו כגון אם נגע בו עכ"ל דהא וודאי הך קרא דקאמר כל המשכב אשר ישכב עליו הזב יטמא בטומאת תורת משכב מדבר שהוא אב הטומאה שאין ספק דכל המשכב כולל עכ"פ משכב של עצמו שאינו גזול. וא"כ בלי ספק דיטמא דקרא ר"ל בתורת משכב שהוא אב הטומאה ואם כלל עמו גם משכב הגזול ואמר בו הך יטמא גופי א"כ מוכת להדיא דשניהם דין אחד להם גזול ואינו גזול. אלא וודאי כדאמרן דשוכב על ידי נגיעה ממש אף הגזול מתטמא בתורת מדרס, ומתוקם הך קרא שפיר בשוכב עליו ממש עליו ולא על האמצע וכן מורין דברי רבינו יוסף הלוי (אשר לפענ"ד בלי ספק דברי הרמב"ם ז"ל בהלכה זו לקוחין משיטת רבו הר"י הלוי בפירוש סוגיא זו כאן) רבו של הרמב"ם ז"ל הובא בשיטה מקובצת וז"ל וה"ר יהוסף הלוי ז"ל אבן מיגש כתב בתשובה ז"ל כו' דע שמה שאמרו משכבו ולא הגזול כו' שהעמדנו אותו בגזל משכב דתברי' לא שכב עליו בנגיעת גופו אבל ישב או שכב עליו מבלתי שיגע אליו בגופו כגון שפירש תחתיו משכבות אחרות שנעשה טמא מצד היותו משכב לא מצד היותו מגע ועליו אמר הכתוב ואיש אשר יגע במשכבו ודרשו בו משכבו ולא הגזול שלא יטמא בתורת משכב מבלתי נגיעת גופו לו עכ"ל משמע להדיא שלא יטמא בתורת

משכב בלתי נגיעת גופו אבל אם נגע בגופו לו ר"ל בשכבו על המשכב מטמא בתורת משכב אפילו אינו שלו ואם נגע ולא שכב הוא דמטמא בתורת נגיעה ועיין עוד שם בלשון התשובה שם דשינה ושילש דהך מיעוט דמשכבו ולא הגזול העמדנו בדשכב עליו דווקא באופן שלא נגע בגופו בעת שכבו עליו. דהווי אמינא שיטמא את המשכב כדין המשכב שאין צריך בו נגיעת גופו קמ"ל משכבו עד שיהא משכבו שלו ולא של אחרים כו' עכ"ל. ותימה לכאורה הא וודאי איכא לאוקמי נמי הך קרא דמשכבו אפילו בשכב ע"י נגיעת גופו ממש בשכבו עליו ואפ"ה לא נעשה המשכב טמא בתורת אב הטומאה שיטמא הנוגע בו שהתורה מיעטה להדיא דדווקא משכב שלו הנוגע בו יטמא ולא של חבירו אעפ"י ששכב עליו בנגיעת גופו (לפי דעת המ"ל הנ"ל) ואם כדעת המ"ל יקשה יותר אדרבה על כרחך האי מיעוט אפילו בשכב עליו בנגיעת גופו ממש איירי קרא למעוטא טומאת משכב אעפ"י שנגע בו בשכבו עליו ומה כל החרדה הזאת להר"י הלוי שהתנה תנאי כפול פעמים ושלש להעמיד מיעוט זה דמשכבו בלא נגע בגופו בשכבו עליו אלא וודאי דס"ל כדאמרן דשוכב הנוגע בגוף המשכב אפילו הוא גזול מתטמא בתורת משכב ולהכי על כרחך מוקמי לי' לקרא בשכב בלתי נגיעת גופו. והן הם דברי הרמב"ם ז"ל. ולפי זה טעם הנ"ל עולה יפה בפשיטות דכל שהיא נגיעה בגוף המשכב בעת שכבו ס"ל דוודאי מתטמא אעפ"י שאינו שלו דמעשה הנגיעה מעשה היא לענין מלקות. וה"ה לענין זה משא"כ כששכב בלתי נגיעת גופו לו ולא נעשה מעשה בגופו ולא על המשכב הדרינן לכללא דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו [שלא] ע"י מעשה גמור ואם תאמר משכבו ולא הגזול למה לי תיפוק לן בלא"ה הא קיימ"ל דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו ויש לומר דהכי וודאי הווי אמינא דאוסר אעפ"י שאינו שלו מדחזינין דרבתה תורה לטמא את משכב הגזול בנתיאשו הבעלים או במשכב הגנוב משום דסתם גניבה יאוש בעלים היא (כדאיתא בתורת כהנים בברייתא דספרי שם להדיא מריבוי דקרא) אע"ג דקיימ"ל דיאוש לא קנה וכמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"י מהלכות גזילה וכן פסקו כל הפוסקים הרי דמטמא אעפ"י שאינו שלו להכי שפיר אצטריך קרא דמשכבו להוציא את הגזול בלא נתיאשו הבעלים ובזה נסתלקה קושיית המפרשים מעל הרמב"ם שם שנראה סתירה בדבריו שבהלכות גזילה שם פסק דייאוש לא קני וכאן בהלכות כלים פסק דבנתייאשו הבעלים גם הגזול נעשה משכבו משמע דס"ל דייאוש קני ולהנ"ל ניחא דאדרבה מהך ברייתא דספרי דדרש משכבו ולא הגזול להוציא את הגזול י"ל דהיינו משום דס"ל באמת יאוש לא קני ואפ"ה רבתה תורה לענין משכב שיטמא דבר שאינו שלו אמטי להכי איצטריך לן משכבו וכאמור:

ולפי דברינו הנ"ל יש לתרץ נמי דברי מרן בכ"מ מ"ש ולפי זה מ"ש רבינו כו' ותמה המ"ל דאיך תלה זה בזה. ופשיטא דתורת משכב ומדרס כך הוא שאפילו לא נגע בו נעשה מדרס כדאיתא בספרי שם ומדוע יגרע משכב הגנוב בהא אכן לפי סברא הנזכרת יש לומר דוודאי לשיטת הסוברים דנתמעט משכב הגזול אפילו מטומאת מגע הרי דגרע וקל בזה מכל איסורים שבתורה דקיימ"ל דעל ידי מעשה אדם אוסר דבר שאינו שלו והכא אפילו ע"י מעשה אינו אוסר א"כ הא דמרבי קרא משכב הגנוב שנתייאשו הבעלים שנעשה משכב וודאי דדי לנו שנאמר דהיינו עכ"פ כשיגע בו ממש דהיינו שנעשה מעשה בגופו לו וכנ"ל אבל בלתי נגיעת גופו לו מהיכי תיתי לן שיעשהו משכב והא דבר שאינו שלו הוא דהא קיימ"ל יאוש לא קני כנ"ל ואם רבתה תורה במקום הזה דיועיל יאוש לענין טומאת משכב מסתייך לומר דהיינו לומר אע"ג דגרע וקל כאן מכל איסורין לענין שלא יתסור אפילו ע"י מעשה יועיל ייאוש לענין שיאסור ע"י מעשה דבר שאינו שלו וכעין כל איסורין שבתורה דאוסר על ידי מעשה דבר שאינו שלו. אבל מאין הרגלים עוד לומר שיאסור אפילו בלא נעשה מעשה דבר שאינו שלו א"כ שוב יהא עדיף וחמור מכל איסורין שבתורה בזה והרי לא בא הכתוב להחמיר עליו אלא להקל שלא יאסור שאינו שלו אפילו ע"י מעשה א"כ וודאי אשכחן הווי טעמא לומר דגנוב לא נעשה משכב אל בנגיעת גופו ממש. אבל סברתו של הרמב"ם והר"י הלוי שחדשו לנו לומר דכל עיקרא דהאי קרא מיירי בדרס ולא נגע. ולא גרע בזה מכל איסורים אדרבה עדיף בזה דרבתה תורה משכב הגנוב אעפ"י דייאוש לא קני א"כ מוכח בפירוש דלא בא הכתוב להקל עליו אלא להחמיר ולעשות דינו שיטמא הגנוב אע"ג שלא עשה מעשה מה שאין כן בגזול ודוק היטב כי הדברים נכונים בס"ד:

ולפי הנ"ל ניחא נמי דלא תקשה אמאי לא נקט הרמב"ם רבויא דקרא לרבות את משכב הגנוב כמו דנקיט המיעוט דמשכבו להוציא את הגזול שלא בא אלא לפרש לנו דהאי מיעוט דמשכבו לא איצטריך אלא בשכב ולא נגע וכשיטת רבו דלאוו אורמי' דהרמב"ם להביא דרשא דקרא בכל דוכתי'. וע"ש במ"ל שהקשה על הק"א וז"ל איך יעלה על הדעת כו' ולפענ"ד דה"ק הק"א דניהו די"ל דחכמים גזרו שיטמא הגם שאינו שלו די לנו שנחמיר כן בטומאה דאורייתא אבל טומאת עכו"ם או ישראלית שלא הוחזקו נדה שטומאתן מדרבנן די לנו שנוקמה על דין תורה דהיינו דווקא בשלהם ולא גזרו בדבר שאינו שלו. ומכלל דברינו הנ"ל ראי' לשיטת האומרים דאדם אוסר דבר שאינו שלו ע"י מעשה מן התורה וכמ"ש התב"ש בס"ד סעיף ה' ושם סי' ד' ס"ק ט' שכן דעת הרמב"ם

בפ"ח מעכו"ם והטור בסי' קמ"ה ושכן דעת הרשב"א ורא"ה וכן דעת הר"ן בנדרים ל"ו ועיין עוד בתב"ש סי' ה' ס"ק כ"ז ושם ס"ק כ"ת דאפילו על ידי מעשה כל דהו אוסר:

הלכות ביאת מקדש

מ"ע לשלח טמאים מן המתנה שנאמר וישלחו מן המתנה כל צרוע וכל זב וכל טמא לנפש ואמרו בספרי וישלחו מן המתנה אזהרה לטמאים שלא יכנסו למקדש ואמרן הספרי ס"ת ויצא אל מחוץ למתנה מ"ע וכמו כן נכפלה פעם שנית אל מחוץ למתנה תשלחום עכ"ל החינוך שכ"ב. מ"ש הספרי דמן וישלחו מן המחנה היא האזהרה תמוה לכאורה דהרי ש"ס ערוך מכות י"ד, דמן הכתוב ואל המקדש לא תבא הוא דילפינין שלא יכנסו טמאים למקדש (וכ"כ בחינוך ס' שס"ג) או מדכתיב ולא יטמאו את מתניהם. וכן הוא במכילתא ובספרא שהביא שם מבואר נמי דמן הכתוב אל המקדש לא תבא יליף אזהרה שלא יכנס אבל הכתוב וישלחו מן המחנה מצות עשה היא דאזהר רחמנא לשלח את הטמאים שנמצאו שמה הן במזיד או בשוגג או שהוא מוזהר בעצמו להשתלח משם וכמ"ש ויצא אל מחוץ למתנה. ולענ"ד י"ל דהספרי ילמדינו דטמא שנכנס למקדש מלבד שהוא עובר על ולא יטמאו. ועל מ"ש ואל המקדש לא תבא ועל מ"ש ויצא מחוץ למתנה. הנה הוא עובר ג"כ על מ"ע דוישלחו מן המתנה דממילא כיון שמחויבים לשלחו אם נכנס ה"ה שלא יכנס לכתחילה וללמדינו דה"ה להיפך כל שאינו טעון שלות ה"ה דלא עבר על לאוו בכניסתו וללמד דכל שישנו בשלוח ישנו בלאוו בהכנסתו וכל שאינו טעון שלות ה"ה דלא עבר על לאוו בכניסתו:

ועיין משנה למלך פ"ג מהלכות ביאת מקדש תמה על מ"ש רבינו שם דאם הכניס למקדש בגד שהוא ראשון לטומאה אינו לוקה שזה היפך דברי הברייתא ע"ש אמנם להנ"ל י"ל דמוכת מספרי הנ"ל דכל שאינו טעון שלות אינו לוקה על הכנסתו ומבואר בספרי שם להדיא דבגד או כלי ראשון לטומאה אינו טעון שלות וא"כ ה"ה ממילא דאינו לוקה המכניסו לשם וכנ"ל דהא בהא תליא וסברא היא כיון דאינו בר שלוח ולא הקפידה תורה לשלחו משם ממילא דאין לחייב מלקות את המכניסו וע"כ צ"ל דסכינא חריפא פסקא להני קראי והכי קאמר ואם לא יכבס קאי על טומאה שנטמא (במת דווקא ובשרו לא ירחץ קאי על טומאת נבילה דאיירי בי' קרא. או שדרשיהו באם אינו ענין לטומאת נבילה שהרי אינו טעון שלות תניהו ענין לטומאת מת שזה מדה בתורה בל"ב מדות של ר' יוסי הגלילי (מדה כ' מדבר שנאמר בזה ואין ענין לו תניהו ענין לחבירו וכמ"ש בש"ס זבחים כ"ח כתיב אם האכל יאכל ביום השלישי פגול הוא ואם אינו ענין ליום השלישי

תניהו ענין לחוץ למקומו וכן בכמה דוכתי בש"ס. ותימה על מ"ש במבוא התלמוד דלהכי לא חשיב ר"י מדה זו משום שהוא לענין אגדה והרי כמה הלכות יוציאו ממנה. ולפי דברינו הללו יש ליישב ג"כ מה שהקשה הרד"א [בספרי הנזכר למעלה] מדוע לא הביא הרמב"ם בחיבורו הגדול דין זה דבגדים צריכים שלות דיש לומר דסמך עצמו על מה שכתב דהזורק כלים למקדש לוקה ארבעים ולהנ"ל דכל שישנו באיסור שהי' במקדש ישנו באיסור הכנסה אבל שאינו בשלוח אין עובר על לאוו בכניסתו א"כ ממילא שמענו מדחייב מלקות על שהכניס כלי טמא למקדש דה"ה דחייב בשלוח אם הכניסו:

הטור עה"ת כתב בשם אביו הרא"ש דוהסגיר את הנגע דכתב רחמנא היינו שיסגיר את הנגע ברשימה סביבותיה למען ידע על ידי רשימה זו אם פשה או לא. כי היכי דאשכחן בנגעי הראש שמגלת כל סביבו ומניח שתי שערות לראות אם יפשה ה"ה בשאר נגעים והיינו הסגר דקרא ודלא כרש"י שמסגירו בבית כל ז' שלא מצינו בכל מסכת נגעים שיסגר בבית. גם הפסוק אומר והסגיר את הנגע דמשמע מקום הנגע מדלא קאמר הנגוע עכ"ל ולפענ"ד י"ל שרש"י הוציא דבר זה מהא דתניא בתוספתא פ"א דנגעים דכהן שראה בתחילה הוא שיראה את הנגע אח"כ וטעם הדבר כמו שכתב הרמב"ם פרק מהלכות טומאת צרעת שאיך יוכל לידע אם פשה או לא והוא לא ידע שיעורו שהי' בראשונה וע"ש. ואם כפירושו של הרא"ש ז"ל הרי כל אדם יחזה בו על ידי הרשימה שהסגיר הנגע ברשימה בתחילה סביב. וכן מהא דתניא התם נאמן הכהן לומר שפשה הנגע ואיזה נאמנות צריך כאן והרי הסגר הרשימה לפנינו והוא מעיד ויוכיח אם פשה אם לא וכן מוכח מתורת כהנים [שהביאו הרמב"ן] ואם בעיניו עמד הנגע בעיניו של כהן או תלמידו שאומרים שנראה בעיניהם שכך וכך הי' שיעורו בתחילה. ושנראה בעיניו שפשה, אעפ"י שאין לנו שום ראי' ולא הוכחה לדבריו כלל אלא שישער לפי ראות עיניו וכל זה יורה שאין שם הסגר נגע רק הסגר הנגוע וכדברי רש"י ז"ל וכ"כ הראב"ע להדיא ועיין גור ארי' שם. ויש לדחות דכל הני באין רשימו ניכר עסקינין אבל סתימת דבריהם לא משמע הכי:

וראיתי בסדר מצוות שנדפס מחדש סי' תנ"ב כתב וז"ל בגד מוסגר או המוחלט הם אב הטומאה כאדם המנוגע וטעון שלות חוץ לעיר המוקף חומה עכ"ל וזה טעות דבגד טעון שלוח בין מעיר שמוקף חומה בין שאינו מוקף חומה כמ"ש הרמב"ם פ' י"ג מטומאת צרעת להדיא דזה תומר בבגדים מבאדם וכדתניא בתוספתא הובא בכ"מ שם וטעמא דכתיב אתהם חוץ לעיר ולא אדם וכדאיתא בתו"כ והובא בתוס' ערכין דל"ב ד"ה וקדשו ושם הובא מ"ש גז"ש מושבו וכתיב מושב עיר חומה מה להלן מימות ב"נ אף גם כאן. יעו"ש ובספרי פ' במדבר:

הלכות נזקי ממון

עיין כתובות דף ל"ט בתוס' ד"ה צערא דמאי קשה לר"י כו' ונראה לר"י כו'. הנה לכאורה תמוה איך לא הרגיש הר"י בזה שע"כ חייש תנא דמתניתין לכחש גפני מדמפתה פטור ואיך הוכיח מחמת קושיא זו דין מחודש וכבר עמד בזה מהר"ם שיף והניח בקושיא וז"ל הטור סי' שצ"ד אות ה' בהמה שאכלה פירות מחוברין כיצד משערין כו' ואדוני אבי הרא"ש ז"ל כתב שעדיין פוחתין מזה ששמים כמה הרוויח הניזק ומנכינן כחש והרמ"ה כתב שאין מנכין אותו. הנה לכאורה מדכתב דעת הרמ"ה באחרונה ש"מ דהכי ס"ל וכן הבין בעל הדרישה אלא שא"כ קשה שהי' לו לכתוב מתחילה וכתב אדוני אבי הרא"ש וכו' ואחר כך והרמ"ה כתב אבל מדכתב בתחילה וא"א הרא"ש זיל כתב משמט שהביא למסקנא דעת הרא"ש כידוע בכללי דברי הפוסקים. וע"כ הבין הרב בעל שלטי גבורים בפרק הכונס שדעת הטור כהרא"ש וא"כ קשה למה כתב דעת הרמ"ה באחרונה. עוד הקשה הש"ג שם וז"ל ומן התימה כיון דפסק כדעת אביו בניכוי כחש למה לא פסק ג"כ הכי בתשלומין דמי וולדות בסי' תכ"ג:

ונראה לפענ"ד דלכאורה קשה עוד על הטור שפסק דמנכינין כחש איך כתב בסי' שכ"ה בהמקבל שדה כו' דאין מנכין כחש יעו"ש והוא בגמרא פרק המקבל דף ק"ד ע"ב אך שזה י"ל לפימ"ש התוס' שם ד"ה סבר וז"ל אפילו מאן דחייש לכחש בפרק הכונס הכא מודה לר"א דלא חיישינן וכוונתם כתב מהרש"א שם וז"ל דהתם חיישינן לכחש גופנא דאין להפסיד המזיק יותר ממה שהזיק אבל הכא כו' עכ"ל וכן כתב הדרישה מסברא דנפשי' נמצא סברת מאן דמנכי כחש הוא לומר דוודאי אין להפסיד את המזיק יותר ממה שהזיק לפ"ז י"ל דניהו דגבי בהמה שהזיקה מנכינין כחש מ"מ אין ראי' לזה לנכות כחש בצערה דגופי' דהא חנן בריש החובל כיצד משערין את הצער אומדין אדם כיוצא בזה כמה רוצה ליטול להיות מצטער כך ואתמר עלה בגמרא דף פ"ה אדם כו' אטו בשופטני עסקינין וכו' הכא נמי לא שקיל כל ממון שבעולם ומצער נפשו וכאן כבר נעשה מעשה וא"כ מן הראוי הי' לזה החובל רק לצערו ג"כ כפי מה שציער את חבירו וכל ממון שבעולם לא יספיק לשלם תחת ידו או עינו אך דרחמנא גזר יד ביד והוא דווקא תשלומין ושכיצד משערין אלא אומדין כמה אדם רוצה ליתן לקטוע ידו המוכתב למלכות בין סייף לסם (דבר זה יש לו ערך) עד כאן נמצא שמצד הסברא הווי אמרינן עין תחת עין ממש אלא שריבתה תורה כופר להחובל וכן כתב הסמ"ע בסי' ת"ק סי"ק י"ח ע"ש הרי זאת קולא להחובל שיופטר בכופר אמנם לבד שזה קולא מכופלת שגם הכופר הזה אין שמין כמה אדם רוצה ליטול להיות מצטער כך (אפילו הי' לו שומא) שזה שווה הון רב אלא שיימינין כמה אדם רוצה

ליתן כו' כדלעיל ומפקינין קולא זו מקרא וביער בשדה אחר ש"מ דשיימינן להקל על המזיק כמו שביאר הרא"ש בריש פרק החובל וגם בסמ"ע שם וא"כ בנוגף אשה הרה והפילה שצער הנגיפה הזאת פשיטא שלא היה סופה להצטער כך וודאי יש לנו לדון שמשלם את הצער וגם לא ינכה שכר חיה שאין כאן תשלומין יותר ממה שהוזק דאפילו לפי מה שהזיק אין כאן תשלומין דאנן סהדי דכל הון לא תטול האשה לכתחילה ודמיא לכחש דר"א ובשלמא בכחש דגופנא ניחא דמנכינין דאף שגם בשדה שיימינין להקל דהיינו ערוגה בתוך ששים האחרות מ"מ אי לאוו דמנכינין כחש ישלם המזיק על הרוב יותר ממה שהזיק דהא סאה לבדה אינו מצוי שיזיקה כדמוכח בש"ס שם דף נ"ז ע"ב ואף אם יקרה שיזיק בית סאה לבדו מ"מ אפשר שאם לא ינכה כחש משלם יותר ממה שהזיק משא"כ בנוגף אשה ודכוותי' וזה פשוט:

והנה אמת שבסתימת דעת הרי"ף והרמב"ם משמע דלא מנכינין כלל כהרמ"ה וכמ"ש גם הדרישה אלא שהרא"ש הביא ראי' דמנכינין דהא רבים הכי סבירא להו והיינו האמרו לו דרשב"י שאמרו אינו דומה הא אי הווי דומה הווי פטור ע"ש והנה לפי האמור אין ראי' כלל דשאני התם דוודאי אם הי' דומה בעולה שסופה להבעל לבעולה דהשתא הי' פטור המאנס מן הצער כדי שלא ישלם יותר ממה שהזיק משא"כ בדמי וולדות וכנ"ל והא דאמרו בגמרא שם הני תנאי ורשב"י אמרו דבר אחר יש לומר דהיינו דהנך תנאי וודאי ס"ל כרשב"י אבל לא להיפך וכהא דאיתא ב"ק דף מ"ו ב"א עיין נ"י שם. משא"כ על דברי הרא"ש קשה כנ"ל לפ"ז י"ל שדעת הטור לעשות הכרעה דלגבי גופני ראיות הרא"ש מכרחת שפיר לנכות ופסוק כחש בגופנא אבל גבי דמי וולדות אין ראי' לדחות דעת הרמ"ה וסתימת גדולי הפוסקים שמשמעות דעתם דלא מנכינן וע"כ התחכם רבינו הטור ורמז בדבריו שדעתו כהרא"ש וגם שאין חולק על דעת הרמ"ה:

ומעתה נחזי אנן גבי מפתה דקיימ"ל דאינו נותן את הצער יש להבין על שני פנים א' הוא אף שידוע שיש צער גדול בבעילה ראשונה מ"מ כיון דמדעתה עבדי' הנאת הבעילה מסלק את הצער כדאמרינן פיקחות שבהם אומרות מפותה אין לה צער וכדמסקינין. ב' יש לומר דלעולם גם מפוחה יש לה צער אבל מ"מ פטור המפתה מצער משום שסופה להצטער בכך והיינו ניכוי כחש ונ"מ בין ב' הטעמים טובא דלטעם הא' שאין לה צער כלל א"כ באונס שמשלם את הצער שמין הצער כולו כמה אדם נותן ולא יגיע אליו צער גדול כזה אבל לטעם הב' דגם מפותה יש לה צער אלא שלא נוכל לחייב המפתה בדבר שאינו חייב דהא ממילא היתה מצטערת כך א"כ גם באונס אינו בדין שישלם את הצער כולו ואין לחייבו אלא מה שנצטערה יותר ע"י אונס אבל לא דמי כל הצער

שהרי סופה להצטער כך אלא שהיינו דווקא למאן דמנכי בדמי וולדות בפרק הכונס אבל להאי תנא דס"ל ניכוי כחש בגופנא וה"ה במפתה אין ראוי לנכות צער באונס שהרי אין סופה להצטער צער כזה והדרינין לכללא שאף אם לא ינכה צער הבעילה לא ישלם יותר ממה שהזיק דהא לא שיימינין אפילו כמה שהזיק לה אלא כמה אביה רוצה ליתן ולא יגיע לה צער כזה מן המלכות כמ"ש הרמב"ם בפרק ב' מהלכות נערה בתולה הרי קולא אחת מלבד שאילו כל הון דעלמא לא ישלם צער דגופי' שאין לחלוק בין צער לצער והנך רואה שגם בצער שלא במקום נזק כגון כוואו בשפוד על צפרניו דלכאורה צער כזה ניתן להשתלם מ"מ מסיק הרא"ש בריש החובל דכל אשר לאדם יתן בעד נפשו אלא שמין מי שמחויב למלכות לכוותו בשפוד על צפרניו כמה הי' נותן ולא יעשה לו צער זה עכ"ל וכ"ש במקוה נזק דמוכח שם דפשיטא לי' להרא"ש דאין רוב כסף משלם ההיזק לכתחילה וא"כ בלא הניכוי נמי לא ישלם יותר ממה שהזיק וכנזכר. והנה סתם כל היכי דאיתא משלם את הצער סתמא משמע דלא מנכינין כלל וכמו שכתבו האחרונים בדעת גדולי הפוסקים וא"כ סתמא דמתניתין נמי דסתם ותנא אונס משלם את הצער משמע מן הסתם הצער כולו בלא ניכוי ופרכינין צערא דמאי ועל זה הקשה הר"י והלא צער גדול כו' ובאונס שאין לה הנאת תשמיש כ"כ ראוי הוא לשלם את כל הצער משא"כ מפתה שהנאת הבעילה מסלק את הצער. אלא שיש לפרש דעת המקשן דוודאי ידע מזאת שיש צער גדול לבתולה ואדרבא הבין שאף מפותה יש לה צער אלא שבאונס גדול יותר צערה וכיון דתנן מפותה פטור ע"כ הוא משום שסופה להצטער ומנכינין כחש כטעם השני ולפ"ז גם באונס לא הווי לן לחייבו דמי הצער כולו אלא צער שנתוסף אל האנוסה ושפיר פריך צערא דמאי פירוש כיון דמצד הבעילה פטור דגם המפותה יש לה צער זה ומנכינין כחש לא הי' לו לתנא דמתניתין לסתום אלא לפרש צערא דמאי דהיינו הנוסף באונס (ומעיקרא סליקי דעתי' לתירוצו דאין ה"נ שקיצר התנא דמתניתין כדרך תנא וכוונתו על צער תיבוט הקרקע וכן הוא ס"ד לפי אידך תירוצו) ולהכי קאמר ר"י דמאי זו שאלה לעולם באמת משלם האונס כל הצער דהא כמה תנאי ס"ל דלא חיישינן לניכוי כחש גופנא וא"כ ניהו דקיימ"ל בגופני דמנכין כחש וכדסבר נמי תנא דמתניתין דלהכי מפתה פטור מצער דאי לא ינכה הרי משלם יותר ממה שהזיק מ"מ באונס שאין סופו להצטער בכך בצער האונס וכל מה שישלם לא ישלם כפי הזיקו דלכתחילה וודאי יש לומר דקיימ"ל כהנך תנאי דלא ס"ל ניכוי כחש וע"כ הוכיח הר"י דצער הבא אתר כך פטור ודו"ק. והנה יש להביא ראי' לשיטה זו דלא מנכין ניכוי כחש כמו שכתבו הטור והרמ"ה ממתניתין גופי דתנן המפתה נותן בו"פ וקנס מוסיף עליו האונס שנותן את הצער מה

בין אונס למפתה האונס נותן את הצער והמפתה אינו נותן את הצער עכ"ל וקשה דכל הבבא הזאת מיותרת וכמ"ש המפורשים אמנם לשיטה הנ"ל ניחא דמעיקרא קתני מוסיף האונס שנותן את הצער ועדיין לא שמעני אלא שנותן כפי מה שגדול יותר צער האונס מן המפותה ואותו יתרון הוא משלם להכי איכפל תנא ותנא מה בין אונס למפתה אונם נותן את הצער ומפתה אינו נותן את הצער להשמיעינו דאותו הצער גופו שהמפתה אינו נותן אעפ"י שיש גם למפותה צער אבל האונס נותן את כל הצער לא רק היתרון על המפותה ולא אמרינין כחש גופני בכה"ג. אבל הרא"ש בפרק הכונס כתב שאונס אינו משלם רק צער אותו היתרון יעו"ש. ועיין בדברי הרמ"ה שהביא ראי' דלא פסקינין ניכוי כמ"ש מהא דאיתא בכמה דוכתי' דאונס משלם את הצער נראה כוונתו דמשמע לי' סתמא דמתניתין שישלם כל הצער בלי נכיון (והנה לפי המסקנא י"ל דאין למפותה צער כלל וא"כ אין נ"מ בין הרא"ש להרמ"ה כלום) אלא שקשה על מה שכתב הרמ"ה דלא מנכינין אפילו כחש גופני ומוכח לה מהא דאמרו לו אינו דומה נבעלת באונס לנבעלת ברצון ויחיד ורבים הלכה כרבים. דאדרבה מהכי מוכח דגם רבנן סבירא להו שאילו הי' דומה הווי מנכינין הגס שאינו מוכרת דאפשר דחכמים לדבריו דרשב"י קאמרו וכלומר דלדידן אפילו בדומה לא מנכינין דאפילו לדבריך הלא אינו דומה אונס לרצון אבל עכ"פ ראי' אין כאן דחכמים לדבריו הוא דקאמרו גם קשה דלמא שאני התם דגם בלא הניכוי לא ישלם יותר ממה שהזיק וכנ"ל משא"כ בכחש גופני אפשר דאין להפסיד את המזיק יותר ממה שהזיק וכמ"ש התוס' בב"מ דף ק"ד ועוד קשה מהא דאימא התם דסבר ר' כהנא למימר דמנכינין כחש ארעא א"כ ע"כ דס"ל כמאן דאמר דמנכינין כחש כמ"ש מהרש"א שם וגם רב אשי לא דמי לי' אלא מטעם תתנא כמ"ש התוס' שם אבל לענין דינא הרי דאמוראי בתראי סבירא להו דמנכינין כחש. וראיתי להרמב"ן שכתב על הא דר"א דסבר דלא מנכה כחש דהיינו דווקא בהמקבל שדה מחבירו בקבלנותא שאין להמקבל רשות לזרוע דבר שלא התנה וכיון ששינה ידו על התתתונה אבל בחוכר דברשות שינה מנכה באמת כחש ארעא והוצרכתי לומר כן משום דתניא בתוספתא דהמקבל שדה מחבירו נירו ולא זרעו נותן לו מכירו ואעפי"כ שמין שאינו דומה מניחה נירה למניחה שלייף עכ"ל הובא בשיטה מקובצת שם. והרשב"א ז"ל כתב עליו וז"ל ואני תמה וכי תכחש מרא בשכירות ולא תכחש ארעא כו' ואם מן התוספתא אפשר דסבר האי תנא כרב כהנא ודחי ר' אשי משום דאמרי אנשי תכחש ארעא ולא תיכמש מרא עכ"ל. ולכאורה תמי' דאדרבה הא כמה תנאי ס"ל דמנכינין כחש גופני ולא חיישי להא דאמרי אינשי תיכמש ארעא ולא תכחש מרא. ופשיטא דאין לומר דר' אשי לא סבר כוותיהו דא"כ לימא רב אשי תנאי

הוא אלא ל"ל וודאי כמ"ש התוס' שם שיש לחלוק וכמ"ש מהרש"א בכוונתם וא"כ דברי הרמב"ן נכונים כיון דטעמא דמסתבר כתב שם לחלוק והתוספתא מסייעתו א"כ מניין לנו לעשות התוספתא משובשת ולאוקמי כפי מה דס"ד דר' כהנא. דהרי משמע בהש"ס דר' כהנא הדר בי' וקבל מרב אשי אבל נראה לפענ"ד שהרשב"א חולק על דברי התוס' שכתבו לחלק אבל סבירא לי' כהני תנאי דחיישי לכחש גופני וס"ל להרשב"א כיון דרב אשי סתמא קאמר תכחש ארעא ולא תיכחש מרא ע"כ ס"ל כההוא תנא דלא מנכי כחש גופני ואי משים דילמא ר"א תנאי הוא לא איכפת לן דאשכחן כהאי גוונא דאתיא מלתא דאמוראי כחד תנא ולא חש תלמודא לפרושו תדע שהרי גם לפי מ"ש התוס' דר"א לאוו תנאי הוא קשה דהא דרב כהנא וודאי תנאי הוא וכמ"ש למעלה. ואמאי לא קאמר הש"ס דר"כ וודאי תנאי הוא ר"א מי לימא כו' יש לדחות כיון דר"כ גופא הדר בי' ע"כ לא חש תלמודא לפרש אלא שבלאו הכי י"ל דלהכי הוצרכו התוס' לומר דר"א מצי סבר לנכות כחש גופני דאולי אזלי בשיטת הרא"ש דחייש לכמש גופני. וכן נהירא לי שהיא גם דעת הרמב"ן וע"כ סבר הרמב"ן דדווקא הכא סברינין וחיישינן להא דאמרי אינשי כיון דשלא ברשות זרע השומשמין משא"כ חוכר יש לו רשות לזרוע מה שירצה והלך וזרע חטים והצליח במעשיו ומעלליו. פרי מעלליו יאכל והוא ירוויח כחש דארעא כיון שבעה"ב לא הפסיד מאלו זרע שומשמין נמצא דברי הרמב"ן נכונים אבל הרשב"א ז"ל אזיל בשיטת הרמ"ה וסייעתו דלית להו לנכות כמש גופני ואוכח לה מר' אשי דלעולם טעמא קאמר לכחוש ארעא ולא לכחוש מרא וגם תוספתא לא נאמר דמשבשתא אלא דאתיא כדסבר ר' כהנא פירושו וכההוא תנא דחייש לכחש גופני ולא קיימ"ל כוותי' לדעת הרשב"א אבל לדעת התוס' והרמב"ן אתיא כהלכתא שפיר:

תנן התם ב"ק קט"ו זה בא בחביתו כו' אם אמר לו אציל את שלך ואתה נותן לי חייב ליתן לי. בשיטה מקובצת בשם רבינו יהונתן כתב ואם תאמר אם התנה עמו פשיטא צריכא למימר דתנאי ממון הוא עכ"ל:

ויש לתמוה לכאורה.

א) שהרי אדרבה בש"ם שם קט"ז פריך ולימא לי' משטה אני בך מי לא תניא כו' ומשנינן אבל עכ"פ חזינין דסברא החיצונה הווי אמינא דיכיל לומר משטה אני בך וקמ"ל כמ"ש בש"ס דשאני הכא. (וכ"כ בפיה"מ להרמב"ם במשנה שם ע"ש].

ב) **ועיין** בשט"מ שם בשם ר"ג מאור הגולה בתשובה הקשה וז"ל הא דתנן גבי השבת אבידה דנתן לו שכרו כפועל בטל משמע דאין משלם לו דמי יינו אלא שכרו בלבד. ולאו קושיא הוא דהכא תנאי ב"ד ואין צריך להתנות לפני ב"ד כו' עכ"ל א"כ יש כאן רבותא

גדולה דאין צריך תנאי ב"ד. ג') הרי באמת רבנן פליגי על ר ישמעאל וכמו שהקשה שם בש"מ ותירץ דבהא אפילו רבנן מודו כיון דלא מפסיד מידי א"כ יש כאן רבותא טובא. ד') הרי"ף כתב דלית הלכתא כר ישמעאל מכח ההוא מתניתין. והר"א חידש לחלק בין שהציל מעצמו למציל ע"י תביעתו עכ"פ יש כאן רבותא וצ"ע:

הלכות שכירות

בסה"מ להרמב"ם ז"ל לאוין סי' רס"ז ל"ת שלא יאכל פועל בשעת מלאכה. קשה לי מדוע לא מנו הרמב"ם וסייעתו לאוו שלא להניף מרמש על קמת חבירו דפשיטא דאע"ג דדרשינין הך קרא דוחרמש להלכותיו כדאיתא בב"מ דף פ"ז מ"מ אין המקרא יוצא מידי פשיטו וז"ל הרמב"ן הובא בש"מ שם הא דאמרינן ההוא מבעי בשעת חרמש הכי משתמע קרא וקטפת מלילות לאכול ולא תהא קוצר במגל לצורך אכילה שאם נתן דעתו על המלילות הללו לאכלן אינו רשאי לקוצרן במגל אלא קוטפן בידו וכן אם קצרן במגל לצורך בע"ה שוב אינו רשאי לאכלן דהווי לי' תלוש והוא עושה במחובר והעושה במחובר אין אוכל בתלוש ומדלא כתב רחמנא ולא תקצרו בחרמש משמע לי' חרמש שאתה קוצר לא תניף לצורך עצמך על קמת ריעך וה"נ מידרש ואל כליך לא תתן בשעה שאתה נוטל לכלי של בע"ה ממועט דכליך אי נמי משום דתרוויהו קראי יתירי נינהו דמרישא דקרא משמט ואכלת ולא שתוליך בידך וקטפת ולא שתקצור במגל אע"ג דמבעי לן לעבור בלאוו כל היכי דאיכא למדרש דרשינן ולא מוקמי ללאוו לחוד עכ"ל הרי מפורש שעובר הוא בלאוו הקוצר במגל אלא דאתי נמי לדרשא מדלא כתיב לא תקצור בחרמש:

וכן כתב הרשב"א והריטב"א הוסיף שם וכתב וז"ל וחרמש לרבות כל בעלי חרמש פירוש דהאי קרא יתיר הוא ואם תאמר והא אצטריך לגופא שלא יקטוף ויאכל בכליו. ואע"ג דכתיב וקטפת מלילות בידך אצטריך וחרמש לעבור עליו בל"ת וי"ל דא"כ לימא קרא וכלי לא תניף אי נמי לא תאכל אלא בקטיפה כו' עכ"ל הרי מפורש דההקפדה שהקפידה תורה שלא יקצרו במגל מה שיאכל ושזהו הלאוו ולדעת הריטב"א עובר הוא גם בעשה דלאוו הבא מכלל עשה. וז"ל הרשב"א ההוא מבעי לי' בשעת חרמש אכול דקרא הכי קאמר כי תבא בקמת רעך למלאכה וקטפת מלילות בידך לאכול אבל חרמש שהוא בידך לקצור לצורך בע"ה לא תניפנו אפילו על המלילות שאתה נוטל לאכול כו' עכ"ל מבואר בדברי כולם שהלאוו דלא תניף חרמש במקומו עומד כפשוטו וכמשמעו והדרשא תדרש מיתורא או מהשתנות הלשון לומר שלא ללאוו לחוד הוא דאתי וא"כ הי' לנו למנות

בחשבון לאוו המפורש בתורה שלא להניף מגל על קמת רעך. ולכלול בו גם מה שלמדנו מפי השמועה ולומר שלא זה בלבד נאסר. אבל יכלול בו גם בלאוו הזה שלא יאכל בשעת חרמש כדרשת חז"ל אבל שלא להזכיר כלל אזהרה זו בין הלאווין שמה שיאכל הפועל לא יקצור במגל או בין העשין וקטפת מלילות בידך לחשבו בחשבון לאוו הבא מכלל עשה עשה וזה תימא גדולה לפענ"ד וז"ל הרמב"ם פ"י משכירות ה' ו' המבטל ממלאכתו ואוכל או שאוכל שלא בשעת גמר מלאכה הרי זה עובר בלאוו שנאמר וחרמש לא תניף וגומר מפי השמועה למדו שכל זמן שהוא עוסק בקצירה לא יניף חרמש לאכילתו וכן כל כיוצא בזה עכ"ל

ועיין בלח"מ שם כתב שמקצת ספרים ליתא בדברי רבינו חלוקא דאו שאוכל שלא בשעת גמר מלאכה אלא המתבטל ממלאכתו לבד ואפשר לפרשו היינו כשעושה המעשה שנתבטל ממלאכתו והיינו דמייתא מקרא ובשיטה מקובצת תמצא שגם הרמב"ן והריטב"א והר"ן לא גרסי בדברי הרמב"ם הך חלוקא דאו שאוכל שלא בשעת גמר מלאכה אבל הוא גרסא שלישית דגרסי הכי המבטל ממלאכתו ואוכל בשעת מלאכה הרי זה עובר בל"ת שנאמר וחרמש לא תניף מפי השמועה למדו שכל זמן שהוא עוסק בקצירה לא יניף חרמש לאכילתו (עיין בש"מ דף קע"ט עמוד ג' בשם הרמב"ן ושם עמוד ב' בשם הריטב"א ודף קפ"ד עמוד ד' בשם הר"ן במשנה דף צ"א עמוד ב' כולם הביאו דברי הרמב"ם בנוסחא זו) וכן העתיק הטור בסי' של"ז והשיג על הרמב"ם שם ובזה הסימן אות ד' העתיק שם בדברי הרמב"ם סתם וגם תימא שהרי לא ס"ל כהרמב"ם בזה ועיין בב"י שתמה כן והניח בצ"ע ובריטב"א שם העתיק מפי השמועה שמענו שכל זמן שהוא עוסק בקצירה לא יאכל עיין שם שכתב שהרמב"ם הוציא כן מן הספרי וז"ל וי"א דנפקא לי' הא מילתא למרן ז"ל דכיון דדריש בקצירה לא יאכל עיין שם שכתב לי' מעיקרא ודריש לי' בסוף דתרתי קתני ומעיקרא דריש לי' שלא יאכל פועל במחובר אלא כשהוא גמר מלאכה ולבסוף דריש לי' שלא יאכל אלא לאחר שיגמור מלאכתו וה"נ תניא התם יכול לעולם ח"ל וחרמש לא תניף בשעה שאתה מניף על קמת בע"ה ומפרש לי' מרן ז"ל שלא יניף לאכילתו בשעה שהוא עוסק במלאכתו כו' וזה תימא גדולה דבכולי פרקין מוכיח דפועל אוכל בשעה שהוא עוסק במלאכתו כו' והני מתנייתא דספרי הכי נמי מתפרשא ותרתי דרשא דחרמש לא תניף תבשי מלתא הוא והתם אורחא הוא לפרושא מעיקרא ולמהדר לפרושא לבסוף עכ"ל ובזה יובן היטב דברי' הרמב"ן הובא בש"מ גם בב"מ שכתב כמדומה לי שטעה בפירוש ברייתא בספרי:

והנה הראב"ד בהשגתו שם ז"ל א"א דברים אלי אין להם שורש ובספרי פירשו וקטפת מלילת בידך שלא יהא קוצר במגל ואוכל וחרמש לא תניף בשעה שאתה מניף חרמש על קמח בע"ה ולא מפני ביטול מלאכה אלא שלא יעשה אכילתו קבע כענין מלאכתו עכ"ל ועיין מ"מ ודבריהם סתימין ועיין לח"מ שם הלכה כ"ג ד"ה כתב הה"מ והרמב"ן ז"ל פירוש דברייתא כנ"ל ונראה דהראב"ד נמי פירש הך ברייתא דקאמר בשעת חרמש כו' כדפירש הרמב"ן כו' ע"ש ותימא לכאורה הא מבואר בדברי הראב"ד טעם לדברי הספרי שהוא כדי שלא יעשה אכילתו קבע א"כ פשיטא שמפרש הך סיפא דברייתא וחרמש לא תניף בשעה שאתה מניף חרמש על קמה בע"ה שר"ל לא תניף חרמש לאכילתך בשעה זו וזה שלא כדברי הרמב"ן שהוא מפרש בשעה שאתה מניף חרמש על קמת בע"ה תאכל והראב"ד ס"ל בזה ג"כ כהרמב"ם בפירוש הספרי דר"ל בשעת חרמש לא תניף לאכילתך שלא בשעת חרמש אכול אלא דס"ל להראב"ד שאין הכונה לומר בשעת חרמש לא תאכל משום דאסור לאכול בשעת מלאכה אדרבה בשעת מלאכה התירה לו התורה לאכול אלא שלא יניף חרמש על מה שהוא אוכל שלא יעשה אכילתו קבע כענין מלאכתו ולא מטעם ביטל מלאכתו [עמש"כ לקמן בס"ד שגם הרמב"ם ס"ל דלא יאכל מן התורה רק בשעת חרמש אלא שלא ישב ויבטל. וע"ש שכ"כ גם הב"ח והדו"פ ושם כתבנו כוונת השגת הראב"ד הלזו באופן אחר] אבל עכ"פ א"א לומר שהראב"ד מפרש סיפא דברייתא כהרמב"ן כללו של דבר הרמב"ן מפרש בספרי בשעת חרמש אכול שלא בשעת חרמש לא תאכל והרמב"ם מפרש הספרי בהיפך שמ"ש בשעת חרמש ר"ל בשעת חרמש לא תאכל שלא בשעת חרמש אכול והראב"ד מפרש כהרמב"ם אבל לא מטעמי' כן נראה לפענ"ד ברור בכוונת הראב"ד והספרי עצמו אינו בידי אבל כפי המובן מבין ריסי דברי הראשונים ז"ל נראה שזהו לשון הספרי וקטפת מלילות בידך שלא יהא קוצר במגל ואוכל וחרמש לא תניף בשעה שאתה מניף חרמש על קמח בע"ה וכן העתיק הראב"ד לשון הספרי וכן תמצאו הובא בריטב"א הנ"ל וכן ברמב"ן הובא בש"מ שם והיינו דתניא בספרי כי תבא בקמת רעך יכול לעולם ת"ל וחרמש לא תניף בשעה שאתה מניף חרמש על קמת בע"ה. זהו רישא דספרי והדר תנא סיפא מכלל שנאמר רעך פרט לאחרים רעך פרט לגבוה. וקטפת ולא שתקצור במגל וחרמש בשעה שאתה מניף חרמש אכול שליא בשע"ת חרמ"ש ל"א תאכ"ל נראה לי דהאי לשנא לאוו מספרי הוא אלא דהרמב"ן מפרש לי' הכי וזהו שסיים שם והיינו רישא דברייתא דקתני יכול לעולם ת"ל כו'. עוד ברייתא אחרת בסגנון זה ממש הביא הרמב"ן. תניא אידך כי תבא יכול לעולם ת"ל ואל כליך לא תתן בשעה שאתה נותן בכליו של בע"ה והדר דריש כו' כלומר אותה שעה אתה אוכל

לאפוקי עודר ומנכש עכ"ל וכאן ביאר וכתב כלומר אות"ה שע"ה את"ה אוכ"ל לאפוקי שלא תפרש הסיפא אותה שעה לא תאכל וכמו שפירש הרמב"ם הך סיפא ועיין ריטב"א שזהו הטעות שרמז עליו הרמב"ן:

והנה ממ"ש הרמב"ם מפי השמועה למדו שכל זמן שהוא עוסק בקצירה לא יניף חרמש לאכילתו וכן כל כיוצא בזה משמע לכאורה דשלא בשעת קצירה מוסר לו להניף חרמש ובשעת קצירה אפילו בלא חרמש לא יאכל וכמו שכתב בפירוש שהלאוו הוא שלא יאכל שכיר מן המחובר בשעת מלאכה ולא הזכיר שם לא מגל ולא חרמש וכן מפורש בהלכה זו כפי עדות הרמב"ן והריטב"א והר"ן ומה שכתב וחרמש לא תניף מפי השמועה למדו שר"ל בשעת חרמש לא תאכל וכן מ"ש וקטפת מלילת בידך ר"ל בשעה שאין החרמש בידו כלומר שלא בשעת קצירה דמסתמא בזו השעה כבר הניח המגל מידו ואוכל על ידי קטיפת היד אבל לא לומר שיקטוף בידו דווקא ולא בא לאסור הנפה בחרמש דווקא אלא שדיבר הכתיב בהווה דבשעת קצירה דרכו לקצור בחרמש:

וזה פליאה נשגבה לפענ"ד לעקור דבר המפורש בתורה במקום שאין הכרח לזה לא מן הספרי ולא מן הש"ס ולא נמצא שום רמז בשום מקום שתהא כאן ההלכה עוקרת פשיטו של מקרא לגמרי. ואם אמת שגם לדעת רש"י והרמב"ן והרשב"א והר"ן והריטב"א וסייעתם שתפסו לעיקר דשעת אכילת הפועל הוא דווקא בשעת מלאכה ושלא בשעת מלאכה לא יאכל והיינו מיתורא דקרא או מן שינוי הלשון דרשו הכי כנ"ל אבל לא אמרו שאם אכל בשעה זו שעובר בלאו דלא תניף ועיין לבוש סי' של"ז סעיף י"ח פועל שאוכל בשעה שאין לו לאכול עובר בלאוו הבא מכלל עשה ועונשו עשה והסמ"ע שם חולק וס"ל דאוכל שלא בשעת מלאכה עובר בלאוו דלא תגזול אבל בדברי הכתוב וקטפת מלילת וחרמש לא תניף כפשוטן וכמשמען לגמרי וכד מעיינית שפיר תמצא שכל אורך הפליאה הזאת כלולה בהשגת הראב"ד הנ"ל שם מפורש בלי מחסור דבר. ולימדה אותנו בלשון קצרה ומבוארת בלשון תלמידו הרשב"א שהביא הב"י כאן:

שוב מצאתי בסמ"ק להר"י מקורבל סי' רע"ג בלאווין שלא להניף חרמש על קמת חבירו וה"ה בכרם לא יבצור אלא ביד ע"ש וכן מצאתי בסמ"ג והשר מקוצי בלאווין סי' קפ"ג שלא לקטוף קמה ולאכול כי אם ביד גם הב"י סי' של"ז בשם תלמודי הרשב"א שהוכיחו דלא כהרמב"ם שאין לאוו דלא תניף חרמש אזהרה שלא לאכול בשעה זו אבל הוא אזהרה שמה שאוכל לא יקצור במגל רק יקטוף ביד אבל מ"מ חובה עלינו לבאר דעת הרמב"ם:

הן אמת שמצאנו כיוצא בזה סמך מן המשנה המפורשת שם במקומו דתנן ב"מ דף פ"ז וכולן לא אמרו אלא בשעת מלאכה פירוש מן התורה לא יאכל אלא בשעת מלאכה אבל משום השיב אבידה לבעלים אמרו [פירוש התקינו נ"י ע"ש] פועלין אוכלים בשעת הליכה מאומן לאומן ובחזרתן מן הגת עכ"ל המשנה הנה בכאן מבואר בפירוש שהתורה הקפידה לאסרו שלא יאכל בשעה שהולך מאומן לאומן כמ"ש בש"ס שם אבל חכמים התירו לאכול בשעה זו דווקא מפני השיב אבידה וכמו כן התורה ציוותה לבעל השדה שיניח את הפועל לאכול בשעת קצירה דווקא והיא השעה שיחדה לו התורה להפועל לאכול אז אבל החכמים אסרו לו לאכול בשעת קצירה לפי דעת ר' יהודה בתוספתא הובא ברמב"ן שם בש"מ דאיסורא איכא ואפילו לרבנן דר"י דס"ל דאיסורא ליכא אבל עכ"פ תקנה איכא סלא יאכל בשעה זו שציוותה תורה לאכול וכ"כ הר"ן להדיא הובא בש"מ דף קפ"ד עמוד ד' וז"ל אלו רצה לאכול בשעה זו הרשות בידו אלא שתקנו שלא יבא לידי כך יעו"ש. וזה ג"כ דבר תמוה לכאורה לדחות שורת הדין בשתי ידים ולתקן דבר שהוא מהיפך להיפך ממש אבל על כרחינו צריכין אנו לומר שירדו חכמים לסוף דעתן של בני אדם וראו שהתורה כוונה לתקנת בע"ה במה שיחדה זמן מיוחד לאכילת הפועלים בשעת עבודתו דווקא כדי שיהא אכילתו עראי ומלאכתו קבע אבל כשראו חכמים אח"כ שדבר זה חומרו קולו ושלא יוכלו לעמוד בדבר הזה לקיים כמצוות התורה ואדרבה באו ע"י כן לידי ביטל מלאכה לכן עמדו ותקנו להתיר להם אכילה בשעה פנוי קצת ואמרו שזה תקנת וטובת שניהם שיאכל קצת דרך קביעות ועי"כ יעשה מלאכתו באמונה ושניהם רוצים בכך נמצא מפורש לפנינו שהתורה אמרה וחרמש לא תניף וקבלנו מפי השמועה שר"ל בשעת חרמש אכול ושלא בשעת חרמש לא תאכל ואתו רבנן ועקרי לה ואמרו שלא בשעת חרמש אכול ובשעת חרמש לא יאכל וצ"ע:

והנה בטור ח"מ סי' של"ז א' ד' העתיק דברי הרמב"ם הנ"ל הלכה ב' ותמה עליהם וז"ל ואיני יודע למה לא יאכל בעוד שמתעסק בקצירה ובבצירה שלא אסרה תורה אלא בדבר שלא נגמרה מלאכתו אבל בדבר שנגמרה מלאכתו יכול לאכול כל זמן שמתעסק בו. אמנם בהשגת הראב"ד שם כתב לתרץ דברי רבינו וז"ל ואולי זה מ"ש מפני השב אבידה לבעלים אוכלין בהליכתן מאומן לאומן ובחזירתן מן הגת דהיינו כשימלא הסל וינפיצנו ויחזור מן הגת ומה שאמרו מפני השב אבידה פירוש הוא למה שאמרו ועיין לח"מ ביאר הכוונה ושם בדבור הסמוך בסופו וז"ל והראב"ד כתב בהשגות דמ"ש רבינו בתחילת דבריו ואינו אוכל עד שימלא הסל הוא מדרבנן אבל מדאורייתא לא יאכל אלא בשעת מעשה ע"ש בלח"מ שסיים אלא שקשה טובא דרבינו כתב לקמן להיפך שכל זמן שהוא

עוסק לא שרי למיכל וצ"ע עכ"ל ולפענ"ד דהר"א מפרש דברי הרמב"ם דלקמן ג"כ באופן זה ואפילו לגרסת הרמב"ן והר"ן והרשב"א והטור בדבריו המבטל ממלאכתו ואוכל בשעת מלאכה שר"ל שבשעת מלאכתו עמד והפסיק ממנה וישב לו לאכול הרי זה עובר בל"ת שלא התירה התורה לאכול בשעת מלאכה אלא דרך עראי והריטב"א שהעתיק בלשון זה ומפי השמועה למדו כל זמן שהוא עוסק בקצירה לא יאכל יש לומר ג"כ דר"ל כ"ז שהוא עוסק במלאכה לא יבטל להפסיק ממלאכתו לגמרי וגרסת הראשונים בדברי הרמב"ם לקמן כך הוא פועל שאוכ"ל של"א בשע"ת גמ"ר מלאכ"ה ר"ל כגון במלאכת עודר וניכש הרי זה עובר בל"ת שנאמר וחרמש לא תניף ומפי השמועה למד"ו שכ"ל זמ"ן שהו"א עוס"ק בקציר"ה ל"א יני"ף חרמ"ש ר"ל אפילו בשעת קצירה שהתירה לו התורה לאכול היינו לקטיף מלילות בידו דווקא ולא בחרמש אבל שלא בשעת הקציר פשיטא שלא יאכל אפילו לקטוף המלילות בידו אלא שהדברים הללו מוכיחין שהמבטל מלאכתו ואוכל דרך קבע אפילו שלא ע"י חרמש עובר בלאוו דלא תניף חרמש וכלומר דמה שאסרה תורה להניף חרמש הוא מטעם שע"י כן יבוא לבטל מלאכת בע"ה ע"כ יובן מה שהשיג הראב"ד וכתב שדברים הללו אין להם שורש ולא מפני ביטול מלאכה אסרה תורה להניף חרמש עד שנאמר שהמבטל ממלאכתו עובר על לא תניף חרמש אלא שלא יעשה אכילתו קבע כעין מלאכתו וכלומר שהביטול הזה משום גזל נגעו בו כעין מ"ש הרמב"ם סוף פרק י"ג ע"ש:

ולפי זה יתישב תמיהת הב"י שכתב בסי' של"ז וז"ל ויש לתמוה על רבינו שכתב כאן דברי הרמב"ם בלא מחלוקת ולעיל בסי' זה חולק עליו ע"ש ולדברינו אתי שפיר שמה שחולק עליו למעלה הוא על מ"ש הרמב"ם בהלכה ב' אינו ענין לכאן כלל שהוא מפרש כאן דברי הרמב"ם כמו שמפרש הראב"ד וכנ"ל. משא"כ דבריו שבהלכה ב' לא הספיקו לו דברי הראב"ד שהם באמת רחוקים מאוד בכוונת הרמב"ם וכמ"ש הלח"מ. שוב מצאתי להב"ח והדו"פ שכתבו כעין זה לישב תמיהת הב"י אם שיש עוד הפרש בין דבריו לדבריהם גם בין דברי הב"ח להדו"פ יש הבדל יעו"ש אבל בעיקר הדבר שהמכוון לומר שהמבטל ממלאכתו וישב לו לאכול או הניף חרמש לאכילתו עובר בל"ת לא על האכילה עם העבודה יחד וזה הם דברים אחדים ממש עם מה שכתבנו שבת להשי"ת כי כוונתי לדעת הגאונים. והנה יש לומר שגם הרמב"ן והרשב"א והריטב"א והר"ן עד כאן לא ירדו לפרש כן אלא לפי גרסתם בדברי הרמב"ם המבטל ממלאכתו ואוכל בשעת מלאכה אבל לפי הגרסא שלפנינו כולי עלמא מודו דיש לפרש דבריו על דרך שכתבנו ומסולקת הפליאה הנ"ל ג"כ לפי זה. דהשתא המקרא הזה אינו יוצא מידי פשוטו גם לדעת הרמב"ם דלא

יניף חרמש לאכילתו רק יקטוף מלילות בידו. אלא דאכתי קשה מדוע לא הזכיר בין הלאווין לאו המפורש בתורה ותרמש לא תניף ולכלול בו גם האכילה ע"י ביטול והפסק מלאכתו והוא ז"ל הזכיר הלאו שלא יאכל הפועל בשעה זו אבל שלא יניף תרמש בשעה זו בשעה המותרת לו לאכול הוא נכלל במה שכתב בתחילה וכמ"ש למעלה. וי"ל דהא נמי לא קשיא שהרי כתב לעיל:

וז"ל מפי השמועה למדו שכל זמן שהוא עוסק בקצירה ל"א יני"ף חרמ"ש עכ"ל ור"ל אפילו בשעת קצירה. שהיא השעה שהתירה לו תורה לאכול היינו רק לקטוף מלילות בידו אמנם לגרסת הריטב"א שהביא נוסח הלכה אחת בזה"ל מפי השמועה למדו שכל זמן שעוסק בקצירה ל"א יאכ"ל עכ"ל כאן מנאה הקפידה מקום [ואפילו אם נפרש לעיל וכמ"ש הב"ח והדו"פ] מדוע לא הזכיר כלל איסור הנפת חרמש. ושיקטוף מלילות בידו דווקא ועיין שטמ"ק שם הובא לשון הריטב"א וכן קשה על מ"ש הרמב"ם בריש הלכות שכירות שיש בכללה ג' עשין וד' לית כו' ד' שיאכל השכיר במחובר שעושה בו ה' שלא יאכל השכיר מן המחובר בשעת מלאכה עכ"ל וכן בחשבון המצות שבראש ספר יד החזקה ל"ת רס"ז ע"ש הגם שנפרש שר"ל שלא יאכל בשעת מלאכה שכתב שם ר"ל במלאכה שאינינו גמר מלאכה. כגון עודר ומנכש וזה אסור לו לאכול אפילו שלא ע"י חרמש. דאפילו לקטוף מלילות בידו אסיר בשעת עידור וניכוש. אבל עכ"פ תימה איך לא הזכיר שם עיקרו של לאו זה ובני המשכיל מהר"פ נ"י העיר כי עתה לפי שיטה זו שהרמב"ם סובר ג"כ בפירוש דברי הספרי כמ"ש ה הרמב"ן דבשעת תרמש אכול ושלא בשעת חרמש לא תיכול מ"כ תוכיח ממילא שאסור להניף חרמש לאכילתו דמתי יניף בשעה זו שיניף חרמש לצרכו הרי היא תבטל מהנפת חרמש לצורך בעה"ב וליכא שעת חרמש ושלא בשעת חרמש אסור לו לאכול כלל וכלל וא"כ אי אפשר לו לאכול אם לא שבימינו יניף חרמש לצורך בעה"ב ובידו השנית יקטיף מלילות לצורך אכילתו. ולכן לא הוצרך הרמב"ם להזכירו לזה הלאו ודי לנו בתה שביאר דעתו במ"ש בפי י"ב שם מפי השמועה למדו שכל זמן שהוא עוסק ביצירה לא יניף חרמש לאכילתו ויובן ממילא שאי אפשר שיניף חרמש לצרכו וכנ"ל גם בשעת חרמש שהותר לו לאכול אבל לא ממה שקצר דעושה במחובר אינו אוכל בתלוש וכמ"ש הרמב"ן להדיא וא"א בשום אופן אלא שיקטוף מלילות בידו בשעת קצירתו וכנ"ל והנה דיבר נכונה אלא שיש לומר דח"מ בין חתך לחתך בלי הפסק ושהי' של תוך כדי דיבור עדיין שעת חרמש הוא א"כ אכתי צריך להזהיר שגם אז לא יניף חרמש לצרכו וכן מוכח ממה שכתב הריטב"א וז"ל וא"ת והא איצטריך לגופא שלא יקטוף ויאכל בכליו ועוד דאכתי קשה לאחר התקנה שכבר תקנו

חכמים זמן אכילה בין אומן לאומן. הנה וודאי יש מקום לבאר דעכ"פ באותו זמן לא יניף חרמש אלא יקטוף בידו. וז"ל הרמב"ם בספר המצות עשין סי' ר"א שצוונו להיות השכיר אוכל מהדבר שיעבוד בו בעת עבודתו כשהי' הדבר מחובר לקרקע והוא אמרו יתעלה כי תבא כו' ובגמרא ב"מ פ"ז כו' שהאדם אוכל במחובר לקרקע בשעת מלא כה עכ"ל ותימה לכאורה שסותר דברי עצמו בלאווין סי' רס"ז שכתב שם וז"ל הזהיר הכתוב מאכול בשעת עבודתו מן הדבר שיעבוד בו כשיעבוד במחובר לקרקע כו' וחרמש לא תניף כו' כלומר בשעת הקציר לא תקצור לעצמך וכבר אמרו ד' פ"ז אלו אוכלין מן התורה העושה במחובר לקרקע בשעת גמר מלאכה עכ"ל ולולי דמסתפינא הי' נראה לי לומר שיש כאן ט"ס וצריך להוסיף תיבה אתת וכצ"ל בעת גמ"ר עבודתו (וכ"כ הרי"ף להדיא וכמו שכתב הרמב"ם עצמו בלאווין סי' רס"ז] וכמו כן מה שסיים בעשין ר"א למדנו שהאדם אוכל במחובר לקרקע בשע"ת מלאכ"ה צ"ל ג"כ בשעת גמ"ר מלאכה. ועיין מגיד משנה. וראיתי להגאון רמ"מ בספרו אלה"מ סי' תקע"ו כתב וז"ל להיות השכיר אוכל מדבר שיעבוד בו בעת עבודתו כשיהי' הדבר מחובר לקרקע. ותיכף אח"כ בסי' תקע"ח כתב וז"ל שלא יאכל השכיר בשעת עבודתו תן הדבר שיעבוד בו במחובר לקרקע. הנה העתיק דברי הרמב"ם בסה"מ כצורתן:

ויש לתמוה על חכם שכמותו שלא הרגיש שהדברים סותרים זא"ז. ועיין הלכות שכירות שכתב הרמב"ם שם וז"ל ת"ע שיאכל השכיר מן המחובר שעושה בו ומצות ל[ת] (עשה) שלא יאכל השכיר מן המחובר בשעת מלאכה ור"ל שאזהרת לאו יש כשיאכל בשע"ת מלאכה ומובן ממילא דמ"ש תחילה שמצות התורה הוא שיאכל. ר"ל בגמ"ר מלאכה וכנ"ל [יעיין עבודת הלוי סי' תקע"ה וסי' תקע"ז שדבריו קרובים למ"ש הרמב"ם בריש הלכות שכירות ע"ש] אלא דלכאורה קשה מ"ש שהמצוה הוא שיאכל מן המחובר שעושה בו והרי מצוה זו נוהגת גם בתלוש וכמ"ש שם להדיא בפרק י"ב] ועיין חינוך סי' תקע"ו ותקע"ח. ע"ש בלשונו היטב. שנלמד מדבריו שיש הבדל בין תלוש למחובר חוץ מה שנוגע לענין מעשר שבמחובר אסור לו לפועל לאכול בשעת עבודה וזהו אזהרת ל"ת דחרמש ל"ת. וכשיגמור עבודתו כגון אחר שימלא הסל תצוה לו לאכול אבל העושה בתלוש נהפוך הוא דכשגמר עבודתו אסיר לו לאכול [אעפ"י שלא נגמרה מלאכתו למעשר כגון שהוא עובד עדיין בעסק מלאכה שהוא קודם גמר מלאכתו למעשר] אבל קודם שיגמור אז הוא המצוה שיאכל:

וכן מורין דברי הרמב"ם פרק י"ב מהלכות שכירות הל' ב' במ"ש שם מה בין תלוש למחובר שהוא ממש דברים שהעתיק הרא"ה בחינוך סי' תקע"ו ועיין למ"מ שם וכן מ"ש

הרמב"ם שם והעושה במחובר אינו אוכל אלא כשיגמור עבודתו כוונתו גמר עבודה לא גמר מלאכתו למעשר שהרי במחובר ליכא עדיין חיוב מעשר כלל ותשמע לפ"ז דמ"ש שם דבתלוש אינו אוכל כשיגמור עבודתו נמי אעפ"י שלא נגמרה מלאכתו למעשר רק כשיגמור פעולתו אסיר לו לאכול וטעמא דמלתא י"ל כיון דאמרינן בש"ס דף פ"ט שם מה דיש מיוחד כו' ומה דיש כו' דבר שלא נגמרה מלאכתו לתעשר פועל אוכל בו משמע דבשעת דישו יאכל דומיא דשור בדישו דאוכל בשעת דישו דוקא. דכשיגמור דישו אין כאן איסור דלא תחסום ה"ה אדם בתלוש. ואחר מלאכתו שוב לא יאכל בו. ולא מבעי למאי דס"ד למילף תלוש באדם מתלוש דבהמה. א"כ וודאי דריש בעינן. אלא אפילו למאי דיליף מן יתורא דקמה או מר' אמי דאמר אדם בתלוש לא צריך קרא כו' מ"מ ס"ל כיון דדרשינן דיש מ"ד מיוחד דבר שלא נגמרה מלאכתו למעשר אמרינן נמי בכלל זה מה דיש שבשעת דישו אוכל אחרי דישו אינו אוכל ה"ה תלוש באכילת אדם בעת עבודתו הוא שיאכל וכשיגמור פעולתו לא יאכל. משא"כ במחובר דילפינן מדכתיב וחרמש דבשעת חרמש לא יאכל כמ"ש בספרי וכמ"ש הרמב"ם וסייעתו א"כ גלי קרא דמחובר דינו היפך מתלוש:

שוב מצאתי בפירוש המשנה להרמב"ם שם וז"ל מחובר לקרקע בשעת גמר מלאכה תלוש מן הקרקע יש לו לאכול בשעת מלאכתו ולמדנו זה מדכתיב ל"ת שור בדישו וכחו שאוכל שור בשעת מלאכה בתלוש כך יאכל הפועל כו' שלא תהא חסימה בשום פנים לא לשור ולא לאדם עכ"ל הרי מבואר כמ"ש: