תלמוד בבלי · מחברי זמננו · רשימות שיעורים · סדר נשים

רשימות שיעורים על קידושין

הרב יוסף דוב הלוי סולובייצ'יק [הגרי"ד מבוסטון]

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

רשימות שיעורים על קידושין

הרב יוסף דוב הלוי סולובייצ'יק [הגרי"ד מבוסטון]

מקור הטקסט: ספריא · רישיון: לפי המהדורה: נחלת הכלל או Creative Commons

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/רשימות-שיעורים-על-קידושין/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611151759 של הספרייה.

תוכן העניינים

דף ב. 5
דף ב: 40
דף ג. 48
דף ג: 90
דף ד. 106
דף ד: 110
דף ה. 111
דף ה: 133
דף ו. 141
דף ו: 175
דף ז. 213
דף ז: 241
דף ח. 248
דף ח: 254
דף ט. 293
דף ט: 299
דף י. 343
דף י: 358
דף יא. 362
דף יא: 364
דף יב. 366
דף יב: 372
דף יג. 376
דף יד: 391
דף טו. 411
דף טו: 422
דף טז. 426
דף טז: 437
דף יז. 442
דף יז: 449
דף יח. 451
דף יח: 460
דף יט. 472
דף יט: 490
דף כ. 501
דף כ: 504
דף כא. 508
דף כא: 512
דף כב. 534
דף כב: 538
דף כג. 550
דף כד: 571
דף כה. 580
דף כה: 581
דף כו. 588
דף כו: 599
דף כז. 602
דף כז: 627
דף כח. 636
דף כח: 659
דף כט: 667
דף מא. 752
דף מא: 768
דף מב. 784
דף מב: 807
דף מג. 843
דף מג: 858
דף מד. 878
דף מד: 881
דף מה. 884
דף מה: 885
דף מו: 886

דף מז. 893
דף מז: 894
דף מח. 899
דף מט: 906
דף נ. 907
דף נב. 921
דף נח: 929
דף נט. 931
דף נט: 940
דף ס. 943
דף ס: 945
דף סא. 951
דף סא: 988
דף סב. 992
דף סב: 997
דף סג. 1005
דף סג: 1009
דף סד. 1022
דף סו: 1023
דף סז. 1040
דף סז: 1047
דף סח. 1053
דף סח: 1059
דף סט. 1076
דף עב. 1083
דף עב: 1099
דף עג: 1101
דף עד. 1107
דף עד: 1115
דף עה. 1121
דף עה: 1130
דף עו. 1133
דף עו: 1136
דף עז. 1139
דף עז: 1149
דף עח. 1154

דף ב.

הקדמה: בענין מצות קידושין

א

יסוד חלות דין קידושין

יל"ע האם קידושין הוי רק חלות קנין וחלות מתיר, או"ד דהוי נמי חלות קיום מצוה. ועיין ברמב"ם (בפ"א מהל' אישות הל"א-הל"ב) וז"ל קודם מתן תורה היה אדם פוגע אשה בשוק אם רצה הוא והיא לישא אותה מכניסה לביתו ובועלה בינו לבין עצמו ותהיה לו לאשה, כיון שנתנה תורה נצטוו ישראל שאם ירצה האיש לישא אשה יקנה אותה תחלה בפני עדים ואחר כך תהיה לו לאשה שנאמר כי יקח איש אשה ובא אליה, וליקוחין אלו מצות עשה של תורה הם עכ"ל. וכ"כ הרמב"ם בספר המצוות (עשה ריג) שיש מצות עשה בקידושין וז"ל והמצוה הרי"ג היא שצונו לבעול בקדושין ולתת דבר ביד האשה או בשטר או בביאה. וזו היא מצות קדושין, והרמז[1] עליו אמרו (תצא כד) כי יקח איש אשה ובעלה וגו' עכ"ל. ומבואר ברמב"ם שיש מצות עשה בקידושין. והנה ברוב מצוות עשה כשעושים את פעולת הצווי מקיימים קיום מצוה. למשל כתוב "ולקחתם לכם ביום הראשון פרי עץ הדר" ומי שלוקח ד' מינים מקיים מצוה. אולם הרמב"ם במנין המצוות שלו גם כולל מצוות עשה שהן חלות איסורים ודחלין מדין איסורי עשה. למשל, הרמב"ם מונה מצות עשה לבדוק בסימני בהמה וחיה מהפסוק "זאת הבהמה אשר תאכלו" (ספר המצוות, עשה קמט). ופשיטא שאין קיום עשה בבדיקת הסימנין, אלא דחל איסור עשה לאכול בהמה שאינה כשרה.[2] ומוכח דיש במנין המצוות של הרמב"ם מצוות עשה דהויין בעצם איסורים, בגדר לאו הבא מכלל עשה – עשה. ויש אף סוג שלישי של מצוות עשה דהוו גם קיום עשה וגם איסור עשה. למשל, המצות עשה לשבות בשבת וביו"ט כולל גם איסור עשה דמלאכה וגם קיום עשה דהשביתה עצמה.[3] ויש סוג רביעי של מצות עשה במנין הרמב"ם דהוו חלויות בעלמא שאינן קיומי עשה או איסורי עשה כגון חלויות

[1] נראה דהרמב"ם קרא לפסוק רמז מכיון שלשון המקרא אינו לשון ציווי אלא רק סיפור דברים.

[2] רבינו זצ"ל ביאר מצוות עשה דבדיקת סימנים כמו הראב"ד (מנין הקצר מצות עשה קמט) דהוי לאו הבא מכלל עשה, ונקט דהרמב"ם סובר שיש לכלול מצות כאלו במנין מצוות העשה. אבל עיין במגילת אסתר (על שכחת העשין לדעת הרמב"ן, עשה ב) שהרמב"ם לא מונה לאו הבא מכלל עשה במנין העשה שלו. ולגבי מצוות בדיקת סימנים לפי שיטת המגילת אסתר, עיין בדבריו לשורש ו' בספר המצוות.

[3] עיין בספר מפניני הרב מהרה"ג ר' צבי שכטר שליט"א (עמוד תיג-תיד) דרבינו זצ"ל ביאר דגם המצוות ד"מוצא שפתיך תשמור" (מצות עשה צד), ו"תשביתו שאור מבתיכם" (מצות עשה קנו) כוללים איסור בנוסף לקיום. ועיין ברשימות שיעורים למסכת סוכה (כה. בענין מצות הישיבה בסוכה) דרבינו זצ"ל הביא מחלוקת בין המנ"ח והגר"ח זצ"ל אם מצות ישיבת בסוכה כל ז' כולל גם קיום וגם איסור או דהוי רק קיום עשה.

טומאה (מצוות עשה צט – קז) דמונה טומאות נדה יולדת נגעים זב זבה ומת, ופשיטא שאין באלו קיומי מצוה או חלות איסור עשה אלא רק חלויות בעלמא. ויש לעיין באיזה מד' סוגי מצוות עשה הויא מצות קידושין. ומלשון הרמב"ם בריש הלכות קידושין "וליקוחין אלו מצות עשה של תורה הם" משמע דמצות עשה דקידושין הוי מצות עשה ולא רק חלות בעלמא כמו טומאה.[4] אבל יש לעיין במצות כי יקח איש אשה, האם הוי רק איסור עשה בלבד או גם קיום עשה. כלומר, האם הפסוק רק מחיל איסור לבעול אשה בלי קידושין[5] או שמי שמקדש אשה גם מקיים מצוה.

ונראה להביא שתי ראיות שיש בקידושין קיום מצות עשה:[6]

א) מבואר בגמרא (כתובות ז:) דמברכים בשעת קידושין ונחלקו הראשונים בהגדרת הברכה. הרא"ש (כתובות פרק א סימן יב) נקט דהיא ברכת שבח והודאה ולא ברכת המצוה, וז"ל ונ"ל כי ברכה זו אינה ברכה לעשיית המצוה כי פריה ורביה היינו קיום המצוה ואם לקח פלגש וקיים פריה ורביה אינו מחוייב לקדש אשה וכו' והילכך לא נתקנה ברכה במצוה זו וכו' וברכה זו נתקנה לתת שבח להקב"ה אשר קדשנו במצותיו והבדילנו מן העמים וצונו לקדש אשה המותרת לנו ולא אחת מן העריות עכ"ל. הרא"ש הוכיח מנוסח הברכה דמזכיר האיסור עריות דהיא ברכת שבח והודאה ולא ברכת המצוה כי היכן מצינו שמברך ברכת המצוה על מה שאסר לנו. מאידך מהרמב"ם (פ"ג מהלכות אישות הלכ"ג) מבואר דברכת אירוסין היא ברכת המצוה וז"ל כל המקדש אשה בין על ידי עצמו בין על ידי שליח צריך לברך קודם הקידושין הוא או שלוחו ואחר כך מקדש כדרך שמברכין קודם כל המצות, ואם קידש ולא בירך לא יברך אחר הקידושין שזו ברכה לבטלה, מה שנעשה כבר נעשה עכ"ל. הרמב"ם כתב דמברכים על קידושין "כדרך

[4] לכאורה מצינו דעה יחידה בראשונים שביאר המצות עשה דקידושין באופן זה. עיין בשו"ת ריב"ש (סימן שצח) שהביא מהרב חסדאי שקידושין מצות עשה "בשתוף שם לבד" כי קידושין רק "דין" כמו גירושין, שמי שמתקדשת על פי ההלכה חייבת מיתה אם מזנה. עיי"ש שהריב"ש דוחה דבריו ומכריח שמצוות קידושין שונה ממצוות שהם רק "דינים" וכדנקט רבינו זצ"ל.

[5] עיין בזה בלשון המהרי"ט (ב. ד"ה ולמדנו) וז"ל ומ"ש הרי ליקוחין אלו מצות עשה של תורה, הם לאו הבא מכלל עשה, הוא כדרך שמנה הרב מצות שחיטה וכמה מצות עשה שהם איסורים הבאים מכלל עשה וכו' עכ"ל.

[6] נראה בכוונת רבינו זצ"ל שמקיים מצות עשה אבל ליכא חיוב עשה לקדש אשה. ועיין בדברי הרמב"ם בהקדמה לפהמ"ש וז"ל אח"כ נתעסק בחלוקת הדברים בסדר נשים, והתחיל ביבמות, והטעם שהביאו להתחיל ביבמות ולא בכתובות כפי שמחייב ההגיון להקדימה, לפי שהנשואין תלוים ברצון האדם, ואין לבית דין לכוף את האדם להתחתן, אבל היבום כופים עליו ואומרים לו או חלוץ או יבם, ונכון יותר להתחיל בדבר ההכרחי, לפיכך התחיל ביבמות עכ"ל. ועיין בהקדמת התוס' יו"ט למסכת יבמות דהביא דברי הרמב"ם האלו והסיק דלפי דבריו אין כופין על הקידושין, והעיר דהרא"ש חולק על הרמב"ם וסבור דכופין על האישות. וע"ע מש"כ רבינו זצ"ל בזה בשיעורים לקמן (סוף אות א').

שמברכין קודם כל המצות". ומוכח מזה דהרמב"ם סובר דיש קיום עשה במצות כי יקח איש אשה דאל"כ על מה נתקנה ברכת המצוה.[7]

ונראה דגם הראב"ד (פ"ג מהלכות אישות הלכ"ג) הסכים עם הרמב"ם דברכת קידושין הויא ברכת המצוה. דהרי מצד אחד הראב"ד חולק על הרמב"ם ונקט דמברכים אחרי הקידושין. אמנם הטעם הוא מפני דהקידושין תלויים בדעת אחרים וז"ל א"א אין אנו אומרין כן אלא מקדש ואחר כך מברך והטעם מפני שהדבר תלוי בדעת אחרים שאם תמשך האשה ולא תרצה לקבל הרי הברכה לבטלה עכ"ל. ונראה דס"ל דמעיקר הדין ראוי לברך קודם הקידושין כמו בברכת המצוה דעלמא, אלא מפני חשש דברכה לבטלה דוחים את הברכה לאחרי הקידושין.

ובפשטות משמע מזה דהרמב"ם סובר דקידושין הוי קיום עשה. אמנם יתכן לדחוק דכי יקח איש אשה הוי רק איסור עשה ולא קיום עשה. דהרי מצינו ברכות המצוה דנתקנו לא על הקיום מצוה אלא על החלות דחלה ע"י מעשה מצוה. וא"כ אפשר לבאר דברכת המצוה דקידושין אינה על קיום מצוה אלא על חלות הקידושין דחל ע"י מעשה הקידושין. ונראה להוכיח דר"ת ס"ל דברכת קידושין חלה על חלות דקידושין ולא על קיום המצוה. דעיין בתוס' (פסחים ז. ד"ה בלבער) שדנו אם ברכת להכניסו בבריתו של אברהם אבינו צריך להאמר לפני המילה או לאחריה. והתוס' הביאו שיטת ר"ת וז"ל ולא נראה לר"ת דבפרק ר' אליעזר דמילה (שבת דף קלז: ושם) תניא המל אומר אקב"ו על המילה אבי הבן אומר להכניסו משמע לאחר המילה מקומו אע"ג דלהכניסו משמע להבא לא קשה דלא על זאת הנעשה עכשיו מברך אלא משבח ומודה להקב"ה שצונו על המילה כשתבא לידו ותיקנוה כאן לגלות ולהודיע שזו המילה נעשה לשם יוצרנו ולא לשם ע"ג ולא לשם מורנא ולא לשם הר גרזים ואין צריך לברך עובר לעשייתו אלא במקום שהעושה המצוה הוא מברך אבל כשמברך אחר לא ותדע שהרי ברכת אירוסין אינו מברך אלא אחר אירוסין עכ"ל. ר"ת הוכיח מברכת אירוסין שאין צריך לברך ברכת להכניסו עובר לעשייתן. וקשה, מה הקשר בין ברכת אירוסין לברכת להכניסו דאפשר להוכיח מאחד על השני. והט"ז (יו"ד סימן א סקי"ז) ביאר דס"ל להתוס' דברכת להכניסו וברכת אירוסין הויין ברכות השבח, ומשו"ה שפיר מברכינן לאחר המילה והאירוסין. אמנם יש להעיר על דברי הט"ז דבשלמא ברכת אירוסין י"ל דהויא ברכת השבח, וכדכתב הרא"ש (פ"א דכתובות סימן יב) דמנוסח הברכה משמע דברכת השבח היא דהיכן מצינו שמברך על

[7] השוה ללשון הריב"ש (סימן שצח) וז"ל ובודאי שלקיחת אשה בקדושין מצות עשה ואינה דין לבד שהרי תקנו בה ברכה כשאר המצות עכ"ל.

מה שאסר לנו, ועוד למה מזכיר חופה בברכה, והמצוה אינה קידושין אלא פריה ורביה. ולפי הרא"ש כל זה מוכיח דברכת אירוסין הויא ברכת שבח והודאה לה'. ברם נוסח הברכה דלהכניסו שוה לשאר ברכות המצוות, ומהיכא תיתי לומר שהיא ברכת השבח ולא ברכת המצוה.

ונראה לבאר את דברי ר"ת דיש ב' דינים בברכת המצוות: א) ברכה שנתקנה על מעשה המצוה דחל בה דין שמברך הברכה עובר לעשייתן, ב) ברכת המצוה שנתקנה על החלות שחלה מכח מעשה המצוה, וברכה כזו שפיר מברך אותה אף לאחר עשיית המצוה. ונראה דר"ת ס"ל דברכת להכניסו היא ברכת המצוה דחלה על החלות שם של בן ברית שחל בנימול. ור"ת הבין דברכת אירוסין אינה ברכת השבח בעלמא כשיטת הרא"ש, אלא דהויא ברכת המצוה דנתקנה על החלות שם אשת איש שחלה ע"י מעשה הקידושין ולכן דיני ברכת האירוסין שונים מברכת המצוה דנתקנה על עצם מעשה המצוה. וזה הטעם דברכת אירוסין שונה משאר ברכת המצוה בנוסחה, דמזכיר האיסור עריות, ובדיניה, דאדם אחר יכול לברך אותה ולא בעינן שיברכה עובר לעשייתן. והוא הדין לגבי ברכת להכניסו בבריתו של אברהם אבינו דחלה על חלות השם בן ברית דחל בגברא הנימול. ולפי זה, מבואר דר"ת נקט דברכת האירוסין היא ברכת המצוה דנתקנה על החלות של אשת איש.[8]

ויש לחקור בברכות שניתקנו על חלות האם יש ברכה רק כשהמצוה מחילה חלות שם חיובי כמו דחל בקידושין, או"ד יש ברכה אפילו על מצוה דרק מחילה חלות מתיר להסיר איסור.[9] ויתכן דיש נ"מ לגבי ברכת השחיטה. דעיין בספר המצוות (מצות עשה קמו) דהרמב"ם מונה מצות עשה לשחוט וז"ל היא שצונו לשחוט בהמה חיה ועוף ואחר יאכל בשרן ושלא יהיה להן התר אלא בשחיטה לבד, והוא אמרו יתעלה (ראה יב) וזבחת מבקרך ומצאנך כאשר צויתיך עכ"ל. ויש לחקור בגדר דמצוות שחיטה לפי הרמב"ם. דהכס"מ (פ"א מהלכות שחיטה הל"א) ביאר בדעת הרמב"ם דמי ששוחט כדי לאכול מקיים מצוה. אבל לכאורה יותר נראה כביאור הראב"ד (השגות במנין המצוות הקצר) בדעת הרמב"ם דשחיטה הויא איסור עשה וז"ל א"א זו אין לו טעם ואולי לאו הבא מכלל עשה עשה עכ"ל.

[8] וע"ע בזה ברשימות שיעורים למסכת ברכות (ס: בענין ברכות מצות תפילין, אות ג) דרבינו זצ"ל ביאר בזה שיטת ר"ת דיש שתי ברכות שונות על תפילין. דברכת להניח תפילין נתקנה על המעשה מצוה דהנחה וברכת על מצות תפילין נתקנה על חלות הקדושה דחלה באדם הלובש תפילין. וע"ע בספר ארץ הצבי (סימן ג אות טז) ובשיעורי הרב למסכת חולין (סימן ט).

[9] ע"ע בזה בשיעורי הרב למסכת חולין (סימן ט אות ב הערה 48).

ולפי זה יש לדון בגדר ברכת השחיטה. דשיטת הט"ז (שם) דהיא ברכת שבח והודאה. ולפי מה דביארנו לעיל לגבי ברכת להכניסו, מסתבר דברכת השחיטה הויא ברכה המצוה על החלות שנגרם ע"י השחיטה. אבל לכאורה הביאור הזה בברכת השחיטה תלוי בספק הנ"ל. כי שחיטה שונה מקידושין ומילה בזה שהשחיטה בעצם רק מחיל חלות מתיר להסיר איסורים, אבל אין חלות שם חדשה דשחוטה שחלה על הבהמה. וא"כ, רק לפי הצד דמברכים אפי' על חלות מתיר אפשר להגדיר ברכת השחיטה כברכה על חלות ודלא כהט"ז.

ונראה להוכיח דלפי הרמב"ם באמת מברכים ברכת המצוה גם על חלות היתר דהסרת איסור, דכתב הרמב"ם (פ"א מהלכות עירובין הל"א) דמברכין על עירוב חצירות במטבע של ברכת המצוה אע"פ דעירוב חצרות אינה אלא חלות מתיר בלבד.[10] וגם עיין בהשגות לרמב"ן על ספר המצוות (השגות לשורש א' ד"ה ובתשובה השנית) דכתב לגבי נטילת ידים, וז"ל וכן נטילת הידים אין מצותה בחיוב כלל ולא הטילו חכמים על האדם שיטול ידיו כלל ולאכול והנוטל ידיו עשרה פעמים ביום ואוכל אין לזה מצוה יותר מזה. אבל אלו היתר האיסור הן עכ"ל. ומבואר מדברי הרמב"ן דמברכים ברכת המצוה על "היתר האיסור".

יוצא לפי כל הנ"ל דמזה דהרמב"ם הגדיר ברכת האירוסין כברכת המצוה אין ראיה מוכחרת דיש קיום עשה במצות קידושין. דהרי יתכן דהברכה נתקנה על חלות האישות ולא על קיום המצוה. ועל פי זה ניתן לבאר הלשון המשונה דברכת אירוסין. דכבר הבאנו דהרא"ש הוכיח מהזכרת האיסור עריות בנוסח הברכה, דהברכה אינה בכלל ברכת המצוה אלא ברכת שבח והודאה. ולפי הרמב"ם נראה לבאר דברכת אירוסין הוי ברכת המצוה, אולם יסוד גדר הברכה היא ברכת המצוה דחלה על חלות האישות דנוצרה ע"י מעשה המצוה דקידושין. ולכן תיקנו אריכות בנוסח הברכה כדי לתאר את הענין המיוחד של חלות האישות.[11]

[10] ורבינו זצ"ל גם ציין למחלוקת הרמב"ם והראב"ד (פרק ו מהלכות עירובין הלכ"ד) אם מברכין בנוסח אשר קדשנו במצותיו וצוונו על עירובי תחומין. דהראב"ד טען דאין לברך וז"ל והיכן צונו לערב בתחומין, בשלמא עירובי חצרות ושתופי מבואות יש בהן היכר לשבת שלא להוציא לרה"ר אלא הא קולא נפקא מיניה לשבת ולא חומרא ואע"פ שאין מערבין אלא לדבר מצוה אין המצוה נוגעת לעירוב ואיך יאמר צונו על מצות עירוב עכ"ל. ורבינו זצ"ל ביאר בדעת הרמב"ם דהברכה נתקנה על החלות מתיר אע"פ דאין כאן מעשה מצוה בכלל. וע"ע בארץ הצבי (שם). וגם עיין בהעמק שאלה (שאילתא ק אות י) שביאר המחלוקת בברכת עירובי תחומין באופן דומה.

[11] אך לפי"ז צ"ל דיש חלות שם מעשה מצוה בקידושין בלי קיום מצוה. ולכאורה הוא תמוה. ועיין ברשימות שיעורים ליבמות בענין עשה דוחה ל"ת דמעשה המצוה דוחה ולא קיום המצוה כי היבמה עושה מעשה מצות יבום בלי קיום המצוה. אך עכ"ז פשטות הרמב"ם בקידושין הוא דיש בקידושין קיום מצות עשה ולא רק איסור עשה לבעול בלי קידושין.

ובין כך ובין כך, מפורש ברמב"ם שברכת האירוסין ברכת המצוה היא. מאידך שבע הברכות דנישואין אינן ברכות המצוה אלא ברכות שבח והודאה ושמחה, והברכה על הכוס של יין הוי חלק מברכת השמחה דז' ברכות (רמב"ם פרק י מהלכות אישות הל"ג-הל"ד). והא דכלה בלי ברכה אסורה לבעלה כנדה, ר"ל דברכות השמחה מעכבות בהיתר הנישואין. והא דמברכים ברכת אירוסין על הכוס מנהג הוא ולא מעיקרא דדינא כמו שכתב הרמב"ם (שם הלכ"ד) וז"ל ונהגו העם להסדיר ברכה זו על כוס של יין או של שכר עכ"ל.

ב) הוכחה שניה דיש בקידושין קיום עשה היא מהגמ' לקמן ריש פרק שני (מא.) שעדיף לאיש ולאשה עצמם להשתתף במעשה הקידושין מלמנות שליח לקדש ולהתקדש. והגמרא מסבירה שזהו משום ד"מצוה בו יותר מבשלוחו" וגם "מצוה בה יותר מבשלוחה". ומוכרח מזה דיש קיום מצוה בקידושין, דאי קידושין חל בתורת מתיר בעלמא של האיסור העשה ד"כי יקח" לכאורה לא שייך לומר הכלל שמצוה בו יותר מבשלוחו. ומוכח מדברי הגמרא שיש קיום מצוה בקידושין. אבל עיין בדברי הרא"ש (כתובות פרק א סימן יב) המובאים לעיל, שאין בקידושין קיום מצוה, אלא רק הכשר לפו"ר בלבד. וקשה מגמרא לקמן ריש פרק ב' על שיטת הרא"ש.

ועוד יש להעיר דמבואר מהגמרא הנ"ל שאפילו האשה מצווה במצות עשה דקידושין, דאמרינן מצוה בה יותר מבשלוחה כמו דאמרינן מצוה בו יותר מבשלוחו. וזה גם קשה על הרא"ש, כי אם קידושין הוי רק הכשר לפו"ר, מכיון שאשה פטורה מפו"ר ממילא גם אין לה שייכות להכשר פו"ר. [12] וא"כ אי אפשר לומר דמצוה בה יותר מבשלוחה לגבי קידושין וצ"ע.[13]

ובנוגע לשאלה האם קידושין מהווה מצוה או לא, יש לעיין במשנה בביצה (לו:) וז"ל כל שחייבין עליו משום שבות, משום רשות, משום מצוה בשבת, חייבין עליו ביום טוב, ואלו הן משום שבות, לא עולין באילן ולא רוכבין על גבי בהמה וכו' ואלו הן משום רשות לא דנין ולא מקדשין ולא חולצין ולא מיבמין, ואלו הן משום מצוה לא מקדישין וכו' עכ"ל. ורש"י (ד"ה כל שחייב עליו) ביאר ד"שבות" הוא דבר שאין בו מצוה כלל, "רשות"

[12] ובנוגע לדין מצוה בה יותר מבשלוחה בדעת שאר הראשונים עיין בשיעורים לקמן, ריש פרק ב'.

[13] ויש ראשונים דנקטו דמצוה בה יותר מבשלוחה שייכת לאשה בקידושין אע"פ דהמצוה היא פרו ורבו דאשה פטורה ממנה. למשל עיין בר"ן (טז ע"ב בדפי הרי"ף) שהאשה "מסייעת לבעל לקיים מצותו". והשיטה שלא נודע למי (ריש פרק שני) מחדש דחז"ל תיקנו חיוב פו"ר מדרבנן על נשים. ועיין במאירי (שם ד"ה אמר המאירי) שג"כ פירש כהר"ן והשיטה שלא נודע למי, וז"ל ואע"פ שאינה מצוות על פריה ורביה מכל מקום המצוה נעשית על ידה, ועוד שאע"פ שאין בה עשה גמור אינה נפקעת ממצוה לגמרי עכ"ל. וע"ע בזה בשיעורים לקמן (ריש פרק ב').

הוא דבר שיש בו קצת מצוה, ו"מצוה" הוי מצוה גמורה. ומבואר במשנה דקידושין הוי "רשות" דהיינו קצת מצוה, ולא רשות ולא מצוה גמורה.

ועיי"ש בגמ' (לו:) דהקשה וז"ל ולא מקדשין והא מצוה קעביד, לא צריכא דאית ליה אשה ובנים עכ"ל. ורש"י פירש את קושיית הגמ' וז"ל ולא מקדשין הא מצוה קא עביד - שנושא אשה לפרות ולרבות, ואמאי קא קרי ליה רשות עכ"ל. וביאר את תירוץ הגמ' וז"ל דאית ליה אשה ובנים - שני זכרים לבית שמאי, או זכר ונקבה לבית הלל, ותו לא מיפקד כולי האי כדאמרינן ביבמות (סא:), ומיהא קצת מצוה איכא כדאמר בבקר זרע את זרעך ולערב אל תנח ידך עכ"ל. ומשמע מדברי רש"י דסבור כמו הרא"ש דאין בקידושין קיום מצוה בפני עצמה, אלא דקידושין הוי מעין הכשר מצוה לפו"ר. ולכן אם האיש עדיין לא קיים את מצות פו"ר אזי הוא עושה "מצוה" בזה דהוא מקדש אשה כדי לפרות ולרבות, ואם הוא כבר קיים את מצות פו"ר אזי עדיין הקידושין נחשבין כ"קצת מצוה" מפני הדין דבערב אל תנח ידך.

אמנם יש לדחוק ולומר דבאמת רש"י סבור דיש בקידושין מצוה ולא רק הכשר מצוה לפו"ר. אלא דאם לא היתה מצות פו"ר בתורה אזי הקידושין לא היה מצוה בפני עצמה. אמנם עכשיו דהתורה מצווה אותנו לגבי פו"ר וגם נותנת לנו את דיני קידושין כדרך לקיים פו"ר, אזי גם הקידושין נחשבין כמצוה גמורה בפני עצמה. והטעם דרש"י מקשר את המצוה דקידושין לפו"ר, אינו מפני דקידושין עצמם לא הוי מצוה, אלא דהבסיס דקידושין יכול להיות קיום מצוה הוא מפני דקידושין הוו הדרך להגיע לקיום פו"ר.

ובנוגע לעצם דיני המשנה (שם) צריך לברר מה ההבדל בין "רשות" דהוי קצת מצוה לבין "מצוה" דהוי מצוה גמורה. ונראה לבאר ד"מצוה" הוי חובה דאדם חייב לרדוף אחריו לעשות,[14] לעומת "רשות" דהוא דבר שטוב לעשות אבל אין חיוב לרדוף אחריו. וזה דומה לדברי הרמב"ם בהלכות ברכות (פרק יא הל"ב) וז"ל יש מצות עשה שאדם חייב להשתדל ולרדוף עד שיעשה אותה כגון תפילין וסוכה ולולב ושופר ואלו הן הנקראין חובה, לפי שאדם חייב על כל פנים לעשות, ויש מצוה שאינה חובה אלא דומין לרשות כגון מזוזה ומעקה שאין אדם חייב לשכון בבית החייב מזוזה כדי שיעשה מזוזה אלא אם

[14] ורבינו זצ"ל העיר דלפי"ז יש לעיין בנוגע להא דהמשנה מגדירה מקדישין להקדש כמצוה. לכאורה קצת צ"ב דהרי איפה מצינו דיש חובת הגברא להקדיש ממונו להקדש. ורבינו זצ"ל אמר דנראה לבאר ע"פ הגמ' בב"ב (ט.) וז"ל אמר רב אסי לעולם אל ימנע אדם עצמו [מלתת] שלישית השקל בשנה, שנא' הוהעמדנו עלינו מצות לתת עלינו שלישית השקל בשנה לעבודת בית אלהינו עכ"ל. והתוס' (שם ד"ה שנאמר) העירו דלכאורה הגמ' איירי במצות צדקה לעניים ומביאה פסוק בנוגע להקדש וז"ל ואע"ג דהאי קרא גבי בית אלהינו כתיב דהיינו בדק הבית כ"ש צדקה עכ"ל. והביאור בזה הוא שנתינת ממון להקדש הוי קיום מצות צדקה. וא"כ כמו שיש חובת הגוף לתת מממונו לצדקה לעניים, כמו"כ יש חובת הגוף לתת מממונו להקדש.

רצה לשכון כל ימיו באהל או בספינה ישב, וכן אינו חייב לבנות בית כדי לעשות מעקה עכ"ל. ולפי"ז באדם דכבר קיים פו"ר ואז קידושין נחשב כ"רשות", אזי אין לו חיוב לרדוף ולחפש אשה לקדש, אלא דאם הוא מוצא אשה ורוצה לקדשה יש קיום מצוה בקידושין.

ב

מצות קידושין ונישואין

כתב הרמב"ם בכותרת להלכות אישות, וז"ל הלכות אישות יש בכללן ארבע מצות, שתי מצות עשה, ושתי מצות לא תעשה (א) לישא אשה בכתובה וקידושין. (ב) שלא תבעל אשה בלא כתובה וקידושין עכ"ל. כאמור לעיל, מקור המצות עשה הוא הפסוק "כי יקח איש אשה" והלא תעשה לבעול בלי כתובה וקידושין יוצא מהפסוק "לא תהיה קדשה מבנות ישראל" (פ"א מהלכות אישות הל"ד, מצוות לא תעשה שנ"ה).

והנה הרמב"ם הזכיר הכתובה גם לגבי העשה וגם לגבי הלאו, ומשמע מדבריו שמקיימין העשה רק כשנותן כתובה לאחר הקידושין, והלאו דקדישות נפקע דוקא כשנותן כתובה. וקשה, הרי נחלקו התנאים אם כתובה דאורייתא או דרבנן (כתובות י.) והרמב"ם בעצמו פסק שכתובה מדרבנן (פ"י מהלכות אישות הל"ז). וא"כ איך אפשר להרמב"ם לקבוע דהכתובה הויא חלק דהעשה והלאו מדאורייתא.

ונראה לבאר, שמלת "כתובה" בכותרת להלכות אישות פירושה חופה ונישואין, כלומר דהקיום עשה והפקעת הלאו תלוי גם בחלות נישואין. והשייכות בין כתובה לחלות נישואין עולה משיטת הרמב"ם (פ"י מהלכות אישות הלכה י"א) שאין כתובה לארוסה.[15] ומצינו דבר דומה בפירוש רש"י על התורה (פרשת חיי שרה פרק כה פסוק ו). על הפסוק "ולבני הפלגשים אשר לאברהם", דכתב רש"י וז"ל נשים בכתובה, פילגשים בלא כתובה, כדאמרינן בסנהדרין (כא.) בנשים ופילגשים דדוד עכ"ל. לכאורה לפי רש"י יש קידושין לפילגש והיא שונה מאשה רגילה רק במה שאין לה כתובה. ואילו הרמב"ן שם הקשה שאי אפשר לומר דהכתובה הוא ההבדל בין אשה לפילגש שהרי כל חיוב הכתובה הוא רק מדרבנן בעלמא, ואלו דברי הרמב"ן וז"ל ורש"י כתב נשים בכתובה, פילגשים שלא בכתובה כדאמר בנשים ופילגשים דדוד בסנהדרין (כא.), ואין הדבר כן כי לא תקרא פילגש אלא כשהיא בלא קדושין, כי הכתובה מדברי סופרים, והגירסא בסנהדרין פילגש בלא כתובה וקדושין עכ"ל. ונראה לתרץ דרש"י השתמש במלת "כתובה" כמו הרמב"ם לעיל, שפירושה הנישואין. רש"י סבור שיש קידושין ונישואין לאשה רגילה ואילו לפילגש יש רק קידושין בלבד.

[15] ונחלקו עליו התוספות (ב"מ יז: ד"ה מן האירוסין) דנקטו שיש כתובה לארוסה אע"פ שלא כתב לה.

ונראה לדייק יותר ולבאר דמלת "כתובה" בכותרת להלכות אישות אין פירושו כל חלות הנישואין אלא דוקא שעבודי הנישואין דחלין מדאורייתא ונכתבים בכתובה, דהיינו שעבודי שאר כסות ועונה.[16] ולפי זה המצוה דכי יקח מתקיימת רק אם הנישואין יוצר חלות אישות הכולל השעובדים הנ"ל. והנ"מ בזה במי דמקדש אשה על מנת דאין לה עליו שאר וכסות דלפי הרמב"ם (פרק ו מהלכות אישות הל"י) התנאי חל כי הוא מתנה על מה שכתוב בתורה בתנאי שבממון. ולפי מה שביארנו בשיטת הרמב"ם, י"ל דאע"פ דיש כאן חלות נישואין, מ"מ מכיון דהתנאי חל וחסר השעבודים דשאר כסות, אין כאן קיום עשה דכי יקח.

ואם כנים הדברים דלפי הרמב"ם צריך גם חלות הנישואין כדי להשלים את העשה וגם להפקיע שם קדישות, יוצא שאסור מן התורה לארוס לבא על ארוסתו לפני כניסה לחופה. וזה תואם לשון ברכת האירוסין "וצונו על העריות ואסר לנו את הארוסות והתיר לנו את הנשואות לנו על ידי חופה וקידושין".[17] ויש לדייק דהברכה משווה את האיסור ארוסות לאיסורי עריות, ומשמע דכמו שאיסור עריות חל מדאורייתא כמו"כ איסור ארוסה לארוס וההיתר על ידי חופה וקידושין הוא מדאורייתא. ולפי זה מי שבא על ארוסתו מבטל את העשה דכי יקח וגם עובר בלאו דלא תהיה קדשה כי בשניהם הרמב"ם מזכיר הצורך ל"כתובה".[18]

אבל יש להקשות על הדיוק שדייקנו מלשון הרמב"ם כותרת דהכל תלוי בנישואין, מהלכה מפורשת לקמן (פרק א מהלכות אישות הל"ד) וז"ל קודם מתן תורה היה אדם פוגע

[16] עיין בזה בספר מפניני הרב (עמוד ער) וברשימות שיעורים ליבמות (ג. הערה 95).

[17] השווה לרש"י (כתובות ז: ד"ה ואסר לנו) וז"ל ואסר לנו את הארוסות - מדרבנן שגזרו על הייחוד של פנויה ואף ארוסה לא התירו עד שתיכנס לחופה ובברכה כדפרישית כלה בלא ברכה אסורה לבעלה כנדה ואדרבנן נמי מברכין וצונו ואסר לנו כדאשכחן בנר חנוכה עכ"ל. ועיי"ש ברשב"א (כתובות ז: ד"ה ואסר לנו) שמביא שיטת הראב"ד שארוסה אסור לארוס מדאורייתא ויתכן דס"ל כמו שיטת הרמב"ם לפי הביאור של רבינו זצ"ל. ועיין בשיטה ישנה שם (שטמ"ק כתובות ז: ד"ה וזה לשון שיטה ישנה ואסר לנו) שכתב כדברי רבינו זצ"ל שיש איסור דאורייתא לארוס לבא על ארוסתו אבל מטעם אחר, וז"ל וכיון דבעיא מסירה לחופה ש"מ דלא קניא לה לגמרי הילכך הויא לה כארוסת אחר לגביה ואסירא ליה כדין אשת איש עכ"ל, והוא חידוש עצום.

[18] אבל לכאורה קשה לרבינו מדברי הרמב"ם (פ"י מהלכות אישות הלכה א) וז"ל הארוסה אסורה לבעלה מדברי סופרים כל זמן שהיא בבית אביה, והבא על ארוסתו בבית חמיו מכין אותו מכת מרדות עכ"ל. מבואר כאן שארוסה רק אסורה לבעלה מדרבנן וצ"ע על דיוק רבינו זצ"ל. ויתכן דכוונת הרמב"ם באומרו שהאיסור דארוס בארוסתו הוא מדברי סופרים ר"ל מן התורה שהרי לפעמים השתמש הרמב"ם בלשון "מדברי סופרים" לדרשת חכמים מדאורייתא. וכן כתב בתחילת הל' אישות (פרק א הל"ב) דכסף קידושין קונה אשה בקידושין מדברי סופרים ופשיטא דהוי קידושין מדאורייתא, עיין בנושאי כלים ובשיעורים לקמן (ב. ד"ה נקנית בכסף בשטר ובביאה). ועוד י"ל דבבא על ארוסתו בבית חמיו חלין נישואין מדאורייתא אלא דמדבא עליה בבית חמיו עבר על איסור דרבנן מדברי סופרים. ונישואין חלין בלי עדי קיום וכשיטת הגר"ח זצ"ל (עיין לקמן בשיעורים ה. ד"ה דעת בנישואין). והרמב"ם לשיטתו דייחוד הוי חופה ונשואין דאורייתא. וכשבא על ארוסתו בלי יחוד אז יעברו על איסור דאורייתא דארוסה לפני נשואין.

אשה בשוק אם רצה הוא והיא נותן לה שכרה ובועל אותה על אם הדרך והולך לו, וזו היא הנקראת קדשה, משנתנה התורה נאסרה הקדשה שנאמר לא תהיה קדשה מבנות ישראל, לפיכך כל הבועל אשה לשם זנות בלא קידושין לוקה מן התורה מפני שבעל קדשה עכ"ל. ומשמע מסוף ההלכה שרק לוקין על הלאו דקדישות אם הוא בא על אשה בלי קידושין ומי שבא על ארוסתו אינו עובר על הלאו דלא תהיה קדשה. וקשה דלכאורה זה סותר את משמעות לשון הרמב"ם בכותרת דעוברים על הלאו עד שתהא נשואה לו.

ונראה לבאר דלפי הרמב"ם לפעמים יש לאו אחד בתורה שכולל שני איסורים – האיסור העיקרי של הלאו והאיסור הטפל. ובשני האיסורים באמת עוברים על הלאו מדאורייתא אלא שהעונש הוא רק על עיקר האיסור. ולמשל, הרמב"ם פסק (פרק כ מהלכות שבת הל"א - הל"ב) שהמחמר אחר בהמתו בשבת עובר על הלאו דלא תעשה כל מלאכה אבל אינו לוקה כי הוא לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד (עיי"ש במגיד משנה). דהיינו, שהלאו דלא תעשה כל מלאכה כולל שני איסורים: א) הל"ט מלאכות (עיקר הלאו) שיש להם עונש מיתה, ב) מחמר אחר בהמתו שפטור ממיתה ומלקות. ומבואר מזה דלפי הרמב"ם אפשר ללאו אחד לכלול שני חלקים ורק חייבים עונש על עיקר הלאו.[19]

ונראה שהלאו דלא תהיה קדשה הוא כמו הלאו דלא תעשה כל מלאכה. דבאמת עוברים על הלאו דקדישות אם בא על אשה שאינה נשואה לו, וכמו שמשמע מלשון הרמב"ם בכותרת. אבל עיקר הלאו חל רק על אשה שאינה מקודשת לו כלל ובזה נענשים העונש דמלקות. ולפי זה מדוייק היטב לשון הרמב"ם בסוף הלכה ד' "כל הבועל אשה לשם זנות בלא קידושין לוקה מן התורה", דהרמב"ם איירי בהלכות מלקות ופסק דאין מלקות למי שבא על ארוסתו. אבל עדיין עוברים על האיסור הטפל שבלאו עד נישואין כדמשמע מלשון הרמב"ם בכותרת.

ונראה דהביאור בזה הוא דקדישות גמורה היא בביאה בלי קידושין, ומקצת קדישות הויא בביאה אחרי אירוסין בלי נישואין. אמנם האיסור עשה דכי יקח חל עד שיש

[19] ויתכן לבאר על פי היסוד של רבנו זצ"ל עוד הלכות שלפי הרמב"ם יש בהם איסור דאורייתא אבל אין לוקין עליהם. עיין למשל ברמב"ם (פ"ח מהלכות מאכלות אסורות הלט"ו-הלט"ז) שהנהנה מאיסורי הנאה עובר על "לא תאכל" אבל רק מכין אותו מכת מרדות. עיי"ש במ"מ (שם ד"ה כל מאכל) ובמשנה למלך (פ"ה מהלכות יסודי התורה הל"ח). וגם בנוגע להלאו ד"השמר בנגע הצרעת" (פ"י מהלכות טומאת צרעת הל"א) דמבואר מדברי הרמב"ם דכל מי שקוצץ הנגע עובר בלאו אבל רק נענש במלקות אם הועילו מעשיו ועכשיו הוא ראוי להיות טהור. והשווה לדברי הכס"מ דביאר איך לוקין על לאו דלא תתגודדו אם הוא לאו שבכללות, וז"ל וא"ת היאך לוקה המגדד עצמו דהא לאו שבכללות הוא כמו לאו דלא תאכלו על הדם. וי"ל דלא דמי דהכא עיקר הלאו ידענו שהוא שלא נגדד עצמנו אלא שרבה הכתוב גם שלא להעשות אגודות אגודות אבל דלא תאכלו על הדם עיקר הלאו לא נודע איזהו ולהכי הוי לאו שבכללות, כך נראה לי עכ"ל. הרי דלוקין על עיקר הלאו ולא על שאר איסורי דאורייתא דמקורם באותו לאו. ויש לחלק בין דברי הכס"מ לדברי רבינו זצ"ל ואכמ"ל.

לו ליקוחין גמורים עם כניסה לחופה.[20] ויוצא דלפי הרמב"ם, הבא על פנויה עובר על האיסור עשה דכי יקח ועל הלאו דקדישות ולוקין עליו. והבא על ארוסתו עובר בעשה ועל האיסור הטפל שבלאו ואין לוקין עליו.

ויש להקשות על שיטת הרמב"ם שארוסה אסורה מדאורייתא לארוס מגמרא (כתובות יב.) שמנהג אנשי יהודה היה שארוס וארוסה היו מתייחדים לפני הנישואין ולכן הבעל אינו יכול לטעון טענת בתולים לאחר הנישואין. והיתכן שסתם חתן וכלה ביהודה עברו על לאו ועשה מדאורייתא.[21] ויש לומר דהרמב"ם סובר כדעת השטמ"ק (כתובות דף יב. ד"ה אמר אביי) דלא היה שם ביאה רק יחוד וז"ל כדי שיהא לבו גס בה עכ"ל.

ויתכן לפרש דעת הרמב"ם באופן אחר, דיש לחלק בין הלאו לבין האיסור עשה. כלומר, דהאיסור עשה דכי יקח שייך אפילו בארוסה כדמבואר בכותרת להלכות אישות. אבל לגבי הלאו דקדישות ניזיל בתר פשטות לשון הרמב"ם בסוף הלכה ד' דמשמע דארוסתו אינה מוגדרת כזונה.[22] ולפי זה הבא על ארוסתו עובר באיסור עשה דכי יקח אבל אינו עובר על הלאו מדאורייתא בכלל.[23]

ועוד יתכן לבאר את שיטת הרמב"ם באופן שלישי, דבאמת אין איסור דאורייתא בארוס שבא על ארוסתו. דלגבי הלאו דקדישות כבר ביארנו לעיל דיתכן לומר דהלאו נפקע לגמרי משעת אירוסין. ויתכן דגם האיסור עשה דכי יקח פקע באירוסין, אע"פ דאין קיום העשה חל עד שעת נישואין. דכבר ביארנו לעיל דיש ב' דינין במצות עשה דכי יקח איש אשה: א) קיום עשה דיצירת אישות, ב) איסור עשה לבוא על אשה בלי אישות. ועד כאן הנחנו דשני הדינים תמיד חלים ביחד – דכל עוד דהקיום עשה לא נשלם עדיין יש איסור עשה לבוא על האשה. אבל יתכן לחלק ביניהם ולומר דהאיסור עשה דכי יקח נגמר

[20] לפי רבינו זצ"ל המצות עשה דכי יקח רק נגמר בנישואין. וזה עולה יפה עם שיטת רבינו אברהם בן הרמב"ם (מובא בכס"מ פ"א מהלכות אישות סוף הל"ג) שהקידושין תחלת המצוה ונישואין מהוה את גמר המצוה. אבל עיין בלשון הספר החינוך (מצוה תקנב) וז"ל שנצטוינו לקנות האשה באחת משלשה דרכים קודם הנישואין עכ"ל. משמע מדבריו שנישואין אינו חלק מהמצוה.

[21] עיין ברשב"א (כתובות ז: ד"ה ואסר לנו את הארוסות) שמביא מנהג אנשי יהודה כקושיא על שיטת הראב"ד שיש איסור דאורייתא בארוס לארוסתו. אבל הוא דוחה וז"ל ולפי דבריו הא דיהודה שעת הדחק שאני עכ"ל.

[22] אך לפי"ז קשה לשון הכותרת בנוגע ללאו וצ"ע.

[23] ועיין ברשימות שיעורים ליבמות (ד. רש"י ד"ה אנוסת בנו) דרבינו זצ"ל העיר דלפי זה גם קידושין וגם נישואין חלין כמתירים. דקידושין מתיר האיסור דלא תהיה קדשה, ונישואין מתיר האיסור עשה דכי יקח. ורבינו זצ"ל ביאר על פי זה שיטת רש"י (יבמות ד. ד"ה אנוסת בנו) דרק אירוסין עם אשה דראויה לו יוצר איסור על קרובות אשתו, דהאיסור קרובות תלוי בחלות אישות דמתרת ורק קידושין דעומדים לנישואין חלין כמתיר. ועיי"ש בדבריו הנעימים באריכות.

בשעת אירוסין, אף על פי דהקיום עשה נגמר רק בנישואין.[24] ולפי זה, הבא על ארוסתו מבטל את קיום העשה דכי יקח אבל אינו עובר על שום איסור עשה או לאו דאורייתא.

ג

שני דינים באישות

והנה לפי הנ"ל יוצא דהקיחה דהבעל (כי יקח איש אשה), דהיינו קנינו, מתחיל בקידושין ונגמר רק בנישואין. ומסתבר שקנין הבעל נשלם רק בנישואין כי יש דינים וחיובים בינו לבינה דחלין עם הנישואין. מאידך האיסור של אשת איש מתחיל ונשלם בשלב של קידושין שהיא אסורה מדאורייתא בכל תוקף דאשת איש מיד לאחר הקידושין. וזה כלשון הגמרא (ב:), שפירוש המלה דקידושין "דאסר לה אכ"ע כהקדש". יוצא שקידושין גורם לשני דינים: א) תחילת הקנין והמתיר[25] לבעל דרק נשלם בנישואין, ב) האיסור לכו"ע דחל בשלמותו ע"י הקידושין. ועוד נראה דעיקר הקידושין חל לאסור אותה לשוק כי על זה חל השם "קידושין" וזה מה שנגמר ע"י הקידושין. וכל זה לגבי קידושין ואילו הנישואין חל כגמר הקנין דאישות וכמתיר לבעל. ויוצא איפוא דיש ב' דינים באישות: א) דין אוסר לעלמא דהיינו הקידושין, ב) דין קנין ומתיר לבעל דנגמר בנישואין.

ולפי זה נראה לבאר את השקלא וטריא דגמ' ריש יבמות (ג.). הרי המשנה שם (ב.) קובעת דעריות מופקעות מזיקת יבום, וז"ל חמש עשרה נשים פוטרות צרותיהן וצרות צרותיהן מן החליצה ומן היבום עד סוף העולם עכ"ל. הגמ' (ג.) הקשה למה המשנה צריכה להדגיש דפטורות מחליצה ומיבום, הו"ל לנקוט בלשון קצר יותר, וז"ל ליתני מן הייבום לחודיה, אי תנא מן הייבום, הוה אמינא מיחלק חלצה יבומי לא מייבמה, קמ"ל כל העולה לייבום עולה לחליצה, וכל שאינו עולה לייבום אינו עולה לחליצה עכ"ל. הגמ' מעלה הו"א דערוה נופלת לזיקה וצריכה חליצה אלא דאינה יכולה להתייבם. ולכאורה ההו"א הזאת קשה לשיטת הרמב"ם. דהרי הרמב"ם (פרק ו מהלכות יבום וחליצה הל"ט) נקט דיסוד פטור ערוה מזיקה הויא משום דערוה אינה בת אישות, וז"ל כיצד יבמה שהיא ערוה על יבמה כגון שהיתה אחות אשתו או אמה או בתה הרי זו פטורה מן החליצה ומן היבום ואין לו עליה זיקה כלל שנ' ולקחה לו לאשה ויבמה מי שראויה ללקוחין וקידושין

[24] ולכאורה מצינו דבר דומה בדברי המנחת חינוך לגבי מצוה דישיבת סוכה. דהיינו דיש בה גם איסור עשה וגם קיום עשה אך אינם שווים, עיין ברשימות שיעורים למסכת סוכה (כה. בענין מצות הישיבה בסוכה) ולעיל הערה 3.

[25] לפי הפירוש הב' והג' לעיל בדעת הרמב"ם פשיטא דקידושין חל כמתיר דהרי הוא מתיר את האיסור לא תהיה קדשה. ויתכן דגם יש להגדיר קידושין כמתיר לפי הפירוש הא' לעיל בדעת הרמב"ם דהלאו דלא תהיה קדישה וגם האיסור עשה דכי יקח עדיין קיימים בארוסה. דהרי רבינו זצ"ל ביאר דאע"פ דהבא על ארוסתו עובר בלאו דאורייתא דלא תהיה קדשה, אך אין לו עונש מלקות כי כח הלאו נקלש ע"י חלות הקידושין.

תופסין בה היא שהיא זקוקה ליבם עכ"ל.[26] וא"כ איך אפשר להיות הו"א דיש זיקה לערוה להצריך חליצה, הרי אינה ראויה להיות בת זיקה כלל מכיון דאינה בת אישות.

ונראה לבאר ע"פ הב' דינים דאישות הנ"ל. דבאמת גם בהו"א הגמ' הבינה דערוה אינה בת אישות דזיקה. אלא דסד"א שיש לחלק בין הזיקה דאישות האוסרת את היבמה לכל העולם כולו לבין הזיקה המתרת אותה ליבם. דנהי דערוה אינה בת זיקת אישות להתירה ליבם, מ"מ קא סלקא דעתך דחל בה זיקה האוסרתה על כל העולם ולכן היא צריכא חליצה. ומסקנת הגמ' היא דזיקה אינה חלה בה כלל, לא זיקה המתרת ליבם ולא זיקה האוסרתה על כל העולם.[27]

ונראה לומר דהב' דינים דאישות - דין איסור לכו"ע ודין קנין ומתיר לבעל מבואר נמי משיטת רש"י התמוהה בענין איסורי קרובות אשתו.[28] דנחלקו הראשונים מתי קרובות אשתו נאסרות על הבעל. תוס' ביבמות (ב: ד"ה בתו) נקטו דנאסרות ע"י נישואין, והרמב"ם (פרק ב' מהלכות איסורי ביאה הל"ז) סבר דנאסרות כבר מקידושין. אבל עיין ברש"י ביבמות (ד. ד"ה אנוסת בנו) וז"ל לאו כלתו היא דאין כלה אלא מקודשת וראויה לחופה עכ"ל. ומשמע מרש"י דאיסור כלתו חל בשעת אירוסין אבל רק אם היא ראויה לחופה. דהיינו, דאם קידש אשה דמותרת לו אזי איסורי קרובות חלין מיד בקידושין. אבל אם קידש אשה דאסורה לו ואינה ראויה לחופה, אע"פ דהקידושין חלין, קרובותיה אינן אסורות עליו. והחילוק הזה בשיטת רש"י טעון הסבר.

ונראה לבאר ע"פ הנ"ל דהקידושין חל כאוסר אותה לשוק וגם כתחילת הקנין והמתיר לבעל. והנישואין חל רק כמתיר ולא כאוסר. ועיין ביבמות (נז:) דפליגי רב ושמואל אם יש חופה לפסולות או לא. וטעם הדבר שאין חופה לפסולות הוא משום שעצם החופה חלה מדין מתיר ובפסולות לא חל המתיר של החופה ולפיכך אין חופה חלה וקונה.[29] ולפי זה אפשר לומר דגם לגבי קידושין אע"פ דחל חלות קידושין באיסורי לאוין, מ"מ יש חילוק בין הב' דינים בקידושין. דהקידושין בפסולות שפיר חל כדי לאוסרה לשוק, אבל

[26] וע"ע בזה ברשימות שיעורים ליבמות (ב. ד"ה חמש עשרה נשים).

[27] וע"ע בזה ברשימות שיעורים למסכת יבמות (ג. ד"ה הו"א מיחלץ חלצה).

[28] עיין בזה ברשימות שיעורים למסכת יבמות (ד. רש"י ד"ה אנוסת בנו).

[29] ויש להעיר דביאור רבינו זצ"ל בהא דאין חופה לפסולות תלוי במחלוקת ראשונים לגבי ההיכי תמצא והסברות דשיטות רב ושמואל. למשל עיין בריטב"א (שם ד"ה איתמר) דביאר בדעת רש"י דהסוגיא איירי בחופה בלי קידושין לפי המ"ד דאין חופה קונה. וא"כ שיטת שמואל שפיר מובן דאין חופה לפסולות דהרי חופה אינו קונה לפני הקידושין. ורב נקט דחופה פוסלה לתרומה בגלל קנס דרבנן וז"ל דדלמא אע"ג דחופה לא קניא, כיון דעל דעת קדושין או נשואין נכנסה שם וזימנה וקרבה עצמה לביאה פסולה קנסוה רבנן שלא תאכל בתרומה עכ"ל. לפי פירוש הריטב"א בדעת רש"י לכאורה אי אפשר להוכיח גדר הנישואין משיטת רב דיש חופה לפסולות דהרי שיטת רב כל כולו מבוסס על קנס דרבנן.

לא כתחילת הקנין והמתיר לבעל. ונראה דרש"י אזיל לפי המ"ד דאין חופה לפסולות, ולכן קידושין באיסורי לאו חל רק כאוסר ולא כתחילת המתיר. וגם נראה דלפי רש"י איסורי קרובות תלויים דוקא בחלות המתיר דאירוסין. ולכן, קידושין דעלמא דחל כמתיר וכאוסר מחיל איסורי קרובות. אבל קידושין בפסולות דאינן ראויין לחופה, דהיינו דאינן ראויות לחלות המתיר דאישות, אזי הקידושין בהן חל רק כאוסר ולא כמתיר, ומשו"ה אין חלות איסורי קרובות כשמקדשן. וזה הביאור בשיטת רש"י דאין איסורי קרובות חלות ע"י קידושין באיסורי לאו.

והנה לעיל (אות ב) הבאנו שני פירושים בדעת הרמב"ם האם האיסור דלא תהיה קדשה פקע בשעת קידושין או רק ע"י נישואין. ונראה דאם רש"י סובר כהצד ברמב"ם דיש איסור דאורייתא בפנוי הבא על הפנויה דנפקע באירוסין, י"ל דכל זה נכון באשה דעלמא המותרת לו. אבל נראה דהקידושין בפסולות דחל רק כאוסר ולא כמתיר אינו מפקיע את איסור הקדישות. ונמצא דהבא על ארוסתו דפסולה לו עדיין עובר על האיסור דקדישות מדאורייתא ואע"פ דהאיסור דקדשה פקע באירוסין דעלמא. ברם הארוסה הפסולה לו עדיין אסורה לשוק בכל תוקף דאיסור אשת איש כי הקידושין חל בה כאוסר.

ועוד נראה לבאר ע"פ היסוד הנ"ל דיש ב' דינים באישות את שיטת התוס' לקמן (ז. ד"ה ונפשטו). דאיתא בגמ' (שם) וז"ל חצייך מקודשת לי אינה מקדושת עכ"ל. ומר זוטרא הקשה על זה מדין של פשטה קדושה בכולה, דהיינו שמי שמקדיש חצי בהמה להקדש חלות הקדושה פשטה בכל הבהמה, וא"כ למה במקדש חצי אשה לא פשטה חלות הקידושין בכל האשה. ומסקנת הגמ' לחלק דדין פשטה קדושה בכולה חל רק בבהמה "שאין בה דעת אחרת" ולא באשה שיש לה דעת אחרת. אבל רואים מההו"א שהיתה אפשרות לומר "פשטה קדושה בכולה" לגבי קידושין. ולכאורה כל זה תמוה, דלמה סד"א דפשטה קדושה לגבי חלות קידושין. והתוס' (שם ד"ה ונפשטו) כתבו על זה וז"ל ונראה שלכך דקדק רש"י ופירש דהא מקודשת בלשון הקדש קאמר לה וכדאמר בריש פירקין דאסר לה אכ"ע כהקדש שאדם עושה אותה כהקדש לפיכך יש להיות דינה כהקדש אבל אם היה אומר מאורסת או חד מהנהו לישני דלעיל (ו.) על זה לא היה מקשה ונפשטו קידושי בכולה לפירוש זה עכ"ל. לפי התוס' ההו"א שבגמ' היא שחלות הקידושין תתפשט בכל באשה רק כשהמקדש השתמש בלשון "הקדש" (הרי את מקודשת לי), אבל אם קידשה בלשון אחר כמו בלשון "הרי את מאורסת לי" אזי היה פשוט לגמ' דאין לומר פשטה קידושין בכולה. והחילוק הזה צריך ביאור, דהרי אם שתי הלשונות מועילות לקידושין למה דוקא נאמר פשטה קידושין בכולה בלשון דהרי את מקודשת

לי ולא בכל לשון אחר. ונראה לבאר ע"פ הנ"ל. דאם המקדש השתמש בלשון הקדש אזי עיקר החלות הוא חלות האוסר כמשמעות הלשון "דאסר לה אכ"ע כהקדש". ולכן יש דמיון לחלות הקדש וניחא שפיר ההו"א שחלות הקידושין תתפשט בכל האשה. אך אם המקדש השתמש בלשון אחר דמועיל לקידושין אזי עיקר החלות הוא חלות הקנין והמתיר דקידושין. וא"כ אין לדמותו לחלות הקדש דהוי חלות אוסר ואין טעם לומר שתתפשט חלות הקידושין האלה בכל האשה.

ד

בגדר הלאו דלא תהיה קדשה

איתא ברמב"ם (פ"א מהל' אישות הל"ד) וז"ל קודם מתן תורה היה אדם פוגע אשה בשוק אם רצה הוא והיא נותן לה שכרה ובועל אותה על אם הדרך והולך לו, וזו היא הנקראת קדשה, משנתנה התורה נאסרה הקדשה שנאמר לא תהיה קדשה מבנות ישראל, לפיכך כל הבועל אשה לשם זנות בלא קידושין לוקה מן התורה מפני שבעל קדשה עכ"ל. והראב"ד שם חולק על הרמב"ם בגדר קדשה, וז"ל א"א אין קדשה אלא מזומנת והיא המופקרת לכל אדם אבל המייחדת עצמה לאיש אחד אין בה לא מלקות ולא איסור לאו והיא הפילגש הכתובה עכ"ל. הראב"ד הבין מדברי הרמב"ם שהאיסור קדשה כולל כל אשה שאינה מקודשת לו, אפילו אם היא מיוחדת לו. והקשה הראב"ד דלפי דעת הרמב"ם דכל אשה בלי קידושין מוגדרת כקדשה צ"ע מהו הגדר דפילגש המותרת.

וכדי לבאר את דעת הרמב"ם יש לחקור ביסוד הדין דקדשות לפי שיטתו. דהרי הרמב"ם הגדיר קדשות כ"הבועל אשה לשם זנות בלא קידושין". ויש לעיין בכוונתו, האם יש כאן שני תנאים שונים ("לשם זנות" וגם "בלא קידושין") או"ד הם בעצם תנאי אחד של בלי קידושין, וכל ביאה דהויא בלי קידושין נחשבת כביאה לשם זנות. ועיין בשו"ת רמב"ן (מובא בכס"מ שם) וז"ל ודע שראיתי להרמב"ן שכתב בתשובה הנזכרת לעיל וז"ל וגם דברי הרמב"ם אינם לאסור פילגש ולהתירה למלך אלא כך אמר וכל הבועל אשה לשם זנות לוקה מפני שבעל קדשה ולשם זנות היינו שפוגע בה ובעלה ולא יחדה לעצמו לשם פילגשות דהיינו קדשה ולא אמר כל הבועל בלא קידושין לוקה עכ"ל. ומבואר דהרמב"ן הבין בדברי הרמב"ם דיש שני תנאים שונים, דהיינו דרק עוברים על הלאו דקדשה אם בא על אשה כשהיא אינה מקדושת לו (בלא קידושין) וגם אינה מיוחדת לו (לשם זנות). אבל במיוחדת לו הריהי מותרת לו כפילגש, אפי' בלי קידושין. אבל כבר תמה הכס"מ על הרמב"ן דלכאורה פירושו נגד דברי הרמב"ם מפורשים בדין פילגש. כי כתב הרמב"ם (פ"ד מהל' מלכים הל"ד) וז"ל וכן לוקח [המלך] מכל גבול ישראל נשים ופלגשים, נשים

בכתובה וקדושין, ופלגשים בלא כתובה ובלא קידושין אלא ביחוד בלבד קונה אותה ומותרת לו, אבל ההדיוט אסור בפילגש אלא באמה העבריה בלבד אחר ייעוד עכ"ל. ומפורש ברמב"ם שאפילו אשה שמיוחדת לו כמו פילגש עדיין אסורה להדיוט כל זמן דליכא קידושין.[30]

לכן נראה יותר כפירוש הגר"ח זצ"ל בדברי הרמב"ם, דהיינו דלישנא "לשם זנות בלא קידושין" מהוה תנאי אחד בלבד, דהיינו בלי קידושין. דהרמב"ם הגדיר כל ביאה בלי קידושין כבעילת זנות ולכן הבא על אשה בלי קידושין עובר על איסור קדשה. ואם כן, פילגש, שלפי הרמב"ם היא "בלא כתובה ובלא קידושין", אסורה להדיוט מדאורייתא באיסור הלאו דקדשה. (ולגבי ההיתר למלך עיין לקמן באות ה'.)

והגר"מ זצ"ל הביא עוד ראיה לפירוש הגר"ח זצ"ל מדברי הרמב"ם (פי"ב מהלכות איסורי ביאה הלי"א – הלי"ב) לגבי איסור שפחה ועבד, וז"ל והבא על השפחה מכין אותו מכת מרדות מדברי סופרים, שהרי מפורש בתורה שהאדון נותן שפחה כנענית לעבדו העברי והיא מותרת לו שנאמר אם אדוניו יתן לו אשה, ולא גזרו חכמים בדבר זה ולא חייבה תורה מלקות בשפחה אלא א"כ היתה נחרפת לאיש כמו שביארנו, אל יהי עון זה קל בעיניך מפני שאין בו מלקות מן התורה שגם זה גורם לבן לסור מאחרי ה' שהבן מן השפחה הוא עבד ואינו מישראל ונמצא גורם לזרע הקדש להתחלל ולהיותם עבדים הרי אונקלוס המתרגם כלל בעילת עבד ושפחה בכלל לא יהיה קדש ולא תהיה קדשה עכ"ל. ומבואר מדבריו דנחלקו הרמב"ם ואונקלוס בגדר הבא על השפחה. דאונקלוס תרגם הפסוק "לא תהיה קדשה מבנות ישראל ולא יהיה קדש מבנות ישראל" דאיירי בעבד ושפחה, וז"ל לא תהי אתתא מבנת ישראל לגבר עבד ולא יסב גוברא מבני ישראל אתתא אמא עכ"ל. ומבואר מזה דלדעת אונקלוס מי שבא על שפחה עובר על איסור "לא

[30] כדי שלא תהא הרמב"ן כטועה בדבר משנה בדברי הרמב"ם צ"ל שהיתה לו גירסא אחרת בהלכות מלכים שאינה עוסקת בכלל בפילגש להדיוט. זה מבואר בדברי הרמב"ן (שם) וז"ל וכן בהלכות מלכים כשהזכיר פילגשים במלך לא הזכיר כלל שהוא היתר מיוחד לו עכ"ל. ועיין ברמב"ם (פ"ב מהלכות נערה בתולה הלי"ז) וז"ל והמכין בתו לכך הרי היא קדשה ולוקה הבועל והנבעלת משום לא תהיה קדשה ואין קונסין אותו שלא חייבה תורה קנס אלא לאונס ומפתה אבל זו שהכינה עצמה לכך בין מדעתה בין מדעת אביה הרי זו קדשה, ואיסור קדשה אחד הוא בין בבתולה בין בבעולה ולפיכך אמרו חכמים שהיוצא עליה שם רע בילדותה אין לה קנס כמו שבארנו שהרי זו בחזקת שהפקירה עצמה לדבר זה ברצונה עכ"ל. ומשמע מדבריו שקדשה היא רק "בהכינה עצמה לכך" ולא בכל ביאת פנויה. ועיין בכס"מ שם שהקשה על הסתירה בין פ"א מהלכות אישות לבין פ"ב מהלכות נערה בתולה והסיק שלפי הרמב"ם רק עוברים על הלאו דקדשה כשהיא מוכנת לכך ולא בכל ביאה בלי קידושין. וצריך לדחוק בריש הלכות אישות דהרמב"ם סמך על הגדרת קדשה שבהלכות נערה בתולה. גם עיין בחידושי מהרי"ט ריש קידושין שבונה על דברי הרמב"ם בהלכות נערה בתולה דרק עוברים על לאו דלא תהיה קדשה במופקרת, ובעצם הרמב"ם סבור כהראב"ד. אבל הוא מתקשה בדברי הרמב"ם בספר המצוות (ל"ת שנ"ה) שגם משמע שם שכל ביאה בלי קידושין עוברים על הלאו דקדשות, וצ"ע.

יהיה קדש מבני ישראל", אבל הרמב"ם בעצמו סבור שהבא על השפחה אינו עובר על הלאו דקדישות ועונשו הוי מכת מרדות מדברי סופרים.[31]

ויש להקשות על שיטת הרמב"ם, דלמה הוי האיסור דביאת שפחה יותר קל מהאיסור דביאה בפנויה ישראלית. דלכאורה אם אדם בא על שפחה "לשם זנות בלא קידושין" למה אינו עובר על לא תהיה קדשה.[32] ותירץ הגר"מ זצ"ל שלפי דברי הגר"ח זצ"ל הכל מיושב. דהרי אם הגדרת קדישות לפי הרמב"ם היא ביאה באקראי באשה שאינה מיוחדת לו (כמו שפירש הרמב"ן), לכאורה זה שייך גם בשפחה. אבל לפי הגר"ח זצ"ל שכל ההגדרה דקדישות היא ביאה בלי קידושין, אזי יש לעיין באיזה אופן הופכת ביאה בלי קידושין להיות ביאת זנות וקדישות. ומסתבר לומר בדעת הרמב"ם שזה רק באשה שהיא בת קידושין. אבל בשפחה שאין קידושין תופסין בה, ביאה בלי קידושין אינה מוגדרת כקדישות וביאת זנות, ולכן הבא על השפחה אינו עובר על הלאו דקדשות.

ויש לדייק מהרמב"ם שגם אונקלוס מודה ליסוד הרמב"ם שעל כל ביאה בישראלית פנויה עובר בלאו דלא תהיה קדשה. כי כתב הרמב"ם "הרי אונקלוס המתרגם כלל בעילת עבד ושפחה בכלל לא יהיה קדש ולא תהיה קדשה". ומשמע מדבריו שעבד ושפחה הם בכלל הפסוק אבל עיקר הפסוק בא ללמד על ענין אחר. ומסתבר לומר דהרמב"ם סבור שאונקלוס הסכים עם שיטתו שעיקר הפסוק בא לאסור כל ביאת פנויה, אלא דלפי אונקלוס כל ביאה בלי קידושין אפילו עם מי שאינה בת קידושין כלול בלאו. ונמצא דפליגי הרמב"ם ואונקלוס רק בנקודה אחת, האם ביאה עם אשה דלאו בת קידושין נחשבת כביאת זנות וקדשות או לא.

ה

בגדר פילגש למלך

לעיל הבאנו את דברי הרמב"ם (פ"ד מהל' מלכים הל"ד) לגבי האיסור פילגש להדיוט וההיתר דפילגש למלך. ויש שתי תמיהות גדולות על דבריו. א) ביארנו לעיל לפי הגר"ח זצ"ל דלפי הרמב"ם ההדיוט דבא על פילגש עובר בלאו דאורייתא של לא תהיה קדשה. וא"כ צ"ע היאך הותרה פילגש למלך דהרי לא שמענו מעולם שלמלך יש פחות איסורי דאורייתא מהדיוט.

[31] ובנוגע לדין ישראל הבא על השפחה האם הוא עובר באיסור דאורייתא או איסור דרבנן בעלמא לפי הרמב"ם, עיין לקמן בשיעורים (כא: ד"ה חידוש הוא, אות א', ובדף סח:), וברשימות שיעורים ליבמות (לז. ד"ה ראשון, אות ג').

[32] עיין בבית שמואל (אה"ע סימן כו ס"ק ב) שגם הקשה על הרמב"ם למה שפחה יותר קל מפנויה ישראלית וז"ל אע"ג הבא על העכו"ם אין לוקין מן התורה כמ"ש בסי' ט"ז וכן הבא על השפחה אין מדמין עריות זה לזה כי הכל בגזירה כמ"ש המגיד פ"א ה"א עכ"ל.

ב) הרמב"ם פסק דפילגש דמלך היא בלא כתובה ובלא קידושין. וא"כ צ"ע על מה דהשווה הרמב"ם פילגש לאמה העבריה בסוף דבריו (פרק ד מהלכות מלכים הל"ד) וז"ל אבל ההדיוט אסור בפילגש אלא באמה העבריה בלבד אחר ייעוד עכ"ל. דהא לגבי אמה העבריה כתב (פרק ד מהל' עבדים הל"ז) וז"ל יעד אותה האדון לעצמו או לבנו הרי היא כשאר ארוסות ואינה יוצאה באחד מכל אלו אלא במיתת הבעל או בגט כו' כיצד מצות ייעוד אומר לה בפני שנים הרי את מקודשת לי הרי את מאורסת לי הרי את לי לאשה אפילו בסוף שש סמוך לשקיעת החמה ואינו צריך ליתן לה כלום שמעות הראשונות לקידושין ניתנו ונוהג בה מנהג אישות ואינו נוהג בה מנהג שפחות עכ"ל. הרמב"ם פסק שמעות הראשונות לקידושין ניתנו ובכן יש מעשה קידושי כסף ביעוד כמו בארוסה דעלמא הנקנית בכסף קידושין. ויפלא א"כ היאך השווה הרמב"ם את דין אמה העבריה המיועדת להדיוט לדין פילגש של מלך. דהרי בפילגש אין מעשה קידושין כלל אלא יחוד, ואילו באמה העבריה יש מעשה קידושי כסף.

וצ"ל בדעת הרמב"ם דחלוק דין פילגש דמלך מפילגש דהדיוט, דבאמת למלך איכא חלות אישות בפילגשו, משא"כ בפילגש דהדיוט שאין ביניהם חלות אישות, דאישות דהדיוט צ"ל דוקא ע"י מעשה קידושין, ופילגש שלא נקנית במעשה קידושין אסורה להדיוט כקדשה. ושאני פילגש דמלך דהתורה חידשה שאישות דמלך חלה ע"י יחוד בעלמא בלי מעשה קידושין דכסף שטר או ביאה. ומאחר שיש למלך חלות אישות בפילגשו היא מותרת לו ואינה אסורה כקדשה, כי קדשה אסורה רק כשאין לגברא חלות אישות דהבא עליה בלי קידושין הוי' בעילתו בעילת זנות. וי"ל דזה מדוייק בלשון הרמב"ם שכתב (פרק ד מהלכות מלכים ה"ד) וז"ל ביחוד בלבד קונה אותה ומותרת לו עכ"ל. ומבואר דאין הפשט דאיסור פילגש בטל לגבי המלך, אלא דנתחדש דין דלגבי מלך יחוד הוי מעשה קנין ומתיר דקידושין. ועוד יש להביא ראייה דיש חלות אישות בפילגש דמלך מפסק הרמב"ם (פרק ג מהלכות מלכים הל"ב) לגבי מנין הי"ח נשים דמותרות למלך, וז"ל לא ירבה לו נשים מפי השמועה למדו שהוא לוקח עד שמונה עשרה נשים בין הנשים ופלגשים הכל שמונה עשרה עכ"ל. ומוכח מהרמב"ם שיש למלך חלות אישות בפלגשו שהרי סובר שפלגשים נמנים במנין י"ח נשים.[33]

[33] עיי"ש בראב"ד שסובר שאין למנות פלגשים בתוך י"ח נשים, ויתכן שסובר שאין אישות חלה בפילגש, וכן משמע מהראב"ד (פ"א מהל' אישות הל"ד) שכתב שאין בפלגש הלאו של לא תהיה קדשה מפני שאינה מופקרת לכל אדם אלא מיוחדת לאיש אחד, ולא כתב מפני שיש אישות בפילגש. משמע שסובר דאין בה אישות (רבינו זצ"ל).

ובמה שהרמב"ם השווה יעוד דאמה העבריה לפילגש דמלך נראה שסובר שאף באמה העבריה חסר מעשה קידושין דעלמא של כסף שטר או ביאה. והא דאמרינן מעות הראשונות לקידושין ניתנו אין הפשט שהמעות הראשונות מתהפכין למפרע להיות כסף קידושין דעלמא, כי לא ניתנו המעות לכתחילה לשם קידושין אלא לשם שפחות. ושיטת הרמב"ם בדין מעות הראשונות הוא שיש אפשרות בעצם חלות השפחות להפך את השפחות לאישות ע"י יעוד. ואע"פ שמייעדה בסוף שש סמוך לשקיעת החמה שאינו נותן לה או מוחל לה שוה פרוטה של השפחות, התורה מחדשת דע"י מעשה היעוד מתהפכת השפחות לאישות אפי' בלי מעשה קידושין דעלמא של כסף שטר או ביאה.[34] ולפיכך השווה הרמב"ם את היעוד דהדיוט לפילגש דמלך משום דבשני האופנים האלו האישות חלה בלי מעשה קנין דקידושין.

אולם נראה שניתן לחלק אף אליבא דהרמב"ם בין אמה העבריה לבין הפילגש דמלך. שהרי חלות האישות באמה העבריה הרי היא חלות אישות של אשת איש דעלמא הזקוקה לגט וכפי שפסק הרמב"ם (פרק ד מהל' עבדים הל"ז) וז"ל יעד אותה האדון לעצמו או לבנו הרי היא כשאר ארוסות ואינה יוצאה באחד מכל אלו אלא במיתת הבעל או בגט עכ"ל. ומאידך בפילגש דמלך, האישות שחלה בה אינה חלות אישות דאשת איש דעלמא אלא חלות אישות מיוחדת דפילגש. והא ראייה ממה שאין לפילגש דמלך כתובה כמו שיש באשת איש דעלמא. וגם נראה דחסר לפילגש דמלך שעבודי האישות דאיש חייב לאשתו דעלמא כמו שאר כסות ועונה, דכבר קבענו לעיל דהשעבודים האלו כלולים במלת "כתובה".[35] ואילו באמה העבריה אחרי יעודה היא נכנסת לחופה ויש לה חלות נישואין עם כל דיני כתובה כנשואה דעלמא. ויש עוד ראייה שאישות דפילגש שאני מחלות אישות דעלמא מפסק הרמב"ם (פרק ד מהל' מלכים הל"ד) שכתב ז"ל ויש לו רשות לעשות הפילגשים שלוקח לארמונו טבחות ואופות ורקחות שנא' ואת בנותיכם יקח לרקחות ולטבחות ולאופות עכ"ל, ואילו באשת איש דעלמא אסור לעשות כן.[36]

---

[34] וע"ע בכל זה לקמן (יח: ד"ה יעוד נישואין עושה או אירוסין עושה).

[35] עיין בשיעורי הרב למסכת סנהדרין (כא.) שבהערה 416 ציין לביאור הגר"א (אה"ע סימן כו סק"ז) דביאר בדעת רש"י דפילגש חסר "כתובה" וגם אין לה שאר כסות ועונה. ועיין בגר"א שם ובפירוש המזרחי עה"ת שרש"י פסק כמ"ד כתובה דאורייתא. וגם עיין ברש"י רמב"ן והרא"ם מזרחי על שמות (כב:טו) שלכאורה הולכים לשיטתם.

[36] ולכאורה פלגש נמי יוצאת בלי גט בדומה לבעולת בעל אצל בני נח, דכל חלות האישות שלה תלויה ביחודה למלך. וכן איתא בלחם משנה (פרק ג מהלכות מלכים הל"ב). ויל"ע מהו העונש דזנות בפלגש דמלך, האם חל בה איסור זנות דאשת איש או לא. ועיין בזה בלחם משנה (פרק מהלכות מלכים הל"ד) דהאיסור דפילגש לא הוי גילוי עריות ממש אלא "אביזרייהו דגילוי עריות ודמי להו." ועיין באגרות משה (אבן העזר חלק א סימן עד) שכתב דלפי הרמב"ם אין פלגש אוסרת קרובים לבעלה. וזה מאד מסתבר לפי יסוד הגר"ח זצ"ל (הובא ברשימות שיעורים ליבמות ד. ברש"י ד"ה אנוסת בנו אות ב') דאיסורי קרובות תלויים במעשה קידושין ובפילגש ליכא מעשה קידושין.

ו

בחלות דין זונה

ולגבי הגדרת זונה, הרי מצינו שיש איסור מיוחד על כהן של "אשה זונה וחללה לא יקחו". ונחלקו התנאים (יבמות סא:) בהגדרת הזונה דאסורה לכהן וז"ל זונה, זונה כשמה (אשת איש שבנעלה – רש"י), דברי רבי אליעזר, רבי עקיבא אומר זונה זו מופקרת, רבי מתיא בן חרש אומר אפי' הלך בעלה להשקותה ובא עליה בדרך עשאה זונה, רבי יהודה אומר זונה זו אילונית, וחכמים אומרים אין זונה אלא גיורת ומשוחררת ושנבעלה בעילת זנות, ר' אלעזר אומר פנוי הבא על הפנויה שלא לשם אישות עשאה זונה עכ"ל. הרי שלפי רבי אלעזר כל ביאה שלא לשם אישות עשאה זונה ושאר התנאים חולקים עליו. ולפום ריהטא נראה לומר דהרמב"ם שפסק שכל ביאה בלי קידושין כלול בלאו דקדישות ס"ל כשיטת רבי אלעזר בהגדרת קדישות וביאת זנות. אבל עיין ברמב"ם (פי"ח מהלכות איסורי ביאה הל"א-הל"ב) וז"ל מפי השמועה למדנו שהזונה האמורה בתורה היא כל שאינה בת ישראל, או בת ישראל שנבעלה לאדם שהיא אסורה להנשא לו איסור השוה לכל וכו' וכן הבא על הפנויה אפילו היתה קדשה שהפקירה עצמה לכל אע"פ שהיא במלקות לא נעשת זונה, ולא נפסלה מן הכהונה שהרי אינה אסורה להנשא לו עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם פסק כחכמים שרק ביאת איסור השוה לכל מחיל שם זונה על האשה לאוסרה לכהונה ולא ביאת פנויה דעלמא. וא"כ קשה היאך פסק הרמב"ם שכל ביאה בלי קידושין היא ביאת קדישות וזנות לעבור על האיסור דלא תהיה קדשה אם ביאה כזאת אינה עושה הפנויה לזונה.

ונראה שיש לחלק בין ב' דברים: א) מעשה ביאת זנות, ב) חלות שם זונה וקדשה שחל בגברא. דלפי הרמב"ם הלאו דלא תהיה קדשה תלוי במעשה ביאת זנות בעלמא, ולכן עוברים על כל ביאה בלי קידושין אפילו עם אשה שאינה מוגדרת כגברא דזונה. אבל החלות שם זונה על האשה דחל בגברא כדי לאוסרה לכהן הוי דין אחר לגמרי.

ונראה לבאר דחלות שם זונה בגברא בנוגע לכהן אינו תלוי בביאת איסור בכלל אלא בביאה עם גברא דיש לו שם פסול. והראיה לכך מדין נבעלה לחלל דנעשית זונה (רמב"ם פרק יח מהלכות איסו"ב הל"א). ולכאורה תמוה כי ביאה עם חלל אינה אסורה והאיך היא הופכת להיות זונה כדי לאוסרה לכהונה. וצ"ל דיש כאן דין שונה לגמרי, דהחלות שם זונה בגברא אינה תלויה בביאת איסור אלא בביאה עם גברא פסול. ולכן מובן למה ביאה עם חלל מחיל עליה שם זונה אע"פ דהמעשה ביאה היתה מותרת לגמרי, שהרי חללות

הוי חלות שם פסול בגברא.[37]

והשתא דאתית להכי יש להסביר את שיטת הראב"ד (בפ"א מהלכות אישות הל"ד) דס"ל דהלאו דלא תהיה קדשה קאי על אשה שמופקרת לכל. די"ל דהראב"ד סובר שגם הלאו דלא תהיה קדשה תלוי בשם זונה בגברא, ורק באשה שמופקרת לכל חל בגברא שם זונה. אך גם לפי הראב"ד יש לחלק בין השם זונה בנוגע לאיסור לא תהיה קדשה, דהיא אשה המופקרת לכל, לבין השם זונה בגברא שחל כדי לאוסרה לכהן דהיא ביאה עם מי שאין עמו תפיסת קידושין. דכ"כ הראב"ד (פרק יח מהלכות איסו"ב הל"א) וז"ל ליתנהו להני כללי שאין זונה אלא מחייבי כריתות או מעכו"ם ועבד שאין בהן קידושין עכ"ל.

ונראה דאף הרמב"ן חולק על הרמב"ם והראב"ד ונקט דיש רק הגדרה אחת לזונה דשייך גם בלאו דקדישות וגם בלאו דכהן לזונה. דכתוב בתורה (ויקרא פרק יט פסוק כט) וז"ל אל תחלל את בתך להזנותה עכ"ל. ורש"י (שם) הביא מהגמ' בסנהדרין (עו.) דהפסוק איירי במוסר בתו פנויה לביאה שלא לשם קידושין. והרמב"ן הקשה עליו דלכאורה זה רק נכון לפי רבי אליעזר, וז"ל ולא הבינותי דעתו, שאין זנות בתורה בפנויה, שהלכה פסוקה היא (יבמות סא:) פנוי הבא על פנויה שלא לשם אישות לא עשאה זונה, ומפורש אמרו בסנהדרין (נ:), ובת איש כהן כי תחל לזנות (ויקרא פרק כא פסוק ט), יכול אפילו פנויה, והקשו והא "לזנות" כתיב, ותירצו כרבי אליעזר דאמר פנוי הבא על הפנויה שלא לשם אישות עשאה זונה. וכו' וכך אמרו (תמורה כט ב) לענין לא תביא אתנן זונה (דברים פרק כג פסוק יט), שאינו בפנויה כלל. אבל הברייתא השנויה בת"כ (פרק ז א) והנזכרת במסכת סנהדרין (עו.), או שהיא כרבי אליעזר ואינה הלכה, או שהיא במוסר את בתו למי שאין לו אישות כגון כותי ועבד וחייבי כריתות ומיתות בית דין שזה נקרא זנות לדעת חכמים, וזהו שאמרו במוסר את בתו פנויה שלא לשם אישות, כלומר למי שאי אפשר להיות אישות ביניהם וכו' ורש"י כתב בפרשת אמור אל הכהנים (ויקרא פרק כא פסוק ז), זונה, שנבעלה בעילת ישראל האסור לה כגון חייבי כריתות או נתין או ממזר. וזו הודאה ממנו שאין זנות בכשרין, אלא שהוא מרבה בה אף חייבי לאוין, וזה דעתו גם בפירושיו בגמרא (יבמות סא.). וגם זה איננו נכון, אלא מחייבי כריתות וכותי ועבד שאין קדושין בה היא נעשית זונה עכ"ל. ומבואר ברמב"ן דרק ביאה עם מי דאין לו קידושין בה הופכת את האשה להיות זונה בגברא לאוסרה לכהן. ומבואר גם דרק ביאה כזו הויא בגדר הלאו ד"אל תחלל את בתך להזנותה" דקאי על ביאת זנות. ועיין בהשגות הרמב"ן לספר המצוות (שורש ה) דהביא ראיה לשיטתו דאיסור הכהן לזונה חל רק באשה דנבעלה

[37] והשווה לדברי רבינו זצ"ל בשיעורים לקמן (עז. בענין בענין איסור נכרית לכהן מדין זונה, אות ב).

עם מי דאין בה תפיסת קידושין מפירוש אונקלוס לקרא "לא תהיה קדשה" דקאי על בת ישראל הנבעלת לעבד כנעני. ונמצא דלפי הרמב"ן רק ביאה עם מי דאין לו קידושין בה מוגדרת כביאת זנות כדי לעבור על הלאון ד"אל תחלל את בתך להזנותה" ו"לא תהיה קדשה בבנות ישראל" ורק ביאה כזו מחילה עליה שם זונה בגברא לאוסרה לכהונה.

ולגבי קושיית הרמב"ן על פירוש רש"י דקרא "אל תחלל את בתך להזנותה" מהגמ' ביבמות לגבי שם זונה האסורה לכהן, יש לתרץ בפשטות דרש"י סובר כשיטת הרמב"ם דיש כאן ב' דינים שונים. דמוסר בתו פנויה שלא לשם קידושין הויא מעשה של ביאת זנות, אבל הגמ' ביבמות דאיירי בחלות שם זונה בגברא האסורה לכהן היא סוגיא אחרת לגמרי.

אך יש להעיר דלפי פירוש אאמו"ר הגר"מ זצ"ל בדברי הרמב"ם (לעיל אות ד) נמצא דהרמב"ם והרמב"ן הוו שיטות הפוכות. דלפי הרמב"ן הלאו דלא תהיה קדשה חל רק בביאה עם מי דאין בה תפיסת קידושין. ומאידך לפי הרמב"ם, הלאו חל רק באשה דהיא בת תפיסת קידושין כשבא עליה בלי קידושין. ואילו כשהאשה לאו בת תפיסת קידושין הלאו אינו חל. דזה הטעם דהרמב"ם חולק על אונקלוס ונקט דאין איסור לאו בבא על שפחה כנענית.

משנה. האשה נקנית בשלשה דרכים.

ונראה לבאר דאע"פ דבעלמא הלשון של "קנין" מורה על חלות בעלות בדיני ממונות, מ"מ זו אינה ההגדרה כאן בקידושין כי אין האשה ממונו של בעלה. אלא דהקנין בקידושין הוי חלות קנין של אישות ומהווה קנין איסור מסוים ולא קנין ממון.[38]

ולפי"ז יש להעיר דיתכן דדרכי הקנין דחלות אישות חלוקים ביסודם מדרכי הקנין בדיני ממונות. דהרי כל הקנינים בממונות כמו כסף, שטר, חזקה, משיכה, הגבהה וכו', כולם הם רק אופנים שונים של אותו חלות דין קנין דהיינו מעשה המורה על חלות שינוי בעלות. כלומר, דכדי לקנות קרקע או חפץ בעינן מעשה המורה על שינוי בעלות מהמקנה לקונה, ויש כמה וכמה אופנים לעשות מעשה כזה. אבל בקנין קידושין לכאורה משמע כי כל דרך ודרך דקנין קידושין מהווה חלות שם בפני עצמו, דלא הרי היסוד דחלות קידושי כסף כיסוד חלות קידושי שטר או כיסוד חלות קידושי ביאה. וזה מרומז בלשון המשנה ד"האשה נקנית בשלושה דרכים" דמשמע דכל קנין הוי דרך מיוחד וחלות דין לעצמו, לעומת לשון המשניות לקמן לגבי קנין ממון דרק מזכירים את הקנינים ברשימה בלי להזכיר את המלה "דרך". למשל, עיין לקמן (כו.) לגבי קניני קרקע

[38] וכן איתא ברמב"ן (גיטין ט. ד"ה אם יש עליו עוררין) ובשו"ת אבני מילואים (סימן יז).

וז"ל נכסים שיש להם אחריות נקנין בכסף ובשטר ובחזקה עכ"ל, דחסר המלה "דרך", ומשמע מהמשנה שלפנינו דאיירי בקנין אישות, דשלשת האופנים ליצור חלות אישות הריהם דרכים שונים, דהיינו דכל אחד ואחד הוי חלות מיוחדת.[39]

נקנית בכסף בשטר ובביאה.

כתב הרמב"ם בריש הלכות אישות (פרק א הל"ב) וז"ל וליקוחין אלו מצות עשה של תורה הם, ובאחד משלשה דברים האשה נקנית בכסף או בשטר או בביאה, בביאה ובשטר מן התורה ובכסף מדברי סופרים עכ"ל. הרמב"ם חילק בין שטר וביאה דהוו "מן התורה" לבין כסף דהוי "מדברי סופרים". והקשה עליו הרמב"ן (השגות לשורש ב') דלפי הרמב"ם יוצא דמי שמתקדשת בכסף ומזנה אינה חייבת מיתה, וזה מופרך מהגמ'. ובאמת גם הרמב"ם בעצמו כתב כמעט להדיא דהזנות דאשה שנתקדשה בכסף מחייבת מיתה. דהרי מיד אחרי דהרמב"ם חילק בין כסף לבין שטר וביאה, כתב (שם הל"ג) וז"ל וכיון שנקנית האשה ונעשית מקודשת אע"פ שלא נבעלה ולא נכנסה לבית בעלה הרי היא אשת איש והבא עליה חוץ מבעלה חייב מיתת בית דין ואם רצה לגרש צריכה גט עכ"ל. והנה בהלכה ב' הרמב"ם איירי בכל ג' הדרכים, ובהלכה ג' פסק דזנות דאשה המקודשת מחייבת מיתה. ומוכרח מדבריו דהוא קאי על אשה דמקודשת בכל ג' הדרכים דהלכה ב'. ופשיטא מזה דהרמב"ם באמת סובר כהרמב"ן ושאר הראשונים דקידושי כסף חלין מדאויירתא ולא רק מדרבנן בעלמא.

ולגבי כוונת הרמב"ם במש"כ "מדברי סופרים", נראה לפרש כמ"ש הכס"מ (שם) וז"ל ע"כ דדברי סופרים קרא לדבר שהוא דאורייתא אלא שאינו מפורש בתורה וקרינן ליה דברי סופרים כלומר דבר שאילולא שקבלו סופרים פירושו לא היינו מבינים אותו כך עכ"ל. וכן שמעתי מאאמו"ר הגר"מ זצ"ל בשם אביו מו"ר וזקני הגר"ח זצ"ל, דכוונת הלשון "דברי סופרים" ברמב"ם כולל כל מה דלא ידעינן בלי חכמי המסורה, הן דינין דאורייתא והן דינין דרבנן.[40] והראיה מלשון הגמ' בסנהדרין (פח:) דזקן דהורה שלא כסנהדרין נעשית זקן ממרא "על דבר שעיקרו מדברי תורה ופירושו מדברי סופרים", כמו להוסיף

[39] ואולי י"ל דכסף חל בעיקר כקנין, שטר חל בעיקר כאוסר בדומה לגט דחל כמתיר, וביאה מחילה חלות אישות בין איש לאשתו. וכ"ז בתחילת החלות אך לבסוף החלות כולם מחילים גם קנין וגם איסור ום אישות ודו"ק. ועיין עוד בקונטרס שיעורים למסכת קידושין (שיעור א).

[40] ונראה דההגדרה הזאת לדברי סופרים כמעט מפורש בלשון הרמב"ם בפהמ"ש (פרק יז דמסכת כלים משנה יב) וז"ל ואל יטעך אמרו שעורו מדברי סופרים עם הכלל שבידינו שכל השעורין הלכה למשה מסיני, כי כל מה שלא נתבאר בלשון התורה מדברי סופרים קוראין אותו ואפילו דברים שהן הלכה למשה מסיני, כי אמרו מדברי סופרים משמעו שהדבר קבלת הסופרים ככל הפירושים וההלכות המקובלות ממשה, או תקון סופרים ככל התקנות והגזרות. וזכור גם את זה עכ"ל.

בית חמישי על התפילין. ופשיטא דמספר הבתים בתפילין מהווה דין דאורייתא, ומוכרח מזה דהביטוי "דברי סופרים" כולל אפי' דיני דאורייתא כל עוד דהדין אינו מפורש בקרא. **ולפי** זה נראה לבאר למה לרמב"ם דוקא קידושי כסף הוי מדברי סופרים ולא שטר וביאה. והביאור כי ביאה מפורש בקרא, "כי יקח איש אשה ובעלה". ואע"פ דשטר אינו מוזכר להדיא בפסוק, אמנם גם מי שקורא בתורה בלי פירושי חז"ל נמי מבין מדעתו דאפשר לקדש אשה בשטר. דהרי בהמשך הפרשה כתוב להדיא דגירושין חל ע"י שטר, "וכתב לה ספר כריתות ונתן בידה", ומכיון דידעינן דשטר מועיל לסלק חלות האישות מסתבר נמי דשטר גם מהני ליצור חלות האישות.[41] אבל מי שקורא בתורה בלי מסורת חז"ל לא היה עולה על דעתו כלל דאפשר לקדש בכסף, דהרי כסף לא כתוב בקרא וגם הוי קנין בממונות דשונה לגמרי מחלות דין הקידושין.[42] ולכן, כשחז"ל באו ולימדו דאפשר לקדש בכסף, הדין דקידושי כסף מוגדר לפי הרמב"ם כהלכה מדברי סופרים.

במשנה. וקונה את עצמה בגט ובמיתת הבעל.

יש לעיין ביחס בין ב' הדרכים דהאשה קונה את עצמה. דהרי פשיטא דגט פועל בתורת מתיר לחלות איסור האישות. אמנם לגבי מיתת הבעל יש לעיין האם מיתת הבעל נמי הוי חלות מתיר להאשה כמו גט, או"ד דהגדר הוא דמכיון שהבעל מת א"א להאישות להמשיך ונפקעת ממילא. ולפי הצד הב', מיתת הבעל וגט הוו ב' חלויות שונות.

ונראה להוכיח מכמה מקומות דמיתת הבעל הוי חלות מתיר כמו גט:

א) הגמ' לקמן (יג:) מחפשת מקור דהאשה מותרת לשוק ע"י מיתת הבעל, ואחרי שקלא וטריא הגמ' לומדת הדין דמיתת הבעל מגזה"כ, וז"ל וקונה את עצמה בגט ובמיתת הבעל, בשלמא גט דכתיב וכתב לה ספר כריתות אלא מיתת הבעל מנלן, סברא הוא הוא אסרה והוא שרתה, והא עריות דאסר להו ולא שרי להו וכו' אלא מדאמר קרא פן ימות במלחמה

[41] עיין בשו"ת הרמב"ם (סימן שנה במהדורת הרב שילת, וגם מובא בהשגות הרמב"ן שם) דביאר למה קידושי שטר הוי מדאורייתא על פי הגמ' לקמן וז"ל וכאן יש לשאול בודאי ולומר לי הבעילה ודאי מן התורה שהרי לא למדוה (ט:) במדה משלש עשרה מדות אלא ובעלה מלמד שנקנית בביאה אלא הכסף והשטר בהקש למדו אותם למה אמרת שהשטר מן התורה והכסף מדבריהם. והתשובה על זה שודאי כך הייתי אומר שהכסף והשטר מדבריהם הואיל ומן הדין באו לולי הא דאמרינן בהדיא (שם) בענין נערה המאורסה בסקילה היכי משכחת לה, פי' מדקאמר קרא נערה המאורסה בתולה שמע מינה ודאי שיש מאורסה מן התורה בלא ביאה וכמה שקלו וטרו וסוף המימרא אמר רב נחמן בר יצחק משכחת לה כגון שקדשה בשטר הואיל וגומר ומוציא גומר ומכניס. שמע מינה שלדברי הכל השטר גומר ומכניס ועל זה סמכתי ופסקתי שהשטר מן התורה עכ"ל. לכאורה כוונת רבינו זצ"ל לבאר דהרמב"ם הדגיש הסברא דשטר קונה כמ"ש כגמ' "הואיל וגומר ומוציא גומר ומכניס". ומכיון דהסברא הזאת עולה מקריאת הפסוקים, קידושי שטר מוגדר כמדאורייתא ולא מדברי סופרים.

[42] ורבינו זצ"ל הוסיף דשטר דקידושין אינו דומה בכלל לשטר דקנין קרקע. דהרי בקנין קרקע המקנה נותן השטר לקונה, ובקידושין הבעל (הקונה) נותן את השטר לאשה (המקנה). אבל קידושי כסף הוא דומה לקנין כסף דקרקע דהרי בשניהם הקונה נותן את הכסף למקנה. וזה חידוש התורה דפשיטא דאין בקידושי כסף ענין דמקח וממכר וקנין ממון, אך עדיין צורת מעשה קנין כסף קידושין דומה לצורת קנין כסף דמקח וממכר.

ואיש אחר יקחנה וכו' עכ"ל. ומשמע מהגמ' דמיתת הבעל הוי דין מתיר, ולכן בלי מקור דחל דין מתיר במיתת הבעל יש סברא לומר דהאישות תמשיך לאחר מיתה, ולכן בעינן ילפותא מגזה"כ דהיא מותרת לשוק. אבל לפי הצד דהאישות נפקעת ממילא מזה דאין כאן בעל, קשה להבין למה בעינן גזה"כ כדי להתירה. וכן נמי מבואר משיטת רב אשי (שם בגמ') הלומד דין מיתת הבעל מגירושין, וז"ל ועוד כתיב ושנאה האיש האחרון וכתב לה ספר כריתות או כי ימות האיש האחרון ואיתקש מיתה לגירושין, מה גירושין שריא וגומרת אף מיתה שריא וגומרת עכ"ל. ומשמע מזה דמיתת הבעל הויא חלות מתיר כמו גירושין.[43]

ב) כשהבעל מת בלי בנים חל על האלמנה זיקת יבמין. ומוכח מכמה דינין דהזיקה הויא המשך דאישות המת. למשל, רב סובר דשומרת יבם דזינתה אסורה ליבם כדין אשת איש דזינתה (יבמות צו.) ומשמע מזה דהוא נקט דיש חלות אישות בזיקה. אבל מאידך רב סובר דאין זיקה (יבמות יז:), כלומר דהיבם אינו אסור בקרובת זקוקתו. ולכאורה צ"ע דאם זיקה הויא סוג של חלות אישות למה חלות האישות הזאת אינה אוסרת קרובת זקוקתו על היבם. וצ"ל דרב סובר דזיקה הויא חלות אישות אבל זיקה אינה חלות אישות חדשה עם היבם אלא דזיקה מהווה המשך של אישות המת. ולכן היבם עצמו אינו אסור בקרובות זקוקתו אע"פ דהיא אסורה אכ"ע כאשת איש.[44] ומוכח מזה דחלות האישות יכולה להמשיך גם לאחר מיתת הבעל, ואינה נפקעת ממילא במיתתו. וא"כ מוכרח דמה שהיא מותרת לשוק ע"י מיתת הבעל הוא מדין חלות מתיר, ואין ההיתר חל בממילא מדליכא בעל.

תוד"ה בפרוטה ובשוה פרוטה.

בענין כסף וממון

א

איתא בתוספות (ב. ד"ה בפרוטה ובשוה פרוטה) וז"ל וא"ת ומנא לן דשוה כסף ככסף דהא לקמן (טז.) מיבעי ליה קרא גבי עבד עברי ישיב לרבות שוה כסף ככסף ופדיון הבן וכו' עכ"ל. יוצא לפי התוס' שבעבד עברי, פדיון הבן, פדיון הקדש, וקידושין בעינן גזה"כ כדי לדעת ששוה כסף ככסף. וצ"ע דהרי יש כמה דינים דנקטינן בהו דשוה כסף ככסף

[43] וע"ע לקמן בשיעורים (יג: ד"ה דתניא גר שמת, אות ב').

[44] ועיין עוד בזה ברשימות שיעורים ליבמות (ב. בענין מצות יבום וקנין יבום, וגם יז: ד"ה בענין יש זיקה ואין זיקה, אות א). ושם הבאנו מהגר"ח זצ"ל שאיסורי קרובות אינם איסורים דחלים ממילא אלא דמעשה הקידושין אוסרן והיבם אינו האוסר של היבמה לשוק אלא המת הוא האוסר ולכן איסורי קרובות לא חלין ליבם דאין הוא האוסרה כאשת איש אלא המת אוסרתה. והא דכשזינתה אסורה ליבם משום דחל דין סוטה מחמת אישות המת והסוטה של המת דעלמא אסורה להתייבם ליבם.

מסברא פשוטה, כמו, למשל דפשיטא דמי שהזיק או שגזל שוה כסף שחייב לשלם. וא"כ קשה למה בעינן גזה"כ כדי לרבות ששוה כסף ככסף בקידושין ובעבד עברי, ולא במזיק ובגזילה.

ונראה שיש להבחין בין ב' דינים: א) דין כסף - דהיינו עצם החפצא דכסף, ב) דין ממון - דהיינו עיקר שוויות הדבר. דיש דינים דהתורה מקפידה על כסף ויש דינים דהתורה מקפידה על ממון. ויש כמה נ"מ בין דין כסף לדין ממון:

א) בממון מכיון דהתורה רק מקפידה על השוויות, אין הו"א לחלק בין עצם המטבעות לבין חפצא אחר דשוה כסף. ולכן התוס' אינו מקשה על המקור במזיק ובגזילה דיש דין של שוה כסף ככסף כי דיניהם תלוי רק בשוויות ממון. אבל בקידושין התורה הקפידה על הדין של חפצא דכסף, ולכן סד"א דיש לחלק בין הכסף עצמו כמו מטבעות, לבין דבר אחר ששוה שוויות דשו"פ אך אינו חפצא דכסף.

ויש להוכיח דבקידושין בעינן חלות שם חפצא דכסף ולא רק שוויות בעלמא מדיוק לשון המשנה ריש קידושין לעומת לשון המשנה בבבא מציעא (נה.). במשנה דידן איתא וז"ל בכסף, בית שמאי אומרים בדינר ובשוה דינר, ובית הלל אומרים בפרוטה ובשוה פרוטה עכ"ל. אבל בב"מ (נה.) איתא וז"ל חמש פרוטות הן ההודאה שוה פרוטה, והאשה מתקדשת בשוה פרוטה, והנהנה בשוה פרוטה מן ההקדש מעל, והמוצא שוה פרוטה חייב להכריז, והגוזל את חבירו שוה פרוטה ונשבע לו יוליכנו אחריו אפילו למדי עכ"ל. ויש לדייק דבמשנה ריש קידושין הלשון הוא "בפרוטה ובשוה פרוטה" ואילו במשנה בב"מ כתוב רק "שוה פרוטה".[45] ולפי ההבחנה הנ"ל הבדל הלשונות הוי כפתור ופרח. דקידושין הוי חלות דין כסף ולכן המשנה מדגישה חפצא של המטבע - "פרוטה" - ואז המשנה מוסיפה דיש עוד דין ד"שוה פרוטה" דג"כ מהני. אבל המשנה בב"מ כולל כמה דינים שבודאי תלויים בשוויות (כמו גזל והשבת אבידה) ולכן כתוב רק "שוה פרוטה".[46]

[45] עיין בתוספות רא"ש (ב. ד"ה בפרוטה) שגם דייק בהבדל בין המשניות וז"ל בפרוטה ובשוה פרוטה תימה דלא הו"ל למיתני אלא בשוה פרוטה כדתנן בהזהב גבי ה' פרוטות הן דקתני ההודאה בשוה פרוטה והאשה מתקדשת בשוה פרוטה, ופרוטה ל"ל למיתני דכיון דמתקדשת בשוה פרוטה כ"ש בפרוטה עצמה, וי"ל משום דתנא כאן בכסף מפרש באיזה כסף דינר לב"ש ופרוטה לב"ה ולפי שלא נטעה לומר כסף דוקא משום דילפינן קיחה קיחה משדה עפרון דכתיב ביה כסף מפרש דשוה כסף ככסף עכ"ל. ויתכן לבאר את תירוצו עפ"י סברת רבינו זצ"ל, ודו"ק.

[46] עיין ברשימות שיעורים לב"מ (נה. עמ' שלו-שלז). וצ"ע דלכאורה כל שאר הדברים דברשימת המשנה בב"מ תלויים רק בדין ממון, וא"כ קשה למה כלל המשנה גם קידושין ביניהם, דהא קידושין תלוי בדין כסף. ויתכן דקידושין תלוי בשני דינים – גם כסף וגם ממון. ומשנתנו קבע דין הכסף שבקידושין והמשנה שם קבע דין הממון שבקידושין. ועיין לקמן בשיעורים (ג. בענין חליפין בקידושין אות ז') דרבינו זצ"ל דייק בשיטת הרמב"ם דכלי פחות משו"פ דינו בכהת"כ כשו"פ חוץ מבקידושין וביאר דחלות כסף קידושין תלוי בשוויות דהאשה מקבלת ולא רק בחשיבות החפצא. וגם עיין לקמן בשיעורים (מח. ד"ה לא דכו"ע).

ב) איתא במשנה (שבועות מב:) וז"ל אין נשבעין אלא על דבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין, כיצד בית מלא מסרתי לך, וכיס מלא מסרתי לך, והלה אומר איני יודע אלא מה שהנחת אתה נוטל פטור, זה אומר עד הזיז וזה אומר עד החלון חייב עכ"ל. הדין דבעינן דבר שבמדה משקל ומנין מוכיח ששבועה חלה רק על כסף ולא על ממון בעלמא. דמאחר דהשבועה צריכה לחול על חפץ מסויים ולא רק על שוויות בעלמא, מסתבר שיש הלכות לקבוע על איזה חפץ נשבעים. ואילו בנוגע לדינין התלויים בשוויות בעלמא פשיטא דלא בעינן דבר שבמדה משקל ומנין. ולמשל דמי שגזל כיס מלא כסף ולא ידוע כמה כסף היה בכיס, הריהו חייב לשלם על כל השוויות שבכיס.[47]

ג) בכמה הלכות כלי פחות משוה פרוטה דינו כשו"פ. ולמשל, איתא במשנה (שבועות לח:) דכדי לישבע שבועת מודה במקצת הטענה צריכה להיות שתי כסף וההודאה פרוטה. והגמ' (שם מ:) הביאה דרשה לרבות "כלים למה שהן" דהיינו שטענת כלי מחייבת שבועה ואפילו אם הכלי אינו שוה שתי כסף. והראשונים פליגי האם הכלי צריך להיות לכל הפחות שוה פרוטה. עיין ברמב"ם שכתב (פ"ג מהלכות טוען ונטען הל"א-הל"ה) וז"ל אין מודה במקצת חייב שבועה מן התורה עד שיודה בפרוטה או יתר ויכפור בשתי מעין כסף או יתר וכו' במה דברים אמורים בכסף או במיני סחורות ופירות וכיוצא בהן, אבל הכלים אין משערין את דמיהן ואפילו הן עשר מחטין בפרוטה וטענו שתי מחטין הודה באחת וכפר באחת חייב, שנאמר כסף או כלים כל הכלים ככסף עכ"ל. ומבואר ברמב"ם שהכלי אינו צריך להיות שו"פ כדי לחייב שבועה. ברם הרמב"ן בחידושיו (שבועות לט:) פסק כירושלמי דבעינן כלי שוה פרוטה. וכן איתא בתוס' לקמן (יא: תוד"ה והרי טענה). והרמב"ן הקשה על הרמב"ם מההלכה דאין ב"ד נזקקין לפחות משו"פ וא"כ היאך טענה כזאת מחייבת שבועה, וז"ל דאינן שוות פרוטה היאך אפשר והא אין בי"ד נזקקין לפחות משוה פרוטה כדאמרינן ישיבת הדיינים בפרוטה ולא הוציאו כלים מן הכלל עכ"ל. וצ"ל שלפי הרמב"ם אה"נ, דהב"ד נזקק לפחות משוה פרוטה אם הוא כלי, והסברא לזה יתבאר בהמשך. ועוד הקשה הרמב"ן שם וז"ל וכן לענין קידושין ושאר הפרוטות שבמשנתנו (ב"מ נה.) אין הכלים יוצאין למה שהן עכ"ל. כלומר, דלכאורה פשיטא דאין מקדשין אשה או פודין הקדשות בכלי פחות משו"פ, ואיך אפשר לחלק בין הדינים שנמצאים ברשימה במשנה (ב"מ נה:).

[47] צ"ע דהא לעיל (אות א) אמר רבינו זצ"ל דהמשנה בב"מ מיירי בדין ממון ולא בדין כסף ושם כתוב "ההודאה שו"פ" דהיינו חיוב מודה במקצת לישבע וכאן אמר דשבועת מודה במקצת תלוי בדין כסף, וצ"ע.

וביאר הגר"מ זצ"ל שלדעת הרמב"ם באמת פודין את ההקדשות בכלי פחות משוה פרוטה שכן כתב הרמב"ם (פרק ז מהל' מעילה הל"ו) וז"ל וכיצד יעשה כדי להציל החנווני מן החטא עד שיהיה מותר להשתמש בכל המעות, נוטל פרוטה של חולין או כלי כל שהוא ואומר פרוטה של הקדש בכל מקום שהיא מחוללת על זה, ותעשה אותה פרוטה או הכלי הקדש ויותר החנוני להשתמש בכל המעות עכ"ל. הרי כתב הרמב"ם במפורש דפודין על "כלי כל שהוא" בנוסף ל"פרוטה של חולין" ומוכח מזה דפודין הקדש על כלי פחות משו"פ.[48] ומסתבר דאליבא דהרמב"ם דכלי פחות משו"פ מהני גם לדינים אחרים כגון להיות כסף קנין כמו שהוא מועיל לפדיון הקדש. אמנם בנוגע לקידושין אפי' הרמב"ם מודה שאין האשה מתקדשת בכלי פחות משוה פרוטה, דהוא דין מיוחד בקידושין דבעי כסף של הנאה (עי' בהל' אישות פ"ה הל' י"ג והל' כ"ד, ורבינו זצ"ל האריך לקמן לבאר את שיטת הרמב"ם הזו בנוגע לכסף קידושין בשיעורים לקמן דף ג. בענין חליפין בקידושין אות ג').[49]

ועיין ברשב"א (שבועות לט: ד"ה ה"ג מה כלים) שמביא שיטת הגאונים דנשבעין על כלי פחות משוה פרוטה. והרשב"א עצמו נסתפק לפי שיטתם אם כלי כזה מועיל גם בקידושין. ויש ראשונים (עיין בשבועות שם בחידושי הר"ן) דסוברים שכלי פחות משו"פ מועיל אף לקידושין ובודאי נחשב ככסף בכהת"כ.

ומבואר משיטת הרמב"ם, הרשב"א, והר"ן דהריבוי בגמ' לכלי שאין בו שוה פרוטה אינו מוגבל לדיני שבועות, אלא דבכמה הלכות יש לכלי פחות משו"פ דין של שו"פ. ופשוט דכל זה שייך רק בדינים דתלויים בחפצא דכסף. דבדינים אלו גדר הדברים דבעינן שו"פ הוא כדי להעניק חשיבות לחפצא. ולגבי כלי יתכן לומר דנחשב הכלי כחפצא חשוב גם בלי שוויות דפרוטה. ואילו בדינים התלויים בשוויות דממון, כלי פחות משו"פ אינו מועיל. ולמשל מי שגנב כלי פחות משו"פ בודאי לא יתחייב כפל כמו מי שגנב פחות משו"פ בכל דבר אחר שבעולם.[50]

ד) בכמה סוגיות יש כלל ופרט וכלל שדין מסויים שייך רק בדבר המיטלטל וגופו ממון, למעט קרקע ושטרות. למשל, בפדיון הבן יש כלל ופרט וכלל דאין פודין בקרקע ובשטרות (שבועות ד:) וז"ל ורבנן דרשי כללי ופרטי ופדויו מבן חדש - כלל, בערכך כסף

[48] עיין במנחת חינוך (מצוה שנג אות ג) דנסתפק האם אפשר לחלל הקדש על פחות משו"פ, ודייק דיש מחלוקת ראשונים בנידון עיי"ש.

[49] ובנוגע לגרעון כסף דעבד עברי עיין בשיעורים לקמן (ח. ד"ה לא מיבעיא קאמר).

[50] עיין עוד בזה ברשימות שיעורים למסכת שבועות (לט: תוד"ה מה כלים). ועיין במנחת חינוך (מצוה נד אות כב) דנסתפק אם החידוש של כלי פחות משו"פ שייך לכפל. ובשיעוריו רבינו זצ"ל נקט כדבר פשוט דכפל תלוי בשוויות ולא בחפצא דכסף.

חמשת שקלים - פרט, תפדה - חזר וכלל, כלל ופרט וכלל אי אתה דן אלא כעין הפרט, מה הפרט מפורש דבר המטלטל וגופו ממון אף כל דבר המטלטל וגופו ממון, יצאו קרקעות שאינן מטלטלין, יצאו עבדים שהוקשו לקרקעות, יצאו שטרות אע"פ שמטלטלין אין גופן ממון עכ"ל. והתוס' דידן סבורים דהכלל ופרט וכלל הזה יכול להיות המקור דשוה כסף ככסף, וז"ל ופדיון הבן דכתיב ביה כסף ואמר לקמן (ח.) דרב כהנא שקל סודרא בפדיון הבן ומנא לן דשוה כסף ככסף ומיהו בפרק קמא דשבועות (ד:) דריש כלל ופרט וכלל עכ"ל. ולכאורה עצם הקפידא על חפצא מסויים כמו דבר המיטלטל וגופו ממון מוכיח דאיירי בדין כסף ולא בשוויות. כי לגבי השוויות, אין טעם לחלק בין חפץ לחפץ כל עוד שיש השוויות של פרוטה.

ב

שוה כסף ככסף בתשלומי נזיקין וגרעון כסף

בא"ד. וז"ל ויש לומר דתרוייהו צריכי וכו' עכ"ל. ומבואר מתירוץ התוספות דהכלל ד"שני כתובין הבאין כאחד אין מלמדין" חל דוקא כשאין חילוק בין הדינים והיה ראוי ללמוד אחד מהשני. אבל כשיש חילוק בין הדינים וא"א ללמוד אחד מהשני, אזי באמת כל פסוק נצרך לדינו ואפשר לעשות בנין אב וללמוד מהם לכהת"כ.

התוס' נקטו בהו"א דהדין דשוה כסף ככסף בנזקין ובגרעון כסף הוו שני כתובים הבאין כאחד דאין מלמדין. והחילוק דהתוס' מצאו ביניהן הוא לגבי מיטב, דיש דין לשלם נזיקין ממיטב דלא קיים אצל גרעון כסף. אך צ"ע דלכאורה יש חילוק יותר פשוט בין הדינין. דהרי הגדר דתשלומי נזיקין הוא פריעת חוב, דהמזיק חייב לשלם את דמי הנזק לניזק. מאידך גרעון כסף דעבד עברי הוי דין של קנין כסף וכפשטות לשון המשנה לקמן (יד:) וז"ל עבד עברי נקנה בכסף ובשטר וקונה עצמו בשנים וביובל ובגרעון כסף עכ"ל. והיה נראה לתרץ את קושית התוס' דבעינן שני מקורות דשוה כסף ככסף כדי ללמד על ב' דינים שונים. דהיינו, הלימוד דשוה כסף ככסף לגבי תשלומי נזיקין מהווה המקור ששוכ"כ בדיני פרעון חוב דכהת"כ, והדין דשוה כסף ככסף לגבי גרעון כסף מהווה המקור דיש דין שוכ"כ בקניינים בכהת"כ. ובזה מתורץ את קושיית התוספות למה בעינן שני המקורות.

אולם התוס' נקטו דאפשר ללמוד שוה כסף ככסף לגבי תשלומי נזיקין וגרעון כסף אחד מהשני. והשיטה הזאת לכאורה קשה מהטעם הנ"ל, דתשלומי נזיקין וגרעון כסף דעבד עברי הוו שתי חלויות שונות לגמרי ואיך אפשר ללמוד אחד מהשני.

ויתכן לבאר את דברי התוס' ע"פ שיטת ר"ת (מובא בתוס' רי"ד כא: ד"ה וקונה) בענין גרעון כסף. דאיתא במשנה לקמן (יד:) וז"ל הנרצע נקנה ברציעה וקונה את עצמו ביובל ובמיתת האדון עכ"ל. ור"ת דייק מלשון המשנה שדוקא בדרכים האלו יוצא הנרצע אבל אין הנרצע יוצא בגרעון כסף וז"ל ראיתי כתוב בשם ר"ת דהא דלא תנא וקונה את עצמו בגרעון כסף משום דאין שייך בו כיון שלא נקנה בכסף. וכן נמי הנקנה בשטר בלא כסף כגון אם מכר האב את בתו בשטר ולא קיבל כסף עכ"ל. לפי ר"ת רק עבד שנקנה בכסף יוצא בכסף, אבל עבד שנקנה בדרך אחר כמו שטר או רציעה אינו יוצא בגרעון כסף. והתוס' רי"ד (שם) חולק על ר"ת וז"ל ואינו נראה לי לומר שמי שנקנה בשטר אינו מגרע פדיונו וכו' שכיון שזיכתה תורה לצאת בפדיון מה לי במכר מה לי במתנה והנרצע שאינו יוצא בגרעון כסף אין הטעם מפני שלא נקנה בכסף אלא מפני שקנסתו תורה להרצע ולעבוד עד היובל ולפיכך אינו יוצא בגירעון כסף שלא זיכתו תורה לכך כי אם ביובל ובמיתת האדון עכ"ל. לפי התוס' רי"ד עבד שנקנה בשטר יוצא בגרעון כסף כי מה לי נקנה בכסף ומה לי נקנה בשטר. אבל לגבי עבד הנרצע יש קנס מיוחד מדאורייתא שגרעון כסף אינו מועיל.

ויש לעיין במה פליגי הר"ת והתוס' רי"ד. ונראה לבאר דפליגי בגדר גרעון כסף דעבד עברי. דלפי התוס' רי"ד גרעון כסף הוי חלות קנין, כדיוק לשון המשנה לעיל דהעבד קונה את עצמו בגרעון כסף. וא"כ אין טעם לחלק בין עבד הנקנה בשטר לבין עבד הנקנה בכסף, כי בשניהם העבד יכול לקנות את עצמו בגרעון כסף. אבל ר"ת נקט דיש ב' דינים בגרעון כסף: א) דין קנין כדיוק לשון המשנה, ב) דין של פרעון חוב, דכיון דהעבד נקנה בדמים הוא חייב להחזיר את הדמים לאדון או ע"י עבודת שש שנים או ע"י ממון ממש דהיינו גרעון כסף. וגרעון כסף מהני רק היכא דב' הדינים חלין בבת אחת. ומכיון דהדין דפרעון חוב שייך רק בעבד דנקנה בכסף ולא בעבד דנקנה בשטר, ר"ת סובר דגרעון כסף שייך רק בעבד דנקנה בכסף.[51]

ולפי זה אפשר לבאר דברי התוס' דידן דס"ל דאפשר ללמוד שוכ"כ מגרעון כסף לנזיקין. והערנו דלכאורה ההשוואה הזאת תמוה כי נזיקין הוי דין פרעון חוב, ואילו גרעון כסף הוי דין קנין. אבל לפי שיטת ר"ת ההשואה מבוארת היטב דהרי גם גרעון כסף הוי דין פרעון חוב ולכן שפיר אפשר ללמוד אחד מהשני. ולכן הוצרכו התוס' לחלק ביניהן באופן אחר, דיש דין מיטב בנזיקין דלא חל בגרעון כסף.

[51] וע"ע לקמן בשיעורים (ה. בענין שטר התחייבות אות ג', ובעיקר דף יא. בעינן גרעון כסף) דרבינו זצ"ל דן במחלוקת בין ר"ת והרי"ד באריכות.

אבל דברי התוס' עדיין טעונים ביאור. דהחידוש הנ"ל בשיטת ר"ת דיש גדר של פרעון חוב בגרעון כסף מסביר רק איך היה אפשר ללמוד נזיקין מגרעון כסף. אבל התוס' גם נקטו בהו"א דאפשר ללמוד גרעון כסף מנזיקין. ולכאורה עדיין קשה להבין את ההו"א ללמוד גרעון כסף מנזיקין, כי פשוט דאין חלות קנין בתשלומי נזיקין ויש חלות קנין בגרעון כסף. וא"כ איך היה אפשר ללמוד דשוכ"כ לגבי קנין דגרעון כסף מפרעון חוב בלבד בנזיקין.

ונראה לבאר שלפי ר"ת אין הפשט דגרעון כסף מהווה ב' דברים דחלין בבת אחת, דהיינו דיש גם פרעון חוב וגם קנין כסף. אלא, היסוד דגרעון כסף הוא אך ורק מעשה דפרעון חוב, וממילא בפרעון החוב לאדון יוצא העבד וקונה את עצמו. נמצא, דעיקר הגדר דגרעון כסף בעבד עברי שוה לגדר תשלומי נזיקין ולכן אפשר ללמוד מכל אחד על השני.[52]

ג

המקור דשוה כסף ככסף לפי הרמב"ן

ובענין עיקר קושיית התוספות לגבי המקור דשוה כסף ככסף בקידושין, עיין ברמב"ן שתירץ באופן אחר וז"ל א"נ איכא למימר שבכל מקום שנאמר כסף בקנין שוה כסף בכלל, וכי איצטריך קרא לרבויי בפרעון סד"א אם לקח עבד אינו יכול לגרוע בפדיונו בע"כ של רבו בשוה כסף דא"ל זיל טרח וזבין אייתי לי, וכן גבי נזיקין סד"א שאינו יכול לפורעו בע"כ בשוה כסף אלא ממיטב כדכתיב מיטב שדהו ישלם קמ"ל, אבל לענין מקנה כיון דניחא להו בשוה כסף, ככסף הוא שהרי שניהם שוים עכ"ל. הרמב"ן חילק בין היכא דהכסף ניתן בע"כ דמקבל דאזי צריך מקור לומר ששוה כסף ככסף, לבין היכא דבעינן רצון המקבל דאז מסברא שוה כסף ככסף. ונראה דמקור לשיטת הרמב"ן הוא בגמ' לקמן (ח.) וז"ל דתניא עגל זה לפדיון בני טלית זה לפדיון בני לא אמר כלום, עגל זה בחמש סלעים לפדיון בני טלית זו בחמש סלעים לפדיון בני בנו פדוי, האי פדיון היכי דמי כו' לעולם דלא שוי וכגון דקביל כהן עילויה כי הא דרב כהנא שקיל סודרא מבי פדיון הבן אמר ליה לדידי חזי לי חמש סלעים עכ"ל. יוצא מהגמ' דלגבי פדיון הבן אם האב והכהן הסכימו לפדות בחפצא דאינו שוה ה' סלעים, הם יכולים להחשיב חפצא שאינו שוה ה' סלעים כשוה ה' סלעים ע"י רצונם. וכמו דאפשר להעלות השוויות דחפצא ע"י

[52] ולפי"ז לשון המשנה בעבד עברי "וקונה את עצמו" לאו דוקא ר"ל במעשה קנין כסף. ברם עדיין יפלא דהא תוס' כתבו דילפינן שוכ"כ בקידושין מעבד עברי, וכדמבואר בשיעורים דין ע"ע תלוי בדין ממון ואילו דין קידושין תלוי בחפצא דכסף והיאך שייך ללמוד זה מזה, וצ"ע.

רצון והסכמה, הוא הדין דמסתבר שע"י דעת שניהם אפשר לעשות שוה כסף ככסף.[53] **ונראה** דיש עוד מקור לשיטת הרמב"ן דהסכמת שניהם נותן דין כסף לחפצא דמעיקר הדין אינו כסף. דעיין לקמן בשיעורים (ה. ד"ה שטר שאין פודין בו הקדש) דהארכנו במחלוקת בין רש"י והרשב"א האם שטר התחייבות דינו ככסף בקניינים. ועיי"ש דהבאנו סיוע לדעת רש"י שהתחייבות דינו ככסף מגמ' לקמן (טז.) שנושא ונותן בגדר השטר דעבד עברי קונה את עצמו בו, וז"ל אלא האי שטר ה"ד אילימא דכתב ליה שטרא אדמיה היינו כסף אלא שיחרור עכ"ל. ולכאורה מבואר בגמ' דיש דין כסף לשטר התחייבות שהעבד כותב לאדון, וכלשון הגמ' "היינו כסף". ועיין לקמן בשיעורים בביאור הגמרא לפי דעת הרשב"א דשטר התחייבות אין דינו ככסף.

אמנם יש להביא ראיה דאין לשטר התחייבות דין כסף מהגמ' לקמן (יח.). דבברייתא יש דין דאפשר לפדות אמה עבריה בע"כ, לעומת עבד עברי שאין פודין אותו בע"כ. והגמ' מבארת את גדר הדין דפדיון אמה בע"כ, וז"ל ומפדין אותה בעל כרחו, סבר רבא למימר בעל כרחיה דאדון, א"ל אביי מאי ניהו דכתבנא ליה שטרא אדמיה, אמאי נקיט מרגניתא בידיה יהיבנא ליה חספא אלא אמר אביי בעל כרחיה דאב משום פגם משפחה עכ"ל. לפי רבא האדון מוכרח לקבל שטר התחייבות על דמי האמה עבריה כדי לפדות אותה. אבל מסקנת הסוגיא כאביי דשטר התחייבות בע"כ דאדון אינו מהני לפדות אמה עבריה. ואביי מסביר דא"א להכריח האדון לקבל שטר התחייבות לשחרור האמה כי השטר התחייבות נחשב כחספא. ולכאורה מבואר ממסקנת הסוגיא דאין לשטר התחייבות דין כסף אלא דהוא בגדר חספא.

א"כ לכאורה יש סתירה בין הסוגיא (בדף טז.) לבין הסוגיא (בדף יח.) האם שטר התחייבות דינו ככסף או לא. ויש כמה תירוצים בראשונים לתרץ את הסתירה הזאת. ונראה דהרמב"ן הבין דיש לחלק בין הסוגיות לגבי דעת המקנה. דמעיקר הדין אין לשטר התחייבות דין כסף ולכן אי אפשר להכריח את האדון לקבל שטר התחייבות לשחרור האמה. מאידך מבואר (בדף טז.) דאם האדון (המקנה) מסכים לקבל שטר התחייבות, אזי דעת המקנה שלו קובע את שטר ההתחייבות לכסף. וכל זה מפורש בריטב"א (טז. ד"ה אילימא) וז"ל אילימא דכתב ליה שטרא אדמיה היינו כסף. פי' ודוקא מדעתו של אדון

[53] רבינו זצ"ל ביאר בדעת הרמב"ן שהסכמת המקנה בעצם הופך את השוה כסף, שאין דינו ככסף, לכסף. ויש להעיר דזה נגד פירוש האבנ"מ (סימן כז סקי"ד) בשיטת הרמב"ן שכל שהמקנה אינו מוחה יש דין כסף לשו"כ. ויתכן דיש נ"מ בין סברת רבינו זצ"ל לדברי האבנ"מ באופן דהאשה מקבלת שוה כסף לקידושין בלא ידיעתה, כמו ע"י שליח או בלילה. דלפי האבנ"מ הקידושין חלין מכיון שהיא לא מוחה, ואילו לפי דברי רבינו זצ"ל יתכן שהיא צריכה לדעת שהיא מקבלת שוה כסף לקידושין. ועיין בשיעורים לקמן (כח. ד"ה אמר רב יהודה הכי קאמר כל הנישום דמים באחר) שביאר רבינו זצ"ל באופן אחר את דעת הרמב"ן.

אבל בעל כרחו לא כדאמרינן לקמן (יח.) שקיל מרגניתא בידיה ויהבינן ליה חספא עכ"ל. ומזה הסיק הרמב"ן דיש כח בדעת מקנה לתת דין כסף לחפצא דבעצם אין לו דין כסף. ואם זה נכון לגבי שטר התחייבות, הוא הדין לגבי שוה כסף, דדעת מקנה יכול להחיל עליו דין כסף אע"פ דמעיקר הדין בקידושין בעינן חפצא של כסף.

ונראה דיש נ"מ בין הרמב"ן והתוס' לגבי שוה כסף בקידושין. דלפי התוס' לעולם אמרינן שוכ"כ לגבי קידושין כי שוכ"כ הוא דין דעלמא בהלכות קידושין. ואילו לדעת הרמב"ן אם יש היכי תמצא של קידושין בע"כ דאשה אזי לא נאמר שוה כסף ככסף כי שוכ"כ הוי דין ברצון האשה בתורת דעת מקנה. ויתכן ציור של קידושין בע"כ דאשה בייעוד דאמה העבריה. דאיתא לקמן (יט.) דצריך דעתה ביעוד אבל נחלקו הראשונים בגדר הדין דדעתה.[54] לפי הרמב"ם (פרק ד מהלכות עבדים הל"ח) בעינן הסכמתה, וז"ל אין האדון מיעד אמה העבריה לא לו ולא לבנו אלא מדעתה עכ"ל. ומאידך ר"ת (ה. תוד"ה שכן ישנן) נקט דבעצם היעוד יכול להעשות בע"כ דהאמה. והדין דבעינן דעתה הוא רק דהיא צריכה לדעת דהיעוד נעשה אבל היא לא צריכה להסכים ליעוד, וז"ל דהא דאמר לקמן (דף יט.) אשר לא יעדה שצריך לייעדה לא שצריך לעשות מרצונה אלא שצריך להודיעה שלשם קידושין מייעדה עכ"ל. יוצא, שאם הרמב"ן ס"ל כשיטת ר"ת בענין יעוד, אזי י"ל דהייעוד צריך להיות דוקא בכסף ולא בשוה כסף כי אין כאן דעת האשה להחיל דין כסף על השו"כ.

בסופו של דבר יש לנו ג' שיטות למקור ששוה כסף ככסף בכהת"כ:

א) לפי התוס' שוכ"כ נלמד מבנין אב דעבד עברי ותשלומי נזיקין.

ב) לפי הרמב"ן אין צריך מקור דשוכ"כ היכא דהמקנה מקבל את הכסף בדעת וברצון.

ג) יתכן שלומדים כל דיני פרעון חוב מתשלומי נזיקין, ולומדים כל דיני קנין מגרעון כסף דעבד עברי.

ד

עוד בענין שוכ"כ בע"כ דמקבל

ובענין שוכ"כ בעל כרחיה דמקבל, עיין בבית שמואל (סימן כז סק"ב) דהביא דברי המהרי"ט וז"ל וכתב בחדושי הרב מוהר"ר יוסף מטראני אם התנה ע"מ שאתן כך זה ונתן שוה כסף בעל כרחה לא הוי נתינה הואיל שנתן שוה כסף ובעל כרחה עכ"ל. הגמ' בגיטין (עה.) נסתפקה באומר הרי זה גיטך ע"מ שתתני לי מאתים זוז אם נתינה בע"כ שמה נתינה כדי לקיים התנאי ולהחיל הגירושין. והרמב"ם (פרק ח מהלכות גירושין הלכ"א)

[54] ועיין לקמן בשיעורים (ה.) דרבינו דן בזה יותר באריכות.

פסק מעיקר הדין כלישנא בתרא בגמ' שם דנתינה בע"כ שמה נתינה. והמהרי"ט (פירושו על הרי"ף ריש מסכת קידושין) חידש דכל זה איירי בכסף ממש, אבל אם יש תנאי של נתינת כסף בודאי נתינת שוה כסף בע"כ דמקבל לא הויא נתינה. ונראה דביאור שיטת המהרי"ט הוא כהרמב"ן לעיל דהדין דשוכ"כ תלוי ברצון והסכמה ולכן אם המקבל אינו רוצה לקבל השוה כסף אין כאן נתינת מאתים זוז ואין כאן קיום התנאי.[55]

ועיין שם בהמשך הבית שמואל דהקשה על המהרי"ט דבהיכי תמצי כזה של קידושין על תנאי שאתן מאתים זוז, אפי' אם המקדש נותן לה כסף ממש בע"כ אין הקידושין חלין. דהרי הרשב"א (גיטין עה. ד"ה מכלל) חידש דכל הסוגיא שם שדנה האם נתינה בע"כ שמה נתינה או לא, איירי דוקא בדינים דתלויים בנתינת הנותן. למשל, המוכר בית בבתי ערי חומה יש לו י"ב חודש כדי לגאול ביתו. ובנתינה בע"כ המוכר יכול לצאת ידי חובתו דהחזרת הממון לקונה. מאידך פשוט דהמקבל עצמו אינו זוכה בכסף אם הכסף ניתן לו בע"כ, וז"ל עוד נראה לי דאפילו למ"ד נתינה בע"כ שמה נתינה היינו דוקא שהנותן נפטר בנתינתו וזכה במה שבידו בקיום תנאו, והיינו טעמא דגט והיינו טעמא דבית בבתי ערי חומה, זכתה האשה בגט שבידה וזכה הלה בבית בקיום תנאם, וה"ה לנשבע ליתן לחבירו נותן לו בעל כרחו ונפטר, אבל שתהא נתינה לגבי מי שניתן להם בעל כרחם לא שא"א לזכות לאדם בעל כרחו עכ"ל. ולכן הסיק הרשב"א דאם אשה אומרת תן לי מנה ואתקדש אני לך והוא נשבע לתת לה ואז נותן לה בע"כ, דיש לחלק בין קיום השבועה לבין הקידושין. דקיום שבועתו תלוי בנתינה דידיה ולגבי זה אמרינן דנתינה בע"כ שמה נתינה. אבל חלות הקידושין תלויה בקבלת דידה ומכיון דנתינה בע"כ לא שמה נתינה מצד המקבל אין כאן קידושין. ולפי"ז הקשה הבית שמואל על המהרי"ט דלמה בעינן למימר דאין שוכ"כ בהיכי תמצי דקידושין על תנאי של נתינת ממון, הרי גם כסף עצמו אינו מועיל דאם היא אינה רוצה לקבל את הכסף אין כאן קבלה מצידה ואין כאן קידושין.

ותירץ הבית שמואל דיש לחלק בין ההיכי תמצי דהמהרי"ט דהמקדש עושה התנאי לבין ההיכי תמצי דהרשב"א דהאשה עושה התנאי, וז"ל ואפשר שם איירי כשהיא מתנה התנאי תן לי מנה אז אמרי' נתינה בע"כ לא הוי נתינה אבל כשהוא מתנה ע"מ שאתן לך אז אפילו בע"כ הוי נתינה דהא התנאי התנה הוא עכ"ל. וצ"ע מאי שנא תנאי דידיה

[55] ויש להעיר דהמהרי"ט עצמו קאי בשיטת התוס' דשוכ"כ נלמד מגזה"כ. ועדיין הוא טוען דהגזה"כ הזה רק מלמד על שו"כ מדעת המקבל אבל אין מקור לומר דשוכ"כ היכא דהנתינה הויא בע"כ דמקבל.

דאמרינן נתינה בע"כ בכסף ממש שמה נתינה ומאי שנה תנאי דידה דאמרינן נתינה בע"כ לא שמה נתינה.

ונראה לבאר ע"פ קושיית רעק"א זצ"ל על הבית שמואל. דהקשה רעק"א (סימן כז סק"ה) דהאיך אפשר לדמות הציור של המהרי"ט לציור של הרשב"א, וז"ל נ"ב במחכ"ת ז"א דהרשב"א כ"כ היכי דהנתינה יהיה קדושין בזה כיון דלהמקבל לא הוי נתינה לא הוי קידושין, אבל אם מקדש בפרוטה ע"מ שאתן לך בזה אם נתינה בע"כ שמי' נתינה מקרי קיום תנאי ובזה דן המהרי"ט עכ"ל. כלומר, דהמהרי"ט איירי בקידושן על תנאי, דהיינו דהוא נותן לה פרוטה ואומר לה הרי את מקודשת לי ע"מ שאתן לך מאתים זוז. ולגבי קיום התנאי אמרינן דנתינה בע"כ שמה נתינה. אבל הרשב"א אינו איירי בתנאי אלא בכסף קידושין עצמו, דהרי האשה אומרת למקדש תן לי מנה ואתקדש לך. ובכסף קידושין עצמו בודאי אמרינן נתינה בע"כ לא שמה נתינה דהרי היא אינה יכולה להתקדש בע"כ.

ונראה דזה גם כוונת הבית שמואל בחילוקו בין תנאי דידיה לתנאי דידה. דהיכא דהמקדש עושה התנאי יש כאן גדר של מעשה קידושין על תנאי. אבל תנאי האשה בקידושין אינו גדר של תנאי מפרשת בני גד ובני ראובן דבא לבטל מעשה הקידושין. אלא דתנאי שלה הוי דין בדעת האשה לקידושין, דהיא אומרת דיש לה דעת לקידושין רק אם הוא נותן לה מאתים זוז וכדומה. וא"כ נראה דכל המאתים זוז הוו בתורת כסף קידושין, ולכן נקט הבית שמואל דנתינה בע"כ לא שמה נתינה כי פשיטא דהיא צריכה לקבל כסף הקידושין עצמו מדעתה.[56]

תוד"ה בפרוטה. בא"ד. מיהו בהקדשות נמי אפשר דדרשינן כלל ופרט וכלל.

מדברי התוס' משמע דהתוס' הסתפקו רק בפדיון הקדש דשמא יש כלל ופרט וכלל למעט קרקע ושטרות, שהרי מצינו בגמ' דאין פודין הקדש בקרקע. אבל לגבי קידושי כסף בודאי אין כלל ופרט וכלל למעט קרקע ושטרות. ונראה לדייק מזה דהתוס' סברי דמקדשין אשה במחובר לקרקע. וכן מבואר להדיא בתוס' לקמן (ה. ד"ה ואשה שכן פודין) וז"ל דאדם יכול לקדש אשה בקרקע ואינה מתגרשת בקרקע עכ"ל. ונמצא דהתוס' חולקין

[56] רבינו זצ"ל לא ביאר את החילוק בין תנאי דידיה לתנאי דידה, אבל נראה דדברי רבינו מאוד מובנים ע"פ שיטת הגר"ח זצ"ל דרק הבעלים על החלות יכולים לעשות תנאי. וא"כ מסתבר לומר דרק המקדש דהוא עושה המעשה קידושין הוי הבעלים על החלות ולכן הוא יכול לעשות תנאי בקידושין. אבל האשה דרק מקבלת הכסף קידושין או השטר אינה יוצרת את החלות (עיין בר"ן נדרים ל. ד"ה ואשה) ולכן היא אינה שייכת לחידוש התורה דתנאים. ברם צ"ע בפירוש רבינו זצ"ל דלכאורה פירושו מובן בתנאי ד"אם" דהקידושין חלין רק בשעת נתינת המעות לאחר זמן בקיום התנאי, ואם האשה התנה הרי זה כסף הקידושין. אך בתנאי ד"על מנת" דהקידושין חלין מעכשיו וקיום התנאי הוא לאח"ז א"א לומר דכסף התנאי הוי נמי כסף הקידושין, וצ"ע דהא ההיכי תמצי דהמהרי"ט הוי בע"מ ולא באם, וצ"ע.

על בעל העיטור (מובא ברשב"א ב. ד"ה והאי שוה דינר, ובר"ן דף א. בדפי הרי"ף ד"ה איסר) דנקט דאין מקדשין בקרקע כי הוקש הויה ליציאה, וכמו דמחובר לקרקע פסול לגט הוא הדין דפסול בקידושין, ואפי' לקידושי כסף.

ובביאור דעת התוס' לחלק בין גט לקידושין עיין בבית שמואל (סימן כז סק"א) דהביא ב' טעמים:

א) יש היקש בין הויה ליציאה כדי לפסול מחובר בקידושין. אבל ההיקש קאי רק על קידושי שטר דדומה לגט, ולכן אין לפסול מחובר בקידושי כסף. ועיי"ש ברשב"א ובר"ן דגם חלקו על העיטור מהטעם הזה.

ב) הפסול בגט הוא משום דין דמחוסר קציצה.[57] כלומר, דנתינת הגט לאשה חייבת לחול מדין מעשה נתינה עם דינים מיוחדים, ואחד מהדינים הוא דבעינן דלא תהא דבר המפסיק בין הכתיבה לנתינה כקציצה. אבל בקידושין לא בעינן מעשה נתינה מהאיש להאשה כלל דהרי אפשר לקדש אשה בלי לתת לה כלום כדמוכח מדין ערב כדאיתא לקמן (ו:) וז"ל תן מנה לפלוני ואקדש לך מקודשת עכ"ל. דמכיון דהוא גרם לה הנאת שו"פ הקידושין חלין. ואם אין צורך בחלות דין מעשה נתינה בקידושין, מסתבר דאין פסול במחובר לקרקע דהוי חסרון במעשה נתינה בגט.

ולכאורה התירוץ הראשון דהבית שמואל ס"ל דיש דין מעשה נתינה בקידושי כסף מדלא תריץ כהתירוץ הב'. וקצת צ"ע איך הבית שמואל הבין את הדין דקידושין מדין ערב אם יש דין דמעשה נתינה מהאיש להאשה בקידושי כסף.[58]

דף ב:

תוד"ה אתרוג.

בענין נט"ר בחו"ל

א

פירוש הגר"ח זצ"ל

איתא בתוס' שיש דין רבעי בחו"ל. וידוע דהרמב"ם (פ"י מהלכות מאכלות אסורות הלט"ו) הביא את שיטת הגאונים דיש דין דרבעי בחו"ל וחולק עליהם, וז"ל יראה לי שאין דין נטע רבעי נוהג בחוצה לארץ אלא אוכל פירות שנה רביעית בלא פדיון כלל שלא אמרו אלא

[57] עיין רש"י (ניטין כא: ד"ה אין כותבין במחובר) וז"ל דכתיב וכתב ונתן שאינו מחוסר קציצה עכ"ל. אבל עיין ברשב"א (שם ד"ה אין כותבין) ובריטב"א (שם ד"ה אין כותבים) שהביאו טעמים אחרים בהבנת פסול מחובר בגט.

[58] וע"ע בשיעורים לקמן (ג. בענין חליפין אות ח', ו. בענין נתינת הגט בתורת גירושין אות ד', ז. ד"ה איתמר נמי משמיה דרבא וכן לענין ממונא, ז: ד"ה בעי רבא חצייך בחצי פרוטה וחצייך בחצי פרוטה, יג: בענין קידושין בגזל אות ב-ג).

הערלה, וקל וחומר הדברים ומה סוריא שהיא חייבת במעשרות ובשביעית מדבריהם אינה חייבת בנטע רבעי כמו שיתבאר בהלכות מעשר שני, חוצה לארץ לא כל שכן שלא יהיה נטע רבעי נוהג בה, אבל בארץ ישראל נוהג בה בין בפני הבית בין שלא בפני הבית, והורו מקצת גאונים שכרם רבעי לבדו פודין אותו בחוצה לארץ ואחר כך יהיה מותר באכילה ואין לדבר זה עיקר עכ"ל. וצ"ע שדברי הרמב"ם סותרים את מה שכתב במקום אחר (פרק י מהלכות מע"ש ונט"ר הל"א) דאין לחלק בין ערלה לנט"ר, וז"ל כל שהוא חייב בערלה יש לו רבעי, וכל שפטור מן הערלה אינו חייב ברבעי שנאמר שלש שנים יהיה לכם ערלים וגו' ובשנה הרביעית עכ"ל. ולכאורה קשה דהיאך כתב הרמב"ם דכל שחייב בערלה יש לו דין רבעי אם מפורש בדבריו שבחו"ל יש דין ערלה ואין דין רבעי.

ונראה לתרץ ע"פ פירוש הגר"ח זצ"ל (עיין בחידושי הגר"ח הלוי על הרמב"ם פ"י מהל' מאכלות אסורות הלט"ו) במחלוקת שבין הרמב"ם והגאונים. דהנה מבואר (משניות ערלה פרק ג משנה ט, קידושין לח:) דערלת חו"ל הויא הל"מ. ויש לעיין בגדר ההל"מ דערלת חו"ל האם היא מחדשת הלכה חדשה דאין לה קשר לדין ערלת ארץ ישראל, או"ד דההל"מ מפרשת ומבארת שהדין דערלה דא"י גם שייך לחו"ל. והגר"ח זצ"ל ביאר שזוהי נקודת המחלוקת שבין הרמב"ם והגאונים. דלפי הגאונים ההל"מ דערלת חו"ל מפרשת את הפסוק דערלת א"י ומרחיבתו לכלול אף חו"ל, וא"כ כמו שיש דין רבעי בערלת א"י, כמו"כ יש דין רבעי בערלת חו"ל. אבל הרמב"ם נקט דההל"מ מחדשת הלכה חדשה של ערלת חו"ל שאינו שייך לערלת א"י, ולכן אין בהל"מ הזו אלא חידושו, ואין טעם לחייב פירות חו"ל בדיני רבעי.[59]

ויש להוכיח שזוהי שיטת הרמב"ם מעוד חילוק בפסקיו בין ערלת א"י לבין ערלת חו"ל. דהרי פסק הרמב"ם (פ"י מהלכות מאכלות אסורות הלכ"א) דאין מלקות למי שאוכל ערלת חו"ל, וז"ל אזהרה לאוכל טבל שלא הורמו ממנו מעשרות בכלל שנאמר לא תוכל לאכול בשעריך מעשר דגנך וגו', ובהלכות תרומות ומעשרות יתבאר איזה דבר חייב בתרומה ובמעשרות ואי זה דבר פטור, ואי זה דבר הוא חייב מן התורה ואי זהו החייב מדברי סופרים, והאוכל כזית מטבל של דבריהם או מכלאי הכרם וערלה של חוצה לארץ מכין אותו מכת מרדות עכ"ל. ומזה דפסק הרמב"ם דאין מלקות דאורייתא באכילת ערלת חו"ל מוכח דערלת חו"ל אינו נכלל בפסוק דערלת א"י דא"כ יהא עונשו מלקות דאורייתא. ונראה דהגאונים חולקים על שיטת הרמב"ם וסבורים דלוקין מדאורייתא על ערלת חו"ל כי ההל"מ מפרשת דפרשת ערלה בתורה כוללת גם ערלת חו"ל, וא"כ אין לחלק בין ערלת

[59] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לברכות (לה. תוד"ה ולמאן).

חו"ל לערלת א"י. ויש עוד נ"מ לגבי שריפת ערלת חו"ל. דהרי איתא במשנה (תמורה לג:) דערלה מן הנשרפין. ומתסבר לומר דדין ערלת חו"ל בשרפה תלוי במחלוקת בין הרמב"ם והגאונים.[60]

ולפי"ז יש לתרץ את הסתירה בדברי הרמב"ם. כשהרמב"ם כתב "כל שהוא חייב בערלה יש לו רבעי" פירוש המלה "ערלה" הוא דוקא עיקר הדין של ערלה בא"י שמקורו בקרא. ולגבי זה אין חילוק בין ערלה לבין רבעי. אבל בודאי יש הל"מ של ערלת חו"ל שאינו מעיקר פרשת ערלה דא"י דאין לו דיני רבעי.

ב

ב' דינים בקדושת נט"ר

ועוד נראה לבאר את שיטת הרמב"ם דאין דין נט"ר בחו"ל ע"פ יסוד חשוב בקדושת נט"ר. דעיין בלשונו הזהב של הרמב"ם שם וז"ל יראה לי שאין דין נטע רבעי נוהג בחוצה לארץ אלא אוכל פירות שנה רביעית בלא פדיון כלל שלא אמרו אלא הערלה, וקל וחומר הדברים ומה סוריא שהיא חייבת במעשרות ובשביעית מדבריהם אינה חייבת בנטע רבעי כמו שיתבאר בהלכות מעשר שני, חוצה לארץ לא כל שכן שלא יהיה נטע רבעי נוהג בה עכ"ל. ויש לעמוד על שני דיוקים בלשון הרמב"ם:

א) צ"ע בכפילות לשון הפטור – מכיון "שאין דין נטע רבעי נוהג בחו"ל" א"כ למה הרמב"ם צריך להוסיף דמותר לאכול "פירות שנה רביעית בלא פדיון כלל".

ב) הרמב"ם הוכיח דאין נט"ר בחו"ל בקו"ח מהדין דאין דין נט"ר בסוריא. לכאורה הקו"ח הזה תמוה כי הטעם לפטור נט"ר בסוריא הוא מדין דאין נט"ר בחו"ל ואיך שייך כאן קו"ח.[61]

ונראה לחדש דיש ב' דינים בקדושת נט"ר – קדושת איסור וקדושת מצוה. הפסוק (ויקרא יט:כד) קורא לנט"ר "קדש הילולים לה'" ומדין זה יש לנט"ר קדושה שאוסרת אכילת הפירות מחוץ לירושלים בלא פדיון. אבל מהפסוק עצמו לא ידעינן דיש קיום מצוה

[60] רבינו זצ"ל ציין לספר מלבושי יו"ט (קונטרוס חובת קרקע סימן א-ב) שביאר המחלוקת לגבי רבעי בחו"ל כמו הגר"ח זצ"ל והאריך בנ"מ אלו. ולגבי שריפת ערלת חו"ל ע"ע בתוספות רבנו אלחנן (ע"ז כא.), בפני יהושע (ברכות לו. ד"ה לכך נראה לי) ובמנ"ח (מצוה רמו אות טו). ויש להעיר דהתוס' בסוכה (לה. ד"ה לפי) נסתפקו אם הדין דשריפת ערלה הוא מדאורייתא או רק מדרבנן. ואם כל הדין דשריפת ערלה הוי רק מדרבנן אולי יש לומר דלא תיקנו לשרוף ערלת חו"ל אפילו אם הוא נכלל בהפסוק דערלת א"י כי כבר מצינו שלכו"ע ערלת חו"ל יותר קל מערלת א"י לגבי ספק.

[61] עיין בחידושי הגר"ח על הרמב"ם שם שמקשה קושיא דומה על הקו"ח של הרמב"ם וז"ל ואע"ג דבאמת אייריגן הכא לענין חיובא דאורייתא וא"כ הרי לא שייך כלל לעשות ק"ו מחיובא דרבנן עכ"ל. הגר"ח זצ"ל הקשה שהקו"ח מבוסס על חיוב המעשרות ושביעית בסוריא שרק מדרבנן והרמב"ם רוצה להוכיח שיש פטור מדאורייתא של נט"ר בחו"ל. קושיית רבינו זצ"ל מתייחס לעצם הקו"ח מסוריא לחו"ל אם כל הפטור דסוריא הוא רק משום דסוריא חלק מחו"ל.

באכילת הפירות בירושלים. אלא דבנוסף לקדושת איסור, נט"ר גם הוקש למעשר שני (נד: וב"ק סט:) וממע"ש נלמד דיש בנט"ר קדושת מצוה, דהיינו שיש מצות הבאת מקום ואכילה בירושלים. ומוכח דיש בנט"ר ב' קדושות.

ובזה מתורצת הסתירה שבפסקי הרמב"ם לגבי החלות שם פרי בנט"ר. דהנה, נחלקו התנאים במשנה (ערלה פרק א משנה ז) באיזה שלב של גידול הפרי חל עליו האיסורים דערלה ונט"ר, וז"ל העלים והלולבים ומי גפנים וסמדר מותרים בערלה וברבעי ובנזיר ואסורים באשרה רבי יוסי אומר הסמדר אסור מפני שהוא פרי עכ"ל. והרמב"ם (פ"ט מהלכות מע"ש ונט"ר הלי"ג) פסק כהת"ק דסמדר מותר בערלה ונט"ר וז"ל העלין והלולבין ומי גפנים והסמדר מותר בערלה וברבעי עכ"ל. ומשמע מהרמב"ם דסמדר הוי השלב האחרון של גידול הפרי בלי האיסור דנט"ר, אבל פרי יותר גדול מסמדר כמו בוסר כבר אסור בקדושת ערלה ונט"ר. אבל עיין בדברי הרמב"ם (פ"ט מהלכות מע"ש הל"ב) שכתב וז"ל הרוצה לפדות נטע רבעי פודהו כמעשר שני, ואם פדהו לעצמו מוסיף חומש, ואין פודין אותו עד שיגיעו לעונת המעשר שנאמר להוסיף לכם תבואתו עד שיעשה תבואה, ואין פודין אותו במחובר כמעשר שני והרי הוא ממון גבוה כמעשר, לפיכך אינו נקנה במתנה אלא אם נתנו בוסר, ודינו בשאר הדברים לענין אכילה ושתיה ופדייה כמעשר עכ"ל. הרי הרמב"ם כתב להדיא דהנט"ר עדיין אינו ממון גבוה בשלב של בוסר, דאל"כ איך הבעלים יכולים לתת אותו במתנה. ולכאורה הרמב"ם סותר את עצמו באותו פרק לגבי הדין דנט"ר בבוסר.

ונראה להדיא שיש לחלק אליבא דהרמב"ם בין קדושת האיסור דנט"ר לבין קדושת המצוה. דהאיסור דרבעי, כמו האיסור דערלה, מתחיל בבוסר וכדפסק הרמב"ם בפרק ט' מהל' מע"ש הלי"ג. אבל ההיקש למע"ש וכל הדין דקדושת מצות הבאת מקום ואכילה בירושלים חל רק בשלב מאוחר יותר של עונת המעשרות.[62] ולכן מצד אחד יש לבוסר דנט"ר דין איסור אכילה, אבל עדיין מותר ליתנו כמתנה כי עדיין לא חל עליו מצות הבאת מקום. ועפ"ז יש לבאר באופן כפתור ופרח כפילות לשון הרמב"ם בהלכות מאכלות אסורות (פרק י' הלט"ו) דהבאנו לעיל, דהרי ב' הלשונות דהרמב"ם מורים על ב' הקדושות דיש בנט"ר. דמש"כ "אין דין נטע רבעי נוהג בחו"ל" קאי על קדושת המצוה של נט"ר שנלמד ממע"ש, ואז הרמב"ם מוסיף שמותר לאכול הפירות "בלא פדיון כלל"

[62] עיין בצפנת פענח (פ"ח מהלכות סוכה הל"ב) שגם חילק בין "הדין נטע רבעי" שמתחיל בבוסר ו"הקדושה" דנלמד ממע"ש דחל רק בעונת המעשרות.

להורות שאין בהם קדושה כלל, אפילו קדושת איסור, ומותר לאוכלן כמו חולין גמורים.[63]

ולפי"ז יש לבאר את הקו"ח של הרמב"ם מסוריא לחו"ל. דהקשינו מה שייך לעשות קו"ח מפטור נט"ר בסוריא לחו"ל אם כל הפטור דסוריא הוא רק מדין חו"ל. ונראה לבאר ע"פ פירוש הגר"ח זצ"ל (פ"י מהלכות מאכלות אסורות הלט"ו וגם בפ"א מהלכות מע"ש הלי"ד) ביסוד פטור חו"ל במע"ש. דכתב הרמב"ם (פ"א מהלכות מע"ש הלי"ד) וז"ל מעשר שני הואיל וטעון הבאת מקום אין מביאין אותו מחו"ל כבכור בהמה, לפיכך לא חייבו להפריש מעשר שני בסוריא עכ"ל. כלומר שאין דין מע"ש בחו"ל מהיקש לבכור בהמה שפטור מחו"ל. ויש להקשות שתי קושיות על דברי הרמב"ם:

א) למה בעינן היקש לבכור בהמה כדי לפטור חו"ל ממע"ש, הרי אין חיוב של מצוות התלויות בארץ חל כלל בחו"ל.[64]

ב) בדרך כלל יש חיוב של תרו"מ בסוריא מדרבנן, וא"כ למה לגבי מע"ש פוטר הרמב"ם לגמרי.[65]

ועיין בחידושי הגר"ח על הרמב"ם דחידש דיש ב' דינים בפטור מע"ש ונט"ר בחו"ל. דמצד אחד יש הפטור הכללי של מצוות התלויות בארץ כמו שאר תרו"מ. אבל מצד זה היה ראוי לחייב בסוריא מדרבנן כמו שאר תרו"מ. ומשום כך ביאר הרמב"ם דיש עוד פטור של מע"ש בחו"ל שנלמד מבכור בהמה וחל מדין המצוה דהבאת מקום ואכילה בירושלים. דההיקש בין בכור בהמה למע"ש מלמד שלא שייך מצות הבאת מקום מחו"ל. והפטור הזה שייך גם לסוריא ולכן לא מפרישים מע"ש בסוריא כלל.

ועכשיו אפשר לחזור לדברי הרמב"ם בהלכות מאכלות אסורות לגבי הפטור דנט"ר בחו"ל והקו"ח מסוריא. דיש לומר דהרמב"ם הבין שמדין הפטור הכללי של מצוות התלויות בארץ בחו"ל יש לנקוט כמו שיטת הגאונים ולחייב נט"ר בחו"ל מההל"מ דערלת חו"ל.[66] ולכן הרמב"ם תלה הפטור דנט"ר בחו"ל בדין של סוריא. כי לפי ביאור הגר"ח זצ"ל הפטור של מע"ש בסוריא מורה על פטור מיוחד מדין הבאת מקום שחל בכל מקום בחו"ל. וכמו שהפטור הזה נלמד מבכור בהמה למע"ש, הפטור גם נלמד

[63] עיין עוד ברשימות שיעורים לב"ק (צד. עמוד תקנז) לגבי שיעור סמדר ובוסר לגבי מצוות התלויות בארץ, ועיין במש"כ רבינו זצ"ל באריכות באגרות הגרי"ד הלוי (פרק ה מהלכות מתנות עניים הלכ"ז).

[64] עיי"ש בכס"מ שביאר שהלימוד מבכור בהמה למע"ש מהוה רק אסמכתא בעלמא.

[65] עיי"ש בראב"ד שסובר ככה.

[66] רבינו זצ"ל העלה את הביאור הזה לשיטת הרמב"ם דאין נט"ר בחו"ל כהסבר בפני עצמו בנוסף למה שאמור למעלה לגבי גדר ההל"מ דערלת חו"ל. ברם בשיעור אחר אמר רבינו זצ"ל די"ל שהרמב"ם נסתפק לגבי חקירת הגר"ח זצ"ל בגדר ההל"מ דערלת חו"ל, ולכן הרמב"ם הוסיף שיש עוד טעם לפטור נט"ר בחו"ל – מדין הפטור המיוחד דהבאת מקום.

ממע"ש לנט"ר מדין ההיקש שביניהם. וסוף סוף אפילו אם מדין הפטור הכללי של מצוות התלויות בארץ היה ראוי לחייב נט"ר בחו"ל (כמו ערלה), הרמב"ם למד מהפטור בסוריא שיש עוד פטור מדין הבאת מקום שמפקיע קדושת המצוה דהבאת מקום. ולכן הרמב"ם תלה הפטור דרבעי בחו"ל בסוריא, כי הפטור הגמור בסוריא מורה על הפקעת כל חו"ל מדין הבאת מקום.[67]

ג

קדושת האיסור תלויה בקדושת המצוה

אבל לכאורה יש להקשות על היסוד הזה דפטור רבעי בחו"ל חל מדין פטור דמצות הבאת מקום. דהרי הוכחנו דיש לנט"ר ב' שמות קדושה - קדושת איסור כמו ערלה וקדושת מצוה כמו מע"ש. ולפי זה לכאורה הפטור מדין הבאת מקום שנלמד ממע"ש רק פוטר צד אחד דקדושת נט"ר דקיום מצותו אבל עדיין היה ראוי שהפירות דנט"ר בחו"ל יאסרו מדין קדושת איסור שבהם. ולמה הם מותרין באכילה לגמרי כמו חולין גמורין.

ונראה לתרץ דאע"פ שיש ב' מיני קדושות בנט"ר, אמנם קדושת האיסור תלויה בקדושת המצוה. דהיינו, כל פרי שאי אפשר לחול עליו הקדושה השלימה דקדושת מצות הבאת מקום, ממילא ג"כ מופקע מדין קדושת האיסור. ולכן מכיון שחל על נט"ר בחו"ל פטור דהבאת מקום מההיקש למע"ש, הוא גם נפקע מקדושת האיסור שהיה ראוי לחול על הפירות ומותר לאוכלן בלי פדיון כלל.[68] ולא דמי לבוסר שהוכחנו למעלה דיש בו קדושת איסור ולא קדושת מצוה כי שם גוף הפרי ראוי לחול עליו קדושת מצוה כשמגיע לעונת המעשרות.

ולפי היסוד הנ"ל נראה לבאר את המחלוקת שבין ר' יהודה ובין החכמים (משנה תרומות פ"ג מ"ט) דפליגי האם חל נטע רבעי בפירות נכרי, וז"ל ר' יהודה אומר אין לעובד כוכבים כרם רבעי וחכמים אומרים יש לו עכ"ל. ועיין בירושלמי (פאה פ"ז ה"א, ומעשר שני פ"ה ה"ב) דשיטת רבי יהודה דאין לנכרי נט"ר קשור לדין מע"ש בסוריא, וז"ל כן רבי יהודא אומר לא למדו נטע רבעי אלא ממעשר שני כמה דתימר אין מעשר שני בסוריא דכוותי' אין נטע רבעי בסוריא וכו' רבי יהודא אומר אין לנכרי כרם רבעי בסוריא עכ"ל. הר"ש והגר"א פירשו דלפי הירושלמי מחלוקת התנאים קאי רק על פירות נכרי בסוריא. דלפי

[67] דאע"פ דפטור סוריא מנטע רבעי הוי בדין דרבנן מ"מ יסוד הפטור הוא דין דאורייתא דהיינו דליכא מצות הבאת מקום מחו"ל. ברם הלשון דקו"ח ברמב"ם צ"ע דהא אינו קו"ח דאורייתא אלא קו"ח מדרבנן וצ"ע.

[68] וע"ע בקובץ חידושי תורה להגר"מ והגרי"ד (עמוד צג-צט), וברשימות שיעורים לב"מ (ריש פרק הזהב בענין פדיון מע"ש אות ו) ובשיעורי הרב על מסכת חלה ועניני מצוות התלויות בארץ (עמוד קנג-קנד, קסא) לאריכות ביסוד הזה דקדושת איסור דנט"ר תלוי בקדושת מצוה. ועיין גם בתורת זרעים (עמוד צח-צט) ובחזון איש (זרעים הלכות ערלה פרק יא סקי"א).

החכמים יש נט"ר ומע"ש לפירות נכרי בסוריא, אבל רבי יהודה נקט דבסוריא יש קנין לעכו"ם להפקיע מדין מע"ש ונט"ר. אבל בארץ ישראל עצמה כו"ע לא פליגי דיש נט"ר לפירות עכו"ם כי בא"י נקטינן דאין קנין לעכו"ם להפקיע. אמנם הרמב"ם פסק (פ"ט מהל' מעשר שני ה"א) דאין מעשר שני ונטע רבעי בסוריא כלל אפי' לישראל. ועל כרחך צ"ל דהרמב"ם פירש דהמחלוקת בין ר"י והחכמים לגבי אם יש נטע רבעי לפירות עכו"ם איירי בא"י עצמו, כי בסוריא אפי' פירות ישראל פטורים.

ולפי זה דברי הירושלמי צ"ב כי הירושלמי הקישה בין הפטור דפירות עכו"ם לפי רבי יהודה לבין הפטור בסוריא. וצ"ע מה הקשר בין הפטור דנט"ר בסוריא לבין הפטור דפירות עכו"ם אפי' בא"י עצמה. וגם יש להקשות דפשיטא דאין קדושת נט"ר מדאורייתא בפירות סוריא וכל הדיון הוא רק אם תיקנו נט"ר מדרבנן בפירות סוריא. אבל הדיון לגבי פירות נכרי בא"י עצמו הוא לגבי עיקר הדין דאורייתא דנט"ר, דלפי החכמים יש לפירות נכרי בא"י קדושת נט"ר מדאורייתא ולפי רבי יהודה אין בהם הקדושה הזאת. וא"כ היאך הירושלמי יכול ללמוד מזה דאין נט"ר בסוריא, דמהווה פטור מדין דרבנן, לשיטת רבי יהודה דיש פטור מדין דאורייתא לגבי פירות נכרי בארץ ישראל. הלא אין למדים מפטור דרבנן לפטור מדאורייתא.

ונראה לבאר ע"פ היסוד הנ"ל. דפירות חו"ל מופקעים ממע"ש ונט"ר מפאת הפטור ממצות הבאת מקום. ומכיון דאין בהם המצוה דהבאת מקום גם לא חל על הפירות שום קדושת נט"ר מדרבנן, אפי' קדושת איסור. וזה הטעם דלפי הרמב"ם אין חיוב מע"ש ונט"ר כלל בסוריא. וכמו"כ נראה דלשיטת רבי יהודה אין נטע רבעי לעכו"ם בא"י מה"ת משום שאינו יכול לקיים את מצות הבאת מקום שבחפצא, וממילא לא חלה בפירותיו קדושת איסור נטע רבעי כלל.

והחכמים דס"ל דיש לנכרי נטע רבעי בא"י גם מודים ליסוד הנ"ל דאם פירות מופקעין ממצות הבאת מקום כמו בחו"ל וסוריא גם לא חל עליהם קדושת איסור דנט"ר. אלא דנקטו דאע"פ דנכרי מופקע מקיום מצות הבאת מקום ואכילה בירושלים בתורת גברא, עדיין ניתן לומר דבאכילת עכו"ם איכא חלות קיום אכילה המתקיימת בחפצא של

[69] דאכילת נכרי שמה אכילה, ולכן כשהנכרי אוכל מע"ש, המע"ש נאכל לאדם ומתקיימת בו המצוה דבחפצא, והנכרי שאוכלו הוא עצמו מקיים את מצות אכילת מע"ש שמתקיימת בחפצא, ואע"פ שאיננה משבע מצוות בני נח. ועוד י"ל דישראל יאכל הפירות בירושלים ובזה מתקיימת מצות החפצא של הבאת מקום. והא דהנכרי מופקע מהמצוה בתורת גברא אינו נוגע לקדושת החפצא דפרי. משא"כ בסוריא דהחפצא דפרי מופקע מהבאת מקום דמשו"ה לא חל קדושת נט"ר כלל. ועיין להלן בשיעורים.

הפירות עצמן. וע"כ שפיר מתקיים הניתן לאכילה שבחפצא,[69] וע"כ קדושת נטע רבעי חלה בפירות.

ועל פי זה נראה לתרץ עוד סתירה בדברי הרמב"ם. דהרמב"ם (פ"י מהלכות מע"ש ונט"ר הל"ה) פסק כשיטת החכמים דיש דין נט"ר בנכרי, וז"ל הנוטע ברשות הרבים או בספינה, והעולה מאליו ברשות היחיד, ועכו"ם שנטע בין לישראל בין לעצמו, והגזלן שנטע חייבין בערלה וברבעי עכ"ל. ואילו לקמן באותו פרק כתב (פרק י מהלכות מע"ש ונט"ר הל"י) וז"ל יש לנכרי נטע רבעי שאם בא לנהוג במצוה זו הרי הוא קדש כנטע רבעי של ישראל עכ"ל. ומשמע מדבריו בהלכה י' דהנכרי יכול לבחור אם הוא רוצה לנהוג בפירותיו קדושת נט"ר או לא. ואילו בהלכה ה' הרמב"ם סתם דפירות נכרי חייבים בנט"ר.[70] ונראה לבאר עפ"י יסוד הנ"ל דיש בנט"ר קדושת איסור וגם קדושת מצוה דהבאת מקום. דמצד אחד הנכרי יכול לבחור אם הוא רוצה לנהוג בפירות נט"ר ע"פ קדושת המצוה דהבאת מקום ואכילה בירושלים כדי שיהא חלות קיום אכילה בחפצא של הפירות. וזה מש"כ הרמב"ם בהל"י שדין נט"ר תלוי בבחירת הנכרי אם רוצה או לא, דהיינו קדושת המצוה.[71] אבל מצד שני, מכיון דיש אפשרות לקיום מצות אכילה בפירות, דהפירות אינן מופקעין לגמרי מהקדושה דהבאת מקום ומשו"ה חלה קדושת האיסור דנט"ר על פירות דנכרי בכל אופן, כמו דחלה על בוסר וזה מש"כ הרמב"ם בהל"ה שיש לנכרי נט"ר, ר"ל קדושת האיסור דנט"ר.[72]

תוד"ה אתרוג. בא"ד. ומה שפירש בקונטרס.

רש"י ותוס' נחלקו איך לקבוע השנה של ירקות לגבי שמיטה. דרש"י (ד"ה בג' דרכים) נקט דכמו דהולכין בתר הלקיטה לקבוע השנה לענין מעשר, כמו"כ הולכין בתר הלקיטה לקבוע אם ירק שייך לשנת שמיטה או לא. וגם הרמב"ם (פ"א מהלכות מע"ש הל"ד) ס"ל כרש"י. והתוס' הסיקו דלגבי שמיטה הכל תלוי בגידול הירקות, דהיינו דקדושת שביעית חלה על כל מה דגדל בשנת השמיטה. וקשה להבין שיטת רש"י והרמב"ם דירק רק מוגדר כירק של שמיטה בשעת לקיטה. דבשלמא לענין קביעת שנת המעשר אזלינן בתר הלקיטה כי הקביעות אינה מחילה חלות חדשה על הפירות. דהרי ברוב דיני הירק אין נ"מ אם הוא שייך לשנת ב' או לשנת ג' דשנות המעשר, כי בכל מקרה הירק הוי טבל דחייב בתרו"מ. אלא דיש נ"מ בדין אחד – אם הוא חייב במעשר עני או במע"ש. אבל לגבי שביעית אנו דנין אם יש לירק הזה חלות קדושת שביעית לענין הפקר, איסור סחורה,

[70] עיין במנ"ח (מצוה רמז אות יא) דגם עמד על לשון הרמב"ם בזה וכתב "ואיני מבין לשון הרמב"ם".
[71] עיין בפיה"מ למס' תרומות (פרק ג משנה ט) ועיין ברשימות שיעורים לב"מ פרק הזהב (עמ' קפ"א הערה 16).
[72] ועיין באגרות הגרי"ד הלוי פ"י מהל' מע"ש ה"י.

איסור איבוד, דין ביעור וכדומה. ולפי רש"י והרמב"ם יוצא שכל זמן שהירק מחובר לקרקע אין לו קדושה והוי חולין גמורין, ורק בזמן התלישה מהקרקע חלה על הירק קדושת שביעית. וקשה, היאך תלישה מהקרקע יכולה להחיל חלות קדושת שביעית על הפירות. ונראה דלכן תוס' חולקים על רש"י וס"ל שעצם הגידול בקרקע בשנת שמיטה מחיל קדושת שביעית על הפירות.[73]

ונראה לפרש בדעת רש"י והרמב"ם דבעצם חלות קדושת שביעית בירקות אינה תלויה בתלישה עצמה אלא דתלוי בגמר הגידול. אלא דנקטו דהגידול נמשך כל זמן דהירק מחובר לקרקע ונגמר רק רגע אחד לפני הלקיטה. ואפי' אם במציאות נגמר הגידול זמן רב קודם הלקיטה, עדיין עפ"י דין אותו הרגע האחרון נחשב כגמר הגידול, והקרקע מקדשת הירקות ברגע זה. נמצא דגם לפי רש"י והרמב"ם הקרקע מקדשת הירקות רגע לפני התלישה ולא שהתלישה עצמה מחילה חלות קדושת שביעת על הירקות.[74]

דף ג.

תוד"ה אתרוג. בא"ד. ואליבא דרבי עקיבא סבר דספיחים אסורין בשביעית מדאורייתא.

לפי רבי עקיבא ספיחין אסורין מדאורייתא באכילה. ויש לעיין האם האיסור הזה הוי תוצאה מקדושת שביעית שחלה על כל הגידולים של שנת השמיטה, כלומר, דבשאר פירות קדושת שביעית גורמת איסור סחורה והפסד וכדומה, ולגבי ספיחין אותה קדושה גורמת איסור אכילה. או דלמא איסור אכילת ספיחין וקדושת פירות שביעית הם ב' דינים שונים לגמרי. ונראה מסברא כצד הב', דקשה להבין היאך אותה חלות קדושת שביעית תגרום דינים שונים בספיחין מבשאר דברים. ועוד יש לדייק דמהפסוק עצמו (ויקרא פרק כה פסוק ו) "והיתה שבת הארץ לכם לאכלה" משמע דניתן לאכול קדושת שביעית. ותמוה לומר שקדושת שביעית יוצרת איסור אכילה בספיחין, דלכאורה הוא נגד משמעות הפסוק דמזכיר אכילת פירות שביעית.[75]

[73] האחרונים דנו בקושיית רבינו זצ"ל על שיטת רש"י. עיין במקדש דוד החדש (זרעים, חנטה לקיטה והבאת שליש סימן יח) שהסתפק לפי הרמב"ם (פ"ד מהלכות שמיטה ויובל הלי"ב) וז"ל יש לחקור אי איכא קדושת שביעית על ירק במחובר, כגון לענין הפסד, כיון דאפשר להשהותן וללוקטן אחר שביעית ולא תהיה עליהן קדושת שביעית, וכן אם הן הפקר בשביעית כיון דאם ילקטום אחר שביעית נמצא שאינן פירות שביעית כלל, אם יכול הזוכה ללקטן בשביעית ולגרום להם קדושת שביעית עכ"ל. עיי"ש שדן בזה. ולעוד ביאור בדעת רש"י והרמב"ם עיין בדברי הגרש"ז אויערבאך זצ"ל במעדני ארץ (שביעית סימן יא סק"ז).

[74] וע"ע ברשימות שיעורים למסכת סוכה (לט: ד"ה תוד"ה ולשביעית, עמ' רב).

[75] וקשה לפי הרמב"ן (שכחת העשין מצוה ג') דיש מצוה מדאורייתא לאכול פירות שביעית.

ועוד יש להוכיח דאיסור אכילת ספיחין וקדושת פירות שביעית הם ב' דינים בפני עצמן משיטת הר"י המובא בתוס' בפסחים (נא: ד"ה כל הספיחים). דהקשה הר"י דיש סתירה בין הסוגיא שם דמשמע דירקות הגדלין בשביעית אסורין באכילה, ובין המשנה בשביעית דמשמע שהם מותרין באכילה וז"ל מיהו הא קשיא לר"י דבשמעתא משמע לכ"ע דירקות הגדילין בשביעית אסורין באכילה ובמסכת שביעית משמע דשרו דתנן (פ"ט מ"ד) האומר לפועל הילך דינר זה ולקט לי בו ירק היום ובפרק בתרא דע"ז (דף סב.) מייתי לה ותירץ ר"י דבשל ערב שביעית מיירי ומה שיש בהן דין שביעית לענין סחורה ושאר דינים לפי שנלקט בשביעית דבירק אזלינן בתר לקיטה עכ"ל. כלומר, דלפי הר"י באמת ירקות שגדילין בשביעית אסורים באכילה כדמשמע בסוגיא בפסחים, וצריך לאוקים דין המשנה דהירקות מותרים באכילה בפירות שגדילין בשנה שישית ורק נלקטים בשביעית. דמכיון שהם גדלו בשישית אין להם איסור אכילת ספיחין, אמנם מכיון שהלקיטה היתה בשנה השביעית יש להם קדושת שביעית, דלגבי הקדושה אזלינן בתר הלקיטה. ויוצא דהר"י חילק בין קדושת השביעית שחלה על מה שנלקט בשנה שביעית לבין האיסור דספיחין שחל רק על מה שגדל בתוך שנת השביעית עצמה.[76]

אבל לכאורה יש להקשות על זה משום שיש סתירה בדברי התוס' שם. שלפני קושיית ותירוץ הר"י, התוס' הביאו את דברי רבינו נסים שהקשה דלכאורה יש סתירה בשיטת רבי שמעון לגבי ספיחין. דאיתא בפסחים (נא:) וז"ל דתניא רבי שמעון אומר כל הספיחים אסורין חוץ מספיחי כרוב, שאין כיוצא בהן בירק השדה, וחכמים אומרים כל הספיחין אסורים עכ"ל. ואילו במשנה (שביעית פרק ט משנה א) מובא דר"ש אומר להדיא ההיפך, וז"ל ר' שמעון אומר כל הספיחים מותרין חוץ מספיחי כרוב שאין כיוצא בהם בירקות שדה וחכ"א כל הספיחין אסורין עכ"ל. ורבינו נסים פירש דיש לחלק בין המקרים, וז"ל ותירץ דהתם (המשנה בשביעית) מיירי בספיחים שגדלו בששית בהיתר ונכנסו בשביעית ונשתהו עד לאחר הביעור ולכך שאר ספיחים שרו דלא אתו לאיחלופי בהנהו שגדלו בשביעית דשל ערב שביעית גדולים ושל שביעית קטנים אבל של כרוב שגדילים הרבה בזמן מועט אין היכר בין הגדל בערב שביעית לגדל בשביעית עכ"ל. כלומר, דהאיסור ספיחין חל רק על ירקות דגדלו בשביעית עצמה, והמשנה בשביעית דמתיר כל הספיחין מיירי בירקות דגדלו בששית. והתוס' בסוגיין (ב: ד"ה אתרוג שוה) הביאו את שיטת רבינו נסים והוסיפו דלפי רבינו נסים לא רק שאין איסור ספיחין בירקות דגדלו בששית אלא

[76] עיין בתוספות הרשב"א (שם) דנימק החילוק בין קדושת פירות שביעית והאיסור ספיחין בלשון הפסוק וז"ל דספיחים של ערב שביעית בשביעית אין בהן קדושת שביעית שאני התם דנפקא איסורא מדכתיב מה נאכל בשנה השביעית הן לא נזרע ולא נאסוף דמשמע תחלת גידולן בעינן בשביעית עכ"ל.

דגם אין להם קדושת שביעית, וז"ל ותירץ דבההיא דמס' שביעית דקתני כל הספיחים מותרין מיירי בספיחים של ערב שביעית שנכנסו בשביעית דכיון שגדלו רובן בששית הם כשל ששית ומותרין אף לסחורה עכ"ל. ומבואר דלפי רבינו נסים קדושת שביעית והאיסור ספיחין הן תלויין זה בזה, ולכן בגדלו בששית אין איסור ספיחין וגם אין איסור סחורה. א"כ שיטת רבינו נסים סותרת את שיטת הר"י המובא בהמשך התוס' דחילק בין איסור ספיחין שחל ע"י גידול ובין קדושת שביעית דחלה ע"י לקיטה. וצ"ע על התוס' בפסחים שהביא את שתי השיטות בלי להעיר שהן חלוקות.

ונראה לפרש דהתוס' בפסחים ס"ל כהתוס' בר"ה (ד"ה אחר גמר פרי) דבירקות לא אזלינן בתר לקיטה ממש אלא בתר גמר הגידול,[77] וז"ל אחר גמר פרי - אין זה אחר לקיטה דזמנין דנגמר לפני ר"ה ונלקט אחר ר"ה וכל ירק נמי הולכין בו אחר גמר פרי אלא דנקיט בכל דוכתי בתר לקיטה משום דלקיטה תכף לגמר פרי עכ"ל.[78] והתוס' בפסחים ס"ל דאף קדושת שביעית חלה בגמר הגידול כמו התוס' בר"ה, ואילו האיסור דספיחין חל ע"י הזריעה ורוב גידול.

ולפי זה יוצא שאין מחלוקת בין הר"י לבין רבינו נסים. דהר"י דחילק בין איסור ספיחין לבין קדושת שביעית איירי בירקות שזריעתן ורוב גידולן היו בששית אבל גמר גידולן היה בשביעית. ולכן איסור ספיחין דתלוי בזריעה ורוב הגידול לא חל על הירקות כי רוב גידולן היו בששית. אבל קדושת השביעית דתלויה בגמר הגידול חלה על הירקות. ורבינו נסים איירי בירקות דכל גידולן היו בששית ורק לקיטתן היו בשביעית. ולכן אין להם איסור ספיחין וגם לא חלה עליהן קדושת שביעית כי אפי' גמר גידולין היו בששית. ויש לדייק דרבינו נסים איירי בגוונא שכל גידול הירקות היו בששית ורק הלקיטה היתה בשביעית מלשונו, וז"ל דהתם מיירי בספיחים שגדלו בששית בהיתר ונכנסו בשביעית ונשתהו עד לאחר הביעור עכ"ל. הלשון "ונשתהו" משמע שכל הגידול היה בששית ורק נשארו מחוברין תוך השביעית.[79]

אמנם נראה שהתוס' בסוגיין חולקים בזה על התוס' בפסחים. דהרי התוס' בסוגיין כתבו דירקות של ששית שהמשיכו לגדול בשביעית מותרין בסחורה מכיון דאזלינן בתר רוב

[77] עיין בתוס' (ר"ה יד: ד"ה ולשביעית) ובתוס' הרא"ש (פסחים נא: ד"ה כל הספיחים אסורים, וסוכה לט: ד"ה ולירק בדרך אחד) דאזלינן בתר גמר הגידול. ע"ע בר"ש ריש פ"ט דשביעית.

[78] ולפי דברינו לעיל (דף ב: תוד"ה אתרוג, בא"ד ומה שפירש בקונטרס) כשרש"י והרמב"ם הזכירו הלקיטה כזמן הקובע לירקות הם גם התכוונו לגמר הגידול דעפ"י דין מהווה רגע אחד לפני הלקיטה.

[79] והגר"צ שכטר העיר (מסורה כא עמוד יד הערה 19) דנראה מרהיטת לשון התוס' דלשון נשתהו הולך על שיהוי הירקות אחר הלקיטה עד לאחר הביעור. כך פירשו המהרש"א (ד"ה כל הספיחים) והמהרש"ל (ד"ה ונשתהו), וביארו דהתוס' הוסיפו התנאי דנשתהו לאחר זמן ביעור דאל"כ לפי ר"ת יש להתיר ספיחי הכרוב לדעת ר"ש כמו שמובא למעלה בדברי התוספות.

הגידול שהיה בששית. ולפי מה שביארנו, התוס' בפסחים סבורים דבמקרה כזה חלה קדושת שביעית על הירקות דהרי המיעוט האחרון דהגידול (גמר הפרי) היה בשביעית. **תוד"ה מה ירק.**

בענין קביעות שנת האתרוג לתרו"מ ולשביעית

א

שיטת הרמב"ם בענין קביעות שנת האתרוג לתרו"מ ולשביעית

התוס' התקשו להבין למה באתרוג יש דינין חלוקין, דבנוגע לשביעית הולכין בתר חנטה ואילו למעשרות הולכין בתר לקיטה, והעלו התוס' ב' פירושים. לפי הפירוש הראשון בעצם אף לגבי שביעית הולכין באתרוג בתר הלקיטה כמו לגבי מעשרות מכיון שהאתרוג גדל על רוב מים. אלא דיש חומרא מדרבנן דהולכין גם בתר החנטה כדי לנהוג בו קדושת שביעית מדרבנן. ובתירוץ השני התוס' נקטו ההיפך, דבעצם אין לחלק באילנות, וגם באתרוג ראוי ללכת בתר החנטה לכל דבר. אלא דלגבי מעשרות שכל חיובו באילנות מדרבנן בעלמא, חז"ל תיקנו שדינו יהיה בתר לקיטה כמו ירק. וברור שהפירוש השני שייך רק לשיטות הסוברות דפירות האילן פטורות ממעשרות מדאורייתא, אבל להרמב"ם (פ"ב מהלכות תרומות הל"א, ופ"א מהלכות מעשרות הל"ט) ודעימיה דסבורים דיש חיוב מעשר מדאורייתא בפירות האילן החילוק הנ"ל לא קיים. ויש לעיין בפסקי הרמב"ם בסוגיא דידן.

הרמב"ם פסק את דינו של האתרוג לגבי מעשרות ושביעית בשני מקומות. בהלכות מעשר שני ונט"ר (פרק א הל"ה-ו) כתב וז"ל וכן האתרוג בלבד משאר פירות האילן הרי הוא כירק והולכין אחר לקיטתו בין למעשר בין לשביעית, כיצד אם נלקט בשלישית אחר ט"ו בשבט מפרישין ממנו מעשר עני אע"פ שנגמרה בשנייה וכן אם נלקט ברביעית קודם ט"ו בשבט מפרישין ממנו מעשר עני, נלקט ברביעית אחר ט"ו בשבט מפרישין ממנו מע"ש ואף ע"פ שהולכין אחר לקיטתו אתרוג בת ששית שנכנסה לשביעית אפילו היתה כזית ונעשית כככר חייבת במעשרות עכ"ל. ומבואר בדבריו דעיקר דין דאתרוג הוא ללכת בתר הלקיטה אלא דבמקרה של אתרוג דששית שנכנסת לשביעית עדיין יש חיוב מעשר. ועיין בהלכות שמיטה ויובל (פרק ד הלי"ב) דהרמב"ם הביא את חיוב המעשר דאתרוג בת ששית שנכנסת לשביעית כחומרא וז"ל הירק בשעת לקיטתו, והאתרוג אפילו היה כפול קודם ר"ה ונעשה כככר בשביעית חייב במעשרות כפירות ששית, ואפילו היה כככר בששית הואיל ונלקט בשביעית הרי הוא כפירות שביעית, ומתעשר כפירות ששית להחמיר עכ"ל.

ונראה מדברי הרמב"ם האלו דמעיקר הדין באתרוג תמיד אזלינן בתר הלקיטה. אלא דיש חומרא מדרבנן ללכת בתר החנטה לענין שביעית, ולכן אתרוג דחנט בששית ונלקט בשביעית חייב במעשרות מדרבנן כבת ששית.[80] ונמצא דבעצם הרמב"ם סובר כמו הדעה הראשונה דהתוס' דאתרוג בת ששית דנלקטת בשביעית חייב במעשרות מדרבנן. **ונראה** להוסיף דמכיון דלגבי קדושת שביעית מחמירין ללכת גם בתר החנטה אזי י"ל דהחומרא שייך גם לאתרוג של שביעית דנכנסת לשמינית. כלומר, דמדאורייתא אין באתרוג דנלקט בשמינית קדושת שביעית כלל כי מעיקר הדין אזלינן בתר הלקיטה. אלא דמכיון דהחנטה היתה בשביעית עצמה לכן יש להחמיר מדרבנן ולנהוג בו קדושת שביעית, כמו דיש להחמיר דאין קדושת שביעית באתרוג דחנט בששית.[81]

ואם כנים הדברים, יש להקשות על החומרא באתרוג ללכת גם בתר החנטה לגבי קדושת שביעית, דלמה לא מחמירים באתרוג של שנה שניה שנכנסת לשנה שלישית לחייבו גם במעשר שני בנוסף למעשר עני. כלומר, דלגבי קביעת שנת המעשרות ברור מדברי הרמב"ם שהולכין רק בתר הלקיטה ולא בתר החנטה בכלל. ואם לגבי אתרוג של ששית שנכנסת לשביעית נוהגים בה קדושת שביעית וגם מחמירים להפריש תרו"מ, למה בכל אתרוג בת שתי שנים למה לא נותנים עליו החומרות של שתי השנים.[82]

ונראה לתרץ שהרמב"ם סובר שרק מחמירים ללכת בתר החנטה כל זמן שהחומרא אינו סותר את עיקר פסק ההלכה ללכת בתר הלקיטה. דהיינו, אתרוג של ששית שנכנסת ונלקטה בשביעית מעיקר הדין חל עליה קדושת שביעית. וכשחז"ל החמירו לחייבה בתרו"מ, החומרא הויא בהלכה אחרת של חיובי תרו"מ ולא בהלכות קדושת שביעית עצמה. ולכן החיוב דתרו"מ מוגדר כחומרא ולא כסתירה לעצם הקדושה. משא"כ באתרוג של שנה שניה שנכנסה ונלקטה בשלישית, כל מהות של הדין דבתר לקיטה

[80] לכאורה זה נגד פירוש הכס"מ (פרק ד' מהלכות שמיטה ויובל הלי"ב) דהרמב"ם הסתפק לגבי מעשרות ושביעית אי אזלינן בתר חנטה או בתר לקיטה, וז"ל ורבינו נראה דספוקי מספקא ליה אי אזלינן ביה אחר חנטה לשביעית כחמשה זקנים וכמתניתין דפ"ב דבכורים או אחר לקיטתו כרבותינו דאושא וכסתם מתניתין דפ' לולב הגזול וכן מספקא ליה אי אזלינן ביה אחר חנטה למעשרות כרבי אליעזר דפ"ב דבכורים וכר"י ור"ל דבתראי נינהו או אזלינן ביה בתר לקיטה כר"ע דפ"ב דבכורים וכחמשה זקנים וכרבותינו דאושא ופסק בתרוייהו לחומרא עכ"ל. אבל עיין בר"י קורקוס (פרק א מהלכות מעשר שני ונט"ר הל"ה) דנראה דפירש הרמב"ם כמו רבינו זצ"ל שמעיקר הדין הולכין בתר הלקיטה ורק מחמירים כחנטה לחייב במעשרות. וגם הערוך לנר (סוכה מ. ד"ה ורבותינו נמנו באושא) ביאר את שיטת הרמב"ם כמו רבינו זצ"ל.

[81] הפסק הזה אינו מפורש ברמב"ם. יש אחרונים (חזו"א הלכות שביעית סימן ז' סקי"ד) שדייקו מההשמטה הזאת שגם אתרוג נכלל בדין המוזכר בהלכה הבאה בהלכות שמיטה ויובל (פרק ד מהלכות שמיטה ויובל הלי"ג) דפירות של שביעית שנלקטות בשמינית חל עליהם כל דיני שביעית ופטורים ממעשר. זה נגד דיוק רבינו לעיל שמעיקר הדין הרמב"ם פסק כרבותינו שבאושא דהולכין בתר הלקיטה לגבי שביעית ומעשרות.

[82] עיין בשער המלך (פרק ד' מהלכות שמיטה ויובל הלי"ב) ובערוך לנר הנ"ל (שם) דהקשו זה על הכס"מ דפירש דהרמב"ם ספוקי מספקא ליה לגבי מעשרות ושביעית אי אזלינן בתר חנטה או לקיטה.

אזלינן חל לגבי שנת מעשרות - לחייבה במעשר עני ולא במעשר שני. ולכן החומרא ללכת גם בתר החנטה לחייבה אף במעשר שני יגרום לתרתי דסתרי בפסק, ולכן חז"ל לא החמירו ללכת גם בתר החנטה לגבי קביעת שנת המעשר.

ב

פטור פירות שביעית מתרו"מ

ויש להקשות על שיטת הרמב"ם דאיך יתכן דאתרוג של ששית שנכנסת לשביעית חייבת במעשרות - הלא הפרי מוגדר מעיקר הדין כאתרוג של שמיטה דהפקר לכל והפקר פטור מתרו"מ,[83] והיאך החמירו דחייבין בתרו"מ. ועיין באור שמח (פרק א מהלכות מעשר שני ונט"ר הל"ה) דנקט דמעיקר הדין הפירות פטורין מתרו"מ אלא דיש חומרא דרבנן בעלמא להפריש.

אמנם יתכן לבאר יותר[84] דאע"פ דיש לאתרוג קדושת שביעית ע"י לקיטה בשביעית, מ"מ הפטור דתרו"מ אינו חל עליהם. די"ל דלא כל פרי שנכנס לשביעית הוי הפקר מתחילת השנה. דהרי פסק הרמב"ם (פרק ה מהלכות שמיטה ויובל הלט"ו) דאסור לתלוש ולאכול פירות שביעית עד שהגיעו לשיעור עונת המעשרות, וז"ל אין אוספין פירות שביעית כשהן בוסר שנא' תאכלו את תבואתה אינה נאכלת עד שתעשה תבואה, אבל אוכל מהן מעט בשדה כשהם פגין כדרך שאוכל בשאר שני שבוע, ולא יכניס לאכול בתוך ביתו עד שיגיעו לעונת המעשרות עכ"ל. והביאור בזה הוא דקדושת שביעית וחלות שם הפקר חל על הפירות רק מאז שהגיעו לגמר בישולם ויש להם שם פרי. וא"כ יתכן דכשהרמב"ם פסק דאתרוג של ששית שנכנסת לשביעית חייב במעשרות הוא אירי רק באתרוג לפני גמר בישולו דעדיין לא חל עליו ההפקר דקדושת פירות שביעית.

אבל התירוץ הזה אינו הולם את פסקי הרמב"ם בהלכות תרו"מ. דהרי פירות לפני עונת המעשרות עדיין לא נכנסו לפרשת תרו"מ עד כדי כך דההפרשה אפי' אינה חלה כלל כדמבואר בדברי הרמב"ם (פרק ב' מהלכות תרומה הל"י) וז"ל הלקט והשכחה והפאה של עכו"ם חייבין בתרומה ומעשרות, אא"כ הפקיר, וכן התבואה והזיתים שלא הביאו שליש

[83] עיין במקדש דוד (חנטה לקיטה והבאת שליש סימן ט) ובחזון איש (שביעית סימן ז סקי"ד) דביארו דיש חיוב תרו"מ באתרוג אע"פ דנוהגין בו קדושת שביעת והוי הפקר ע"פ ביאור הכס"מ דהרמב"ם ספוקי מספקא ליה אם חל קדושת שביעית על אתרוג שנכנס משישית לשביעית עיי"ש בדבריהם. אבל הקושיא יותר חזקה לפי ביאור רבינו זצ"ל דהרמב"ם באמת פסק מעיקר הדין שאתרוג שנלקט בשביעית מוגדר כפרי של שביעית לגמרי, והחיוב תרו"מ הוי חומרא מדרבנן.

[84] לכאורה כוונת רבינו זצ"ל היא שאע"פ דיש לאתרוג הזה קדושת שביעית מ"מ הוא חייב בתרו"מ מעיקר הדין כדלהלן. אבל גם יתכן דכל זה ניחא לפי הפירוש דרבינו זצ"ל באות א, דהיינו דאתרוג דששית דנכנס לשביעית חייב בתרו"מ רק בתורת חומרא דרבנן, אלא דרבינו זצ"ל רצה לבאר גדר התקנה מדרבנן לחייב אתרוג כזה בתרו"מ אם הוי הפקר.

פטורין מן התרומה ומן המעשרות, ומניין יודע כל שזורעה ומצמחת בידוע שהביאה שליש, עבר והפריש מתבואה וזיתים שלא הביאו שליש אינה תרומה עכ"ל. וא"כ לא יתכן לומר דהרמב"ם איירי באתרוג לפני השיעור דעונת המעשרות דאינו הפקר, כי לא שייך שיחול חיובי תרו"מ לאתרוג כזה, ואפילו מדרבנן.

ונראה לתרץ דלא כל פרי הפקר פטור מתרו"מ. דאיתא ברמב"ם (פרק ב מהלכות תרומה הלי"ב לפי גירסתנו) וז"ל הפקיר קמה וזכה בה ועבר והפריש ממנה תרומה ה"ז תרומה, אבל אם הפקיר שבלים וזכה בהן ועבר והפריש מהן תרומה אינה תרומה עכ"ל. דהיינו שהפטור דהפקר מתרו"מ חל ומפקיע חלות ההפרשה רק כשהתבואה דהפקר היתה בתלוש. אבל אם התבואה הופקר כשעדיין במחובר וזכה בהם לפני התלישה, אז פטור ההפקר חל אבל לא בכל תקפו, ולכן אם הפריש מהתבואה ההפרשה חלה.[85] לפי הגירסא הזאת יוצא שפטור ההפקר חל, לכל הפחות לפטור מחיוב הפרשה, על כל פירות מאז שהגיעו לעונת המעשרות. אולם עיין בהשגת הראב"ד (שם) וז"ל הפקיר קמה וזכה בה וכו'. א"א לא שיהא חייב אלא שאם הפריש הוי תרומה כדאמרינן במפקיר את כרמו והשכים בבקר ובצרו שהוא פטור מן המעשר ומפרש בירושלמי מה בין קמה לשבלין קמה עד שלא הפקירם עבר והפריש מהם תרומה אינה תרומה וכשהפקירם לא הפקיע מהם כלום שבלים אי עבר והפריש מהם הרי זו תרומה הילכך כשהפקירם הפקיע אותם מן התרומה ונפטרו ודוקא כשלא עשה מהם גורן אבל עשה מהם גורן חייבין ואפילו בעיר עכ"ל. ומבואר בדברי הראב"ד שהיה לו גירסא אחרת ברמב"ם, דיש חיוב להפריש היכא דהפקיר במחובר וזכה בה.[86]

ועכשיו נחזור לדברי הרמב"ם לגבי אתרוג של ששית שנכנסת לשביעית. ונראה דכמו כל פירות שביעית, חלות שם הפקר חל על האתרוג במחובר, ואם אדם תולש את האתרוג הוא זוכה בו. וההלכה לגבי פרי דהפקר במחובר תלוי בשתי גירסאות בהרמב"ם. דלפי גירסתנו הפרי בעצם פטור מתרו"מ, אלא דאם הוא רוצה להפריש אזי חלות שם תרומה או של מעשר חל על הפירות. ולפי זה אולי אפשר לדחוק דבאמת הרמב"ם אינו מחייב אתרוג של ששית דנכנסת לשביעית במעשרות, אלא כוונת דבריו היא דאם תולש את האתרוג וקרא עליו שם אזי ההפרשה חלה. אבל זה דוחק גדול בלשון הרמב"ם דהאתרוג "חייבת במעשרות". אמנם לפי גירסת הראב"ד ברמב"ם, דהפקר במחובר אינו משפיע כלל לגבי החיוב של תרו"מ, אזי פסק הרמב"ם לגבי אתרוג דששית דנכנס לשביעית מובן

[85] לגבי ביאור הב' דינים דפטור הפקר מתרו"מ עיין ברשימות שיעורים למסכת ב"ק (עמוד תקנח).
[86] עיין במהדורת פרנקל שהביאו כת"י לכאן ולכאן.

היטב. כי אתרוג דששית דמחובר בשביעית שחל עליו חלות קדושת שביעית דמופקר לכל בשביעית לא חל עליו הפטור הפקר מתרו"מ וניתן לומר דחייב במעשרות.[87]

אמנם ביאור זה בנוגע לחיוב מעשרות באתרוג של ששית שנכנסת לשביעית תלוי באשלי רברבי. דהרי יש לעיין בפטור פירות שביעית מתרו"מ אם יסודו מדין הכללי דהפקר פטור מתרו"מ, או דהוי פטור מיוחד דשמיטה. ונראה דהתירוץ הנ"ל אתי שפיר לפי הצד הראשון שפירות שביעית פטורים מתרו"מ מאחר שהם מופקרים לכל, ולכן היכא שההפקר אינו גורם פטור במחובר שפיר מובן דהם חייבים בתרו"מ. משא"כ לפי הצד השני ששנת השמיטה עצמה מפקיע את החיוב דתרו"מ, נמצא שאין היכי תמצא שפרי עם חלות קדושת שביעית יתחייב בתרו"מ.

ולכאורה נראה מדברי הרמב"ם (פרק ו מהלכות מתנות עניים הל"ה) שהפטור מתרו"מ בשביעית תלוי בדין הפקר, שכתב וז"ל שנת השמטה כולה הפקר ואין בה לא תרומה ולא מעשרות כלל לא ראשון ולא שני ולא מעשר עני עכ"ל. ומשמע מדבריו דהטעם ד"אין בה לא תרומה ולא מעשרות" נעוץ בתחלת ההלכה ד"שנת השמטה כולה הפקר".[88] אבל באמת נראה דבנוסף לפטור הפקר יש פטור מיוחד של שנת השמיטה, דהתורה לא כללה את השנה השביעית בסדר השנים של תרו"מ. ולפי זה י"ל שאין בכלל מחייב של תרו"מ בשנת השמיטה.[89] ויש לדחות את הראיה מהרמב"ם הנ"ל די"ל שאין כוונתו

[87] ויש להעיר שלפי כמה אחרונים החיוב או היכולת להפריש במצב של הפקיר בקמה מוגבל למקרה שהקונה מהפקר גם זכה בקרקע. אבל אם הוא רק זוכה בתבואה במחובר ולא בקרקע אז התבואה פטורה לגמרי מתרו"מ כדמבואר בהלכה אחרת ברמב"ם (פרק ה מהלכות מתנות עניים הלכ"ז) וז"ל המפקיר את כרמו והשכים בבקר וזכה בו לעצמו ובצרו חייב בפרט ובעוללות ובשכחה ובפאה שהרי שדך וכרמך אני קורא בו מפני שהיה שלו והרי הוא שלו, אבל אם זכה מן ההפקר בשדה של אחרים הרי זה פטור מן הכל, ובין כך ובין כך פטור מן המעשרות כמו שיתבאר עכ"ל. ועיין בפרי יצחק (חלק ב סימן לג ד"ה ומה שנ"ל) ובברכת משה להרב משה שצקאס זצ"ל (חלק א קונטרס ענף פרי יצחק סימן יט). ולפי זה יוצא דכדי שהפטור הפקר לא יחול באתרוג של ששית שנכנסת לשביעית בעינן שבעל השדה עצמו יתלוש האתרוג דאל"כ חל הפטור דהפקר גם במחובר.

[88] וזוהי שיטת הבית יוסף (שו"ת אבקת רוכל סימן כד) במחלוקתו המפורסמת עם המבי"ט, וז"ל ואני אומר כי מה שהוא סובר שהוא עקשות הוא היושר כי לא נפטרו פירות שביעית ממעשרות אלא מטעם הפקר וכל שאינו מופקר לא נפטר ממעשרות ומה שטען אטו ישראל שגדר כרמו ולא הפקירו' כו' יש לומר שזהו כמודיע הדבר בסתום ממנו דאיכא למימר בהא אין הכי נמי שהיא חייבת אע"ג דרחמנא אפקירה כיון דאיהו לא אפקרי' ואפי' אם תמצי לומר דפטורה איכא למימר שאני התם דרחמנא אפקרי' מה שאין כן בשל גוי כו' עכ"ל. מבואר בדבריו שפירות שביעית רק פטורים מתרו"מ מדין הפקר.

[89] עיין בזה בשיעורי הרב על מסכת חלה ועניני מצוות התלויות בארץ (עמוד קצ) ובספר גן שושנים (ח"א סימן נו) בשם רבינו זצ"ל. וידידי הרה"ג ר' מנחם גנק שליט"א שם מצא מקור לצד הזה בדברי הספרי (פרשת ראה פיסקא קט) וז"ל יכול אף שנה שביעית תהא חייבת במעשר תלמוד לומר שנת המעשר שנה שחייבת במעשר יצתה שנה שביעית שאינה חייבת במעשר עכ"ל. משמע שהשנה השביעית מופקע מסדר השנים של מעשרות ובכלל אין מחייב. וציין למהרי"ט (חלק א סימן מג) שהביא את הספרי וכתב וז"ל הרי מוכח להדיא ששנת שביעית פטורה מן המעשר כל עיקר ולא מטעם הפקר עכ"ל. ויש להעיר דלפי גירסת הגר"א בספרי הנ"ל הראיה של המהרי"ט נופלת עיי"ש בפירוש הגר"א לספרי.

לנמק את הפטור של פירות שביעית מתרו"מ בדין דהפקר, אלא שרצה להוכיח שאין חיוב להפריש תרו"מ מהדין של "תשמטנה ונטשתה" דמחייב את הבעלים שלא לטפל בתבואה כלל. וי"ל דהחיוב לעזוב את התבואה כולל חיוב לנהוג בהם הפקר וגם לעזוב אותם מהפרשת תרו"מ.[90]

ונראה דיתכן דפירות שביעית רק פטורים מתרו"מ מדין מיוחד של שביעית ולא שייך להם הפטור הכללי של הפקר. דיש לומר דהפטור דהפקר מתרו"מ אינו חל ע"י זה שהפירות נמצאים במצב של הפקר, וחל עלייהו חלות הפקר, אלא דהפטור חל ע"י מעשה ההפקרה.[91] וא"כ בשביעית שהפירות מופקרים ממילא מדין אפקעתא דמלכא לא שייך הפטור הכללי של הפקר, ומשו"ה בעינן דין פטור מיוחד של פירות שביעית מתרו"מ.[92] לפי זה אין ציור של פירות שביעית שחייבים בתרו"מ, וא"כ הדרא קושיא לדוכתא למה לפי הרמב"ם יש חיוב מדרבנן לעשר אתרוג של ששית שנכנסת לשביעית.

ועוד יש להעיר דאפילו אם נתעקש לומר דלפי רהיטת לשון הרמב"ם הנ"ל בהלכות מתנות עניים הפטור של פירות שביעית מתרו"מ יסודו מהדין דהפקר, עדיין יתכן דאין להפקר דשביעית אותם דינים של הפקר דעלמא. דהרי הגר"מ זצ"ל הוכיח מדברי רש"י (ראש השנה טו. ד"ה אמר ליה אביי) דהפטור דפירות שביעית מתרו"מ הוא משום דהפירות הויין הפקר, אבל אין הפטור חל מדין פטור הכללי דהפקר אלא דחל כדין מיוחד דהפקר דשביעית. דעיין בלשונו של רש"י שם שכתב, וז"ל דהפקרא דשביעית פטר לה ממעשר, כדתניא במכילתא ואכלו אביוני עמך ויתרם תאכל חית השדה, מה חיה אוכלת

[90] ויש לדייק שגם הכס"מ נקט בדברי הרמב"ם שהפטור דפירות שביעית מתרו"מ יסודו מדין מיוחד של שמיטה ולא מדין הכללי של הפקר. דהרי על הרמב"ם בהלכות מתנות עניים הכס"מ ציין את הספרי כמקור לדבריו. וכאמור לעיל, רהיטת לשון הרמב"ם משמע שהפטור מתרו"מ יסודו מהחלות הפקר, וא"כ צ"ע למה הוצרך הכס"מ להביא את הספרי כמקור לפטור. ומשמע דהכס"מ רצה להדגיש דלמרות לשון הרמב"ם עדיין י"ל שהפטור דפירות שביעית מתרו"מ חל מדין מיוחד של שמיטה ולא מהדין הכללי דהפקר. ועיין מש"כ בזה בס' משנת יעבץ על הלכות שמיטה ויובל (פרק ו הלכות מתנות עניים הלכה ה). ועיין בלשון הרמב"ם בפהמ"ש (מסכת ידים פרק ד משנה ג) וז"ל ובשנת השמטה שאין מפרישין בה בני ארץ ישראל מעשר כיון שהיא הפקר עכ"ל.

[91] אולי יש להביא ראיה לצד שרק מעשה ההפקרה פוטר מתרו"מ ולא החלות דהפקר, דהרי הסתפק הירושלמי בפאה (פרק ה הלכה א) אם הפקר בי"ד פטור מתרו"מ וז"ל מניין שהוא (הבקר בית דין) פטור מן המעשרות עכ"ל. והאחרונים התקשו בזה – מהי ההו"א שהפקר בי"ד יותר גרוע מהפקר דעלמא ואינו פוטר מתרו"מ. עיין בזה בר"ש סירילאו (שם ד"ה ומנין) חזו"א (שביעית סימן יט סקכ"ד) ובקובץ שיעורים (חלק ב סימן יד סק"כ). ולפי דברי רבינו זצ"ל אפשר לבאר דאע"פ שתוצאת וחלות ההפקר הוא שוה, ברם בהפקר בי"ד חסר מעשה הפקרה דיש בהפקר דעלמא, ולכן יש צד לומר שאינו פוטר ממעשרות. אבל יש להעיר מלשון התוס' רי"ד (ראש השנה טו. ד"ה אמר ליה אביי) וז"ל ומה בכך אם נלקט בשביעית וכי שנת שביעית פוטרת מן המעשרות הפקר הנוהג בשביעית פוטר מן המעשר ולא מבעיא אפקעתא דמלכא אלא אפילו בשאר שני שבוע אם אדם מפקיר שדהו פטור מן המעשרות וכיון שבאתרוג זה אין דין שביעית נוהג בו ואינו הפקר למה לא יתחייב במעשר עכ"ל. מבואר מדבריו שיש יותר סבה לפטור הפקר דשביעית מתרו"מ מהפקר דעלמא.

[92] כידוע נחלקו הבית יוסף (שו"ת אבקת רוכל סימן כד) והמהרי"ט (חלק א סימן מג) אם הפירות דשביעית הפקר ממילא או שיש חיוב על הבעלים להפקיר.

ופטורה מן המעשר - אף אדם פטור עכ"ל. והגר"מ זצ"ל העיר דרש"י כתב ב' דברים: א) דפירות שביעית פטורין מתרו"מ מדין הפקר, ב) רש"י ציין לפסוק מיוחד בדיני שביעית. ומזה דרש"י צירף את הפטור דחל מדין הפקר עם פסוק מיוחד בדיני שביעית, משמע דאע"פ דהפטור מתרו"מ תלוי בזה דהפירות הם הפקר, מ"מ אין הפטור חל מדין פטור הפקר דעלמא, אלא מדין מיוחד דהפקר דשביעית פוטר את הפירות מתרו"מ. ולפי זה יתכן לומר דהפטור החדש הזה דהפקר דשביעית חלוק בדיניו מהפטור הכללי דהפקר בעלמא, ואע"פ דהפטור הכללי דהפקר אינו שייך לפי גירסת הראב"ד בהפקר בקמה, מ"מ י"ל דהפטור המיוחד דהפקר דשביעית כולל גם הפקיר קמה וזכה בו. וא"כ, אפי' אם הפטור דפירות שביעית מתרו"מ חל מדין הפקר, שוב צ"ע פסק הרמב"ם בחיוב מעשרות באתרוג דשביעית שנכנס לשביעית, כי לפי"ד הגר"מ זצ"ל מסתבר דאין היכי תמצא דחסר להאתרוג את הפטור המיוחד דהפקר דשביעית, וצ"ע.

למעוטי חליפין וכו' ואשה בפחות משוה פרוטה לא מקניא נפשה.

בענין חליפין בקידושין

א

שיטת רש"י

הגמרא מעלה בהו"א דאשה נקנית בחליפין כמו בכסף אבל למסקנא נקטינן דאין אשה נקנית בחליפין. והראשונים נחלקו בפירוש השו"ט בגמרא. רש"י כתב (ג: ד"ה לא מקניא) וז"ל דגנאי הוא לה הלכך בטיל לה לתורת חליפין בקידושין ואפילו בכלי שיש בו שוה פרוטה אי יהיב לה בלשון חליפין עד דיהיב לה בתורת לשון קנין או קיחה או קידושין עכ"ל. הראשונים הבינו ברש"י דאשה אינה מתרצה בחליפין, כי חליפין שייך בדבר שאינו שוה פרוטה. והקשו עליו כמה קושיות:

א) ר"ת (ג. תוד"ה ואשה) הביא דברי רש"י והקשה עליו, וז"ל וקשה לר"ת דא"כ פשטה ידה וקבלה תתקדש בפחות מש"פ עכ"ל. ר"ל שאם כל החסרון בחליפין הוא דעת האשה, א"כ צ"ע למה הקידושין אינן חלין כשהיא אומרת דהיא רוצה בכך.

ב) תוס' (שם) הקשו עוד דמשמע מרש"י דבאמת ראוי ללמוד כל אופני קידושי אשה מקנין שדה אלא דיש חסרון מיוחד בחליפין כי גנאי הוא לה. וא"כ למה קנין חזקה דמועיל בשדה אינו מועיל בקידושין.

ג) הרמב"ן (ג. ד"ה למעוטי) הקשה דאם יש גנאי מיוחד בכלי דאין בו שוה פרוטה למה הקידושין פסולים אם עשו החליפין בכלי דיש בו שוה פרוטה. דהרי בהיכי תמצי כזה אין גנאי, וז"ל וכן הא דאמרינן חליפין איתנהו בפחות משוה פרוטה ואשה בפחות

מש"פ לא מקניא נפשה ופרש"י דגנאי הוא לה, נימא בפחות משוה פרוטה ליתנהו אבל בפרוטה איתנהו, ומה שאמר הרב ז"ל הלכך בטל תורת חליפין בקדושין איני יודע למה בטל, כיון שבפחות משוה פרוטה לא נתבטלו מחמת פסול קנייתן אלא מחמת קפידתה של אשה עכ"ל.

ונראה לתרץ דרש"י אינו מתכוון לגנאי ודעת האשה הפרטית עכשיו כשהיא מקבלת את הסודר. אלא דר"ל דיש חסרון בעצם הדעת קידושין בחליפין. שהרי בקנינים יש ב' דינים בדעת מקנה: א) דעת להקנות בכלל ב) דעת להקנות בדרך מעשה קנין מסויים. ויש להוכיח שצריך דעת גם למעשה קנין מסויים מגמ' בב"ב (עו:) דמביאה מימרא דאביי ורבא דמסירה קונה ברה"ר. ואח"כ יש ברייתא דהתנאים פליגי איך לקנות ספינה ברה"ר – רבי סבר שהיא נקנית במסירה, אבל חכמים סבורים "עד שימשכנה מרה"ר לסימטא". והגמ' מקשה וז"ל לימא אביי ורבא דאמרי כרבי, (רשב"ם - דאמר ספינה נקנית במסירה ברשות הרבים ולא כרבנן דאילו רבנן לית להו מסירה קונה ברשות הרבים דמשום הכי אמרי לא קנה עד שימשכנה מרשות הרבים לסימטא והיכי שבקי רבנן ואמרי כרבי) אמר רב אשי אי דאמר ליה לך חזק וקני הכי נמי (רשב"ם - והוא לקחה ואחז בה דהיינו מסירה כולי עלמא לא פליגי דקני דודאי נקנית במסירה ברשות הרבים) הכא במאי עסקינן דאמר ליה לך משוך וקני, מר סבר קפידא (רשב"ם - לא גמר להקנותו אלא במשיכה ולא במסירה שאם ירצה מוכר יוכל לחזור בו כל זמן שלא משכה זה לרשותו), ומר סבר מראה מקום הוא לו (רשב"ם - אי בעית אפילו למשכה מיד לרשותך לך משוך דהא במסירה אקניתיה לך) עכ"ל. לפי מסקנת הגמ' רבי והחכמים פליגי באומדן דעת המוכר, אם כשהוא אומר לך משוך וקני הוא רוצה להקנות את הספינה רק ע"י קנין משיכה או דאין לו קפידא בכך.

ויוצא מהגמ' דנחלקו התנאים במקרה ההוא באומדן דעת דמוכר, אבל אם לו יצוייר דידעינן דהמקנה מקפיד דוקא להקנות על ידי משיכה והקונה עושה מעשה קנין אחר, אזי כו"ע מודו דהקנין אינו חל.[93] ומבואר מזה דכדי להקנות צריך לא רק דעת להקנות בדרך כלל, אלא גם דעת להקנות על ידי מעשה קנין מסויים.[94]

ונראה לבאר שיטת רש"י בפסול חליפין לקידושין על פי היסוד הנ"ל. האשה הויא הדעת מקנה במעשה הקידושין ולכן היא צריכה שני הסוגים של דעת מקנה – דעת להתקדש בכלל - וגם דעת להתקדש בדרך קנין מסויים. ובהיכי תמצי של קידושין ע"י

[93] ולכ' זה מדוייק בדברי הרשב"ם שם (עו: רבנן סברי) וז"ל לא גמר להקנותו אלא במשיכה ולא במסירה שאם ירצה מוכר יוכל לחזור בו כל זמן שלא משכה זה לרשותו עכ"ל.

[94] וע"ע בזה בשיעורים לקמן (מח. ד"ה התקדשי לי בשטר).

חליפין דנעשה לדעתה בודאי יש לה החלק הראשון של דעת מקנה, דהיינו דיש לה דעת להתקדש באופן כללי. אולם על פי דין קנין חליפין מופקע מדעת האשה בנוגע למעשה המסויים דקידושין (וגדר הדברים יתבאר בסמוך), ולכן בחליפין חסר החלק השני של דעת מקנה. ובזה מסולקת קושיית הר"ת דלמה יש חסרון בדעת האשה אם היא מסכימה להתקדש ע"י חליפין. כי כוונת רש"י היא דחליפין מופקע מהדין השני של דעת מקנה, ולא שהדבר באמת תלוי בדעתה ולכן גם אם בשעת הקידושין היא פשטה את ידה וקיבלה החליפין, הקידושין אינן חלין. ובזה מסולק אף את הקושיא השלישית דהרמב"ן על רש"י, כי ההפקעה הזאת מדעת האשה להתקדש בחליפין כולל כל סוגי חליפין מכיון שהוא מעשה קנין שאפשר לעשות בדבר שאין בו שו"פ.

ולפי המבואר יוצא דלדעת רש"י, יש ב' דינים בצורך לשוה פרוטה בקידושין: א) שוה פרוטה הויא שיעור בקנין כסף כמו בכל התורה כולה, ב) שוה פרוטה הויא שיעור בדעת האשה בקידושין, דקנין שיכול לחול בלי שוה פרוטה מופקע מהדעת מקנה דקידושין. **ולגבי** הקושיא הב' על רש"י, דלמה לפי רש"י אין קנין חזקה מהני בקידושין, נראה לתרץ דרש"י סובר כמו שיטת ר"ת בהו"א של הגמרא. דר"ת עצמו ביאר דהגמ' ידעה דההיקש בין שדה עפרון לקידושי אשה הוא רק לגבי קנין כסף ולא לגבי שטר וחזקה. אלא דבהו"א הגמ' נקטה דחליפין הוי בכלל קנין כסף ולכן ס"ד דקנין חליפין נכלל בההיקש, אבל אין הו"א כלל דשאר קניני שדה יועילו בקידושין.

וכל זה בהו"א של הגמ' אבל רש"י ור"ת נחלקו בפירוש המסקנא. דלפי ר"ת כמו שיתבאר בסמוך, הגמרא חוזרת מההו"א ומסיקה דקנין חליפין הוי חלות שם קנין אחר מקנין כסף. ומאידך רש"י סובר דגם למסקנא חליפין קונה מטעם קנין כסף ואין איפוא חסרון בקנין חליפין עצמו לקנות קידושין, אלא דיש חסרון מצד דעת האשה.

ויש להוכיח דרש"י נקט דחליפין חל מטעם קנין כסף גם מדבריו במקום אחר.[95] דנחלקו הראשונים אם אפשר לשחרר עבד כנעני ע"י חליפין. התוס' (גיטין לט: ד"ה משום) דייקו מהגמ' בגיטין דעבד יוצא לחירות ע"י קנין חליפין וביארו וז"ל משום דחליפין דמו לכסף וכל היכא דכסף קני חליפין נמי קני לבר מאשה משום דבפחות משוה פרוטה לא מקניא נפשה עכ"ל. ואילו הרמב"ם (פ"ה מהלכות עבדים ה"ג) פסק דחליפין אינו מהני בשחרור עבד כנעני, וז"ל אמר לו שלא בכתב הרי את בן חורין הרי את של עצמך אע"פ שהעידו עליו עדים בב"ד ואע"פ שקנו מידו עדיין לא נשתחרר שאין העבד יוצא לחירות אלא בכסף או בשטר או בראשי איברים עכ"ל. והראב"ד שם השיג וז"ל א"א דבר זה אינו

[95] עיין בזה ברשימות שיעורים למסכת ב"מ (מה: בענין קנין סודר, אות ג').

מחוור שהקניין הרי הוא ככסף וכו' עכ"ל. יוצא דלפי התוס' והראב"ד קנין חליפין מועיל לשחרור עבד כנעני כי חליפין חל מדין קנין כסף. ונראה דגם רש"י (שם ד"ה מאן דחזא) נקט דאפשר לשחרר עבד ע"י חליפין וז"ל שאלו חליפין הן בקנין סודר דקונה ככסף דכתיב שלף איש נעלו עכ"ל. ונמצא דרש"י לגבי שחרור עבד אזיל לשיטתו בסוגיא דידן, דחליפין מועיל במקום דבעינן קנין כסף כי חליפין קונה מטעם קנין כסף.

ולפי זה יש לבאר את שיטת רש"י בענין גנאי האשה. דיש לעיין לפי השיטות דחליפין קונה מטעם כסף מהו גדר הדברים. דלכאורה פשיטא דכסף וחליפין הוו שני קניינים שונים כי יש להם דינים שונים. למשל, חליפין קונה אפילו בפחות משו"פ (ב"מ מז.) לעומת קנין כסף דחל רק בשו"פ. ועוד, שבקנין כסף קונין בכל דבר דשוה פרוטה דהרי שוה כסף ככסף, ומאידך בחליפין בעינן חפצא חשוב, ונחלקו האמוראים אם בעינן דוקא כלי או דגם קונין בפירות, ואפילו למ"ד דקונין בפירות בעינן פרי שלם. ומכיון שיש כל החילוקים האלו בין קניני חליפין וכסף, צ"ע אליבא דרש"י והראב"ד מהו גדר הדברים דחליפין חל מדין כסף.

ונראה לבאר דלפי רש"י והראב"ד יש ב' דינים בקנין כסף: א) קנין כסף דחל מדין תשלומין, ב) וקנין כסף דחל בלי תשלומין אלא ע"י מעשה נתינת "חפצא של כסף". דהנה קנין כסף דעלמא חל מדין תשלומין[96] ומשו"ה הכסף צ"ל שוה פרוטה, דפחות משוה פרוטה אינו ממון ואין בו חלות שם תשלומין. ומשו"ה בקנין כסף דעלמא אמרינן שוה כסף ככסף, דגם שוה כסף הוי חלות תשלומין עבור החפץ שקונה. ואילו קנין סודר הוי מעשה קנין הנעשה בחפצא דכסף אך בלי חלות של תשלומין, ומשו"ה קנין סודר חל בכלי אפילו בפחות משוה פרוטה, דהתורה קובעת דכל כלי שלם מהווה חפצא של כסף לענין קנין חליפין. ומבואר ג"כ למה לא כל שוה כסף מועיל לקנין סודר, דבעינן חלות שם כלי כדי להיות מוגדר כחפצא חשוב דכסף.

ובזה גם נראה לבאר הא דדין כלי לקנין סודר אינו דומה לדין כלי בטומאה וטהרה. דיעויין בתוס' ב"מ (מו: ד"ה ופירי) דס"ל דשור ופרה נחשבים לכלים לענין קנין סודר מפני דמשתמשים בהם "לטעון משוי ולחרוש", כלומר, דגדר החפצא של כלי בקנין סודר הוא כל דבר שמשתמשין בו. והנה בדין טומאת כלי בעינן כלי מעשה כדמבואר ברמב"ם (פרק ח מהל' טומאת כלים הל"א-ה) דהיינו שנגמר ועומד למלאכתו, שיש לו צורת כלי וגם שהבעלים כבר יחדוהו למלאכתו. ונראה דחלות שם כלי לקנין סודר חלוק מחלות שם כלי בכהת"כ ומטומאה וטהרה, כי בקנין סודר בעינן דבר חשוב להחשב לחפצא של

[96] כדעת הסמ"ע (חו"מ ריש סימן ק"צ).

כסף. וכל דבר דמשמתמשין בו נחשב כדבר חשוב לפעול את הקנין. ומכל זה מבואר דהא דחליפין חל מדין כסף אינו חלות דין קנין כסף מדין תשלומין אלא דחל מדין מעשה קנין בחפצא של כסף.[97]

ולפי זה נראה לבאר את יסוד הגנאי דיש לאשה לקבל קידושין ע"י חליפין, דהרי בקידושי כסף דעלמא האשה מקבלת שוויות מסויים ולכן יש לה דעת מקנה לקידושין. אמנם בחליפין היא רק מקבלת חפצא דכסף דאינו מוגדר כחלות שם ממון בדינים אחרים. ולכן אפילו אם יש לה דעת להתקדש באופן כללי, מ"מ עפ"י דין אין לה דעת להתקדש בדרך המסויים של חליפין, וחסרה איפוא חלק מהדעת שלה לקידושין.

ב

שיטת התוס' בגיטין דף לט:

ביארנו בדעת רש"י דאע"פ דחליפין קונה מדין כסף ולכן ס"ד שחליפין יועיל בקידושין, למסקנא קיי"ל דחליפין אינו מהני בקידושין מכיון דיש חסרון בדעת האשה. ברם אפשר לבאר את השיטות האחרות דסוברות דחליפין חל מדין כסף (תוס' גיטין לט:, הראב"ד בפרק ה מהלכות עבדים הל"ג) באופן אחר, דחליפין פסול לקידושין לא רק מחמת דיש חסרון בדעת האשה אלא משום דיש חסרון בעצם הקנין. דיש לומר דעד כאן לא אמרינן דחליפין קונה מדין כסף אלא לפעול חלות קנין בדיני ממונות. אבל לא שמענו דחליפין ככסף גם לפעול חלות קנין באיסור והיתר.[98] וא"כ, היות דחלות קידושין אינה חלות דין בדיני ממונות אלא חלות דין קנין דחל באיסור והיתר,[99] מובן למה חליפין אינו מהני לקידושין אע"פ דבדרך כלל אמרינן דחליפין קונה מדין כסף. ולפי זה צ"ל דהתוס' והראב"ד סברי דחלות השחרור דעבד כנעני הוי בעיקר חלות בדיני ממונות, ולפיכך אפשר לומר שם

[97] ועיין עוד בזה ברשימות שיעורים לב"מ (מו: תוד"ה ופירי, מז. ד"ה בכלי). ואולי יש לבאר ע"פ זה את הדין דאין מטבע נעשה חליפין (ב"מ מה:) "משום דדעתה אצורתא וצורתא עבידא דבטלה". דלכאורה יש להקשות מזה על השיטות דחליפין מטעם כסף דהרי פשוט דמטבע קונה בקנין כסף ומאי שנא חליפין מטעם כסף מקנין כסף עצמו. ויתכן דמטבע מועיל בקנין כסף דעלמא משום דחל בתורת תשלומין, ומטבע מהוה חלות תשלומין, משא"כ בסודר דהוי קני ע"מ להקנות, דאינו חלות תשלומין אלא מעשה קנין עם חפצא דכסף, והגדרת חפצא דכסף לענין חליפין צ"ל דומה לנעל דהיינו חפצא שיש בו השתמשות, ובמטבע ההשתמשות תלויה בצורה דמתבטלת, ומשו"ה פסול לחליפין. ועיין בחידושי הר"ן וז"ל ומיהו כי אמרי' דדעתא אצורתא ה"מ היכא שהוא מקבלו בתורת חליפין שכיון שהוא מקפיד בהן ורוצה אותן בעין איכא למימר דדעתא אצורתא, אבל היכא שמקבלו בתורת דמים לא אמרי' דדעתא אצורתא שאם לא תאמר כן היאך קרקע נקנית בכסף ואשה היאך מתקדשת בו נימא בכולהו דעתא אצורתא עכ"ל. ויתכן שכוונת דבריו כפי שנתבאר.

[98] עיין בברכת שמואל (קידושין סימן ריש סימן ב) דהביא סברא דומה לזה מהגר"ח זצ"ל בדעת הרמב"ם, וז"ל ואפי' לדעת הרמב"ם דאינו יוצא לחירות ע"י חליפין אפשר דדעתו ג"כ דחליפין הוא עוד דין כסף, אלא דלהכי גבי עבד אינו יוצא ע"י חליפין לחירות, דההלכה דנאמרה דחליפין קונה ככסף הוא דוקא בדין מה דכסף קונה, אבל מה דעבד יוצא לחירות ע"י כסף הוא דין פדייה מקרא דוהפדה לא נפדתה ולא כסף קונה, ולענין דין זה לא נאמרה דחליפין דין כסף יש לו עכ"ל. ועיי"ש בהמשך דבריו שביאר על פי זה השו"ט בסוגיא לגבי חליפין בקידושין.

[99] עיין בזה לעיל בשיעורים (ב. ד"ה האשה נקנית) ולקמן (ו: ד"ה הרי את לעצמך).

דחליפין קונה מדין כסף כמו בסתם מקח וממכר. ונמצא דחלוק עיקר חלות קידושין דחל כחלות איסורין מחלות שחרור דבעצם הוי חלות קנין דחל בדיני ממונות דממילא גורם לכמה נ"מ בעיניני איסור והיתר.[100]

ג

שיטת ר"ת

עיין בתוספות (ד"ה ואשה בפחות) וז"ל לכך נראה לר"ת דגרסי' בפחות משוה פרוטה לא מקניא ולא גרס נפשה דלא בקפידא תליא מילתא אלא ה"ט משום דגמר קיחה קיחה משדה עפרון דכתיב ביה כסף ובפחות משוה פרוטה לא מיקרי כסף וכו' ומשני חליפין איתנהו בפחות משוה פרוטה וא"כ אינם מטעם כסף אלא קנין אחר הוא עכ"ל. לפי ר"ת, בהו"א של הגמ' חליפין כלול בקנין כסף, אבל מסקנת הגמ' היא דמכיון דמצינו קנין חליפין בפחות משוה פרוטה, חליפין הוי קנין ששונה מכסף ולכן אינו מהני לקידושין דצריך קנין כסף דוקא.

ויש להקשות על פירוש ר"ת מהגמ' לקמן (ו:) בענין מתנה על מנת להחזיר. דמסקנת הגמ' שם היא דמתנה על מנת להחזיר הוי קנין כסף בכהת"כ חוץ מקידושין, וז"ל אלא אמר רב אשי בכולהו קני לבר מאשה לפי שאין אשה נקנית בחליפין, א"ל רב הונא מר בריה דרב נחמיה לרב אשי הכי אמרינן משמיה דרבא כוותיך עכ"ל. ומבואר בגמ' דיש קשר בין החסרון דחליפין בקידושין להחסרון דמתנה ע"מ להחזיר בקידושין. ורש"י שם (ד"ה אלא אמר רב אשי) וז"ל ודאי בכולהו אמר רבא דקונה לבר מאשה כו' והאי לחליפין דמי כקנין בסודר דאינו אלא אוחז בה ומחזירו עכ"ל. ונראה בדעת רש"י דכמו דהחסרון בחליפין הוא בדעת האשה (ע"פ דין) גם במתנה ע"מ להחזיר יש חסרון בדעת האשה לקידושין. אבל לפי ר"ת דהחסרון בחליפין הוא דאינו חלות קנין כסף בכלל, לכאורה קשה איך זה שייך למתנה ע"מ להחזיר דמהני לקנין כסף בכהת"כ.

ונראה לתרץ שר"ת מפרש מסקנת הגמרא במתנה ע"מ להחזיר כמו התוס' שם (ו: ד"ה לבר מאשה) וז"ל ונראה לר"י דלאו חליפין הוא ומדרבנן הוא דלא הוו קידושין לפי שדרך העולם להחזיר חליפין והני כעין חליפין דמי ואתי למימר אשה נקנית בחליפין הילכך אפקעינהו רבנן לקידושין מינה עכ"ל. לפי התוס' מתנה ע"מ להחזיר הוי רק פסול מדרבנן לקידושין, גזירה אטו קידושין ע"י חליפין. וא"כ, לפי ר"ת אין קשר כלל בין

[100] לכאורה זה אתי שפיר לפי שיטת שמואל (גיטין לח.) דהמפקיר עבדו יצא לחירות ולא בעי שטר שחרור. והקצוה"ח (סימן ר' סק"ה) נקט דזה אינו רק דין בהפקר אלא דכל היכא דהאדון מקנה העבד לעצמו בדיני ממונות דהוא יוצא לחירות. ולכאורה הביאור הוא דשחרור הוי בעיקר חלות בדיני ממונות וכשהקנין ממון דאדון פקע אזי ממילא יש נ"מ גם באיסור והיתר דהעבד. ובביאור שיטת שמואל ע"ע בשיעורים לקמן (דף ו: ד"ה א"ל רבינא לרב אשי אמר לעבדו אין לי עסק בך, דף טז. בענין עבד עברי גופו קנוי, ודף כג. בענין גר שמת).

הפסול דאורייתא של חליפין דהוי משום דאינו קנין כסף, לפסול מתנה ע"מ להחזיר שהוא פסול רק מדרבנן בלבד.

ועיין בשלטי הגיבורים (א. בדפי הרי"ף אות ג) דהביא מהרי"ד דהפסול דחליפין בקידושין שייך רק בשני אופנים: א) היכא דהיא צריכה להחזיר הסודר, ב) דהוא מתחייב לה מנה ע"י נתינת הסודר לה ודעתה להתקדש במנה דהוא חייב לה. אבל אם הסודר שו"פ והוא משאיר את הסודר אצלה והיא רוצה להתקדש בסודר, אזי היא מקודשת אע"פ דהוא נתן לה את הסודר בתורת חליפין, וז"ל שאם דעת האשה הוא להתקדש בתפישת הקנין לבד שהוא כנף בגדו ויש בו שוה פרוטה הרי זו מקודשת, ולא אמרו שאין האשה נקנית בחליפין אלא כשדעתה להתקדש במנה ונותן לה קנין כדי לקיים הקדושין והוא יתחייב לה המנה עכ"ל. ועיין בבית שמואל (סימן כט סק"ב) דדייק דהתוס' חולקים על כל זה וס"ל דהיא אינה מקודשת כל עוד דהסודר ניתן לה בתורת חליפין. וצ"ע בביאור יסוד פלוגתתם.

ונראה לבאר דלפי ר"ת שיטת התוס' מבוארת היטב, דהרי קידושין צריך להעשות בתורת קנין כסף ולמסקנת הגמ' קנין חליפין הוי קנין אחר לגמרי. וא"כ אפי' אם הסודר נשאר אצלה עדיין קנין חליפין אינו יכול לפעול חלות הקידושין. אבל לפי רש"י דלמסקנת הגמ' חליפין הוא מדין כסף והחסרון הוי בדעת האשה ולא באופן הקנין, יש להסתפק בענין הזה. דמצד אחד יש לומר דמכיון דהסודר נשאר אצלה ויש לה דעת לקידושין, ממילא אין כאן גנאי ואין חסרון בדעתה הפרטית וגם בדעת ע"פ דין, והיא מקודשת. אבל מצד שני י"ל דכל עוד דהוא מזכיר השם דקנין חליפין עדיין ע"פ דין אין לה דעת לקידושין, וצ"ע.

ד

שיטת הרמב"ם

הרמב"ם לא ביאר בהדיא את הטעם דחליפין פסול לקידושין. אבל יש לדייק את פירושו לסוגיא דידן מדבריו בדין מתנה ע"מ להחזיר (פ"ה מהל' אישות הלכ"ד) וז"ל האומר לאשה הרי את מקודשת לי בדינר זה על מנת שתחזיריהו לי אינה מקודשת בין החזירה בין לא החזירה, שאם לא החזירתו הרי לא נתקיים התנאי, ואם החזירתו הרי לא נהנית ולא הגיע לידה כלום עכ"ל. ומשמע מלשון הרמב"ם ("לא נתקיים התנאי", "לא הגיע לידה כלום") שהוא חולק על התוס' הנ"ל וסובר דקידושין במתנה ע"מ להחזיר אינו חל מדאורייתא. ונמצא, דאע"פ דמתנה ע"מ להחזיר מועיל לקנין כסף ונחשב כנתינת כסף בכל התורה כולה

כדמבואר לקמן (ו:),[101] מ"מ לגבי קידושין מתנה ע"מ להחזיר אינו מהני מדאורייתא, משום דבעינן שתגיע הכסף לידה בשעת הקידושין ושתהנה ממנו.

ומצינו דבר דומה בפסק הרמב"ם (פ"ה מהל' אישות הלי"ג) בענין המקדש במלוה דאינה מקודשת, שכתב וז"ל המקדש במלוה אפילו היתה בשטר אינה מקודשת, כיצד כגון שהיה לו אצלה חוב דינר ואמר לה הרי את מקודשת לי בדינר שיש לי בידך אינה מקודשת, מפני שהמלוה להוצאה ניתנה ואין כאן דבר קיים ליהנות בו מעתה שכבר הוציאה אותו דינר ועברה הנאתו עכ"ל. ומבואר דטעם הפסול לפי הרמב"ם הוא משום דבעינן "דבר קיים ליהנות בו". ובזה שונה קידושין ממקח וממכר דלגבי מכירת קרקע פסק הרמב"ם (פ"ז מהלכות מכירה הל"ד) דאפשר לקנות קרקע בחוב. וכל זה מורה דלגבי קידושין בנוסף לשם כסף דבכהת"כ בעינן נמי שתקבל האשה הנאה מהכסף, ומשום כך קידושין במתנה ע"מ להחזיר ובמלוה פסולים.[103] ויש לעיין בגדר הדברים.[102]

ונראה לפרש דגדר הצורך דשו"פ של כסף קידושין אליבא דהרמב"ם דומה לגדר שו"פ דכסף קידושין אליבא דרש"י. דלעיל (אות א') ביארנו דלפי רש"י בנוסף לדין כסף בכל התורה כולה, יש דין מיוחד בקידושין שקנין שמועיל בפחות משו"פ מופקע מדעתה לקידושין. וכמו"כ, י"ל דלפי הרמב"ם יש להאשה דעת לקידושין רק אם מגיע דבר קיים לידה והיא מקבלת הנאת שו"פ. דהרמב"ם סובר דזה הוי החסרון במתנה ע"מ להחזיר, והגמ' השווה את הפסול במתנה ע"מ להחזיר לפסול בחליפין. כלומר, דאפי' אם הוא נותן לה דבר דמהני לקנין כסף בכהת"כ, מ"מ יש דין מסוים בקידושין דכל שאינה מקבלת לידה הנאת שוה פרוטה אזי מופקע מדעתה לקידושין.

אך נראה שיש לפרש את הרמב"ם ורש"י באופן אחר. דלפי הפירוש הראשון יש דין מיוחד בדעת האשה בכסף קידושין דלא קיים במכר, רש"י כדאית ליה והרמב"ם כדאית ליה. אבל לכאורה, אם קידושי כסף נלמד מקנין כסף דקרקע קשה לחלק ביניהם באופן יסודי לגבי הצורך בדעת המקנה. ולכן נראה לפרש דבאמת הדין דכסף קידושין שוה לכסף קנין דשדה וכל מה דנצרך לאחד נצרך גם לשני. דכמו דבעינן שוה פרוטה ממש בקידושין ומפני זה חליפין בכלי דאין בו שו"פ פסול לקידושין, כמו"כ בעינן שו"פ ממש

[101] פשטות הסוגיא (ו:) מורה דמתנה ע"מ להחזיר מועיל לקנין כסף. אבל יש להעיר דהרמב"ם הביא הדין שמתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה רק לגבי קנין חליפין (פ"ה מהלכות מכירה ה"ז) אבל לא לגבי קנין כסף (פ"א מהלכות מכירה). ועיין באבן האזל (פ"ה מהלכות מכירה הל"ז) דהציע דהרמב"ם נקט דמתנה ע"מ להחזיר מועיל רק בקנין חליפין בלבד ולא בקנין כסף. וע"ע בשיעורים לקמן (ו: רש"י ד"ה במכר לא קנה) דבקנין מעות במטלטלין אין מתנה ע"מ להחזיר מהני.

[102] ועיין לקמן (ו: בענין מתנה ע"מ להחזיר) דרבינו זצ"ל ביאר שיטת הרמב"ם באופן אחר.

[103] ורבינו זצ"ל הוסיף דהרמב"ם גם הזכיר את הצורך שהאשה תהנה מהכסף קידושין לגבי קידושין מדין ערב (פרק ה מהלכות אישות הלכ"א). ועיין לקמן בשיעורים (ז.) שדן רבינו זצ"ל בזה.

בקנין כסף וראוי לפסול חליפין מטעם כסף בכלי פחות משו"פ. אלא דבקניני ממון המקנה הוי הבעלים על הקנין ולכן אם הוא מרוצה בחפץ שאין בו שוה פרוטה הרי הוא יכול לקבלו לקנין בלי שיעור פרוטה.[104] אבל לגבי קידושין האשה איננה הבעלים על המעשה קידושין או על האישות שלה ואין לה את הכח לקבל פחות משו"פ בתורת כסף קנין. ולכן לגבי קידושין בעינן לקיים את ההלכה מעיקר הדין, דהיינו שוה פרוטה ממש.[105] ומשו"ה, אע"פ דעל פי דין יש הגדרה אחת לחלות שם כסף לגבי קידושין ובקניני ממון, מ"מ חלוקים הן בדיניהם, וכלי פחות משו"פ מועיל בחליפין מדין כסף ואינו מועיל בקידושין.[106]

ובזה מסולקת קושיית התוספות על רש"י, למה קידושין אינן חלין כשפשטה ידה וקבלה פחות משוה פרוטה. דהיינו, מכיון שהיא אינה הבעלים על המעשה קידושין אין לה את הכח להחשיב חפצא שאינו שו"פ להיות כשוה פרוטה. מאידך, בקנין בדיני ממונות הסכמת המקנה יכול להחשיב דבר שאין בו שוה פרוטה להיות דינו כשו"פ.

ועל פי היסוד הזה יש לתרץ עוד קושיא דהקשו על שיטת רש"י, דצ"ע למה אין פודין הקדש ומע"ש ע"י חליפין. דבשלמא לפי ר"ת דלפי מסקנת הגמרא חליפין אינו מטעם כסף, מסתבר דבעינן קנין כסף כדי לפדות הקדש ומע"ש. אבל לפי רש"י שחליפין מטעם כסף, וכל הטעם דחליפין אינו מועיל לקידושין הוא משום דין מיוחד בקידושין, קשה למה חליפין לא יועיל לפדיון הקדש ומע"ש. ולפי הביאור השני שביארנו לעיל בדעת רש"י נראה לתרץ דפדיון הקדש ומע"ש דומים לקידושין. דלגבי הקדש הגזבר אינו הבעלים על ההקדש ועל המעשה פדיון כדי שיהא לו הכח לוותר על השיעור דפרוטה,[107]

[104] מצינו בכמה ההלכות שהמקנה והקונה הם הבעלים על הקנין. עיין בביאור רבינו זצ"ל בשיעורים לקמן (סא. בענין תנאי וטעות, אות ב' וגם מובא במסורה חוברת ב' עמוד מב) לשיטת הראב"ד (פ"ג מהלכות זכייה ומתנה הל"ח) שאין צריך משפטי התנאים בקנין בדיני ממונות. ונמצא דלפי"ד רבינו זצ"ל יש לחלק בין שלושה מדריגות של בעלות האדם על המעשה שהוא עסוק בה. בחליצה האדם עושה את המעשה והחלות חל ממילא. בגו"ק האדם מחיל החלות ולכן הוא יכול למנות שליח ולהתנות תנאים, אבל אין לו שליטה מוחלטת ולכן בעינן משפטי התנאים. בקנין בדיני ממונות מכיון שהמקנה הוא הבעלים על הממון שלו לגמרי יש לו שליטה מוחלטת כשהוא רוצה להעביר הכסף שלו לאחר, ולכן לא בעינן משפטי התנאים. באופן דומה, רבינו זצ"ל הוסיף כאן שעוד נ"מ של הבעלות דהמקנה על הקנין הוא היכולת להגדיר פחות משו"פ לכסף קנין.

[105] והשווה למש"ב רבינו זצ"ל לעיל (ב. בענין שו"כ ככסף, אות ג') דלפי הרמב"ן האשה בתורת דעת מקנה יכולה להחשיב שו"כ בתורת כסף. וגם השווה למש"כ (שם אות ד) דלפי הבית שמואל האשה אינה יכולה לעשות תנאי בקידושין כי היא אינה הבעלים על החלות. ודו"ק.

[106] לכאורה לפי ביאור רבינו זצ"ל בשיטת רש"י יש להקשות למה בכלל בעינן כלי בחליפין. אם המקנה מקבל חצי פרי פחות משו"פ בתורת כסף זה גם ראוי להיות נחשב ככסף קנין וצ"ע. ויש לעיין האם ביאור רבינו זצ"ל קשור לספיקת הר"ן לקמן (ח.) אם אמרינן לדידי שוה לי בפחות משו"פ בקידושין. ולכאורה דין לדידי שוה לי אינו תלוי בדין בעלים שלא כביאור רבינו זצ"ל כאן.

[107] לכאורה יש להעיר על זה ממחלוקת בירושלמי תרומות (פרק א הלכה א) אם גזבר יכול להפריש תרומה מפני דכל אחד יכול להפריש תרומה מתבואה שאינה שלו או דהוא יכול להפריש כי "גיזבר כמאן דאינון בעלים".

ובנוגע למע"ש אין שום מקנה כלל. ולכן, אפילו אם חליפין מטעם כסף אין חליפין מועיל לפדיון כי חסר דעת הבעלים להחשיב חפצא שאינו שו"פ להיות כשו"פ.

וכמו כן יש לבאר את שיטת הרמב"ם לגבי החילוק בין קידושין לבין קנין כסף דמקח וממכר לגבי מתנה ע"מ להחזיר והלוואה. דבאמת, מתנה ע"מ להחזיר והלואה אינם ראויים לפעול קנין גם בקנין כסף דמקח וממכר כי המקנה צריך לקבל הנאת שוה פרוטה. אלא דבמקח וממכר המקנה הוי הבעלים על הקנין ולכן יש לו את הכח לקבל חפצא שיש בו שו"פ בתורת קנין אפילו אם הוא אינו מקבל את ההנאה. מאידך בקידושין האשה אינה הבעלים על מעשה הקידושין ולכן חוזרים להעיקר הדין דהיא צריכה לקבל הנאה דפרוטה.

ואם כנים הדברים, יוצא נ"מ לפי הרמב"ם היכא דהמקנה של הקרקע אינו יודע שהוא מקבל את הכסף בתורת מתנה ע"מ להחזיר. דלפי דברינו, מתנה ע"מ להחזיר מועיל בשאר קנינים רק משום דיש הסכמה מצד המקנה לקבלו לקנין אפילו אם הוא אינו מקבל שוה פרוטה דהנאה. אבל אם המקנה אינו יודע שהוא צריך להחזיר הכסף אזי אין לו דעת מיוחדת לקבלו בתורת קנין כסף. ויוצא שחסר בכסף קנין, והמכירה אינה חלה.

ולפי היסוד הנ"ל, יש לחקור מה הדין אם נתן מתנות כהונה לכהן במתנה ע"מ להחזיר בע"כ דכהן. דבגמ' לקמן (ו:) מבואר דמתנה ע"מ להחזיר מועיל במתנות כהונה. וגם יתכן דנתינה בע"כ דכהן מהני במתנות כהונה.[108] ויש לעיין מה הדין כשיש שניהם ביחד, דהיינו מתנה ע"מ להחזיר בע"כ דכהן, ולפי משו"נ י"ל דלא יצא ידי הנתינה. די"ל דהא דמתנה ע"מ להחזיר מועיל במתנות כהונה הוי רק מכח הסכמת הכהן. ואם הכהן אינו רוצה לקבל את המתנה ע"מ להחזיר אזי בעינן חלות שם כסף דנצרך מעיקר הדין, דבעינן קבלת הנאת פרוטה למקבל דחסר במתנה ע"מ להחזיר.[109]

והנה לעיל בשיעורים ביארנו (ב. בענין כסף וממון אות א') דשיטת הרמב"ם היא דכלי פחות משו"פ נחשב ככסף בכהת"כ. וכדמוכח מפסק הרמב"ם (פ"ז מהל' מעילה הל"ו) דאפשר לפדות הקדש עם כלי פחות משו"פ. וצ"ע דהרי הרמב"ם פסק (פ"ד מהל' אישות הלי"ט) שקידושין בכלי פחות משו"פ חל רק מספק, וז"ל המקדש בפחות מפרוטה אינה

[108] עיין בקצוה"ח (סימן רמג סק"ד). ועיין ברשימות של הגרצ"ש לשיעורי רבינו על מסכת גיטין (ל. עמוד 170) דרבינו זצ"ל נקט כדעת הקצוה"ח שנתינת מתנות כהונה הוי גדר של פרעון חוב לכהן כ"חלף עבודתכם באהל מועד." ועיין בשיעורים לקמן (ז: ד"ה איכא דאמרי בכל דהו נמי פליגי). אבל עיין בנתיבות (סימן רמג סק"ח) שנקט שנתינה בע"כ דכהן אינו מועיל במתנות כהונה.

[109] ומאידך י"ל דמועיל במתנות כהונה מתנה ע"מ להחזיר בע"כ דהכהן כי דין כסף של הנאה נאמר רק בכסף קנין אך לא במתנות כהונה דאינו כסף קנין. ועוד מסתבר דאין הכהן חלות שם בעלים על מתנות כהונה כמו המקנה בקנין דעלמא. וע"ע בשיעורים לקמן (ו: ד"ה אלא אמר רב אשי בכולהו קני, סוף אות א') בנוגע להאם פדיון הבן חל כמצות נתינה לכהן או כפרעון חוב.

מקודשת, קידשה באוכל או בכלי וכיוצא בו ששוה פחות מפרוטה הרי זו מקודשת בספק וצריכה גט מספק שמא דבר זה שוה פרוטה במקום אחר, הא למדת שכל המקדש בשוה כסף אם היה שוה פרוטה באותה המדינה הרי אלו קידושי ודאי ואם אינו שוה פרוטה הרי אלו קידושי ספק עכ"ל. וצ"ע מאי שנא דבכהת"כ כלי פחות משו"פ דינו ככסף ולגבי קידושין יש ספק בדבר.

ולכאורה התירוץ תלוי בשני הפירושים בביאור שיטת הרמב"ם בדין קידושין במתנה ע"מ להחזיר בהלוואה ובחליפין. דלפי הפירוש הראשון נתבאר דהרמב"ם סובר דיש דין מיוחד בקידושין של קבלת הנאת שו"פ דלא קיים בכהת"כ, ולפי"ז מבואר היטב למה כלי פחות משו"פ אינו מועיל בקידושין. דהרי אפילו אם הכלי נחשב ככסף מעליא בכהת"כ סוף כל סוף האשה לא קיבלה הנאת שו"פ ואין לה דעת קידושין. אולם לפי הפירוש השני בדעת הרמב"ם דבאמת בכהת"כ גם בעינן קבלת הנאת פרוטה, אלא דהיכא דיש בעלים על הקנין הבעלים יכולים להסכים דקבלת פחות מהנאת פרוטה גם כן מועיל, הסתירה עדיין קשה. דהרי ביארנו לעיל דפדיון הקדש דומה לקידושין בזה שאין שם בעלים על הקנין ולכן אין אפשרות לוותר על ההגדרה המלאה של חלות שם כסף, דהיינו קבלת הנאת שוה פרוטה. ולפי זה אם כלי פחות משו"פ מועיל בפדיון הקדש לפי הרמב"ם צ"ל שכלי פחות משו"פ נחשב כפרוטה מעליתא ונחשב כאילו הקדש קיבל הנאת פרוטה. וא"כ, צ"ע למה כלי פחות משו"פ אינו מועיל בקידושין.[110]

ונראה שיש לפרש את הרמב"ם באופן שלישי. דעד כאן ביארנו את שיטת הרמב"ם דמתנה ע"מ להחזיר חליפין ומלוה לא מהני לקידושין א) כדין בדעת האשה, או ב) כדין כללי בהגדרת כסף קנין. אבל לא חילקנו בין הגדרת כסף קנין במקח וממכר לבין הגדרת כסף קנין בקידושין. אך נראה דיש לחלק ולומר דהם ב' דינים שונים, דהגדרת כסף קנין במקח וממקר הוא שו"פ או כלי, ולגבי כסף קידושין יש דין מיוחד דכסף הקידושין צ"ל שו"פ המהנה את האשה.[111]

ובביאור הדין דכסף קידושין מעצם הגדרתו (ולא רק כדין בדעת האשה) צריך להיות כסף של הנאה, נראה דיש לחלק בין ב' סוגי דינים דחלין ע"י נתינת כסף. דכתב הרמב"ם (פרק ב מהלכות עבדים הל"א) וז"ל עבד עברי שמכרוהו ב"ד והמוכר עצמו נקנה בכסף

[110] לכאורה י"ל דמה דאמרנו לעיל דהגזבר אינו הבעלים לוותר על ההנאה הוא אלביא דרש"י דסובר דחליפין חל מטעם כסף ומ"מ אינו מועיל לפדיון הקדש. אך לרמב"ם חליפין מהווה קנין בפני עצמו ואינו קנין כסף אזי אין קושיא כלל מפדיון הקדש דחליפין אינו מועיל. ואליביה י"ל דהגזבר שפיר הוי הבעלים לוותר על הנאה. ועיין לעיל בהערה 102.

[111] ע"ע בזה ברשימות שיעורים למסכת שבועות לט: (עמוד קנז) ששם רבינו זצ"ל גם ביאר הצורך לכסף של הנאה כדין בהגדרת הכסף קידושין ולא בדין בדעת האשה בקידושין.

ובשוה כסף ובשטר עכ"ל. והמשנה למלך דייק דהרמב"ם השמיט חליפין, ומשמע דאין ע"ע נקנה בחליפין.[112] ומסתבר דכמו דאין עבד עברי נקנה בחליפין כמו"כ אינו נקנה במתנה ע"מ להחזיר, דהרי הגמ' לקמן (ו.) השווה ביניהם. וגם מסתבר דכמו דאין ע"ע נקנה בחליפין ובמתנה ע"מ להחזיר, גם אינו נקנה בכלי פחות משו"פ. דכבר מצינו אצל קידושין דיש להשוות ג' דרכי קנין האלו.

ולפי"ז מבואר דלדעת הרמב"ם יש חילוק בין מקח וממכר דקונה בחליפין ובמתנה ע"מ להחזיר, בכלי פחות משו"פ ובמלוה, לבין קידושין וקנין עבד עברי דלא מהני בדרכים האלו. ומסתבר דהפסול בדרכים האלו קשור לדין חדש של כסף, דהיינו דבעינן חלות שם כסף של הנאה. ונראה לבאר דהיכא דהכסף פועל חלות איסורין כגון בקידושין ובעבד עברי, אז חל הדין המיוחד דבעינן חלות שם כסף של הנאה. משא"כ במכירה דהכסף פועל אך ורק חלות בדיני ממונות אזי אין צורך לכסף של הנאה ואפשר לקנות בכל הדרכים הנ"ל.[113]

ויש להטעים את ההבדל הזה ע"פ מה שנתבאר בשיעורים לקמן (ז. בענין עבד כנעני, ז: בענין חצייך בחצי פרוטה) דבקידושין הכסף אינו דין במעשה קנין עצמו, דמעשה קנין כסף פועל את הקנין דקידושין, אלא דהכסף הוי הלכה בקבלת האשה המתקדשת, כלומר דאם האשה המהווה הדעת מקנה בקידושין מקבלת שו"פ אזי חלין הקידושין. ולפיכך לא קפדינן באם המקדש נתן כסף שו"פ כל עוד דהדעת מקנה, דהיינו האשה, מקבלת כסף שוה פרוטה, (ועיין בשיעורים לקמן דיש כמה נ"מ בזה). ולפי"ז מבואר למה מתנה ע"מ להחזיר פסול בקידושין, דאע"פ דהמקדש נותן שו"פ אבל יש חסרון בקבלת האשה וביכולת שלה ליהנות ממה שהיא קיבלה. ויתכן לומר דהיכא דכסף גורם חלות איסור אזי י"ל דגדר הדין הוא דקבלת המקבל גורמת את חלות האיסור ולא נתינת הכסף מהנותן. ועיין עוד בזה לקמן (ו: בענין מתנה ע"מ להחזיר).

ולפי זה יוצא יסוד בגדר דין פדיון הקדש. דהרי הרמב"ם פסק דכלי פחות משו"פ מהני לפדיון הקדש, ולפי החילוק הנ"ל כלי פחות משו"פ מהני רק בקנין בדיני ממונות. וצ"ל

[112] עיין לקמן (ח.) דלפי רבה יש לימוד דחליפין אינו מהני לקנות עבד עברי. ועיי"ש במשנל"מ דביאר דהרמב"ם הבין בסוגיא שם דהדין הזה מוסכם לכל האמוראים.

[113] ויש להעיר דהרמב"ם (פ"ה מהלכות עבדים הל"א) פסק דעבד כנעני נקנה בחליפין אע"פ דאינו קונה עצמו בחליפין, וז"ל עבד כנעני נקנה בחמשה דברים וקונה את עצמו בשלשה, נקנה בכסף או בשטר או בחזקה או בחליפין או במשיכה, וקונה את עצמו בכסף או בשטר או בראשי איברים עכ"ל. והרי לפי ביאור רבינו זצ"ל יוצא דקנין עבד עברי בעיקר פועל חלות באיסורים ולכן חליפין לא מהני, אבל קנין עבד כנעני דחליפין מהני בו, הוי בעיקר חלות בדיני ממונות ואכמ"ל.

דאע"פ דחלות איסור הקדש מסתלק ע"י הפדיון, מ"מ עיקר הפדיון הוא מעשה קנין בדיני ממונות, וחילול האיסור דהקדש נעשה ממילא.[114]

ה

שיטת הגר"ח זצ"ל בחליפין

הגר"ח זצ"ל היה רגיל לפרש פסול חליפין בקידושין באופן אחר על פי שיטתו ביסוד דקנין סודר. דהגר"ח זצ"ל נקט שיש חילוק בין יסוד דין קנין סודר ליסוד דין קנין של שאר קנינים. בשאר קנינים הקנין חל בעיקר על ידי מעשה הקנין, אלא דיש תנאי דבעינן גמירת דעת של המקנה. משא"כ בחליפין הקנין חל רק ע"י גמירת הדעת אלימתא של המקנה, והמעשה דהעברת הסודר רק מורה על גמירת הדעת.[115] ולפי זה, מסקנת הסוגיא דידן מבוארת היטב כפתור ופרח. דבקידושי אשה בעינן מעשה קנין דקיחה וכמו שיש בקנין כסף דעלמא, ולא סגי בקנין שחל מכח דעת מקנה אלימתא. ולכן אפילו אם קידושי אשה נלמדו מקנין שדה, קנין חליפין אינו מועיל לקידושין.

ולפי"ז נראה לבאר נמי את פסק הרמב"ם (פ"ה מהלכות עבדים הל"ג) דעבד כנעני יוצא לחירות דוקא בכסף ובשטר ולא ע"י קנין סודר. דלעיל הבאנו דעת התוס' והראב"ד דחליפין מהני לשחרור עבד כנעני כי חליפין הוי חלות שם קנין כסף. אמנם לפי"ד הגר"ח זצ"ל בגדר יסוד הדין דקנין חליפין נראה לבאר דהרמב"ם סובר דחליפין אינו מועיל לשחרור עבד כנעני מכיון דשחרור עבד כנעני בעי מעשה קנין, ואילו חליפין הוי קנין דחל ע"י דעת מקנה גרידא. ונראה שזו היא כוונת הריטב"א (כב: ד"ה תנא אף בחליפין) בענין קנין סודר לשחרור עבד כנעני. דהריטב"א הביא את מחלוקת הראשונים הנ"ל האם אפשר לשחרר עבד כנעני ע"י קנין חליפין ודן בזה באריכות. ואחר כל זה חידש הריטב"א דיש לחלק בין הדין קנין ממון שחל בעבד כנעני לבין קנין האיסור שבו, וז"ל ואפשר עוד לומר דודאי עבד קונה עצמו בחליפין לקנין ממון שבו אבל לא לקנין איסור שבו, שאין הקנין אלא לקיים הדברים ודברים לא מהני בעבד כנעני לקנין איסור שבו אלא בעינן שטר או כסף שפודה עצמו לגמרי וכו' כן נראה לי וכן דנתי לפני מורי נר"ו עכ"ל. הריטב"א סובר דקנין חליפין לא מהני לקנין איסור כי "אין הקנין אלא לקיים דברים". ונראה לבאר כוונת הריטב"א עפ"י יסודו של מרן הגר"ח זצ"ל ביסוד דין קנין חליפין,

[114] עיין בזה בחידושי הגר"ח זצ"ל על הרמב"ם (פ"ח מהלכות מעשר שני הל"ז), בקובץ הערות (סימן נד סקי"ב) ובקובץ שיעורים (ח"ב סימן כ).

[115] ע"ע בזה בברכת שמואל (קידושין סימן כו ד"ה ונראה) בשם הגר"ח, וברשימות שיעורים לב"ק (עמוד 514-114) ובס' רשימות שיעורים מס' ב"מ (עמ' קפ"ה – קפ"ט). וע"ע במאירי לקמן (ו:) דמשמע שפירש יסוד דין קנין חליפין כפירושו של הגר"ח זצ"ל.

ש"לקיים דברים" פירושו דהקנין נגמר רק ע"י גמירת דעת המקנה ולא ע"י מעשה קנין. והריטב"א הסיק מהסוגיא דידן דלקנין איסור בעינן קנין שחל ע"י מעשה.

והנה יש להביא כמה ראיות לשיטת הגר"ח זצ"ל ביסוד דין קנין חליפין:

א) עיין בתוס' לקמן (סה: ד"ה לא איברו סהדי אלא לשקרי) שכתבו בשם ר"ת דלא צריך עדות לקיום הדבר בקנין סודר. ועיי"ש בתוס' הרא"ש שתמה על עצם דיונו של ר"ת, מדוע צריכים בכלל ראיות דא"צ עדות, דמה לי קנין סודר ומה לי קנין משיכה וחזקה וכו'. אכן התוס' במס' סנהדרין (ו. ד"ה צריכה קנין) הביא דהריב"ם מתחילה היה רגיל לפרש דבעינן עדות לקיום הדבר בחליפין עפ"י הגמ' בב"ב (מ.) דקנין בפני שנים. ועיין ברמב"ם (פ"ה מהל' מכירה ה"ט) וז"ל זה הקנין (ר"ל קנין סודר) אין צריך להיות בפני עדים, אלא אם היה בינו ובין חבירו קנה וכו' אין צריך עדים, וכיון שקנה הקונה בדרך אחד מן הדרכים שקונין בהם, בין בהגבהה, בין במשיכה בין במסירה, בין בקנין בין בכסף, בין בשטר או בחזקה, קנה ואע"פ שאין שם עדים עכ"ל. ובהשגות כתב וז"ל א"א אין הכל מודים בקנין עכ"ל. וכ"ה בשיט"מ לב"ב (מ.) בשם הראב"ד שכתב לחלק בין חליפין דסודר לבין חליפין דשוה בשוה, דבחליפין דסודר בעינן עדות לקיום הדבר, משא"כ בחליפין דשוה בשוה. וצריך להבין אליבא דשיטת הראב"ד והריב"ם, מ"ש קנין סודר מכל שאר קניני ממון, דדוקא בחליפין ס"ל דצריכין עדות לקיום הדבר.

וביאר מרן הגר"ח זצ"ל דבשאר קנינים איכא מעשה קנין דמהווה הסיבה לחלות הקנין, משא"כ בחליפין דהמעשה רק מורה על גמירת דעת אלימתא של המקנה ומכח גמירת הדעת האלימתא הזו חל הקנין. ומאחר דחליפין הוי חלות הקנאה מדעת, ניתן לומר דבעינן עדות לקיום הדבר דהוי דין בדעת. כלומר, דכל היכא דבעינן דעת אלימתא כדי לגרום קנין או חלות אזי יש דין דבעינן עדות לקיום הדבר, כדי להעלות הדעת ממדריגת דעת בעלמא למדריגת דעת אלימתא.[116]

[116] לכאורה צ"ע דלפום ריהטא א"א לבאר את הראב"ד הסובר שקנין סודר צריך ב' עדים לקיום הדבר לפי"מ שנתבאר בשיעורים אליבא דהריב"ם, שהרי הראב"ד כתב בב' מקומות (בפכ"ט מהל' מכירה ה"ח, ובפ"ה מהל' עבדים ה"ג) שקנין חליפין חל מדין כסף ואינו חלות דין קנין בפני עצמו, וצ"ע בשיטת הראב"ד. אולם יתכן לפרש את שיטת הריב"ם כפי שנתבאר בשיעורים. ועיין לקמן אות ט'. והנה הגר"ח זצ"ל בחיבורו (להל' יבום וחליצה) ביאר דלהרמב"ם לא בעינן עדות לקיום הדבר בחליצה, כי הצורך בעדות לקיום הדבר חל במקום דבעינן חלות דעת בעלים דאזי צריך לגלות את דעתו בפני שני עדים. ואילו בחליצה אף דבעינן שיתכוונו החולץ והחולצת מ"מ אין צורך בחלות דין דעת, דהחולץ אינו בעלים על ההיתר לשוק ואין דעתו חל מדין דעת בעלים דהויא רק כוונה בעלמא למעשה החליצה וההיתר חל ממילא מן השמים. ומה"ט קיי"ל דאין תנאי בחליצה, דמילתא דליתא בשליחות ליתא בתנאי, וכדמבואר בתוס' בכתובות (עד.) ד"ה תנאי וז"ל דהיינו טעמא דהואיל והמעשה כ"כ בידו שיכול לקיימו ע"י שליח, סברא הוא שיהא כמו כן בידו לשויי ביה תנאה, אבל חליצה שאין בידו לקיימה ע"י שליח, לא הוי בידיה נמי למירמי ביה תנאה, עכ"ל, כלומר שאין לחולץ דין בעלים ולפיכך אינו יכול למנות שליח, ומה"ט נמי אינו בעלים להטיל תנאי בחליצה. ומשו"ה ס"ל להרמב"ם דחליצה א"צ עדות לקיום הדבר, דליכא

ב) יעויין בגמ' בבא מציעא (מז.) דנחלקו האמוראים אי בעינן בסודר כליו של קונה או כליו של מקנה. ולחד דיעה בתוס' גיטין (מ. סוד"ה משום) חל הקנין או בכליו של קונה או בכליו של מקנה. וסברתם צ"ב. ולפי"ד הגר"ח זצ"ל נראה לבאר דס"ל דיסוד המעשה של מסירת הכלי אינו אלא סימן להראות שיש כאן דעת מקנה שלימה, דעצם מהות קנין חליפין הוי הקנאה מדעת ומשו"ה חל הקנין בין בכליו של קונה ובין בכליו של מקנה כי שניהם יכולים לגרום את הדעת. משא"כ בשאר קנינים דעצם מעשה הקנין יוצר ופועל את חלות הקנין ולכן צריך מעשה מסוים.

ג) עיין בשו"ע (חו"מ סימן קצה ס"ו וס"ז) דפסק דבכל שאר הקנינים אפשר לחזור בהם רק בתוך כדי דיבור אבל בקנין סודר ניתן לחזור בו כל זמן שעסוקים באותו ענין. ונראה דה"ט, דבכל שאר אופני הקנין, מעשה הקנין פועל ויוצר את חלות הקנין, ועל מעשה א"א לחזור אלא בתוכ"ד.[117] משא"כ בקנין סודר הקנין חל מדין הקנאה מדעת, וי"ל דכל זמן שעסוקים באותו ענין חשיב כאילו עוד לא נחלטה ולא נקבעה אותה הדעת השלימה דקנין חליפין.[118]

ד) ונראה עוד דקנין סודר חלוק משאר קנינים, דהנה קיי"ל דקניני קרקע אינם מועילים לקנות מטלטלין, וקניני מטלטלין אינם מועילים לקנות קרקע (עיין בנתיבות המשפט ריש סימן קצו שייסד דין זה עפ"י הגמ' בגיטין כב.) ורק קנין סודר הוא הקנין היחידי המועיל בין בקרקע ובין במטלטלין. וקנין סודר שאני משאר קנינים דמועיל אף ליצור התחייבות ושעבודי ממון וכדכתיב בספר רות "לקיים כל דבר". ונראה דהטעם בזה הוא משום דקנין סודר אינו מעשה קנין קרקע או מעשה קנין מטלטלין, אלא הוי סימן שחלה גמירת דעת שלימה, והקנין חל מדין הקנאה מדעת, ומשו"ה שאני קנין סודר שחל בין בקרקע ובין במטלטלין ומועיל נמי ליצור התחייבות.

בחליצה דין דעת בעלים ואין צריך לחזק את כוונת החולץ ע"י עדות לקיומי הדבר. ומבואר שעדי קיום בדבר שבערוה מתלא תלי בדעת בעלים. אך יש להעיר דלפי המבואר בשיעורים יוצא שדין עדי קיום בדיני ממונות חלוק מדין עדי קיום בדבר שבערוה, דבד"מ דין עדי קיום חל דוקא היכא כשדעת הבעלים בעצמה בלי מעשה קנין פועלת את חלות הקנין וכמו בחליפין, ואילו דין עדי קיום בדשב"ע חל במקום שמעשה הקנין ביחד עם דעת הבעלים פועלים את הקנין כבקידושין וגירושין, וצ"ע.

[117] דתוכ"ד הוי שיעור בגמר המעשה בכהת"כ וכדמצינו בעדות ושאר מילי. ועיין ברשימות שיעורים למס' ברכות (עמ' קל"ה).

[118] עיין בשו"ע חו"מ (ריש סימן קכ"ו) דאפילו במעמד שלשתן א"א לחזור לאחר כדי דיבור, אע"פ שעסוקים באותו ענין. ובאמת יש לדון בזה עפ"י שיטות הראשונים דנחלקו בגדר דין קנין דמעמד שלשתן, דאי דיינינן ליה (מדרבנן) כאילו השומר (או הלוה) תופס בפקדון (או בדמי ההלואה) בעד מקבל המתנה, וכאילו זוכה בעדו, א"כ דינו ככל שאר הקנינים, דלא שייך בהו חזרה אלא תכ"ד. אך אי נימא דיסוד הדין דמעמד שלשתן הוא דהויא חלות דין הקנאה מדעת וא"צ מעשה קנין (וכדין קנין סודר אליבא דהגר"ח זצ"ל) י"ל דיכול לחזור בו כל זמן שעדיין עסוקים באותו ענין וכדין קנין סודר.

ה) ולפי"ז ביאר הגר"ח זצ"ל את פסק הרמב"ם (פכ"ט מהל' מכירה ה"ט) שכתב דאע"פ שתקנו חכמים שבקטן שהגיע לעונת הפעוטות שמקחו מקח וממכרו ממכר במטלטלין מ"מ חליפין לא מהני בקטן, וז"ל אם קנו מיד הקטן וכו' לא קנה הלוקח וכו' ואין קנין מיד הקטן כלום, שהקנין בשטר ואין העדים חותמים אלא על שטר של אדם גדול עכ"ל. וכתב המגיד משנה וז"ל לפי שסתם קנין לכתיבה עומד, וכל שאינו ראוי לכתיבה אינו קנין עכ"ל. ודבריו צ"ע דלכאורה הא דסתם קנין לכתיבה עומד היינו דאיכא אומדנא דמוכח דדעתו של המקנה בסודר לכתוב שטר וא"כ במקום שאי אפשר לכתוב שטר, כגון בקטן שאינו בר דעת ליצור שטרות אפילו מדרבנן, מדוע נאמר שאף קנין סודר לא חל.

ונראה דהדין דסתם קנין לכתיבה עומד אינו אומדנא בעלמא, אלא דהוי דין בדיני שטרות וחליפין. דקיי"ל דשטר צריך להיות נכתב מדעת המתחייב, דבלא"ה הוא פסול מדין מפיהם ולא מפי כתבם (עיין בתוס' כתובות כ. ד"ה ור' יוחנן). ועיין בגמ' במס' ב"ק (צח:) בדין השורף שט"ח של חבירו וז"ל אי דאיכא סהדי דידעי מאי הוה בשטרא לכתבו ליה שטרא מעליא עכ"ל. ומשמע דלא בעינן דעת המתחייב חדשה כדי לכתוב שטר חדש. ועיין בתוס' במס' סנהדרין (כט: ד"ה הודה בסוף הדיבור) וז"ל התם שאני שכבר היה לו שטר דאין לו להפסיד כחו עכ"ל. ומבואר דלא בעינן דעת המתחייב בעד כל שטר פרטי במיוחד, אלא מכיון שהיתה דעת המתחייב בשעת כתיבת השטר הראשון ניתן לכתוב שטר שני בלי דעת מתחייב חדשה.

ונראה דזוהי נמי שיטת המגיד משנה דס"ל דמאחר דלא בעינן דעת המתחייב עבור כל שטר, א"כ י"ל דאפילו אם לא התכוון לשטר כלל, מאחר שחלה דעת המתחייב עבור הקנין כותבין שטר אף שלא מדעתו. ונראה דזהו יסוד הדין דסתם קנין לכתיבה עומד, דהיינו דקנין חליפין זקוק לדרגה של דעת אלימתא יותר מדעת מקנה פשוטה שבשאר קנינים – דהיינו דבחליפין בעינן דעת המתחייב. ומכיון שיש דעת המתחייב אלימתא זו על הקנאת הממון שפיר כותבין שטר גם שלא מדעתו, משא"כ בשאר קנינים כמו קנין כסף או חזקה שאין דעת המקנה דעת אלימתא של דעת המתחייב אלא דעת מקנה פשוטה, ולכן אינם עומדים לכתיבה בלי דעת מתחייב מפורשת.

וטעמא דמילתא הוא כנ"ל דדוקא בקנין חליפין בעינן דעת אלימתא דהויא דעת המתחייב ולא סגי בדעת מקנה דעלמא כמו בשאר קנינים. דהרי קנין סודר שאני, דבאמת אין בנתינת כליו של קונה אל המקנה מעשה קנין, אלא יסוד חלות הקנין הוא משום דבסודר חלה גמירת דעת אלימתא של הקנאה. והקנין חל מכח דעת מקנה אלימתא,

והדעת דחלה בקנין סודר הויא דעת המתחייב, דהיא הדעת הכי אלימתא בקנינים והיא הדעת היוצרת שטרות.

ולפי"ז מבואר שפיר דברי הרמב"ם, דהא דהתקינו חכמים בקטן שהגיע לעונת הפעוטות שמקחו מקח וממכרו ממכר במטלטלין, היינו שמעשה קנין דקטן מועיל להחיל קנין עפ"י דין מעשה קנין, דתיקנו שיחול קנין קטן אע"פ שאין לו דעת מקנה דעלמא. אולם בחליפין אין הקנין חל מדין מעשה קנין כלל אלא מדין הקנאה מדעת, ולכן לא תיקנו החכמים שיועיל קנין סודר דקטן, שהרי סוכ"ס קטן אינו בר דעת. ובסודר הלא כל עצמו של הקנין אינו אלא מחמת שיש בו חלות דין דעת המתחייב, וקטן אינו בר דעת המתחייב כלל.

ונראה דלהוכיח יסוד זה שגופו דקנין סודר הוא חלות דין הקנאה מדעת, הביא הרב המגיד הדין דסתם קנין לכתיבה עומד שהוא דין בדיני שטרות כנ"ל ולא סתם אומדנא בעלמא. ור"ל דכמו שאין חותמים אלא על שטר של אדם גדול ולא של קטן משום דלשטר בעינן דעת אלימתא דדעת המתחייב ולא דעת מקנה בעלמא, ה"ה בסודר בעינן הך דרגה אלימתא של דעת המתחייב וזה הוי גופו של קנין סודר. ולפיכך בקטן שאין לו דעת לא שייך תקנה דרבנן שהקטן יקנה בשטר או בסודר.

ו) ועיין בתוס' (בבא מציעא יא: ד"ה מקומו) שכתבו דחליפין אינו קונה בשכירות ובשאלה, וכן פסק השו"ע (חו"מ סימן קצה סעיף ט). וצ"ב מדוע ס"ל דלא מהני חליפין בשכירות ושאלה. ולפימש"נ יתכן דס"ל דבשכירות אין למשכיר דעת אלימתא דאין דעתו אלא להשכיר את תשמישי החפץ ולא את גוף החפץ, וקנין חליפין חל רק היכא דאיכא דעת אלימתא וגמורה.

ז) עיין בתוס' (כו: ד"ה וה"ג) דמביא שיטת רבינו שמעיה דקנין סודר מועיל רק בפני הקונה, ואדם אחר אינו יכול לתת הסודר למקנה ולזכות בעד הקונה, וז"ל מכאן מדקדק ה"ר שמעי' דאין מועיל קנין סודר אלא בפני הקונה שלכך לא הקנה לו בחליפין ע"י אחר שלא היה מועיל כלום כיון דליתיה למקבל מתנה בפנינו עכ"ל. וצ"ב טעמו של דבר, דלמה לא נאמר זכין לאדם שלא בפניו בקנין סודר כמו בשאר קנינים. ונראה לתרץ עפ"י היסוד של הגר"ח זצ"ל דמכיון דקנין חליפין חל ע"י דעת מקנה אלימתא, אזי י"ל דיש למקנה דעת כזו רק בפני הקונה. אמנם אם אין הקונה בפני המקנה, אין למקנה דעה גמורה להקנות ולא סגי בדעת מקנה בעלמא.[119]

[119] השווה ללשון השיטה דלא נודע למי (שם ד"ה סבר שמיט) וז"ל ואיכא דסמיך דמתרצי ואמרי דקנין [סודר] לא אלים לזכות בו שלא בכוונה עכ"ל. ויתכן דכוונתו כביאור רבינו זצ"ל ע"פ יסודו של הגר"ח זצ"ל.

ח) בדרך כלל קיי"ל דקנין המועיל לישראל אינו מועיל לעכו"ם, וכל קנין דמועיל לעכו"ם אינו מועיל לישראל (בכורות יג.). אבל התוס' לקמן (ג. ד"ה ואשה) חידשו דחליפין הוא היוצא מן הכלל דקונה לישראל ולעכו"ם.[120] ונראה לבאר דהתוס' אזלי לשיטתם. דר"ת הסיק דחליפין אינו מטעם כסף, ויש לפרש דס"ל כמו יסוד הגר"ח זצ"ל הנ"ל. וא"כ יש לפרש שהגמ' בבכורות איירי רק בשאר קנינים, דהיינו דמעשה קנין שקונה לישראל אינו קונה לעכו"ם. אבל חליפין שפועל על ידי דעת מקנה אלימתא הויא פרשה אחרת ולכן חליפין קונה לישראל ולעכו"ם.[121]

ולפי כל הנ"ל יש להקשות בדעת הרמב"ם בפסול חליפין לקידושין. דהרי הוכחנו לעיל דהרמב"ם סובר כהגר"ח זצ"ל ביסוד קנין חליפין.[122] א"כ לכאורה לשיטתו יש טעם מעליא לפסול חליפין בקידושין וכמו שהגר"ח זצ"ל עצמו ביאר, דהיינו דבקידושין בעינן מעשה קנין, ולכן קנין חליפין דהוי חלות קנין מדעת מקנה אלימתא אינו מועיל לקידושין. וצ"ע אליבא דהרמב"ם למה ליה לגמרא לבאר את הפסול דמתנה ע"מ להחזיר בקידושין ע"י השוואה לחליפין והצורך לכסף דהנאה. וצע"ג בזה.

ונראה שע"פ יסודו של הגר"ח זצ"ל יתכן לבאר דברי רש"י בסוגיא דידן באופן אחר. דלעיל (אות א') הוכחנו דרש"י סבור שחליפין מטעם כסף ולכן אפשר לשחרר עבד כנעני בקנין חליפין כמו בקנין כסף. וביארנו דיש ב' דינים דקנין כסף – חלות דין תשלומין שחל בקנין כסף דעלמא וחלות דין נתינת חפצא דכסף בקנין חליפין. אולם נראה דיש לבאר את השיטה דחליפין חל מדין קנין כסף באופן אחר. דאין הפשט דחליפין עצמו חל כסוג אחר דכסף, אלא דקנין כסף וקנין חליפין בעצם הוו שני קנינים שונים לגמרי. אלא דכל היכא שאדם נותן כלי לחבירו כדי לקנות בו בקנין חליפין, יש שני קנינים שונים דחלין בבת אחת - קנין כסף דחל ע"י נתינת הכלי, וקנין חליפין דחל ע"י דעת המקנה שחל מחמת נתינת הכסף. ולפי זה י"ל דבאמת סברת הראשונים דנקטו דיש לשחרר עבד הכנעני בקנין חליפין אינו משום דס"ל דקנין חליפין עצמו מועיל לשחרר עבד, אלא דס"ל דלעולם בחליפין קנין כסף וקנין חליפין חלין בבת אחת, והדין כסף שבו מועיל לשחרר את העבד ולא החליפין. דא"צ דעת פרטית לעצם מעשה הקנין דשחרור, אלא

[120] עיין בש"ך (חו"מ סימן קכג סק"ל) שחולק על תוספות ונקט שאין קנין חליפין קונה בעכו"ם. וע"ע במאירי (ג. ד"ה ויש מגלגלין) שהביא שתי דיעות בנידון.

[121] וע"ע בשיעורים לקמן (יד: בענין קנין עכו"ם, אות ב) דרבינו זצ"ל הבין בדעת הרמב"ם דאין עכו"ם קונה בחליפין וביאר שיטתו.

[122] עיין לעיל באות ה'. ועיין בברכת שמואל (בבא מציעא סימן י).

רק דעת כללית לחלות הקנין, ומכיון דיש דעת כללית לשחרר את העבד חל השחרור בקנין כסף שעשה בלי דעת מיוחדת לקנין כסף.[123]

ויתכן שזה גם ביאור השקלא וטריא דסוגיא דידן לגבי חליפין בקידושין. דאין הפשט בהו"א דחליפין עצמו מהני לקידושין. אלא דבכל קנין חליפין יש גם קנין כסף דחל בבת אחת בנפרד. ואפילו אם דעת הבעל לחליפין בלבד, ע"פ דין הוא מקדש את האשה בשני דרכים שונים – ע"י קנין כסף וע"י קנין חליפין. ואע"פ דחליפין אינו מהני בקידושין, הגמ' נקטה בהו"א דכשהמקדש רוצה לקדש בנתינת כסף בתורת חליפין באמת הקידושין חלין ע"י הקנין כסף שנכלל במעשיו.

ולפי זה י"ל דנחלקו רש"י ור"ת בביאור מסקנת הגמרא. דר"ת נקט דהגמ' חזרה לגמרי מהסברא דחליפין חלין מטעם כסף, ולפי המסקנא המעשה דנתינת כסף צריך לחול או מדין קנין כסף או מדין קנין חליפין.[124] ולכן כשיש למקדש דעת לחליפין ולא לכסף המעשה דהעברת הכלי חל רק מדין חליפין שאינו מועיל לקידושין.

אמנם נראה דלרש"י גם לפי המסקנת הגמ', מעשה קנין אחד יכול לחול בשני דרכים שונים. ורש"י פירש משום דחליפין אינו מועיל משום דגנאי הוא לה, אבל נראה דיתכן להציע פירוש אחר, דאע"פ דהקידושין ראויין לחול על ידי הקנין כסף שנכלל במעשה של נתינת הכלי, מ"מ הצד של החליפין שיש בנתינת הכלי פוסל לקידושין. כלומר, שאין הדין דקנין חליפין רק אינו מועיל לקידושין, אלא שע"פ דין חליפין מהוה סתירה למעשה קידושין ופוסל אותו, ואפי' אם המעשה ראוי לפעול לקידושין מדין קנין כסף שבו. ונראה דהביאור בזה הוא ע"פ דברי הגר"ח זצ"ל הנ"ל. דבשאר קנינים הקונה שנותן הכסף או מושך או מגביה עושה את המעשה קנין. אבל בחליפין אע"פ דהקונה נותן את הסודר למקנה מ"מ אין לזה חלות שם מעשה קנין כמו בשאר קנינים, מכיון שהקנין חל ע"י דעת המקנה. ובקידושין בעינן כי יקח ולא כי תלקח, שהקנין צריך לבוא מצד האיש הקונה ולא מצד האשה המקנה, ואם האשה המקנה משותפת למעשה קידושין זה פוסל את הקידושין. ולכן, אע"פ שמעשה נתינת הכלי מהאיש לאשה בתורת קידושין יכול לחול מצד קנין כסף שבו, עדיין הצד של חליפין הוי פוסל וסתירה למעשה הקידושין.

[123] ולכאורה מיירי דמשתמש בכלי שו"פ המהוה קנין כסף. ויתכן דרבינו זצ"ל כאן כרשב"א (שבועות לט:) הסובר דכלי פחות משו"פ מהוה כסף בגלל ההשתמשות שבו ששוה פרוטה. ועיין בר"ן (לדף ה.) דכתב דאם מקדש אשה בשטר שנכתב שלא לשמה ושפסול לקידושין אם הנייר שו"פ הריהי מקודשת מקנין כסף. וחזינן דס"ל דל"צ דעת פרטית למעשה הקנין דקידושין אלא רק דעת כללית לחלות הקנין דקידושין והקנין כסף שעשה ממילא קונה, וכסברת רבינו זצ"ל הכא.

[124] ולכאורה הביאור הוא ע"פ מה שייסד רבינו זצ"ל לעיל (אות א') דבקנינים בעינן שני סוגי דעת – דעת לקנות בדרך כלל וגם דעת לקנות באופן מסויים. אלא דשם רבינו זצ"ל הוכיח את זה לגבי דעת מקנה, ואילו כאן דן רבינו זצ"ל בדעת הבעל לקידושין דמהוה דעת קונה, ויש לחלק ביניהם ואכמ"ל.

ואולי זוהי גם כוונת רש"י שכתב "עד דיהיב לה בתורת לשון קנין או קיחה או קידושין" שהוא צריך לפעול הקיחה דקידושין ולא היא.

ו

קנין ע"י דעת מקנה אלימתא בשאר קניינים

והנה מצינו עוד דינים מלבד מחליפין שדעת מקנה אלימתא גרידא יכול לגרום חלות התחייבות ואפילו בלי מעשה קנין.[125] למשל עיין לקמן (ט:) דאבי החתן והכלה מקנים ממון זה לזה ע"י אמירה בלבד, וז"ל דאמר רב גידל אמר רב כמה אתה נותן לבנך כך וכך לבתך כך וכך עמדו וקדשו קנו, הן הן הדברים הנקנים באמירה עכ"ל. ומבואר בגמ' דע"י האמירה בלבד הם מתחייבים זה לזה.[126] ועוד מצינו דאפי' אפשר להקנות חפצא בעין ע"י גמירת דעת אלימתא דמקנה. דעיין בב"ב (קו:) לגבי אחים החולקים ירושתם, וז"ל תניא ר' יוסי אומר האחין שחלקו כיון שעלה גורל לאחד מהן קנו כולם, מ"ט וכו' אמר רב אשי בההוא הנאה דקא צייתי להדדי, גמרי ומקנו להדדי עכ"ל. הגורל של אחד מהאחים גומר את הקנין לכולם כי "גמרי ומקנו להדדי", ר"ל שההנאה דקא צייתי להדדי גורם לגמירת דעת אלימתא שאפשר להקנות לבד, אפילו בלי מעשה קנין. ואין לדחות דהקנין חל ע"י ההנאה עצמה שדינה ככסף, כלומר דכשכל אחד גורם הנאה לשאר האחים זהו כמו נתינת כסף מאחד לשני דהקנין חל ע"י קנין כסף. כי א"א לפרש את הגמרא הכי מכיון דקנין כסף חל רק בקרקע אבל במטלטלין פסקינן דמעות אינן קונות. ולפי רהיטת הגמ', הסוגיא דקנין ע"י גורל איירי גם בקרקע וגם במטלטלין.[127] וא"כ מוכח שהקנין אינו חל ע"י ההנאה אלא ע"י הגמירת דעת אלימתא. ודין זה יותר מחודש מקנין סודר כי בחליפין אפילו לפי הגר"ח זצ"ל דיסוד הקנין הוי קנין מדעת מ"מ לכל הפחות יש העברת חפצא מהקונה למקנה שדומה למעשה קנין. אבל בסוגיא דגורל אין העברת

[125] עיין ברש"ש (בכורות יח: על תוד"ה אקנויי) דמביא כמה וכמה הלכות דמשמע דגמירת דעת אלימתא לבד בלי מעשה קנין יכול לפעול חלות קנין. אבל עיין בשיעורים לקמן (ט: בענין דברים הנקנים באמירה) דרבינו זצ"ל קבע דהפשטות היא דתמיד בעינן מעשה קנין כדי לקנות קנין גמור כדמבואר בקרא "או קנה מיד עמיתך."

[126] עיין במאירי (שם ד"ה זה שאמרו) שביאר שדברים הנקנין באמירה חל רק מדין תקנת חכמים. וגם נחלקו בדבר הנודע ביהודה וחתנו (שו"ת נודע ביהודה חו"מ סימן כח). ועיין לקמן בשיעורים (ט: בענין הן הן דברים הנקנים באמירה) דרבינו שם נסתפק בדעת הרמב"ם האם איירי בהתחייבות או קנין.

[127] עיין בריטב"א (שם ד"ה אלא אמר רב אשי) דדן בכל השו"ט דרבינו זצ"ל וז"ל אלא אמר רב אשי בההיא הנאה - פירוש והנאה ככסף, ומורי נר"ו אומר שאין דין גורל אלא בקרקעות. וכן סתומתא באתרא דנהיגי (ב"מ עד.) מדין כסף הוא ובקרקעות, ורבינו שמואל ז"ל פירש שכן הדין במטלטלין דההיא הנאה נמי חשיב כאילו משך, וכן דעת התוספות עכ"ל. כלומר, דהריטב"א הבין דברי רב אשי דיש כאן קנין כסף מכיון דהנאה ככסף ולכן הוא באמת הגביל הגמ' רק לקרקע. וצ"ע על השיטה האחרונה דהריטב"א הביא דהיאך הנאה חשיב כאילו משך, ויתכן דר"ל דחלה דעת קנין אלימתא דמועילה כאילו משך, ואכמ"ל.

חפצא מהקונה למקנה ומוכרח לומר שהקנין חל ע"י גמירת דעת בלבד.[128]

ולכאורה מצינו עוד היכי תמצא דקנין דחל משום דעת מקנה בלבד בלי מעשה קנין בהא דקיי"ל בהקדש דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי (לקמן כח:). ובדין אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט חלה הקנאה גמורה להקדש משום דעת מקנה ולא רק התחייבות, ולכאורה מכאן יש להביא סימוכים לדברי הגר"ח זצ"ל דיש חלות קנין דחל ע"י דעת מקנה בלבד. אולם הגר"מ זצ"ל אמר דיש לדחות ראייה זו, די"ל דדין אמירתו לגבוה חל מדין נדר,[129] והקנין הוי תוצאה של החיוב דחל מדין נדר. וא"כ אמירתו לגבוה אינו שייך לדרכי הקנאה דהדיוט.[130]

והשתא דאתית להכי יש לחקור בכל שאר הקנינים היכא דיש שני דברים שנדרשים לקנין - המעשה והדעת - איזה מהם הוא העיקר. האם בעצם הקנין חל ע"י המעשה ויש תנאי שגם צריך דעת מקנה, או"ד להיפך, דבעצם כל קנין דומה לחליפין דחל ע"י הדעת מקנה אלא דבשאר קניינים בעינן מעשה קנין חזק כמו משיכה או חזקה וכדומה.[131] דהיינו דמכיון שמצינו שגמירת דעת גורם הקנין אפילו היכא דליכא מעשה קנין כמו בחליפין ובהן הן דברים הנקנין באמירה, רואים מזה דגם בשאר קניינים הדעת מקנה מחיל הקנין. וא"כ, המעשה רק בא ליצור גמירת דעת המקנה.

ז

כלי פחות משו"פ בחליפין בקידושין ובקנין כסף

כבר הבאנו לעיל (בענין שוה כסף ככסף אות א) את המחלוקת בין הרמב"ן והרשב"א לגבי כלי פחות משו"פ. דהרמב"ן (שבועות לט:) הביא מהגאונים דנשבעין על כלי פחות משו"פ מהגזה"כ דכסף או כלים והקשה עליהם דאין ב"ד נזקקין לפחות משו"פ. ותירץ הרשב"א

[128] ויש להעיר משיטת הרא"ש (שו"ת הרא"ש צח:ב מובא בטור חו"מ סימן קעג) דגורל לא מהני לקנות אלא לברר החלק דכל אחד ואחד. אבל כדי לקנות כל האחים צריכים לעשות מעשה קנין בחלק שלהם אחר הגורל. וגם יש להעיר דאפי' לפי רוב הראשונים דגורל מהני כדי לקנות יש לצדד דהגורל עצמו נחשב כמעשה קנין. ע"ע בזה בשיעורי רבינו זצ"ל למסכת גיטין חלק ב' (לד. עמוד לו-לז). ובביאור השקלא וטריא בגמ' שם לגבי גורל ע"ע בחידושי הגר"ח על הרמב"ם (פרק ב מהלכות שכנים הלי"א).

[129] עיין בזה ברשב"ם (ב"ב קלג: ד"ה ולא תשיימיה את) וז"ל דאמירתו לגבוה כו' כדכתיב (ויקרא כז) ואיש כי יקדיש [וגו'] (דברים כג) מוצא שפתיך תשמור עכ"ל, וברא"ש (נדרים כט: ד"ה שאני הכא) וז"ל שאני הכא דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט. וחייב לקיים דבריו כאילו נדר דכתיב (דברים כג) מוצא שפתיך תשמור ולא מצי למיהדר ביה עכ"ל.

[130] עיין ברשימות שיעורים לב"מ (מה: בענין קנין דחל ע"י דעת מקנה אותיות ב-ד), וברשימות שיעורים למסכת נדרים חלק א (בענין צדקה, עמוד קסג-קסה) שרבינו זצ"ל דן במחלוקת בין הגר"ח זצ"ל והגר"מ זצ"ל באריכות.

[131] והשווה לדברי החזו"א בשם אביו (חושן משפט סו"ס כב) וז"ל כלל גדול יהי' לך בקנינים דעיקר הקנין הוא שיגמור בלבו להקנות הדבר לחבירו וחבירו יסמוך דעתו עליו ויש דברים שקים להו לחז"ל שבדבור בעלמא גומר בלבו להקנות לחבירו ויש שאינו גומר בלבו רק ע"י הקנינים המפורשים מן התורה או מחז"ל, ודוק היטב בזה והפוך בה דכולא בה, דיק בש"ס ובפוסקים ותמצא כן עכ"ל.

(שבועות לט: ד"ה ה"ג) וז"ל ורבינו האי גאון ושאר הגאונים ז"ל אין דעתם כן אלא בפירוש אמרו ב' מחטין אע"פ שאין שוין פרוטה דלכך יצאו כלים למה שהן, ומה שאמר הרב ז"ל שאם כן מצאנו ישיבת הדיינין בפחות משוה פרוטה אין ראיה זו מכרעת דאפשר לומר דכל כלי כיון שהוא ראוי למלאכתו חשוב הוא כפרוטה ויתר מפרוטה ויושבין עליו הדיינין, ואפשר דאפי' לענין קדושין כן וכמו שקונין בכלי (ב"מ מז.) אע"פ שאין בו שוה פרוטה ואפשר דקנין משום כסף הוא, ואם תמצא לומר דקנין לאו משום כסף הוא וכן שאין אשה מתקדשת בכלי שאין בו שוה פרוטה הכא שאני שהוציאן הכתוב למה שהן, ושמואל סתמא קאמר טענו ב' מחטין ולכך יצאו כלים למה שהן דאלמא בכל ב' מחטין קאמר עכ"ל. דהיינו, דהרשב"א נסתפק אם לפי הגאונים יש דין כללי דכלי פחות משו"פ דינו כשו"פ בכהת"כ ומועיל לענין קידושין, או"ד דיש גזה"כ מיוחדת לגבי שבועה לישבע על כלי פחות משו"פ.

ויש לחקור לפי הצד הא' של ספיקת הרשב"א דכלי פחות משו"פ דינו כשו"פ בכהת"כ, האם הפשט הוא דהגזה"כ מלמדת דמחמת חשיבות הכלי לא בעינן שו"פ ואפשר לקדש אשה בדבר חשוב דאינו שו"פ או"ד באמת לעולם בעינן שו"פ לקידושין ולקנין כסף אלא דכל כלי ע"פ דין שוה פרוטה. ונראה דכוונת הרשב"א דכל כלי דינו כשו"פ, דהגזה"כ מורה דלא משערינן כלי ע"פ השווי בשוק אלא ע"פ המלאכה דאפשר לעשות עמו. וזה מדוייק בלשון הרשב"א דכתב "כיון שהוא ראוי למלאכתו חשוב הוא כפרוטה". ולפי הצד הזה הרשב"א מחדש דין כללי בשיעור שוויות דכלי, דשייך לקידושין ולקנין כסף.[132]

וגם מוכרח מסברא דאין הפשט דסגי בפחות משו"פ משום חשיבות החפצא. דבשלמא לענין שם כסף דמקח וממכר יתכן לומר דכלי פחות משו"פ נחשב כשו"פ מחמת חשיבות הכלי, אבל לגבי קידושין בעינן כסף של הנאה (לפי הרמב"ם), ובעינן דהאשה תקבל ותהנה מכסף הקידושין. וא"כ מסתבר דלגבי קידושין חשיבות החפצא כשלעצמו אינו מעלה ואינו מוריד אם סוף כל סוף היא אינה מקבלת ונהנית משו"פ.

וכל זה הוא לפי הצד הא' דספיקת הרשב"א. אבל בצד הב' צידד הרשב"א לומר דכלי פחות משו"פ באמת ע"פ דין שוה פחות מפרוטה, אלא דהגזה"כ דכלים למה שהן מלמדת דהדיינין יושבין על כלי פחות משו"פ ונשבעין עליו.

והרשב"א נקט דהספק שלו גם מכריע איך לבאר את הדין דכלי פחות משו"פ מהני לקנין סודר. דלפי הצד הא' דכל כלי ע"פ דין שו"פ אזי אפשר לומר "דקנין משום כסף הוא"

[132] והשווה לדברי רבינו זצ"ל בשיעורים לקמן (ח. ד"ה לא מיבעיא קאמר). וגם ע"ע בזה בשיעורים לקמן (יא: רש"י ד"ה הכי גרסי' ומה כסף דבר חשוב).

ואילו לפי הצד הב' "קנין לאו משום כסף הוא". ומשמע דנסתפק במחלוקת הראשונים האם קנין סודר הוי חלות שם קנין כסף או חלות שם קנין אחר. אך כל זה קשה, דהרי הרשב"א ביאר השו"ט בסוגיא דידן כמו הר"ת וא"כ מסקנת הגמ' דחליפין לאו מטעם כסף הן. אלא נראה דבאמת פשיטא לרשב"א דחליפין הוי קנין אחר מכסף. אלא דנסתפק האם בעינן חלות שם כסף של קנין כסף כדי לקנות בסודר. דהצד הא' דהרשב"א נקט ד"קנין משום כסף הוא" ר"ל דבעינן שם כסף דכהת"כ בחפצא דסודר כדי שיחול קנין חליפין ואע"פ דחליפין הוי חלות שם קנין שונה מקנין כסף. ומכיון דע"פ דין יש לכל כלי השווי דפרוטה מחמת המלאכה דאפשר לעשות בו, יש לכל כלי חלות שם כסף בחפצא ומועיל הקנין מדין חליפין. ולפי הצד הב' "קנין לאו משום כסף הוא" דהיינו דלא בעינן שם כסף בכהת"כ בחפצא כדי לקנות בחליפין. וא"כ גם אם אין הכלי שו"פ ע"פ דין עדיין אפשר לקנות בו.[133]

וכל זה לפי הרשב"א. אבל כבר הבאנו לעיל דהרמב"ם נקט דכלי פחות משו"פ מועיל כשו"פ בקניינים אבל לא בקידושין כי בעינן כסף של הנאה. והביאור בזה הוא כהצד השני בחקירה הנ"ל, דבאמת כלי פחות משו"פ ע"פ דין שוה פחות מפרוטה. אמנם היכא דהשם כסף תלוי בחשיבות החפצא ולא בהשווי והנאה דמקבלים מהחפצא, אז כלי פחות משו"פ מהני מחמת חשיבותו. אבל לגבי קידושין השם כסף לקידושין תלוי בהשווי וההנאה דהאשה מקבלת. וא"כ, מכיון דהשווי דהכלי הוי פחות משו"פ, כלי פחות משו"פ לא מהני לקידושין.[134]

והקצוה"ח (סימן פח סק"ג) הקשה דיש לפשוט את ספיקת הרשב"א ולהסיק דאין מקדשין בכלי פחות משו"פ מסוגיא דידן, וז"ל ולענ"ד נראה דודאי לא מהני בקידושי אשה דהא בריש פ"ק דקידושין (ג.) מנינא למעוטי חליפין ואימא הכי נמי חליפין איתנהו בפחות משוה פרוטה ואשה בפחות משוה פרוטה לא מקניא נפשה, וחליפין כלי בעי דפירי לא עבדי חליפין וכמבואר פרק הזהב (ב"מ מז.), אלמא דכלי נמי פחות משוה פרוטה לא מהני לקידושי אשה עכ"ל. כלומר, הגמ' דידן איירי בכלי הראוי לפעול קנין חליפין ולמסקנת הסוגיא אינו מועיל לקידושין. ויוצא מזה דכלי פחות משו"פ הראוי לגרום קנין חליפין אינו פועל קידושין. וא"כ נפשט ספיקת הרשב"א כי מוכרח דאין מקדשין בכלי

[133] לפי רבינו זצ"ל הרשב"א נקט למסקנא דאין חליפין מטעם כסף. ויש להעיר דבשו"ת הרשב"א (חלק ד סימן קב) מבואר דפליגי האמוראים אם חליפין מדין כסף או לא. ומסקנתו שם דחליפין לאו מדין כסף, עיי"ש בסוף התשובה.

[134] עיין לעיל בשיעורים (ג. בענין שיטת הרמב"ם בחליפין לקידושין) ולקמן (ו. בענין מתנה ע"מ להחזיר, ז: בענין האיביעות דרבא, וגם ח. בענין תבואה וכלים).

פחות משו"פ. ולפי זה אתי שפיר שיטת הרמב"ם דשאני קידושין משאר הלכות דכלי פחות משו"פ לא מהני בקידושין, אבל צ"ע בספיקת הרשב"א.

ולכאורה קושיית הקצוה"ח על הרשב"א תמוה. כי בגמ' דידן איירי דהוא רוצה לקדשה בתורת חליפין. ומבואר דכלי פחות משו"פ לא מהני לקידושין בתורת חליפין. אבל אין זה שייך לספיקת הרשב"א האם כלי פחות משו"פ מהני לקידושין מדין קנין כסף. וצ"ע בדברי הקצוה"ח.

ונראה בדעת הקצוה"ח שהוא רוצה לפשוט ספיקת הרשב"א לפי פירוש הרשב"א לסוגיא דידן. דהרי אחד מפירושי הרשב"א לשו"ט דומה לביאור דר"ת דמובא לעיל, וז"ל דמעיקרא סבר דחליפין בכלל קיחה הם ומדין כסף הוא שריבה אותם הכתוב דכל כסף חליפין הם שמחליף בהם הקרקע וקונה אף חליפין כן א"כ בכלל קיחה דשדה עפרון הם ואשה נמי תקנה בהן, ומפרקי' כיון דאשכחן חליפין בפחות משו"פ על כרחין לא מדין כסף הן קונין שאין כסף קונה בפחות משו"פ אלא קניה אחרת היא שחדשה תורה שאינה בכלל כסף ואשה לא אמרה בה תורה קניה אלא כסף הלכך אין חליפין קונין בה עכ"ל. כלומר, דבהו"א הגמרא סברה דחליפין מועיל לקידושין כי חליפין בכלל קנין כסף הוא. אבל הגמ' הוכיחה מהדין דחליפין קונה בכלי פחות משו"פ דחליפין אינו חלות קנין כסף אלא דהוי קנין אחר דלא מהני לקידושין. ויש לומר דהקצוה"ח בעצם מקשה דיש סתירה בדברי הרשב"א. דהרי לפי הרשב"א בסוגיא דידן הגמ' הוכיחה מקנין חליפין בכלי פחות משו"פ דחליפין אינו סוג של כסף דלעולם צריך שו"פ. אבל לפי צד אחד בספיקת הרשב"א בשבועות דיש לכלי פחות משו"פ חלות דין כסף לענין קידושין וכהת"כ, צ"ע האיך הגמ' יכולה להוכיח דחליפין אינו חלות של קנין כסף מחליפין בכלי פחות משו"פ, הרי גם בקנין כסף דעלמא ואף בקידושין כלי כזה מועיל מדין כסף. וזו באמת תמיהה גדולה על הרשב"א.

והנתיבות (סימן פח סק"א) תירץ את קושיית הקצוה"ח, וז"ל דהא בקנין סודר מהני אפילו תפס מקצת מהכלי, מטעם דכמאן דפסיק דמיא כדאיתא בב"מ (ז.), ומקצת כלי ודאי לא חשיב לענין הודאה וקידושי אשה. ועוד, אפילו בהמה מיקרי כלי לענין קנין סודר (תוס' שם מו: ד"ה ופירי), וכן מטבע לחד מאן דאמר (שם מה:), אלמא דלא דמי כלי דקנין סודר לכלי דהודאה וקידושי אשה, דשם בעינן כלי חשוב דוקא עכ"ל. ונמצא דגם לפי הצד הא' דספיקת הרשב"א יש כלים דמועילים לחליפין אע"פ דאינם מועילים לקידושין משום דאין דינם כשו"פ. ומהציורים האלו הגמ' הוכיחה דחליפין אינו חל מדין כסף.

והביאור בשיטת הנתיבות הוא ע"פ מה שנתבאר לעיל בגדר השווי דכלי פחות משו"פ ע"פ דין. דהנתיבות נקט דרק כלי חשוב דינו כשו"פ ומהני לקידושין. אבל כלי דאינו חשוב, עדיין מועיל לחליפין אבל אין בו דין כסף דשו"פ ולכן אינו מועיל בקידושין.
אבל נראה דאע"פ דהחילוק הזה ניתן להאמר מסברא, הפשט של הנתיבות קשה מאוד בדברי הרשב"א. דהרי בצד הא' דספיקו, הרשב"א השווה לגמרי קידושין לחליפין לגבי כלי פחות משו"פ, ואיך ניתן לומר דקידושין מועיל רק בכלי חשוב בלבד וחליפין מהני בכל כלי. ולכן יותר נראה כדלעיל בדעת הרשב"א, דלפי הצד הא' דספיקו יש לכל כלי שויות דשו"פ ע"פ דין אע"פ דמחירו בשוק הוי פחות משו"פ.
והנתיבות כתב דיש היכי תמצי דכלי דאינו חשוב מועיל לחליפין אבל אינו מועיל לקידושין באופן שהמקנה בחליפין רק תופס במקצת הכלי. והנתיבות נקט דאע"פ דמקצת כלי מהני לחליפין מ"מ אינו חשוב לחול עליו חלות שם כסף לענין קנין כסף. אמנם נלע"ד דאפי' לדרכו של הנתיבות דיש חילוק בין חליפין לבין קידושין בכלי דאינו חשוב, מ"מ יש לומר דמקצת כלי הוי כלי חשוב. דהרי המקור לדין זה הוא בב"מ (ז.) וז"ל אמר רב משרשיא שמע מינה, האי סודרא, כיון דתפיס ביה שלש על שלש קרינן ביה בונתן לרעהו, דכמאן דפסיק דמי וקני עכ"ל. לשון הגמרא "כמאן דפסיק דמי" משמע שמחשבינן המקצת הכלי שהוא תופס לכלי שלם. וכן מוכח בתוס' (ב"מ מז. ד"ה לאפוקי) דחילקו בין חצי פרי שלא מועיל בחליפין (אפילו לפי השיטות דקונין בפרי) ואחיזת ג' על ג' דכלי שקונה בחליפין. והתוס' ביארו וז"ל לאפוקי חצי רמון וחצי אגוז דלא - וסודר דג' על ג' דאמר לעיל פ"ק (ז.) דכמאן דפסיק דמי חשיב דבר מסוים עכ"ל. ומבואר מהתוס' דתפיסת ג' על ג' דסודר נחשב ככלי שלם ומסויים ולכן קונין בו. ולפי זה קשה לומר את החילוק של הנתיבות דלפי הרשב"א אין קונין בקנין כסף באחיזת מקצת הכלי, כי כל היסוד דאחיזת מקצת הכלי הוא דנחשב ככלי שלם.
ונראה דרש"י נקט דכלי פחות משו"פ לא מהני לקידושין כצד הב' דספיקת הרשב"א. דרש"י כתב וז"ל דגנאי הוא לה הלכך בטיל לה לתורת חליפין בקידושין ואפילו בכלי שיש בו שוה פרוטה אי יהיב לה בלשון חליפין עד דיהיב לה בתורת לשון קנין או קיחה או קידושין עכ"ל. ומדוייק ברש"י דכלי דשוה פרוטה לא מהני עד דיהיב לה בתורת לשון קנין דהיינו קנין כסף ולא בחליפין. ומשמע דכלי פחות משו"פ לא מהני אפי' אם הוא רוצה לקדש אותה בקידושי כסף.

ח

הקנאת כסף הקידושין ע"י קנין חליפין

עיין בבית שמואל (סימן כט סק"ב) דהביא מחלוקת הפוסקים לגבי מי דמקנה טבעת לאשה ע"י זה שנתן לה סודר, האם מהני לקידושין, וז"ל כתב בתשובת רש"ך אם מקנה לה הטבעת שבידו ע"י ק"ס ומקדש באותו טבעת הוי קדושין ובשלטי הגיבורים כתב כשמקנה לה ע"י סודר מנה להתקדש בו לא הוי קדושין ובסמוך אכתוב עוד מזה עכ"ל. ונראה לבאר דפשוט דהפסול ד"אשה בפחות משו"פ לא מקניא" אינו שייך כאן, כי בציור הזה היא קונה טבעת דשו"פ אלא דאופן ההקנאה הוי ע"י חליפין. אלא דיסוד המחלוקת הוי בגדר מעשה הנתינה דבעינן לקידושין. דהרש"ך נקט דכל היכא דהוא מקנה לה כסף הקידושין מהני, והשלטי הגיבורים סבור דבעינן מעשה נתינה מהמקדש לאשה והקנאה ע"י חליפין לא מהני.[135]

אבל באמת יש לומר דגם שלטי הגיבורים סבור דהקנאת טבעת לאשה ע"י נתינת סודר מהני לקידושין, ודלא כהבנת הבית שמואל בשלטי הגיבורים. דהרי כתב שלטי הגיבורים (א. בדפי הרי"ף אות ג) וז"ל ולא אמרו שאין האשה נקנית בחליפין אלא כשדעתה להתקדש במנה ונותן לה קני כדי לקיים הקדושין והוא יתחייב לה המנה עכ"ל. ומבואר בדבריו דאינו איירי בהקנאת עצם המנה לאשה ע"י נתינת הסודר אלא דע"י נתינת הסודר הוא רק מתחייב לה מנה. ובזה שפיר מובן דהיא אינה מקודשת דהרי הוא רק התחייב לתת לה המנה[136] אבל אינו נותן לה עצם שו"פ בפועל. וא"כ י"ל דגם שלטי הגיבורים מודה לרש"ך דהקנאת טבעת ע"י נתינת הסודר מהני לקידושין כי סוף סוף הוא מקנה לה שו"פ בתורת קידושין.[137]

תוס' ד"ה ואשה. וא"ת היכי ס"ד דנילף משדה עפרון שתקנה אשה בחליפין והא שדה עפרון גופא לא מיקני בחליפין דלא מצינו חליפין לעובד כוכבים וכו'.

בענין קנין חליפין בעכו"ם ובהקדש

א

קנין סודר בעכו"ם

ר"ת פסק שקנין חליפין קונה לעכו"ם, אבל כשישראל מקנה דבר לעכו"ם ע"י חליפין אין כותבים בשטר "וקנינא מיניה" דאין שליחות וזכייה לעכו"ם. ונחלקו הנושאי כלים

[135] בענין אי בעינן מעשה נתינה לקידושין ע"ע בשיעורים לעיל (ב. בא"ד מיהו בהקדשות) ולקמן (ו. בענין נתינת הגט בתורת גירושין אות ד', ז. ד"ה איתמר נמי משמיה דרבא וכן לענין ממונא, ז: ד"ה בעי רבא חצייך בחצי פרוטה וחצייך בחצי פרוטה, יג: בענין קידושין בגזל אות ב-ג).

[136] והתחייבות אינה מועלת לקידושין כי הכסף אגידא גביה. עיין בשיעורים לקמן (ח: בענין מנה אין כאן משכון אין כאן אות ג').

[137] ועיין בספר ראש פינה, (פירוש על הבית שמואל דמודפס בשו"ע אה"ע מהדורת פריעדמן), דגם השיג על הבית שמואל כמו שהקשה רבינו זצ"ל.

בשו"ע בביאור דברי ר"ת. הסמ"ע (חו"מ סימן קכג ס"ק כא) כתב דר"ת הקפיד דכשעכו"ם קונה ע"י חליפין דהוא בעצמו צריך לתת סודר שלו למקנה. דבדרך כלל העדים שרואים את הקנין יכולים לתת את הסודר שלהם למקנה, והם יזכו בחפץ של המקנה בעבור הקונה ע"י זכייה. וזה פירוש המלים "וקנינא מיניה", דהיינו שהמקנה קונה את הסודר מהעדים שזוכים עבור הקונה. אך אם הקונה הוא עכו"ם, העדים אינם יכולים לזכות בשבילו כי אין זכייה לעכו"ם ולכן הגוי הקונה צריך לתת סודר משלו למקנה.

אבל הט"ז (שם) הקשה עליו דמדברי התוספות וכל הפוסקים משמע דר"ת רק הקפיד שלא לכתוב את המלים "וקנינא מיניה" כשהקונה הוא עכו"ם, אבל לא הזכירו שהעדים אינם יכולים לתת את הסודר משלהם. הלשון של "וקנינא מיניה" משמע שהעדים זכו בחפץ עבור העכו"ם ע"י זכין לאדם שלא בפניו וזה א"א, ומ"מ העדים עדיין יכולים לתת את הסודר משלהם למקנה, והחפץ נקנה לגוי. אבל הט"ז לא ביאר את דרך הקנין של העכו"ם, דהרי אם אין שליחות וזכייה לגוי איך הגוי יכול לקנות ע"י נתינת הסודר של העדים. והקצוה"ח (סימן קכג ס"ק ה) ביאר בדעת הט"ז דהעכו"ם קונה בקנין סודר ע"י דין עבד כנעני. דאיתא לקמן (ז.) וז"ל הילך מנה והתקדשי לפלוני מקודשת מדין עבד כנעני, עבד כנעני לאו אף ע"ג דלא קא חסר ולא מידי קא קני נפשיה האי גברא נמי, אע"ג דלא קא חסר ולא מידי קא קני לה להאי איתתא עכ"ל. לפי הקצוה"ח בדעת הט"ז, ר"ת סובר שדין עבד כנעני מועיל גם בקנין חליפין ובזה העכו"ם יכול לקנות ע"י חליפין בסודר של העדים. ומכיון שדין עבד כנעני לא בעי שליחות וזכייה, העכו"ם קונה ישיר מהמקנה ע"י נתינת העדים.[138] ורק דאין כותבים "וקנינא מיניה" כשעכו"ם קונה כי הלשון משמע שהקונה זוכה בחפץ ע"י זכייה ושליחות, וזה א"א לגוי.[139] יוצא מזה דהט"ז נקט דיש שני דרכים שונים לבאר היאך נתינת הסודר דעדים מועיל בשביל הקונה - ע"י זכייה או ע"י דין עבד כנעני. ועכו"ם רק מופקע מדין זכייה אבל הוא יכול לקנות ע"י דין עבד כנעני.[140]

[138] אולם עיין בחידושי הגר"ח זצ"ל על הרמב"ם (פ"ה מהלכות מלוה ולוה הל"ג) שהגר"ח זצ"ל נקט דאע"פ דעבד כנעני הוי דין אחר משליחות, עדיין עכו"ם מופקע מדין עבד כנעני כמו שהוא מופקע משליחות וז"ל אכן נראה, דכיון דיסוד דין עבד כנעני הלא נאמר בעצם נתינת המעות, דנתינתו של זה נחשבת עבור חבירו, אם כן גבי נכרי דאימעיט מדין שליחות וזכיה, ממילא דליתיה גם בדין עבד כנעני, דנהי דדין עבד כנעני אינו דין שליחות וזכיה גמורה, והוא גזירת הכתוב ודין בפני עצמו, מ"מ נראה דכיון דעיקר דינו שתהא נתינת חברו חשובה ניתנת עבורו הוא מחלות דיני שליחות וזכיה, וכל שהוא לאו בר שליחות וזכיה לאו בר דין עבד כנעני הוא, וגבי נכרי דאימעיט מדין שליחות וזכיה מקרא דאתם, שפיר ליתיה בדין עבד כנעני עכ"ל.

[139] עיי"ש בהמשך דברי הקצוה"ח ובמהרש"א (ג. ד"ה שלא לכתוב וקנינא מיניה) שהביאו מהתוספות ישנים וז"ל שלא לכתוב וקנינא מיניה דקנינא מיניה משמע שהעדים שלוחים לקבל הקנין ואין שליחות וכו' עכ"ל.

[140] רבינו זצ"ל הביא שתי שיטות בענין סודר של אדם אחר בקנין חליפין: שיטת הסמ"ע דבדרך כלל העדים משתמשים בסודר שלהם וזוכים מהמקנה בשביל הקונה, ושיטת הט"ז והקצוה"ח דהעדים נותנים הסודר שלהם והקונה זוכה בחפץ מהמקנה מדין עבד כנעני. ויש להוסיף שיש עוד שיטה בנידון – עיין בשו"ת רמב"ן המיוחסות

ונראה ברור כפירוש הסמ"ע בדעת הר"ת שאין העדים יכולים לתת הסודר שלהם כשעכו"ם קונה ע"י קנין חליפין. דעיין בתוס' לקמן (כו: ד"ה ולכתוב) דהביאו שיטת רבינו שמעי' (הובא לעיל בענין חליפין בקידושין אות ד') דאפי' כשכולם ישראלים חליפין צ"ל בפני הקונה. והקשו עליו מהמנהג וגם מגמ', וז"ל ופלא גדול היא בעיני ריב"ן שהרי מעשים בכל יום שקונין בסודר שלא בפני הקונה המקבל מתנה ועוד תדע שבכל הגמרא משמע שמועיל קנין סודר שלא בפני הקונה ע"י אחר שהעדים קונין מן המקנה עבורו כדאמר וקנינא מיניה במנא דכשר למיקניא ביה (ב"מ מז.) ובכמה דוכתין אמרי' שקנו מידו והוא דקנו מידו עכ"ל. ולפי מסקנת התוס' עדים יכולים לתת סודר שלהם למקנה כדי לקנות בשביל הקונה בקנין חליפין. והוכיחו את זה מלשון הגמ' "וקנינא מיניה במנא". יוצא מזה דהלשון "וקנינא מיניה" מורה על עצם היכולת של העדים לתת סודר שלהם למקנה בעד הקונה. ולכן כשהתוס' הביאו את דברי ר"ת שאין לכתוב "וקנינא מיניה" כשעכו"ם קונה בחליפין, ברור שכלול בזה דאין העדים יכולים לתת סודר שלהם. וזה כפירוש הסמ"ע בתוס', דכשאין זכייה כגון כשהקונה גוי הוא אזי צריך הגוי לתת סודר שלו, ודלא בפירוש הט"ז דכל הקפידא הוא בכתיבה ולא בנתינה.

ועכשיו דהוכחנו כשיטת הסמ"ע בדעת ר"ת יש להקשות דלמה מסברא הוא חולק על הט"ז. דהיינו, אפי' אם אין העכו"ם יכול לקנות ע"י זכייה דהעדים, למה הוא אינו יכול לקנות בנתינת הסודר דעדים מדין עבד כנעני. דהרי ר"ת נימק את שיטתו "דאין שליחות וזכיה לעכו"ם". ובשלמא דזה מבאר למה העכו"ם אינו קונה מדין זכייה, אבל איך זה מסביר למה הוא אינו קונה מדין עבד כנעני.

ונראה לבאר את הקשר בין זכייה ושליחות לבין דין עבד כנעני עפ"י שיטת רש"י להלן בענין עבד כנעני (ז. ד"ה הילך מנה והתקדשי לפלוני) וז"ל והוא שלוחו אלא שמקדשה משלו עכ"ל. כלומר, שהאדם השלישי שנותן הכסף שלו בעבור המקדש הריהו גם שלוחו של המקדש. ויש לעיין בגדר שיטת רש"י, דלמה נותן הכסף צריך להיות שלוחו של המקדש אם הנותן משתמש בכסף שלו וקונה מדין עבד כנעני. ויש לבאר את שיטתו בשני אופנים:

א) באמת, הנותן אינו צריך להיות שליח של המקדש. אלא דבאוקימתא של הגמ' (שם) נותן הכסף אומר לאשה "הילך מנה והתקדשי לפלוני" והמקדש עצמו אינו אומר כלום.

לרשב"א (סימן קא, מובא במחנה אפרים הלכות שלוחין סימן טו) וז"ל דאין קונין אלא בכליו של קונה, והיינו דקרינן ליה חליפין, שזה כמחליף נכסיו בסודר זה של קונה, ומה שאנו קונין בסודר של אחרים, שבעל הסודר מקנה סודרו לקונה עכ"ל. לפי הרמב"ן העדים צריכים להקנות הסודר שלהם לקונה לפני שנותנים אותו למקנה.

והרי האמירה דקידושין הוי חלק מהמעשה קיחה של המקדש[141] ולכן בעינן שהאמירה תהיה או מהמקדש עצמו או משלוחו, שכדי שאמירת הנותן תתייחס אל המקדש, הנותן צ"ל שלוחו של המקדש. לפי זה, אם המקדש והנותן עומדים בפני האשה והמקדש אומר בעצמו "הרי את מקודשת לי", אזי הנותן לא צריך להיות השליח של המקדש. כי הקנין חל מדין עבד כנעני והמקדש עושה את האמירה בעצמו. ובאמת זוהי שיטת הרא"ש (סימן ו) דבעינן שליחות בעבד כנעני רק היכא דאין אמירה מהמקדש, וז"ל הילך מנה והתקדשי לפלוני ועשאו פלוני שליח אלא שנותן המנה משלו או כשלא עשאו שליח ואמר המקדש הרי את מקודשת לי במנה שנתן ליך פלוני מקודשת מעבד כנעני שקונה את עצמו בכסף ע"י אחרים עכ"ל. וכן פסק המחבר (אה"ע סימן כט סעיף ה).[142]

ב) גם אם המקדש אומר לאשה "הרי את מקודשת לי" הוא עדיין צריך למנות את הנותן כשלוחו למעשה הנתינה. כי מעשה הנתינה לאשה מהווה מעשה הקיחה דקידושין דצ"ל ע"י המקדש לבדו או שלוחו. דמעשה הקנין צריך להעשות דוקא ע"י הקונה או שלוחו. ולפי זה, הדין דעבד כנעני מועיל רק בזה שהכסף אין צריך להיות של המקדש, אך עצם הנתינה דהכסף וגם האמירה שלו צריך להיות ע"י המקדש או שלוחו.

לפי הביאור הראשון בדעת רש"י הצורך לשליחות בדין עבד כנעני הוי דין מיוחד באמירה דקידושין. ואילו בקנינים אחרים דמועילים ע"י עבד כנעני, א"צ שהקונה ימנה את הנותן כשלוחו. ולפי זה לגבי חליפין ע"י דין עבד כנעני, אין דין שהעדים יהיו השלוחים של הקונה. אבל נראה דלפי הסמ"ע ר"ת נקט כפירוש הב' בדעת רש"י דהרי הוא תלה דין עבד כנעני בדין זכייה ושליחות. דכמו דנתינת הכסף הויא חלק ממעשה קידושין ולכן צריך להעשות ע"י המקדש או שלוחו, כמו כן בחליפין המעשה דנתינת הסודר מהקונה למקנה הויא היסוד דהחליפין ולכן צריך להעשות ע"י הקונה או שלוחו. ומשום כך הסיק ר"ת שגם בחליפין הדין דעבד כנעני מועיל רק בזה שהקונה אינו צריך להיות הבעלים על הסודר. אבל המעשה דנתינת הסודר צריך להעשות ע"י הקונה או שלוחו. ולכן כשעכו"ם רוצה לקנות בקנין סודר, מכיון דהוא מופקע מזכייה ושליחות, צריך הוא לתת את הסודר בעצמו.

אבל הביאור הזה תלוי ביסוד דין קנין חליפין. דבשלמא לפי רש"י דחליפין קונה מדין כסף, מובן למה מעשה נתינת הסודר הוי מעשה הקנין, וצריך להעשות דוקא ע"י הקונה

[141] עיין בזה בברכת שמואל (קידושין סימן א) בשם הגר"ח זצ"ל. ויש להעיר דלקמן בשיעורים (ה: בענין ידות) רבינו זצ"ל חולק על היסוד הזה ונקט דאין האמירה חלק ממעשה הקידושין.

[142] לכאורה יש לבאר הרא"ש אחרת, דהיינו דמצריך דעת קונה עבור חלות דין הקידושין והקנין ומשו"ה צריך שליחות או אמירת הקונה עצמו בשעת הקנין.

בעצמו או שלוחו.[143] אבל לפי ר"ת דחליפין אינו חל מטעם כסף וגדרו לפי הגר"ח זצ"ל דהוי חלות קנין ע"י גמירת דעת אלימתא וכדנתבאר לעיל, הרי אין קנין חליפין חל ע"י המעשה בכלל. וא"כ הדרא הקושיא לדוכתא, לפי ר"ת למה בעינן דוקא דהקונה או שלוחו יתן את הסודר למקנה, דמהו החסרון בדין עבד כנעני שלא ע"י זכייה.

ונראה, דיש לבאר שיטת רש"י לקמן דיש דין מסוים בקידושין דצריך להעשות רק ע"י המקדש או שלוחו, ודין עבד כנעני אינו מועיל לגבה. דבנוסף לעצם מעשה הנתינה כנ"ל, נתינת הכסף לאשה צריך להיות בתורת קידושין לשם קידושין.[144] ורק המקדש שהוא הנוגע בדבר או שלוחו יכול להגדיר את נתינת הכסף כנתינה לשם קידושין.

ונמצא, דיש לבאר שיטת רש"י דבעינן שליחות בקידושין ע"י עבד כנעני בג' אופנים: א) האמירה צריך להיות ע"י הבעל, ב) מעשה הנתינה דמהווה מעשה הקנין צריך להיות ע"י הבעל, ג) הנתינה רק אפשר להיות חלות שם נתינה בתורת קידושין לשם קידושין ע"י דעת הבעל. ולפי זה יש לבאר את שיטת ר"ת, דאע"פ דחליפין לפי ר"ת אינו מעשה קנין אלא דחל ע"י גמירת דעת דמקנה, עדיין נתינת הסודר מהקונה למקנה צריך להיות לשם קנין סודר. וכמו שמצינו בקידושין דרק מי שנוגע בדבר כמו המקדש או שלוחו יכולים להגדיר את הנתינה כנתינה לשם קידושין, כמו"כ י"ל לגבי חליפין דרק הקונה או שלוחו יכולים להגדיר את נתינת הסודר כנתינה לשם קנין סודר. ולכן ר"ת הסיק דעכו"ם דמופקע מזכייה ושליחות צריך לתת הסודר בעצמו למקנה.

---

[143] ועיין בטור (חו"מ סימן קצ) וברמ"א (שם סימן קצ סעיף ד) דמשמע דבקנין כסף דנעשה ע"י עבד כנעני הקונה צריך למנות את נותן הכסף לשלוחו. ולכאורה הביאור בזה הוא כמו שביאר רבינו זצ"ל בשיעורים דקנין כסף בעי מעשה נתינה ע"י הקונה ולא סגי בהא דהמוכר מקבל הכסף. ולכאורה זה כנגד שיטות אחרות דחלות קנין כסף תלוי אך ורק בקבלת המוכר ולא בנתינת הקונה. ועיין בזה במחנה אפרים (הל' שלוחין ושותפין סי' טו) דהוכיח מדין עבד כנעני דבקנין כסף לא בעינן נתינת הקונה אלא רק קבלת המוכר לשם קנין, וז"ל שמעינן מינה דכל שזה נותן הכסף למוכר כדי שיקנה לאחרים קנו אותם אחרים ולא משום שליחות וזכיה, אלא כל דקביל מוכר המעות ממילא מקנהו לאחרים ע"י כסף שלקח עכ"ל.

ויש להעיר דגם מצינו שיטות באחרונים דבעינן שליחות למעשה נתינת הסודר בחליפין אבל לא לגבי מעשה נתינת הכסף בקנין כסף. עיין בחידושי הרי"ם (חו"מ סימן קצה סקי"ג) שמעלה צד שאין דין עבד כנעני בקנין סודר כי ע"פ הפסוק ברות בעינן "ונתן" של הקונה בעצמו (או שלוחו). אבל קנין כסף מהני ע"י אחר מדין עבד כנעני. ועוד עיין בזה בספר המקנה לקידושין (כו: ד"ה בתוד"ה ה"ג אלא לדמי). ולפי השיטות האלו מעשה הנתינה דסודר גורם חלות הקנין בחליפין יותר מנתינת הכסף לגבי קנין כסף.

[144] עיין בשיעורים לקמן (ה: בדין ידות אות ב) דהגר"מ זצ"ל דייק מהרמב"ם דיש דין מיוחד דנתינה בתורת גירושין וקידושין. אבל עיין לקמן בסמוך דרבינו זצ"ל אמר דלפי ר"ת גם מעשה נתינת הסודר בקנין חליפין צריך להיות לשם חליפין. וצ"ע, מנ"ל דיש דין לשמה כזה בחליפין כמו בגיטין וקידושין. ולכאורה יותר מסתבר לומר דצריכים שליחות לא מפאת דין לשמה אלא משום חלות שם קנין - כי רק הקונה והמקנה יכולים ליצור חלות הקנין ולא אדם שלישי, ואפי' מדין עבד כנעני. ועיין ברשב"א (ז. ד"ה הילך מנה) דביאר הפסול בעבד כנעני בלי שליחות כחסרון בדעת המקדש. כלומר, דבלי מינוי שליחות אין דעת לקידושין כלל וז"ל ופרש"י והוא שעשאו שליח אלא שהמעות שלו, לומר שאם לא עשאו שליח אינה מקודשת ואפילו נתרצה לבסוף משום דבשעת קדושין מיהא לא מיקניא דהא איהו לא שויא שליח ודלמא לא נתרצה מעיקרא בהכי עכ"ל. והם הם הדברים שכתבנו כי רק הקונה והמקנה יכולים ליצור חלות הקנין והדעת לקנין.

ב

קנין סודר להקדש

ולכאורה הפירושים הנ"ל בדעת רש"י תלויים בדין דקנין סודר להקדש. דכבר הבאנו (ג. בענין חליפין בקידושין אות ד' בדעת הרמב"ם) דאין הקדש יכול להקנות ע"י סודר מכיון דחסרה דעת מקנה. אולם נחלקו הראשונים האם אפשר להקנות להקדש ע"י סודר. דאיתא במשנה (ב"מ נו.) דשומר שכר פטור מגניבה ואבידה אם הוא מקבל שמירה על עבדים קרקע שטרות והקדשות. והגמ' (ב"מ נח.) הקשה על המשנה מברייתא וז"ל ורמינהו השוכר את הפועל לשמור את הפרה, לשמור את התינוק, לשמור את הזרעים, אין נותנים לו שכר שבת, לפיכך אין אחריות שבת עליו. היה שכיר שבת, שכיר חדש, שכיר שנה, שכיר שבוע, נותנין לו שכר שבת, לפיכך אחריות שבת עליו, מאי לאו לשלם עכ"ל. כלומר, דהגמ' הקשה דמבואר בברייתא דשומר שכר חייב לשלם על הפרה התינוק והזרעים בהיכי תמצא של הברייתא (דיבואר בסמוך) וזה נגד דין המשנה. ותירץ הגמ' דיש לאוקים הברייתא כשהשומר שכר התחייב ע"י קנין סודר, וז"ל אמר ליה, הכי אמר רב ששת בשקנו מידו, וכן אמר רבי יוחנן בשקנו מידו עכ"ל.

ולא ברור מהגמ' איך הברייתא דמחייב שומר שכר במקרים של שמירת פרה, תינוק וזרעים באמת סותרת לדין המשנה. ופליגי הראשונים בביאור הסתירה. רש"י ביאר דכל הברייתא איירי בהקדש, כלומר דהפרה היא פרה אדומה, התינוק צריך שמירה מטומאה כדי לטפל בפרה אדומה, והזרעים הם מוכנים להיות קרב כקרבן עומר. ולפי זה, מסקנת הסוגיא הוא שע"י קנין סודר להקדש השומר יכול לקבל עליו אחריות שמירה. ואלו הם דברי רש"י (ד"ה בשקנו מידו) וז"ל בשקנו מידו שאם יקלקל שמירתו ישלם, הא ודאי ישלם, שהרי הוריד עצמו לכך ושיעבד נכסיו עכ"ל. ונמצא, דמדברי רש"י מוכח דאפשר להקנות או לשעבד להקדש ע"י קנין סודר.

אולם עיין בר"ן (מובא בשטמ"ק שם ד"ה ורמינהו) דהקשה על פירוש רש"י והסיק כפירוש הר"ח וז"ל ורמינהו השוכר את הפועל לשמור את הפרה - פירש רש"י ז"ל דכולה ברייתא בהקדש היא ולהקדשות פריך, ולא מחוור שבתוספתא היא שנויה עם דיני השומרים ולא גבי הקדש כלל, אלא כלהו בשל חול נינהו ומזרעים קפריך דזרעים שהשרישו משמע דהיינו קרקעות ולקרקעות פריך כן פירש רבינו חננאל ז"ל עכ"ל. לפי הר"ח הברייתא איירי בפרה, תינוק וזרעים של הדיוט וכל קושיית הגמרא היא מהדין של זרעים דהוי קרקע. ונראה דהמחלוקת בין הר"ח ורש"י הוא לא רק בפירוש הגמרא אבל גם בדין, דר"ח נקט שא"א להקנות או לשעבד להקדש ע"י קנין סודר.

והתומים (סימן סו ס"ק ע"א מובא בקצוה"ח סימן סו סוס"ק מז) גם כן פסק דא"א להקנות או לשעבד להקדש ע"י קנין סודר. וביאר שיטתו דקיימא לן דבקנין סודר בעינן כליו של קונה, והיכא דהקדש הוי הקונה אי אפשר לתת כליו של הקדש הקונה למקנה. דהרי אין הגזבר הבעלים על ההקדש לתת למקנה כלי של הקדש לקנין סודר.[145] וגם אם המקנה רוצה להקנות כליו להקדש כדי שההקדש יחזיר לו הכלי כדי לקנות בו בקנין חליפין, הרי זה מעילה בהקדש כשהוא מקבל את הכלי בחזרה ומוציא אותו לחולין. ולכן הסיק התומים שאין מציאות שאדם יכול לשעבד עצמו להקדש ע"י סודר.

והקצוה"ח (שם) השיג על התומים דאפשר להקנות או לשעבד להקדש ע"י סודר דאחר מדין עבד כנעני. ונראה דהקצוה"ח אזיל לשיטתו (סימן קכג סק"ה וסימן קצה סק"ג) דמובא לעיל (אות א) שדין עבד כנעני מהני בסודר דעדים גם בלי זכייה ושליחות. וכמו דאפשר להקנות לגוי ע"י סודר דעדים מדין עבד כנעני, כמו"כ אפשר להקנות להקדש ע"י סודר דאחר מדין עבד כנעני, אע"פ דאין שליחות לעכו"ם ולהקדש.[146] ולפי זה אפשר לבאר שהר"ח סבור כמו התומים שא"א להקנות להקדש ע"י קנין סודר, ואילו רש"י ס"ל כקצוה"ח דאפשר להקנות להקדש ע"י קנין חליפין בסודר דאחר בלי זכייה ושליחות וחל מדין עבד כנעני.

והמחלוקת הזאת טעונה בירור, במה פליגי הקצוה"ח והתומים ורש"י והר"ח. כלומר, למה לפי התומים אין דין עבד כנעני מועיל כדי שהקדש יקנה בחליפין ע"י אחר. ונראה לבאר את שיטת התומים בג' אופנים:

א) ביארנו לעיל (אות א) דאם חליפין קונה מטעם כסף מסתבר דבעינן הקונה או שלוחו כדי לעשות את מעשה הקנין, דא"א להקנות סודר ע"י דין עבד כנעני בלי שליחות. אבל לפי יסודו של הגר"ח זצ"ל דקנין חליפין חל ע"י גמירת דעת אלימתא של המקנה, אזי מסתבר דלא צריך מעשה נתינת הסודר דהקונה או שלוחו, כי אין לנתינת הסודר חלות שם מעשה קנין, אלא הנתינה הויא רק היכי תמצא בעלמא לגרום שיחול דעת מקנה. ולפי זה י"ל שהר"ח והתומים נקטו כמו הראשונים דחליפין קונה מדין כסף, ולכן ס"ל דבעינן הקונה או שלוחו לתת הסודר למקנה, וזה א"א כשהקונה הוא הקדש, ואילו הקצוה"ח ס"ל כהגר"ח זצ"ל ביסוד גדר דין קנין חליפין.

[145] ולכאורה קשה למה אין הגזבר יכול להקנות כלי לשומר כדי לשלם לו עבור פעולתו. וי"ל דמיירי בשומר חנם.

[146] רבינו זצ"ל הניח שאין שליחות וזכייה להקדש, ויש להעיר דנחלקו בזה האחרונים. עיין בתוס' יו"ט (מעילה פ"ג משנה ו' ד"ה ואין מועלין) וברש"ש (ב"ב עט. ד"ה תוד"ה ואין) דנקטו דיש שליחות להקדש. אמנם עיין בקובץ שיעורים (ח"ב ב"מ אות ז) שדחה את הראיות שלהם וס"ל שהקדש נכלל בהמיעוט של גוי.

ב) לעיל ביארנו דגם אם ר"ת סבור כשיטת הגר"ח זצ"ל ביסוד דין קנין חליפין, עדיין ר"ת יכול לנקוט דבעינן שליח של הקונה לגבי חליפין, ולכן כשעכו"ם רוצה לקנות ע"י חליפין הוא צריך לתת את הסודר שלו למקנה כי אין שליחות וזכייה לעכו"ם. דאע"פ דהקנין חל ע"י גמירת דעת המקנה, עדיין בעינן שהקונה או שלוחו יתן את הסודר מכיון שנתינת הסודר צריך להיות לשם קנין. ולפי זה אפשר לבאר שיטת התומים עפ"י דעת ר"ת דבעינן שליחות לגבי קנין סודר כדי שהנתינה תהיה לשם קנין.

ג) עוד נראה לפרש בדעת התומים דס"ל כיסודו של הגר"ח זצ"ל בחליפין בלי החידוש דר"ת. כלומר, דלפי התומים חליפין חל ע"י גמירת דעת דמקנה ואין לנתינת הסודר חלות שם מעשה קנין ולכן לא בעינן שהקונה או שלוחו יתן את הסודר. וא"כ התומים סבור דגוי קונה בקנין חליפין ע"י סודר דאחר מדין עבד כנעני, ודלא כשיטת ר"ת. אולם התומים עדיין נקט דאין הקדש יכול לקנות בקנין חליפין ע"י סודר דאחר. כי יש לחלק בין גוי דקונה ע"י דין עבד כנעני בלי שליחות, והקדש דאינו קונה ע"י דין עבד כנעני בלי שליחות. דהגר"מ זצ"ל ייסד דדין עבד כנעני שייך רק היכא דהקונה היה יכול לעשות את הקנין בעצמו. למשל, גוי אפשר לקנות ע"י קנין חליפין בסודר שלו ולכן אדם אחר יכול לקנות בעבורו מדין עבד כנעני. אבל הקדש דאינו יכול לקנות בעצמו בקנין חליפין, גם אין שייך לומר דאדם אחר יכול לקנות בעבור הקדש מדין עבד כנעני.

ואין להקשות על יסוד הגר"מ זצ"ל דכל דין עבד כנעני נלמד מעבד כנעני דקונה ע"י אחר אע"פ שהוא אינו יכול לקנות בעצמו, וא"כ מאי שנא הקדש מעבד כנעני עצמו דשניהם אינם יכולים לקנות בעצמם וצריכים אדם אחר. שנראה פשוט דיש לחלק ביניהם, דעבד כנעני בעצם שייך לקניינים אלא דיד רבו עליו ומשו"ה אינו יכול לקנות בעצמו, משא"כ הקדש אינו שייך בכלל לקנין חליפין כי אין לאחד רשות לתת הסודר של הקדש למקנה.

וגם ניתן לפרש את שיטת רש"י והקצוה"ח דהקדש קונה ע"י חליפין מדין עבד כנעני בלי שליחות, בכמה אופנים. כאמור, יש לבאר דהם נקטו כמו הגר"ח זצ"ל ביסוד קנין חליפין ולכן מעשה הנתינה אינה חשובה וסגי להעשות ע"י אחר מדין עבד כנעני. אבל יש להעיר דכל זה עולה יפה בדעת הקצוה"ח, אבל א"א לפרש את שיטת רש"י דס"ל כמו הגר"ח זצ"ל דהרי רש"י סובר דחליפין קונה מדין כסף. וא"כ צ"ל דלפי רש"י אע"פ דקנין חליפין חל מדין כסף, עדיין יכול אחר לתת את הסודר למקנה בלי שליחות, והקדש יכול לקנות מדין עבד כנעני גם בלי שליחות. [147]

[147] עיין במחנה אפרים (הל' שלוחין ושותפין סי' טו) דביאר דלא בעינן שליחות בכלל לנתינה בקנין כסף כי חלות הקנין תלוי אך ורק בקבלת המוכר.

ועוד יש להעיר דמבואר מרש"י לקמן (ז.) דמי שמקדש בדין עבד כנעני צריך למנות האחר שנותן הכסף כשלוחו. ולכאורה זה סותר דברי רש"י בב"מ (נח.) דהקדש קונה ע"י חליפין מדין עבד כנעני בלי שליחות (וכהסבר קצוה"ח). וצ"ל כמו הפירוש הראשון שביארנו בדעת רש"י (לעיל באות א), דהצורך לשליחות בדין עבד כנעני בקידושין הוי דין מיוחד באמירה דקידושין דלא שייך לשאר הלכות. ונמצא דלפי רש"י, דדין עבד כנעני בקידושין בעי שליחות, אבל עבד כנעני בקנין כסף וחליפין לא בעי שליחות. ולכן הקדש יכול לקנות ע"י חליפין מדין עבד כנעני אע"פ שאין שליחות להקדש.

דף ג:

גמ'. בכסף מנ"ל ותו, הא דתנן האב זכאי בבתו בקדושיה בכסף בשטר ובביאה, מנלן דמיקניא בכסף, וכסף דאבוה הוא וכו' אביה מקבל קידושיה דכתיב את בתי נתתי לאיש הזה, ואיהי שקלה כספא.

נראה מהשו"ט דגם בההו"א הגמ' כבר ידעה שהאב מקבל קידושיה מהפסוק דאת בתי נתתי. ומשמע מהפסוק שהאב הוא בעצם המקדש ודעתו מהוה דעת המקנה לקידושין. וא"כ צ"ע על קושיית הגמרא מנלן דהאב זוכה בכסף דהוא מקבל בתורת קידושין, דהרי לכאורה פשיטא דהכסף הולך למי דנחשב כהמקדש, דבמקרה דידן הוי האב, ומה ההו"א דהכסף שייך להבת אע"פ דהאב הוי המקדש. וזה מה שהגמרא דחתה את ההו"א "הכי השתא אביה מקבל קידושיה וכו' ואיהי שקלא כספא", אבל עדיין צ"ע בהו"א.[148]

גמ'. ואימא ה"מ קטנה דלית לה יד לקבל קידושין, אבל נערה דאית לה יד לקבל קידושין, תקדיש איהי נפשה ותשקול כספא, אמר קרא בנעוריה בית אביה, כל שבח נעורים לאביה.

בענין שבח נעורים לאביה

א

פירוש הקושיא "תקדיש איהי נפשה ותשקול כספה"

הראשונים נחלקו בפירוש קושיית הגמרא דלגבי נערה "תקדיש איהי נפשה ותשקול כספה". רש"י ביאר (ד"ה ואימא וד"ה אבל נערה) דהגמ' שואלת דלמא האב אינו יכול לקדש את בתו נערה כלל. דהרי הפסוק דאת בתי נתתי לאיש הזה אפשר לאוקים דהאב קידש אותה בקטנותה, ומה המקור דהאב יכול לקדש את בתו נערה. מאידך, התוס' (ד"ה וכי

[148] ואולי סברת ההו"א היתה דהאב פועל כשליח של הבת שהיא הבעלים של הקידושין ומשו"ה כסף הקידושין שלה. והגמ' דחתה דזה אינו כי אדרבה האב הוי הבעלים על קידושי בתו.

תימא) נקטו דהגמ' אינה מקשה על עצם הדין דהאב יכול לקדש בתו נערה ולקבל הכסף. אלא קושיית הגמ' קאי היכא דהיא קידשה את עצמה. והגמ' מקשה כשהיא מקדשת את עצמה למה הכסף שייך להאב, הרי יש לה יד להתקדש ולמה היא אינה זוכה בכסף.[149]

ויש לבאר את תירוץ הגמרא לפי שני הפירושים. דלפי תוס', הגמ' לומדת מהדין דשבח נעורים לאביה דאפי' היכא דהנערה קיבלה את הקידושין לעצמה, עדיין יש גזה"כ דהאב זוכה בכסף. ולפי רש"י דהגמ' הקשה על עצם הדין דהאב מקדש את בתו נערה, אזי צ"ל דהגמ' מתרצת דמזה דיש גזה"כ דהאב זוכה בכסף מדין שבח נעורים, מוכח דהוא יכול לקדש את בתו נערה. והראיה הזאת דומה למה שכתבנו לעיל דמסברא יש קשר בין מי שיוצר את הדעת לקדש לבין מי שזוכה בכסף. דלעיל הגמרא הוכיחה מזה שהאב מקדש בתו קטנה שהוא גם זוכה בכסף, ועכשיו הגמרא מוכיחה דמזה דהאב זוכה בכסף הקידושין של בתו נערה, יש להוכיח דהוא גם יכול לקדשה.

אבל לכאורה יש להקשות על התלייה הזאת משיטת ריש לקיש לקמן (מג:). דהמשנה בגיטין (סד:) הביאה מחלוקת בין התנאים האם רק האב לבדו מקבל גט בעד בתו נערה או שגם היא מקבלת את גיטה, וז"ל נערה המאורסה היא ואביה מקבלין את גיטה, אמר רבי יהודה אין שתי ידים זוכות כאחת, אלא אביה מקבל את גיטה בלבד עכ"ל. והגמ' בקידושין (מג:) הביאה מחלוקת ר' יוחנן וריש לקיש אם שיטת החכמים דהיא מקבלת את גיטה בעצמה גם נכון בקידושין, וז"ל אמר ר"ל כמחלוקת לגירושין כך מחלוקת לקידושין, ור' יוחנן אמר מחלוקת לגירושין אבל לקידושין דברי הכל אביה ולא היא, ואמר ר' יוסי בר' חנינא מאי טעמיה דר' יוחנן אליבא דרבנן, גירושין דמכנסת עצמה לרשות אביה בין היא ובין אביה, קידושין דמפקעת עצמה מרשות אביה, אביה ולא היא עכ"ל. כלומר, דלפי ר' יוחנן אע"פ דנערה יכולה לקבל את גיטה בעצמה היא אינה יכולה להתקדש בעצמה, אבל ר"ל הקיש ביניהם ונקט דלפי החכמים כמו דנערה מקבלת את גיטה היא גם מקבלת את קידושיה.

וכל זה לגבי עצם קבלת הקידושין. אבל מסתבר דגם ריש לקיש מודה דאפי' היכא דהיא מקדשת את עצמה עדיין האב זוכה בכסף הקידושין, כמו רהיטת לשון המשנה בכתובות (מו:) וז"ל האב זכאי בבתו בקידושיה בכסף, בשטר, ובביאה עכ"ל. ועיי"ש ברש"י דהמשנה עוסקת בין בקטנה בין בנערה. וא"כ לשון המשנה מורה דגם לפי ר"ל דהנערה מקבלת את קידושיה, אעפ"כ האב זוכה בכסף. ולפי"ז יש להקשות על פירוש

[149] עיין בתוס' הרא"ש (ג: ד"ה וכ"ת נילף מינה) דלפי הפירוש הזה בגמרא צ"ל דסוגייתנו אזיל לפי שיטת ריש לקיש (מג:) דהנערה יכולה לקדש את עצמה. אבל לפי ר' יוחנן הנערה אינה יכולה לקדש את עצמה כלל וא"כ אין מקום לקושיית הגמ'.

רש"י בסוגיא דידן, דהיאך הגמ' יכולה להוכיח מהדין דשבח נעורים לאביה, כלומר דהאב זכאי בכסף קידושיה, דהוא גם יכול לקדש את בתו נערה, דהרי לפי ריש לקיש ניתן לומר דרק היא מקדשת את עצמה אלא דהאב זוכה בכסף הקידושין.

ונראה דצ"ל דסוגייתנו היא לפי שיטת ר' יוחנן דאין לחלק בין קבלת הקידושין לבין זכייה בכסף קידושין, אבל אה"נ דלפי ר"ל אין להוכיח מזה דהאב זוכה בכסף הקידושין דהוא גם יכול לקדש את בתו. ועוד נראה לתרץ באופן אחר, דיתכן דלפי ר"ל דאם נערה מקדשת את עצמה דהיא גם זוכה בכסף.[150] והמשנה בכתובות דהאב זוכה בכסף הקידושין קאי היכא דהאב קידש אותה ולא הנערה עצמה. ויוצא דגם לפי ר"ל אין היכי תמצא דהיא מקבלת הקידושין והאב זוכה בכסף. וא"כ גם לפי ר"ל יש להוכיח מזה דהאב זוכה בכסף הקידושין מדין שבח נעורים דגם יש לו הכח לקדש את בתו נערה.

ב

גדר שבח נעורים לאביה

ויש לעיין ביסוד הדברים הנ"ל. דהרי יוצא דלפי רש"י יש להוכיח מזכיית האב בכסף הקידושין דהוא גם יכול לקדשה, אמנם לפי הביאור הראשון שביארנו לעיל ריש לקיש נקט דניתן לחלק בין הכח לקדש לבין זכיית הכסף. וצ"ב במאי קמיפלגי. ונראה לבאר דיש לחקור בגדר הדין דשבח נעורים לאביה: האם האב זוכה בכסף ישר מהנותן, או"ד הממון בעצם שייך לבת אלא דמהדין שבח נעורים הכסף עובר מהבת להאב.[151] ונראה לבאר, דלפי הצד הא' דהאב זוכה בכסף הקידושין ישר מהמקדש, אזי שפיר מובן פירוש רש"י בסוגיא דידן דאין לחלק בין זכיית הכסף לבין הכח לקדש. דהרי אם הכסף הולך ישר מהמקדש להאב, מסתבר דהאב הוי הבעלים על מעשה הקידושין. אבל לפי הצד הב' דהבת זוכה בכסף והאב רק זוכה ממנה, אזי מסתבר לומר כהצד בשיטת ריש לקיש דאפשר לחלק בין קבלת הקידושין לבין הזכייה בכסף. דהרי בשלב הראשון הבת היא זו שעושה את מעשה הקידושין וגם זוכה בכסף, אלא יש עוד דין דאחרי זה הכסף עובר מהבת להאב.

[150] עיין בריטב"א (ד: ד"ה ואצטריך) דנקט בשיטת ריש לקיש דהאב זוכה בכסף אע"פ שהיא מקבלת קידושיה, וז"ל וריש לקיש דאמר התם דבין היא בין אביה מקבלין קדושיה סבירא ליה דלעולם יש לה יד לנערה לקבל קדושיה וממונא דקידושין הוא דזכי לה רחמנא לאב מדידה כי היכי דזכי ליה נמי מעשה ידיה עכ"ל. אמנם עיין בתוס' (ג: ד"ה האב זכאי) והתוס' רא"ש (ג: ד"ה האב זכאי) דנחלקו אם המשנה רק איירי בכח של האב לקדש בתו או גם בזכיית כסף הקידושין.

[151] וע"ע בזה בשיעורים לקמן (יט. ד"ה אמר רבא אמר רב נחמן אומר אדם לבתו קטנה צאי וקבלי קידושיך, אות ג').

ונראה דנחלקו הרמב"ם והראב"ד בזה. דהרי כתב הרמב"ם (פרק ב מהלכות נערה בתולה הלי"ג) וז"ל אמרה לו אנסת אותי והוא אומר לא כי אלא פתיתי הרי זה נשבע שבועת התורה על דמי הצער ומשלם בשת ופגם שהרי הודה במקצת הטענה כמו שיתבאר במקומו עכ"ל. הרמב"ם נקט דתביעת הבת יכולה לחייבו בשבועה אע"פ דהאב הוא זה שזוכה בכסף. ועל הנקודה הזאת השיג הראב"ד וז"ל א"א אין כאן שבועה לפי שאין כאן תובע שהתשלומין אינן שלה וכמו מנה לאבא בידך הוא ואם טען אביה אפשר שיהיה זה הדין ובדרישה איך תדע שהיה אונס עכ"ל. מבואר דהרמב"ם סובר דיש לתביעת הנערה חלות שם תביעה כדי לחייב שבועת מודה במקצת, ואילו לפי הראב"ד מכיון שהתשלומין אינן שלה אלא דאביה, אין לה חלות שם בעל דבר ואין לתביעתה חלות שם תביעה. ונראה דפליגי בחקירה הנ"ל – דלפי הראב"ד הממון הולך ישר להאב ולכן יש להאב חלות שם בעל דבר ולא היא, ולפי הרמב"ם אע"פ דהממון סוף כל סוף מגיע להאב, מכיון שעצם הממון שלה הוא אלא שעובר ממנה להאב מדין שבח נעורים, אזי יש לה חלות שם בעל דבר ותובע לחייב שבועה.[152]

אבל לכאורה יש סתירה בדברי הרמב"ם אם עיקר חלות שם בעל הדבר לגבי בושת ופגם הוי האב או הבת. דהרי בהלכות נערה בתולה הנ"ל מבואר דטענת הנערה עצמה מחייבת שבועה. אך לגבי שבועת הפקדון פסק הרמב"ם (פרק ח מהלכות שבועות הל"ד) וז"ל התובע את חבירו בדבר שיש בו קנס שאינו משלם אותו על פי עצמו כמו שבארנו, ויש בו ממון שהוא משלם אותו על פי עצמו וכפר בכל דבר ונשבע הרי זה חייב משום שבועת הפקדון, כיצד תבעו ואמר לו אנסת או פתית בתי והוא אמר לא אנסתי ולא פתיתי ונשבע חייב בשבועת הפקדון, שאע"פ שאינו משלם קנס על פי עצמו אילו הודה היה משלם בשת ופגם על פי עצמו עכ"ל. הרי פסק הרמב"ם ע"פ המשנה (שבועות לו:) דתביעת האב מחייב שבועת פקדון על דמי בושת ופגם. ולכאורה, אם הבת הוי עיקר חלות שם בעל דבר, אזי היאך אפשר לומר דגם תביעת האב מחייבת שבועה.

ונראה לחלק בין החלות שם תובע בשבועת מודה במקצת לבין החלות שם תובע בשבועת הפקדון. דהרי בשבעות הפקדון חיוב השבועה מיוסד מהדין גזלה שבו, ולכן מי שסוף סוף יזכה בממון הוי חלות שם התובע על פי דין. וא"כ, אפילו אם הממון דאונס או פיתוי עובר מהבת אל האב, מכיון דהאב הוא זה דראוי לזכות בכסף והוא עומד להיות הנגזל, האב נחשב כחלות שם התובע לחייב שבועת הפקדון ולא הבת. משא"כ

[152] ולכאורה זה גם כוונת הכס"מ (שם) בביאור דברי הרמב"ם וז"ל ואני אומר שאע"פ שהתשלומין אינם שלה מאחר שמה שזוכה בהם האב הוא על ידה שפיר מקריא תובע ומפורש במשנה ר"פ נערה (כתובות דף מא:) שאפילו כשאביה קיים היא העומדת בדין עכ"ל.

לגבי שבועת מודה במקצת דחלות שם תובע אינו מי שיזכה סוף סוף בממון אלא הגברא דבעצם הממון מחוייב לו. ומכיון דהרמב"ם סובר דהיכא דיש דין שבח נעורים דהבת זוכה בממון ואחרי זה עובר הכסף ממנה להאב, אזי הבת עצמה הוי הבעל דבר לגבי שבועת מודה במקצת.[153]

ועל פי כל הנ"ל אפשר לחזור לשיטת הראב"ד דתביעת הבת אינה יכולה לחייבו בשבועת מודה במקצת, ולבארו באופן אחר. דיתכן דגם הראב"ד מודה להרמב"ם דהממון אינו הולך ישר להאב אלא דעיקר חיוב המאנס הוא לשלם לבת ואחרי זה הממון עובר מהבת אל האב. אך אעפ"כ אין טענת הבת מחייבת שבועה כי הראב"ד סובר שגם בשבועת הפקדון וגם בשבועת מודה במקצת חלות שם בעל דבר שייך רק למי שבמציאות יש לו הפסד ממון. ומכיון דהאב זוכה בגביית הממון אין לבת נגיעות של הפסד ממון כדי לטעון בדין ולחייב בשבועה.[154]

ועיין שם בסוף דברי הראב"ד דנסתפק האם טענת האב יכול לחייב שבועה, וז"ל ואם טען אביה אפשר שיהיה זה הדין עכ"ל. ומספיקת הראב"ד לגבי תביעת האב נראה שסובר שהחיובים הם בעצם לבת, אלא שהאב גובה במציאות ומשו"ה יתכן שאין האב בעל דבר לטעון. כי הטענה של מודה במקצת צריכה להיות טענה ממי שהחיובים שלו ואילו האב שזוכה בתשלומין במקום שהחיובים עצמם הם לבת אינו בעל דבר לטעון.[155]

ג

אין אדם מוריש קנס לבניו

ולכאורה יש להוכיח מהמשנה בכתובות (מא:) דתשלומי אונס ומפתה שייכים מעיקרם לבת ועוברים ממנה אל האב. דאיתא במשנה וז"ל נערה שנתפתתה בושתה ופגמה וקנסה של אביה, והצער בתפוסה, עמדה בדין עד שלא מת האב הרי הן של אב, מת האב הרי הן של אחין, לא הספיקה לעמוד בדין עד שמת האב הרי הן של עצמה עכ"ל. מבואר מהמשנה דאם היא עמדה בדין אחרי מיתת האב אזי היא זוכה בתשלומין. ולכאורה דין המשנה צ"ע, דהרי אם האב היה ראוי לזכות בתשלומי אונס ומפתה ועכשיו הוא מת, מה הסברא לומר דהתשלומין עוברין אליה.

[153] ועיין ברשימות שיעורים למסכת שבועות (לט: בענין טענו חטין והודה לו בשעורין אות א').

[154] כך ביאר הגר"ח זצ"ל (הלכות נערה בתולה שם) את המחלקות בתחילת דבריו, וז"ל דהרמב"ם הרי סובר דהואיל שזכות האב הוא ע"י הבת ע"כ הוי מודה במקצת, והראב"ד הרי סובר דאין כאן דין תביעה ולא דין מודה במקצת הואיל והם בעלים מחולקים האב והבת, ומשום דאזלינן רק בתר חלות חובת התשלומין, ולא איכפת לנו בזה שבעיקר המחייב חדא הוא ושגם זכית האב הוא רק ע"י הבת עכ"ל.

[155] עיין ברשימות שיעורים לב"ק (עב. בתוד"ה סיפא). ויל"ע מהו הדין לראב"ד אם האב והבת באו ביחד לבי"ד לטעון, האם זה יחייב שבועת מודה במקצת.

ואין לומר דכל חיוב הקנס רק מתחיל בשעת גמר דין ולכן אם האב מת לפני ההעמדה בדין הוא לא היה שייך לממון הקנס כלל. דהרי אע"פ דחיוב הקנס רק נגמר בשעת גמר דין ולכן מודה בקנס פטור, פשיטא דמעשה הביאה היא המחייב של הקנס. דהרי מבואר בגמ' (כתובות לו:) דאם הבועל חייב מיתה בביאתו אמרינן קים ליה בדרבה מיניה לפוטרו מהקנס. ואם המחייב של הקנס הוא אך ורק הגמר דין אזי למה חל הדין דקלב"מ בשעת מעשה הביאה. אלא מוכח מזה דחיוב מיתה וחיוב הקנס חלין בבת אחת, דהיינו בשעת מעשה הביאה. וא"כ הדרא קושיא לדוכתא, היאך הקנס עובר מהאב אל הבת אם ההעמדה בדין הוי לאחר מיתת האב.[156]

ונראה דיש להוכיח מזה דבעצם הבועל חייב לה והממון רק עובר ממנה אל האב. ולכן היכא דמת האב לפני העמדה בדין, הממון נשאר אצלה והיא יכולה לגבותו בפועל. אבל יש לדחות דאפשר לבאר המשנה גם אם הממון מגיע ישר אל האב. דהרי מקור הדין דהבת גובה הקנס אם מת האב לפני ההעמדה הדין הוי גזה"כ (כתובות מג.) וז"ל דכתיב בוהתנחלתם אותם לבניכם אחריכם, אותם לבניכם ולא בנותיכם לבניכם, מגיד שאין אדם מוריש זכות בתו לבנו עכ"ל. ויתכן דהגזה"כ מלמד דיש ב' דינים בחיובי אונס ומפתה. דאם האב קיים בשעת העמדה בדין אזי הוא הוי הבעל דבר, אבל אם הוא מת אזי למפרע משעת מעשה הביאה אמרינן דהחיוב היה לבת עצמה. אבל זה קצת דחוק לומר דהגזה"כ מלמד דלמפרע יש לשנות מי היה עיקר המחייב.

וגם נראה דההוכחה מזכיית הבת בקנס שלה דהיא הוי עיקר הבעל דבר תלוי בעוד דיון. דהרי נחלקו הראשונים אם הדין הזה דהבת זוכה בקנס לאחר מיתת האב הוי דין מיוחד בקנס דאונס ומפתה אבל שאר קנסות אדם מוריש קנס לבניו, או"ד דהמשנה מלמדת דיש דין כללי בהלכות קנסות דהאב אינו מוריש שום קנס לבניו. ועיין בתוס' ב"ק (עב. ד"ה וסיפא) דהביאו שתי דיעות בזה. ויש לדייק דהרמב"ם (פ"ב מהלכות נערה בתולה הלט"ו) סובר דזה הוי דין מיוחד בקנס דאונס ומפתה דהרי הוא הביא לשון המשנה רק בהקשר של אונס ומפתה ולא הזכיר זה בשאר חיובי קנס, וז"ל מפותה או אנוסה שלא תבעה עד שבגרה או עד שנשאת או עד שמת האב הרי הארבעה דברים או השלשה שלה, עמדה בדין ותבעה אותו ואחר כך בגרה או נשאת הרי הן של אב ואם מת האב אחר עמידתה בדין הרי הן של אחין שהן יורשי האב מעת שעמדה בדין זכה בהן האב עכ"ל.

[156] וע"ע ברשימות שיעורים לב"ק (טו: בענין תפיסה בקנס) דרבינו זצ"ל האריך בענין הזה. והשווה לדברי הקובץ שיעורים (חלק ב סימן יג).

ולכאורה הראייה מזה דהבת זוכה בקנסה לאחר מיתת האב דהיא הוי עיקר הבעל דבר תלוי במחלוקת הזו. דהרי אם זה דין כללי בכל קנס דאין אדם מוריש קנס לבניו אזי הביאור הוא דחיוב הקנס רק נגמר בשעת גמ"ד, אע"פ דהתחיל משעת המעשה. ומכיון דהחיוב עדיין לא נגמר אזי אין מה להוריש לבניו. וא"כ אין להוכיח דיש דין מיוחד בקנס דאונס ומפתה דעיקר חיוב הקנס הוי לבת ולא להאב. אבל לפי הרמב"ם והדעה בתוס' דבקנס בעלמא אדם מוריש קנס לבניו ומאידך יש דין מסויים בקנס דאונס ומפתה דהבת זוכה בהם ולא הבנים, לכאורה הביאור הוא כנ"ל, דהקנס דאונס ומפתה הוי בעצם חיובים לבת עצמה.[157] ולכן כשהאב מת לפני ההעמדה בדין, אזי החיוב נשאר אצלה והיא זוכה בתשלומין. והסברא הזו עולה מדברי התוס' בב"ק (שם) כשביארו את החילוק בין אונס ומפתה לבין שאר קנסות לפי חד דעה, וז"ל דנהי דקנס של אונס ופיתוי אין יכול להוריש בשום ענין כדקתני במתני' דהתם היינו משום דאותו דבר שהקנס יוצא ממנו דהיינו הבת אין יכול להורישו לבניו כדאמרינן התם אותם לבניכם ולא בנותיכם לבניכם אבל ממון דהכא שהכפל ד' וה' יוצאין ממנו דהיינו בהמה הוא מוריש לבניו לפיכך זה הקנס מוריש לבניו עכ"ל. ומשמע מדברי התוס' דהחיוב חל מלכתחילה לבת ומשו"ה כשמת האב הממון נשאר אצלה.[158]

ד

חילוקים בזכיית האב

ביארנו לעיל דמוכח מדברי רש"י בסוגייתנו דכסף הקידושין הולך ישיר להאב. והוכחנו (לעיל אות ב') דלפי הרמב"ם בבושת ופגם דהממון רק מגיע אל האב דרך הבת. ובמושכל ראשון נראה דרש"י והרמב"ם פליגי בגדר הזכות האב בבתו נערה, דלפי הרמב"ם עיקר בעל דבר הוי הבת, ולפי רש"י עיקר בעל דבר הוי האב.

אבל נראה יותר דהרמב"ם חילק בין בושת ופגם לבין כסף הקידושין. דלפי הרמב"ם בעינן כסף של הנאה ויוצא מזה דהאב הוא זה דזוכה ישיר בכסף הקידושין. דהרי עיין לעיל (ג. בענין חליפין בקידושין אות ג') דמבואר דהרמב"ם סובר דכדי דהקידושין יחולו, המתקדשת צריכה לקבל כסף דאפשר ליהנות ממנו. וא"כ י"ל דאם הבת הויא עיקר הבעל דבר לקידושין והממון עובר ממנה להאב, אי אפשר שהקידושין יחולו לפי הרמב"ם כי יש חסרון בכסף של הנאה, דהרי הבת דהוי עיקר הבעל דבר לקידושין אינה יכולה ליהנות מכסף הקידושין. אלא צ"ל דהאב הוי עיקר בעל דבר לקידושי בתו והוא

[157] ועיין לעיל באות ב' דרבינו זצ"ל הוכיח מדברי הרמב"ם דהבת הוי הבעל דבר לגבי בושת ופגם. ויוצא מזה דהרמב"ם נקט דגם בקנס דאונס ומפתה וגם בבושת ופגם דאונס ומפתה עיקר החיוב הוא לשלם לבת.

[158] וע"ע ברשימות שיעורים לב"ק (עב. ד"ה תוס' ד"ה סיפא).

זוכה בכסף ישיר מהמקדש ולכן הוא זה דצריך ליהנות מהכסף ולא הבת. ולפי"ז יוצא דלגבי בושת ופגם הרמב"ם נקט דהבת הוי הבעל דבר אבל בקידושין הוא מודה לרש"י דהאב הוי הבעלים על קידושי בתו והוי בעל דבר. והחילוק הזה של הרמב"ם מסתבר מאוד דהרי דמי בושת ופגם הויים דמי חבלה דשייכים לנחבלת עצמה דהיינו הבת. והסברא הזאת אינה קיימת בענין כסף הקידושין ולכן הרמב"ם נקט דהאב זוכה בכסף ישיר מהמקדש.

וגם נראה לחלק בענין הזה בין זכות האב בקנס דאונס ומפתה לבין זכותו בבושת ופגם. דמסתבר דדמי החבלה של הביאה שייכים בעיקר להנחבלת, וא"כ האב רק זוכה ממנה מדין שבח נעורים לאביה. אבל לגבי הקנס י"ל דהתורה חידשה דעיקר החיוב הוי להאב, כלשון הפסוק ונתן לאבי הנערה.[159]

ה

מוכר שט"ח

נתבאר לעיל דלפי הרמב"ם הממון דבושת ופגם עובר דרך הבת אל האב. ומצינו דבר דומה במוכר שטר חוב לחבירו, כי הלוה עוד חייב לשלם את החוב להמלוה, אלא דהקונה את השט"ח זוכה בכסף. אבל נראה פשוט דחלוקים הם ביסודם. דהרי לגבי מוכר שטר חוב נקטינן דהמוכר וגם יורשיו יכולים למחול את החוב (כתובות פה:) ואזי הקונה לא יכול לגבות את חובו מהלוה. אבל לגבי שבח נעורים כו"ע לא פליגי דהבת, אע"פ דזוכה בכסף דאח"כ עובר ממנה לאביה, אינה יכולה למחול את החוב. והרי המפותה תמיד מוחלת את הבושת ופגם דהרי נבעלת ברצון ועדיין האב יכול לגבות את הממון.[160] ויוצא דבמוכר שט"ח המלוה עוד יכול למחול על החוב אע"פ דהקונה ראוי לגבות, אבל הבת אינה יכולה למחול על החוב דהאב יכול לגבות. וצ"ע מאי שנא כח המלוה דמכר מכח הבת.

[159] ויש להעיר ממה דחידש רבינו זצ"ל לקמן (אות ז') דיש חלות מיוחדת לדמי בושת ופגם במקום קנס דהתורה הקישה הבושת והפגם לקנס. וגם יש להעיר דהגר"ח זצ"ל (פרק ב מהלכות נערה בתולה הלי"ג) ביאר בדעת הראב"ד דהאב זוכה בבושת ופגם ישיר מהבועל והקנס הוא רק זוכה מבתו עיי"ש בדבריו.

[160] איתא במשנה (כתובות מא:) וז"ל לא הספיקה לעמוד בדין עד שמת האב הרי הן של עצמה עכ"ל. ועיין ברשב"א (כתובות מא: ד"ה לא הספיקה) דהביא שתי דעות אם זה שייך לאנוסה ומפותה או רק לגבי אנוסה כי המפותה כבר עשתה מדעתה ומחלה. והרשב"א ביאר דגם הצד הראשון מודה דהיא מוחלת אבל המחילה לא מהני וז"ל סבורים לומר דכיון דבשעה ראשונה לא היה שלה אלא דאב ולא ניתן למחילה בשעתו אף לאחר מכאן אינו נפטר דמעתה מי פטרו עכ"ל. מבואר דלשתי הדעות בראשונים יש מחילה של הבת במפותה אבל זה לא מונע האב מלגבות, ורק נחלקו אם זה מונע אותה מלגבות אם הזכות גבייה עובר מאביה אליה. ועיין במשנה למלך (פרק ב מהלכות נערה בתולה הלט"ו) דס"ל דנחלקו הרמב"ם והראב"ד בשאלה הזאת.

ונראה לבאר דאע"פ דהאב והקונה שט"ח שניהם גובים ממון דאינו בעצם שייך להם, עדיין חלוקים הן לגמרי זה מזה. דעיין בהראב"ד (פרק ו מהלכות מכירה הלי"ב) דביאר למה המוכר יכול למחול אחרי המכירה, וז"ל מפני שהלוה אומר ללוקח אני לא שעבדתי לך את עצמי לפיכך אם כתב לו בשטר חובו הריני משועבד לך ולכל הבאים מכחך אינו יכול למחול משמכר שטר חובו עכ"ל. מבואר דגם אחרי המכירה, הלוה נשאר מחוייב רק למלוה, אלא דהמלוה מרשה ללוקח לגבות החוב בעדו. כלומר, ע"פ דין רק המלוה גובה את החוב אלא דהוא גובה ע"י הלוקח.

ויש בזה נ"מ בנוגע לנכרי דהלווה לישראל ברבית. דאם הנכרי מוכר השט"ח לישראל אחר, יוצא משיטת הראב"ד דמותר לישראל הקונה לגבות החוב עם הרבית מהלוה, כי ע"פ דין הנכרי גובה את החוב.[161] ולהיפך, אם יש תנאי של רבית בחוב בין שני ישראלים והמלוה מוכר השט"ח לנכרי, עדיין אסור ללוה לשלם הרבית לנכרי הקונה, כי ע"פ דין עדיין נחשב דהמלוה הישראל גובה את החוב. ועוד נראה דיש נ"מ בזה בענין חלות שם תובע לשבועת מודה ומקצת, דלפי הראב"ד המלוה עדיין יכול לחייב הלוה לישבע כי הוא נשאר הגובה ע"פ דין. וצ"ע אם הקונה נחשב כמספיק בע"ד כדי לחייב שבועה בתביעתו.[162]

וכל זה אמור לגבי מכירת שט"ח. אבל בשבח נעורים לאביה, אפילו אם נאמר דהממון עובר דרך הבת להאב, מ"מ האב נחשב כעיקר בעל התשלומין והגובה ע"פ דין ולכן היא אינה יכולה למחול. והשתא דאתית להכי י"ל דגם לפי הרמב"ם דבאונס ומפתה הבת נחשבת כבעל הדבר ויש לה שם תובע כדי לחייבו בשבועת מודה במקצת, אעפ"כ האב נחשב כהגובה ע"פ דין. וא"כ יוצא דגם האב יכול לחייב הבועל בשבועה בטענתו דהרי אע"פ דהוא אינו בעל דבר כמו הבת, עכ"ז דהרי יש לו חלות שם גובה.

ועוד נראה דאפילו לפי הרמב"ם לעיל דהבת נחשבת כבעל דבר ויש לה חלות שם תובע כדי לחייב שבועת מודה במקצת, כל זה בנוסף להאב כי הוא זוכה בכסף בעצמו והוא הוי עיקר הבעל דבר יותר מהבת.[163]

ו

בגדר מפותה וזונה

[161] עיין בריטב"א (בבא מציעא עב. ד"ה ת"ר ישראל) דמביא שתי דעות בנידון.

[162] עיין בזה ברשימות שיעורים לשבועות ח"ב (עמוד רמד) ובשעורים לזכר אבא מרי ז"ל חלק א (הוצאת מוסד הרב קוק, עמוד שב).

[163] ואולי נ"מ דאם מכחישה את האב בטענותיו דאזלינן בתר האב ולא בתר הבת.

כתב הרמב"ם (פרק ב מהלכות נערה בתולה הלט"ו) וז"ל מפותה או אנוסה שלא תבעה עד שבגרה או עד שנשאת או עד שמת האב הרי הארבעה דברים או השלשה שלה, עמדה בדין ותבעה אותו ואחר כך בגרה או נשאת הרי הן של אב ואם מת האב אחר עמידתה בדין הרי הן של אחין שהן יורשי האב מעת שעמדה בדין זכה בהן האב עכ"ל. ולכאורה מקור פסק הרמב"ם הוא המשנה בכתובות ריש פרק ד' (מא:), וז"ל נערה שנתפתתה בושתה ופגמה וקנסה של אביה, והצער בתפוסה, עמדה בדין עד שלא מת האב הרי הן של אב, מת האב הרי הן של אחין, לא הספיקה לעמוד בדין עד שמת האב, הרי הן של עצמה עכ"ל. ולכאורה כל דברי הרמב"ם כלולים במשנה. אולם הראב"ד השיג על הרמב"ם, וז"ל א"א השלשה במפותה אם מת האב למה וכי יורשת אביה היא עכ"ל. משמע דהראב"ד נקט דהיא אינה גובה הג' דברים דמפותה לאחר מיתת האב. ועיי"ש בכס"מ דהעיר דהרמב"ם רק הביא דברי המשנה ואין מקום להקשות על פסקו, וקושיית הראב"ד צ"ע.

ועיין במשל"מ דביאר כוונת הראב"ד על פי המשנה בכתובות (כתובות מ.) דאע"פ דלגבי יתומה הקנס ראוי להיות שלה כי אין לה אב, אם היא נתפתית אין לה כלום דהרי מדעתה נעשתה. על פי זה הר"ן (טו. בדפי הרי"ף ד"ה הרי הן) הביא דעה דהדין במשנה ריש פרק ד' דבמת האב ואח"כ עמדה בדין דקנסה לעצמה, קאי רק על אנוסה אבל לגבי מפותה היא לא מקבלת כלום דאחולי מחלה. וזוהי כוונת הראב"ד, דבהיכי תמצא של מפותה, אם מת האב לפני העמדה בדין המפתה פטור מלשלם דהא מחלה.

ולכאורה יש לתרץ דהרמב"ם מודה דמפותה בגיל הנערות מוחלת ואינה זוכה בתשלומין כשמת האב. ופסק הרמב"ם דמפותה זוכה בתשלומין כשמת האב איירי רק במפותה קטנה דאינה יכולה למחול. ובאמת ככה פסקו התוס' (כתובות מב. ד"ה לאביה) דאין מחילה במפותה קטנה ולכן כשמת אביה לפני העמדה בדין היא זוכה בתשלומין. אבל נראה דאי אפשר לומר כן בשיטת הרמב"ם דהרי משמע להדיא מדבריו (פרק ב מהלכות נערה בתולה הל"י-יא) דיש מחילה בקטנה מפותה דראויה לזכות בהקנס, וז"ל כל בת שיש לה קנס יש לה בושת ופגם ואם היתה אנוסה יש לה צער וכל בת שאין לה קנס כך אין לה לא בושת ולא פגם אם נתפתתה וכן אם נאנסה חוץ מבוגרת וממאנת ושוטה וחרשת, כיצד האונס את הבוגרת ואת הממאנת אע"פ שאין להן קנס יש להן בושת ופגם וצער, והאונס שוטה או חרשת משלם צער בלבד, אבל המפתה את כולן פטור מכלום עכ"ל. מבואר דלגבי קטנה הממאנת דהמאנס אותה חייב בבושת ופגם, אבל המפתה

אותה פטור לגמרי. ונראה דהמפתה פטור מטעם מחילתה.[164] ואם הרמב"ם חולק על תוס' וסובר דיש מחילה לקטנה מפותה, אזי הדרא קושיית הראב"ד לדוכתא, למה פסק הרמב"ם דאם מת האב לפני העמדה בדין שהמפותה זוכה בתשלומין.

ונראה לתרץ דיש לרמב"ם שיטה אחרת בנידון, דהא דקטנה ונערה המפותות אינן זוכות בקנס אינו מטעם מחילה אלא מדין אחר. דעיין בדבריו (פרק ב מהלכות נערה בתולה הלי"ז), וז"ל אני אומר שזה שנ' בתורה אל תחלל את בתך להזנותה, שלא יאמר האב הואיל ולא חייבה תורה מפתה ואונס אלא שיתן ממון לאב הריני שוכר בתי הבתולה לזה לבוא עליה בכל ממון שארצה או אניח זה לבוא עליה בחנם שיש לאדם למחול וליתן ממונו לכל מי שירצה לכך נאמר אל תחלל את בתך להזנותה, שזה שחייבה תורה לאונס ולמפתה ממון לא מלקות בשאירע הדבר מקרה שלא מדעת אביה ולא הכינה עצמה לכך שדבר זה אינו הווה תמיד ואינו מצוי אבל אם הניח זה בתו הבתולה מוכנת לכל מי שיבוא עליה גורם שתמלא הארץ זמה ונמצא האב נושא בתו והאח נושא אחותו שאם תתעבר ותלד לא יודע בן מי הוא, והמכין בתו לכך הרי היא קדשה ולוקה הבועל והנבעלת משום לא תהיה קדשה ואין קונסין אותו שלא חייבה תורה קנס אלא לאונס ומפתה אבל זו שהכינה עצמה לכך בין מדעתה בין מדעת אביה הרי זו קדשה, ואיסור קדשה אחד הוא בין בבתולה בין בבעולה ולפיכך אמרו חכמים שהיוצא עליה שם רע בילדותה אין לה קנס כמו שבארנו שהרי זו בחזקת שהפקירה עצמה לדבר זה ברצונה עכ"ל. הרמב"ם חילק בין אונס ומפתה של דרך מקרה דחייב בקנס, לבין האיסור זונה דחל כשהיא מוכנת לכך בין מדעת אביה בין מדעתה שאין הבועל חייב בקנס. והנה מתחילת דברי הרמב"ם משמע דכשהיא מוכנת לכך הבועל פטור מקנס מטעם מחילת אביה או מחילתה – "שיש לאדם למחול וליתן ממונו לכל מי שירצה". אמנם מסוף דברי הרמב"ם נראה להדיא דהפטור אינו מטעם מחילה דעלמא, אלא דהמצב של הכנה ודעת לביאה אינו בכלל פרשת הקנס מעיקרא, דהיינו דפרשת קנס שייך רק לביאה במקרה ובלי דעת והכנה. דהרי כתב הרמב"ם, וז"ל שלא חייבה תורה קנס אלא לאונס ומפתה אבל זו שהכינה עצמה לכך בין מדעתה בין מדעת אביה הרי זו קדשה עכ"ל.

ולפי"ז מובן למה אם מת האב המפותה זוכה בקנס במקום האב, ואילו אם היא נבעלת ברצון לאחר מיתת האב דהיא אינה זוכה בקנס. דאם הפטור במפותה חל מדין מחילה,

[164] המשל"מ (פרק ב מהלכות נערה בתולה הלי"ג) נסתפק בשאלת מחילת קטנה מפותה. ועיין באו"ש (פרק ב מהלכות נערה בתולה הל"י) דדייק בשיטת הרמב"ם כמו רבינו זצ"ל כאן דקטנה מפותה מוחלת. אבל עיין במנחת חינוך (מצוה סא) דהביא מהרמב"ם (פרק י מהלכות מלכים הל"ג) דמשמע דאין מחילה בקטנה מפותה, ועיין בקהלות יעקב כתובות (סימן לט) ביישוב הסתירה בדברי הרמב"ם.

אזי אין טעם לחלק בין המקרים. אבל באמת הרמב"ם סובר דאין הפטור חל מדין מחילה אלא בהגדרת מעשה הביאה כנ"ל. ולכן, כשהאב בחיים אנו הולכים בתר דעתו, דהיינו דאם הוא הכין וידע על הביאה אין חיוב קנס. וכשהאב מת והיא עומדת ברשות עצמה בשעת ביאה אנו הולכים בתר דעתה, דהיינו דאם היא הכינה עצמה לכך חסר המחייב של הקנס. ויוצא מזה, דהמפתה ממאנת אין לה תשלומין בכלל כי היא עומדת ברשות עצמה ונבעלה מדעתה. אבל בנערה דנתפתתה בחיי האב, והאב מת לפני העמדה בדין, אזי הגדרת הביאה הולכת בתר דעת האב דלא ידע ולא הכין לה לביאה זו. ולכן היא מוגדרת כמפותה בדרך מקרה ויש חיוב קנס לאב דעובר ממנו לבת אחרי מיתת האב. אולם הראב"ד חולק הרמב"ם ונקט דכל מפותה מוחלת על התשלומין, ולכן הקשה דגם אם היא נבעלה בחיי האב ואח"כ מת היא אינה זוכה בתשלומין דהא מחלה.

ז

בגדר בושת פגם וקנס

איתא ברמב"ם (פרק ד מהלכות חובל ומזיק הלי"ד) וז"ל החובל בבת קטנה של אחרים, אם נזק הפוחת אותה מכספה הוא הרי הוא של אב וכן שבתה של אב שהרי מעשה ידיה וכסף מכירתה של אביה הוא, אבל צער ובושת וריפוי הרי הוא שלה וכן נזק שאינו פוחת אותה מכספה הרי הוא שלה, וכן החובל בבתו משלם לה צער ורפוי ובושת עכ"ל. פסק הרמב"ם הוא ע"פ מסקנת הגמרא (בבא קמא פז.-פז:) דהאב אינו זוכה בכל דמי חבלה מדין שבח נעורים לאביה, אלא הוא זוכה בההפסדים שהחבלה גרמה לו כמו שבת ונזק הפוחת אותה מכספה אם הוא רוצה למוכרה. ויש להקשות לפי זה למה בהיכי תמצא של אונס ומפתה פסק הרמב"ם דהאב זוכה לא רק בקנס אלא גם בבושת ופגם במפותה וגם בצער באנוסה, וז"ל שלשה דברים של מפתה וארבעה של אונס הרי הן של אב שכל שבח נעורים לאב, ואם אין לה אב הרי הן של עצמה עכ"ל. וצ"ע מאי שנא הפגם בושת וצער של אונס ומפתה שהולכין לאב, מדמי חבלה בעלמא כשאדם חובל בבת אחרים דאינו הולך לאביה.

ובאמת מצינו שיטות בראשונים דהשוו בין דמי החבלה בבת דעלמא לבין דמי החבלה דאונס ומפתה. דהרי לגבי צער, מצינו שיטת הראב"ד דהנערה הנאנסה זוכה בצער ולא האב. ולפי זה אין הבדל בין צער דחבלה לבין צער דאונס, דבנערה שניהם משתלמים לנערה ולא לאב. אמנם רוב הראשונים נקטו ע"פ המשנה ריש פרק ד' דכתובות (מא:) דהאב זוכה בצער דבתו אנוסה. דאיתא במשנה וז"ל נערה שנתפתתה, בושתה ופגמה וקנסה של אביה, והצער בתפוסה עכ"ל, ומשמע דכמו דבושת ופגם הולכים לאביה גם

הצער בתפוסה הולך לאביה. ולפי"ז יש להקשות על הראשונים האלו, מאי שנא הצער דנערה דעלמא דהיא גובה בעצמה לבין הצער דאונס דמשתלם לאב.[165]

ואף לגבי הבושת מצינו מחלוקת בין הראשונים האם להשוות דמי הבושת דחבלה בעלמא לבין הבושת דאונס ומפתה. דהרי הרמב"ן (מלחמות ה' ב"ק לא: בדפי הרי"ף) הביא את דברי הבע"מ דפסק דתשלומי בושת של חבלה בעלמא לאביה כמו הבושת דאונס ומפתה.[166] אמנם הרמב"ן עצמו דחה את זה והוכיח מהגמרא דבושת דעלמא משתלם לנערה עצמה ולא להאב. וכן פסק הרמב"ם להדיא (מובא לעיל) דיש הבדל בין בושת פגם וצער דאנוסה ומפותה לבין תשלומי חבלה דעלמא דנערה.

ומוכח דלפי הרמב"ם ועוד ראשונים יש דין מיוחד בתשלומי חבלה באונס ומפתה דהם תלויים בדין של הקנס, דמי שזוכה בקנס ג"כ זוכה בתשלומי בושת פגם וצער. והחידוש הזה מבואר מדברי תוס' (כתובות מא: ד"ה לא הספיקה) דדייקו מהמשנה דכשמת האב לפני העמדה בדין, דהנערה עצמה - ולא האחים היורשים - זוכה לא רק בקנס אלא גם בבושת ופגם. והתוס' לעיל (לח: ד"ה יש בגר) הסבירו דאע"פ דבושת ופגם דינם כממון ולא כקנס, עדיין הנערה זוכה בהם ולא יורשי האב, וז"ל דלענין זה ודאי איתקוש בושת ופגם לקנס דכתיב תחת אשר ענה מכלל דאיכא בושת ופגם דלמי שזה ניתן זה ניתן וכו' עכ"ל.[167] וגם הרמב"ם פסק כהתוס', דכמו שהבת זוכה בקנס כשמת האב קודם העמדה בדין היא ג"כ זוכה בבושת ופגם, וז"ל מפותה או אנוסה שלא תבעה עד שבגרה או עד שנשאת או עד שמת האב הרי הארבעה דברים או השלשה שלה, עמדה בדין ותבעה אותו ואחר כך בגרה או נשאת הרי הן של אב ואם מת האב אחר עמידתה בדין הרי הן של אחין שהן יורשי האב מעת שעמדה בדין זכה בהן האב עכ"ל. ומוכח דיש קשר בין הבושת ופגם לבין הקנס ומי דזוכה בקנס גם זוכה בבושת ופגם.[168]

---

[165] עיין ברש"י (שם ד"ה והצער) וז"ל והצער נמי לאביה באנוסה עכ"ל. הרמב"ן, הרשב"א והריטב"א (שם ד"ה והצער) הסבירו דצער דחבלה בעלמא לא משתלם לאביה כמו שעולה ממסקנת הסוגיא בב"ק (פז.-פז:), ושאני צער דאונס דנחשב בידו דהאב לצערה כי הוא יכול למוסרה למי שהוא רוצה לביאת קידושין.

[166] עיין ברמ"ה (מובא בשטמ"ק ב"ק פז: ד"ה וזה לשון הרמ"ה בפרטיו) דגם פסק דבושת של חבלה בעלמא משתלם לאביה.

[167] אבל עיין בדברי הרמב"ן (שם על המשנה) דחולק על תוס' וסובר דמכיון דהבושת ופגם דינם כממון ולא כקנס, האחים היורשים זוכים בהם כשמת האב.

[168] לכאורה יש להוכיח דיש חלות מיוחדת לבושת ופגם דאונס ומפתה מדברי הרמב"ם (פרק ב מהלכות נערה בתולה הל"ט-הל"י) וז"ל כבר הודענו הבנות שאין להן קנס ועשר הן, הבוגרת, והממאנת, והמנורשת, והאילונית, והשוטה, והחרשת, והגיורת, והשבויה, והמשוחררת, והיוצא עליה שם רע, ושאר הבנות יש להן קנס, כל בת שיש לה קנס יש לה בושת ופגם ואם היתה אנוסה יש לה צער וכל בת שאין לה קנס כך אין לה לא בושת ולא פגם אם נתפתתה וכן אם נאנסה חוץ מבוגרת וממאנת ושוטה וחרשת עכ"ל. ברוב המקרים הרמב"ם חיבר בין החיוב קנס לחיוב בושת ופגם. עיין בכס"מ (שם הלכה י) דהביא מדברי הטור וז"ל איני מבין דבריו דמה תלוי צער ובשת ופגם בקנס דאע"פ שאין להן קנס למה לא יהא להן שאר הדברים, ובאמת גם בעיני יפלא וצריך עיון עכ"ל. ואולי אפשר

אלא דיש להסתפק עד כמה דיני הקנס חלין על הבושת והפגם. למשל, מהו הדין אם הבועל מודה במעשה האונס ונפטר בכך מחיוב הקנס אבל עדיין חייב בבושת פגם וצער לאב, ואז מת האב לפני העמדה בדין. דבדרך כלל לפי הרמב"ם והתוס' תשלומי החבלה הולכים לבת אחרי מיתת האב כמו הקנס. ויש להסתפק האם אמרינן דגם הכא מכיון דהקנס היה ראוי ללכת לבת אם הבועל לא הודה, א"כ גם אחרי הודאת הבועל עדיין תשלומי חבלה הם לבת, או"ד הגזה"כ דהבת זוכה בתשלומי חבלה ולא האחים היורשים חלה רק כשהבועל חייב בקנס. וא"כ במקרה דידן כשאין קנס, אזי האחים יירשו את תשלומי החבלה.

ח

יסוד דין שבח נעורים לאביה

גמ'. ואלא הא דאמר רב הונא אמר רב וכו' וכ"ת נילף מבושת ופגם, שאני בושת ופגם, דאבוה שייך בגווייהו.

מסקנת הגמרא בסוגיין משמע דהדרשא ד"שבח נעורים לאביה" שייך רק לנדרים, וצריך לימודים אחרים לשאר זכויות של האב בבתו נערה. אולם מהגמרא בבבא קמא (פז.) משמע דהדין דשבח נעורים לאביה כולל כל ממון שהאב מקבל בעד בתו, וז"ל בעא מיניה רבי אלעזר מרב החובל בבת קטנה של אחרים חבלה למי, מי אמרינן כיון דאקני ליה רחמנא שבח נעורים לאב, חבלה נמי דאבוה הוי, מאי טעמא דהא אפחתה מכספה, או דילמא שבח נעורים הוא דאקני ליה רחמנא, דאי בעי לממסר לה למוכה שחין מצי מסר, אבל חבלה כיון דאי בעי מתחבל בה לא מצי חביל לא קנייה ליה רחמנא אמר ליה לא זכתה התורה לאב אלא שבח נעורים בלבד עכ"ל. רש"י (פז. ד"ה שבח נעורים) פירש את הגמרא דזכיית האב בכסף קידושי בתו הוי מדין שבח נעורים, וז"ל שבח נעורים לאב - דכתיב בנעוריה בית אביה כל שבח נעורים לאביה אפי' כסף קדושין שלו עכ"ל. אבל התוס' שם (ד"ה כיון דאקני) הקשו על רש"י דזה נגד מסקנת הגמרא דידן בקידושין דהלימוד דבנעוריה בית אביה הוא רק לענין להפרת נדרים בלבד. ולכן תוס' פירשו דהמלים "שבח נעורים לאביה" בגמ' ב"ק לאו דוקא הם, וז"ל ונראה דבכל דוכתי דנקיט שבח נעורים לסימנא בעלמא נקטיה ולא משום דמפיק מבנעוריה עכ"ל. נמצא דנחלקו רש"י ותוס' בב"ק האם זכיית האב בכסף קידושי בתו הוי מדין שבח נעורים. ועיין ברמב"ם (פרק ב מהלכות נערה בתולה הלי"ד) דס"ל כשיטת רש"י דשבח נעורים אינו מוגבל

לבאר ע"פ יסוד דרבינו זצ"ל דיש חלות מיוחדת לתשלומי חבלה דביאת קנס ויש קשר הדוק בין חיוב דקנס לבין חיובי הבושת והפגם.

לנדרים בלבד, וז"ל שלשה דברים של מפתה וארבעה של אונס הרי הן של אב שכל שבח נעורים לאב, ואם אין לה אב הרי הן של עצמה עכ"ל. ומבואר בדבריו דהאב זוכה בבושת פגם וצער מדין שבח נעורים לאביה. ולכאורה צ"ע על רש"י והרמב"ם קושיית התוס', דהרי בסוגיא דידן בקידושין משמע דשבח נעורים מוגבל לנדרים בלבד.

ונראה לפרש דרש"י ורמב"ם אזלי לשיטתם. דלעיל (בענין שבח נעורים אות א') ביארנו דלפי רש"י קושיית הגמ' "תקדיש איהי נפשה ושקיל כספה" פירושו, דאין להאב הכח לקדש בתו נערה כלל. ואז הגמ' רצתה להוכיח דיש לו הכח לקדש מזה דהוא זוכה בהכסף קידושין מדין שבח נעורים לאביה. ולפי זה, כשהגמ' דחתה את הלימוד משבח נעורים, אנו חוזרים לנקודת ההתחלה דאין להאב הכח לקדש את בתו נערה בכלל. ובהמשך השקלא וטריא כשהגמרא רצתה ללמוד דכסף קידושיה להאב מנדרים, או מקנסא או מבושת ופגם, אין הפשט דבכל פעם יש לימוד חדש מזכות האב הפרטי לזכויותיו בקידושין. אלא הביאור הוא דמהזכויות הפרטיות האלו, הגמ' רצתה להוכיח דיש כלל דשבח נעורים לאביה, דהיינו דכשיש להאב בעלות בענין מסויים בבתו הוא זוכה בהכסף. למשל, הדין דהאב זוכה בבושת ופגם מוכיח דיש להאב בעלות מסויימת לענין זה בבתו, ולכן הדין דבושת ופגם נכלל בהכלל דשבח נעורים לאביה. והגמ' רצתה ללמוד דהכלל הזה שייך גם לכסף קידושין, דהיינו דכמו שהאב זוכה בבושת ופגם מכיון דיש לו בעלות מסויימת בבתו לענין זה, כמו"כ ראוי שהאב יקבל את כסף הקידושין כי יש לו בעלות בבתו נערה לענין זה. ולפי"ז נראה דכל פעם שהגמ' דוחה דאין ללמוד מהדינים האלו לכסף קידושין, אזי אין מקור בכלל שיש להאב בעלות על קידושי בתו נערה, ולכן קידושין אינו נכלל בהדין דשבח נעורים לאביה. לפי זה, אחרי שיש לנו הלימוד מ"ויצאה חנם אין כסף" דהאב זוכה בכסף קידושין דבתו נערה, ואנו לומדים מזה דיש לו כח לקדש בתו (כמבואר לעיל), מוכח דיש להאב בעלות על קידושי בתו נערה. וא"כ בשלב הזה אפשר לחזור ולומר דכסף קידושין הוא כמו שאר הלימודים הפרטיים המלמדים דיש להאב בעלות בענין מסויים, וכל דינים האלו נכללים בהדין דשבח נעורים לאביה. ולפי"ז שפיר כתבו רש"י והרמב"ם דבמסקנת הגמרא כל הזכויות האלו נכללים בכלל אחד דשבח נעורים לאביה – דאם יש להאב בעלות לענין מסויים הוא זוכה בכסף.

אמנם אי אפשר לפרש הכי לשיטת התוס'. דהרי התוס' פירשו דגם בהו"א הגמרא ידעה דיש כח להאב לקדש את בתו כשהיא נערה, והגמ' רק נסתפקה במי זוכה בכסף כשהיא מקדשת את עצמה. ומבואר לפי"ז דבכל השקלא וטריא הגמ' נקטה דיש להאב בעלות ושייכות בקידושי בתו נערה, ועדיין הגמ' דוחה את הלימודים דהוא זוכה בכסף משבח

נעורים. וא"כ, תוס' אינם יכולים ללמוד דבמסקנת הגמרא אנו חוזרים לכלל דשבח נעורים לאביה, כי הגמרא ידעה מכבר דיש להאב בעלות בענין קידושי בתו ונערה ועדיין קס"ד הגמ' דאעפ"כ הוא אינו זוכה בכסף. אלא, יוצא דלפי התוס', הא דהאב זוכה בכסף קידושין אינו מדין בעלותו על הקידושין כדי לומר דהוא נכלל בדין הכללי של שבח נעורים, אלא האב זוכה בכסף קידושין מדין אחר בפנ"ע.

אולם לכאורה יש להקשות על הרמב"ם דמשמע מדבריו דגם מציאת בתו נערה נכללת בכלל הזה דשבח נעורים לאביה מדאורייתא. דאיתא במשנה (כתובות מו:) וז"ל האב זכאי בבתו בקדושיה בכסף בשטר ובביאה וזכאי במציאתה ובמעשה ידיה ובהפרת נדריה וכו' עכ"ל. ועיין בפירוש המשניות להרמב"ם דהוא כולל כל הדינים האלו בכלל אחד דאורייתא, וז"ל דברים אלו שהאב זכאי בהן כל זמן שבתו נערה לפי שאמר ה' בנעוריה בית אביה ובא בקבלה כל שבח נעורים לאביה עכ"ל. ומשמע מזה להדיא כמו שביארנו, דכל הלימודים הפרטיים נכללים בכלל אחד דאם יש להאב בעלות בענין מסויים אזי הוא גם זוכה בכסף. אמנם לכאורה קשה לומר הכלל הזה בנוגע למציאת בתו נערה דהרי איתא בהדיא בגמרא (כתובות מז.) דהוא מדרבנן מדין איבה.[169] וצ"ע.

ובסיכום נראה דיש ג' שיטות לגבי הגדר דשבח נעורים: א) פשטות הגמ' דהדין הזה שייך רק בהפרת נדרים ושבח נעריה לאביה הוי דין פרטי בנדרים בלבד. ב) שיטת הרמב"ם דשבח נערים הוי דין כללי ושייך גם למציאה. ג) שיטה אמצעית דשבח נעורים הוי דין כללי ושייך גם לכסף קידושין אבל אינו כולל את הדין דהאב זכאי במציאתה. וצ"ע במה נחלקו הרמב"ם והשיטה האמצעית לגבי שבח נעורים במציאה.

ונראה לבאר דנחלקו הרמב"ם והשיטת האמצעית לגבי הגדר דהכלל דשבח נעוריה לאביה. דאם שבח נעורים הוי דין כללי דשייך לקידושיה וכו' אבל עדיין אינו שייך למציאה, י"ל דאין שבח נעורים דין בממון דכל מה דקנה הבת קנה האב, אלא דהוא שייך רק היכא דיש להאב זכויות בה לאותו דבר. למשל, מכיון דבידו לקדשה למי שהוא רוצה, הדין דשבח נעורים מלמד דהוא זוכה בכסף קידושין. אבל לגבי מציאה דאין להאב זכות

[169] השיטה הזאת גם עולה מפירוש המשניות בבא מציעא (פרק א משנה ה). דאיתא במשנה שם וז"ל מציאת בנו ובתו הקטנים מציאת עבדו ושפחתו הכנענים מציאת אשתו הרי אלו שלו מציאת בנו ובתו הגדולים מציאת עבדו ושפחתו העברים מציאת אשתו שגרשה אף על פי שלא נתן כתובתה הרי אלו שלהן עכ"ל. והרמב"ם (שם) פירש וז"ל אבל הבת כל זמן שהיא נערה מציאתה של אביה ואפילו לא היתה סומכת של שלחנו, ואפילו היתה מכורה כלומר שמכרה לאמה מציאתה של אביה לפי שכל שבח נעורים לאב כמו שנתבאר בפרק הרביעי דכתובות עכ"ל. ומשמע להדיא דהאב זוכה במציאת בתו נערה מדאורייתא. וגם רש"י מפרש ככה – עיין בדבריו בב"מ (יב. ד"ה מציאת) וז"ל בתו הקטנה בכתובות (מו:) ילפינן לה מקראי, דקטנה ואף נערה כל שבח נעוריה לאביה עכ"ל. והשטמ"ק ב"מ (שם ד"ה מציאת) העיר דרש"י והרמב"ם סוברים דשבח נעורים לאביה כולל מציאת בתו נערה. וע"ע בפירוש רש"י לנדה (מז. ד"ה בזו ובזו) .

לשלח אותה למצוא אבידות אזי הדין דשבח נעורים אינו מורה דהאב זכאי במציאתה, ולכן מבואר בגמ' דהוא דין דרבנן. אבל הרמב"ם סובר דגם מציאות הבת נכללים ביסוד דאורייתא דשבח נערים לאביה, כי שבח נעורים הוי דין כללי דכל ממון דהבת זוכה בה עובר לאביה בדומה לדין דמה שקנה עבד קנה רבו.
ע"כ ענין שבח נעורים לאביה

דף ד.

גמ'. גופא ויצאה חנם אלו ימי בגרות, אין כסף אלו ימי נערות וכו' בגרות שמוציאה מרשות אב אינו דין שמוציאה מרשות אדון.

בענין גדלות

א

בגדר הדין דנערה יוצאת מרשות האב

מהגמ' משמע דאי לאו קרא או קו"ח לא הוי ידעינן דבגרות דאיילונית מוציאה מרשות האב. ולכאורה צ"ע כי הרי נערות הויא בכלל בגרות, ואיילונית בוגרת ראויה לצאת מדין הנערות שבה ולמה בעינן לימוד מיוחד. ונראה ע"פ הסוגיא ביבמות (פ.) וז"ל איתמר אכל חלב מבן שתים עשרה [ויום אחד] עד בן שמנה עשרה, ונולדו בו סימני סריס, ולאחר מכאן הביא שתי שערות, רב אמר נעשה סריס למפרע, ושמואל אמר קטן היה באותה שעה, מתקיף לה רב יוסף לרב אילונית לרבי מאיר יהא לה קנס אמר ליה אביי מקטנותה יצתה לבגר עכ"ל. כלומר, לפי רב משהגיעה לגיל כ' ונולדו סימיני איילונית, היא נחשבת כגדולה למפרע ועוברת מיד מקטנות לבגרות.
ונחלקו הראשונים באיזה גיל היא נחשבת כגדולה למפרע. רש"י (שם ד"ה נעשה סריס למפרע) כתב דיש לה דין גדולה למפרע מתחילת שנת י"ב, וז"ל אלא בסריס מחזקינן ליה וחשבינן לה בת עונשין משנים עשר ואילך שהיתה ראויה להביא [השערות] דאמר האי דלא אייתי משום דסריס הוה עכ"ל. אמנם הרמב"ן (שם ד"ה אכל חלב) פירש את הסוגיא באופן אחר וביאר דרב סובר דהאילונית נעשית גדולה למפרע משנת שתים עשרה וחצי, וז"ל אבל בנקבה אינה איילונית אלא משנת י"ב וששה חדשים, דמקטנות יצאה לבגר עכ"ל.[170] ונראה לבאר דרש"י והרמב"ן נחלקו בגדר הדין דאילונית יצאה מקטנות לבגרות. דהרמב"ן נקט דהיא יוצאת ממש מקטנות לבגרות, ומדלגת על השלב

[170] ועיין ברמב"ן (ד. ד"ה בבגרות) וז"ל דלרב משכחת לה כשמכרה בתשע ועשר כשהיא קטנה ויצאה בשש וכשהגיעה לעשרים ונודע שהיא אילונית נעשית גדולה למפרע ואיגלאי מילתא שהיה דינה לצאת מבת שתים עשרה שנה ומחצה עכ"ל.

של נערות. לפיכך גיל הגדלות שלה תלויה בגיל הרגיל של בגרות, דהיינו שתים עשרה וחצי, דאזי היא נכנסת מקטנות לבגרות. אבל רש"י סבור דהאילונית בעי לעבור על כל השלבים של גדלות כמו כל הבנות, אלא דהיא נמצאת בשלב של נערות כהרף עין בלבד, ומיד כשהיא נכנסת מקטנות לנערות היא עוברת מנערות לבגרות. ולכן גיל הגדלות שלה תלוי בגיל הנערות בכל הבנות.

ויוצא לפי זה דהקושיא דלעיל – למה בעינן לימוד מיוחד דבגרות מוציאה מרשות אביה – תלויה במחלוקת רש"י והרמב"ן. דלפי הרמב"ן באיילונית אין חלות שם נערות כלל ולכן בעינן מקור נפרד דאיילונית בוגרת יוצאת מרשות אביה. משא"כ לפי רש"י דיש חלות שם נערות לאיילונית, לכל הפחות לרגע אחד, הרי פשיטא דאיילונית יוצאת מרשות אביה ולמה בעינן לימוד מיוחד.

ונראה דיש לעיין בגדר הדין דנערה יוצאת מרשות אביה האם חלות הגדלות שבנערות מוציאה מרשות האב, או דלמא היציאה מרשות האב הוי דין בסימני נערות עצמן, ולא רק שהיא גדולה עכשיו. ונראה לבאר דרש"י סבור דהסימנים ולא עצם הגדלות בלבד מוציאה מרשות אביה. ולפי זה גם אם נאמר דהיתה לאיילונית דין נערות, עדיין בלי לימוד מיוחד היא לא תצא לרשות עצמה כי סוף כל סוף אין לה הסימנין. ולכן בעינן לימוד מיוחד לאיילונית.

ב

בגדר סימני איילונית

בדרך כלל גדלות נקבעת ע"י סימנים ושנים, ויש לעיין מה גורם לחלות הגדלות לגבי איילונית.[171] כבר הבאנו דלפי שיטת רב (יבמות פ.) משהגיעו סימני איילונית בבת כ', היא נעשית גדולה למפרע. אך נחלקו הראשונים בשיטת רב האם בעינן דהיו לה סימני איילונית בשעתן בגיל י"ב או בגיל י"ב וחצי. דרוב הראשונים נקטו דהיא נעשית גדולה למפרע מגיל י"ב שנה, או י"ב שנה ומחצה, אע"פ דלא היו לה שום סימנים בגיל זה. לפי הדעות האלו יוצא דבעצם אין קשר בין הסימני איילונית עצמן והגדלות, דהרי למפרע

[171] עיין בחידושי הגר"ח זצ"ל על הרמב"ם (פרק ב מהלכות אישות הל"ט) וז"ל והנה ביבמות (פ.) איתמר אכל חלב מבן שתים עשרה ויום אחד עד בן שמנה עשרה ונולדו בו סימני סריס וכו' רב אמר נעשה סריס למפרע, ושמואל אמר קטן היה באותה שעה, וי"ל דפליגי דרב סובר דנעשה גדול מעצמו במה שהוא סריס ואינו בר הבאת שני שערות ובשנים לבד הוא דנעשה גדול, ועל כן ס"ל דנעשה גדול למפרע כיון דהשתא כשנולדו בו סימני סריס איתברר מילתא דלא היה אז בר הבאת שני שערות, ושמואל סובר דבעינן דוקא סימני סריס לגדלות, ועל כן לא נעשה גדול רק משעה שנולדו בו סימני סריס, וגם יש לפרש דתרוויהו ס"ל דבעינן דוקא סימני סריס לגדלות, ותרוויהו ס"ל דהסימנים ראויין לעשותו גדול למפרע, אלא דפליגי אם אמרינן איגלאי מילתא למפרע אם לא עכ"ל. ורבינו זצ"ל הוסיף דגדר הסימני איילונית לפי רב (הב' צדדים בחקירת הגר"ח זצ"ל) תלוי במחלוקת הראב"ד ושאר הראשונים. וע"ע בזה בחידושי הגרי"ז למסכת תמורה (ב: ד"ה בדין מופלא).

יש לה דין גדולה לפני שהגיעו סימני איילונית. וס"ל דאיילונית נעשית גדולה בשנים לבד, וסימני איילונית רק מבררין דיש לה שם איילונית. אמנם הראב"ד (מובא ברמב"ן, רשב"א, וריטב"א קידושין ד.) פירש את שיטת רב באופן מחודש, דהיינו דכשהיא נעשית בת כ' ויש לה סימני איילונית יש לה דין גדולה למפרע משעה שנולדו בה סימני איילונית. ומבואר מזה דהראב"ד חולק על רוב הראשונים ונקט דגם גדלות דאיילונית תלויה בשנים וסימנים אלא דבמקום שתי שערות יש סימני איילונית.[172]

והנה בסוגיא דיבמות שם, שמואל חולק על רב וסבור דאיילונית נחשבת כגדולה רק מגיל עשרים והלאה, וכמו"כ יש לעיין בשיטתו האם השנים וסימני איילונית ביחד גורמים הגדלות, או"ד בעצם רק השנים גורמים הגדלות ובעינן הסימנים להגדירה כאיילונית כדי שיהא לה דין גדולה משנת כ'. דהרי אי אין לה חלות שם איילונית ע"י הסימנים, אזי היא נעשית גדולה רק מגיל ל"ה שנה ויום אחד (כדמבואר ברמב"ם פרק ב מהלכות אישות הל"א). ומסתבר דכמו דלפי רוב הראשונים רב סובר דשנים לחוד גורמים הגדלות באיילונית, כמו"כ שמואל ס"ל הכי. והסימנים הם רק כדי להחיל עליה חלות שם איילונית.

ועוד יש לחקור בשיטת שמואל דהיא נעשית גדולה בבת כ' – האם הכ' שנים הוו דין בגדלות או דין בשם איילונית. כלומר, דיתכן דכל העשרים שנה גורמים הגדלות באיילונית. ולפי זה נחלקו רב ושמואל לגבי כמה שנים בעינן לגרום הגדלות לאיילונית. או"ד שמואל מודה לרב דאיילונית אינה חלוקה מאשה רגילה והיא צריכה רק י"ב שנה כדי להיות גדולה. אלא דשמואל סובר דכדי להגדירה כאיילונית בעינן לא רק סימני איילונית (כדס"ל לרב) אלא גם כ' שנים. ולכן כשהאשה מגיעה לכ' שנים עם סימני איילונית אפשר להגדירה כאיילונית, ומכאן ולהבא היא גדולה מדין הי"ב שנים הראשונות שלה.

ויש להוכיח מפסקי הרמב"ם כמו הצד השני. דהרי הרמב"ם (פרק ב מהלכות אישות הל"ג) פסק כשמואל דאינה נעשית גדולה למפרע, אבל הוא חילק בין אשה דהגיעה לגיל כ' עם סימני איילונית לבין אשה דהגיעה לגיל ל"ה בלי סימני איילונית, וז"ל הגיעה לשתים עשרה שנה ויום אחד ולא הביאה שתי שערות אע"פ שנראו בה סימני אילונית עדיין

[172] ובזה מתורץ תמיהת הקרן אורה (יבמות פ. ד"ה והוא דעת הראב"ד ז"ל) על הראב"ד, וז"ל והוא דעת הראב"ד ז"ל, דלא נעשה גדול למפרע אלא מעת שנולדו בו סימני סריס, אבל לא משנת י"ב, כמבואר בדברי המשנל"מ ז"ל בפ"ד מהל' עבדים (ה"א) ע"ש באורך, אלא דאין לזה טעם מספיק, דאטו סימני איילונית הם סימני גדלות, ועל כרחך הא דמחזקינן לה בגדולה למפרע הוא משום דמחזקינן דמה שלא הביאה שערות בזמנן הוא משום דהיא איילונית, ולא מחמת קטנות. ואזלינן בזה בתר שנים לחוד. אם כן אמאי לא נחזיק אותה בגדולה מיד לאחר י"ב עכ"ל.

קטנה היא עד עשרים שנה, וכשתביא שתי שערות אפילו בשנת עשרים תהיה נערה ששה חדשים ואחר כך תקרא בוגרת, היתה בת עשרים שנה פחות משלשים יום ולא הביאה שתי שערות ונראו בה סימני אילונית הרי היא אילונית, ואם לא נראו בה כל סימני אילונית עדיין קטנה היא עד שתביא שתי שערות או עד שתהיה בת חמש ושלשים שנה ויום אחד עכ"ל. בנוגע לבת כ' דיש לה סימני איילונית פסק הרמב"ם דהיא נעשית גדולה שלושים יום לפני מלאת שנת העשרים שלה, ואילו לגבי הבת ל"ה בלי סימני איילונית, היא אינה נעשית גדולה חודש לפני שנת הל"ה שלה, אלא כשהיא נעשית ל"ה ויום אחד. והחילוק הזה צ"ע, דמאי שנא דאם יש לה סימני איילונית היא נעשית גדולה חודש לפני שנת העשרים שלה.

ונראה לבאר ע"פ חילוק אחר דמצינו בין חשבון השנים של בהמות לבין חשבון השנים דבני אדם. דלגבי בהמות פסק הרמב"ם (פרק א מהלכות מעשה קרבנות הלי"ג) דמונין שעות מעת לעת, וז"ל שעות מונין לקדשים, ואם הוסיפו שעה אחת או פחתו שעה פסולין, כיצד קרבן שמצותו להיות בן שנה אם הוסיף על השנה שעה אחת נפסל, אפילו היה בן שנה בשעת שחיטה והוסיף על השנה בשעת זריקה נפסל עד שיהיה בן שנה עד שעת זריקה וכן בכל הזבחים עכ"ל. הרי מבואר מדברי הרמב"ם דסוף שנה אחת ותחילת שנה הבאה תלויים בשעות מעת לעת.[173] אולם לגבי שנות הגדלות דאדם משמע מהרמב"ם (פרק ב מהלכות אישות הלכ"א) דהכל תלוי בתאריך ולא בשעות, וז"ל כל השנים האמורות בבן ובבת ובערכין ובכל מקום אינן לא שני הלבנה ולא שני החמה אלא שנים של סדר העיבור שהן פשוטות ומעוברות כמו שבית דין קובעין אותן כמו שביארנו בהלכות קידוש החדש, ובאותן השנים מונין לכל דברי הדת עכ"ל.[174] ויש להקשות, מאי שנא הגדר דשנים לגבי בהמות מגדר השנים לגבי גדלות דבני אדם.

ונראה לבאר דיש חילוק ביסוד דין השנים בבהמה לבין גדלות דבני אדם. דחשבון השנים דבהמות תלוי במציאות, דהיינו כמה הבהמה חיה וגדלה, ולכן מונין שעות מעת לעת. לעומת זה, גדלות דאדם אינה תלויה במציאות אלא השנים הוו חלות שיעור בדין והלכה למשה מסיני דגדלות. וההל"מ מורה דשיעור י"ב שנה ויום אחד גורמים חלות

[173] עיין בחידושי הגרי"ז למסכת ערכין (יח: ד"ה דהא אמרינן) דהדין דמונין שעות לקדשים הולך בשני הכוונים. זאת אומרת דאם בהמה נולד בב' ניסן בשעה ט' ביום אז הבהמה כשרה לקרבן בן שנה עד אותה שעה בשנה הבאה. זה מהוה קולא דהדין דמחשבין שעות כי לולי הדין דשעות היינו פוסלים אותו מתחילת היום דב' ניסן בשנה הבאה. והדין דשעות גם שייך לגבי תחילת שנה הבאה. דהרי כבש הופך להיות איל כשמגיע לגיל דשנה וחודש (פרק א מהלכות מעשה קרבנות הלי"ד), והגרי"ז דייק מלשון הרמב"ם דהשם איל חל רק באותה שעה דנולדה ביום השלושים ואחד אחרי תחילת השנה השניה שלו וזה מהוה חומרא של הדין דמחשבין שעות. ההיכא תמצא השני יותר דומה לחשבון השנים לגדלות דאדם.

[174] אמנם עיי"ש במשנה למלך דלפי כמה ראשונים גם בעינן מעת לעת כדי להיות גדול.

דגדלות בלי קשר למציאות דכמה זמן היא חיה. ולכן, מיד בתחילת היום הראשון דשנת השלושה עשר שלה היא כבר נעשית גדולה אע"פ דהיא עדיין לא היתה בחיים לי"ב שנים במציאות. והצורך דיום אחד הוא כדי לקבוע את השנים כשנים מלאות, כי רק שנים מלאות קובעות ומחילות חלות גדלות.[175]

ומוכח מזה דהשיעור דמנין שנים ויום אחד הוא מוכיח דהשנים האלו גורמים את חלות דין הגדלות ולא המציאות. ולפי"ז יש לבאר את החילוק בין איילונית עם סימנין שהופכת להיות גדולה בשנת כ' שלה, לבין איילונית בלי הסימנים דנשארת קטנה עד שנת ל"ה שלה. דאיילונית בלי סימנים בעי ל"ה שנים ויום אחד כדי להיות גדולה, וגדר הדברים הוא דהשנים האלו גורמים הגדלות לאשה הזאת. וגם לשון הגמ' (נדה מז:) משמע דשלושים וחמש שנים הוו שיעור בגדלות, וז"ל וכי לא נולדו לו סימני סריס, עד כמה תני ר' חייא עד רוב שנותיו עכ"ל. משמע דהגדלות תלוי בשיעור השנים. אבל לגבי האשה דיש לה סימני איילונית כבת כ', אין דין של יום אחד בפסקי הרמב"ם ובמקומו יש הדין דשלושים יום קודם שנת העשרים. ויוצא דהעשרים שנה אינן מלאות דהא חסר ל' יום. ואילו אי עצם השנים היו מחילות את חלות הגדלות בדין היה שתהיינה מלאות עם מקצת יום אחד לבסוף. ומשמע מזה דהעשרים שנה לשמואל אינן שיעור בחלות הגדלות אלא דכ' שנה ביחד עם הסימני איילונית הם מחילים בה שם איילונית אך רק מכאן ולהבא ולא למפרע כרב. ויוצא דלפי שמואל, רק הי"ב שנים הראשונות שלה מחילות את הגדלות דאיילונית מכאן ולהבא אחרי שחל בה שם איילונית. אלא דלפי שמואל בעינן סימני האיילונית וגם שתהיה בת כ' כדי להחיל בה בחלות שם איילונית מכאן ולהבא. מאידך לרב רק סימני איילונית מגדירים אותה כאיילונית למפרע ולכן היא הופכת להיות גדולה למפרע ע"י הי"ב שנים בלבד.

ע"כ ענין גדלות

דף ד:

גמ'. ובעלה, מלמד שנקנית בביאה, והלא דין הוא ומה יבמה וכו' תאמר בזו שאין זקוקה ועומדת, תלמוד לומר ובעלה.

בהו"א, הגמ' קס"ד דיש ללמוד קידושי ביאה מביאת יבום, אולם רב אשי דחה דיבמה שונה מאשה דעלמא כי היא זקוקה ועומדת. והשקלא וטריא דהגמרא טעון בירור, מה

[175] עיין בזה מדברי רבינו המובאים בקובץ מסורה כרך א (עמ' כד-כו) דרבינו זצ"ל הביא עוד כמה ראיות דיש לחלק בין מקרים דהרמב"ם מצריך שנים ויום אחד לבין מקרים דיש שיעור אחר דשנים.

היתה הסברא דההו"א ומהו הוי היסוד דדחיית רב אשי. ונראה לבאר את השקו"ט ע"פ חקירת הגר"ח זצ"ל בגדר ביאת יבום הגומר את הזיקה - האם מעיקרא הביאה חלה כקיום מצות "יבמה יבא עליה", וקנין היבום חל ממילא מן שמים, או"ד הביאה קונה את היבמה מדין מעשה קנין בדומה למעשה הקנין דביאה בקידושין, אלא דאופן מעשה הקנין דיבום מוגבל לביאה למעט כסף ושטר.[176] וי"ל דבהו"א הגמ' נקטה שביאת יבום חלה בתורת מעשה קנין ומשו"ה אפשר ללמוד ממנה קנין ביאה בקידושין.

ולמסקנא פליגי הראשונים בביאור דחיית רב אשי. דרש"י כתב (ד"ה שכן זקוקה) וז"ל זקוקה ועומדת לזה מחמת קידושי המת אין ביאה באה אלא לגמר אבל קנין דמעיקרא לא עכ"ל. לפי רש"י הביאור דזקוקה ועומדת הוא דזיקת היבמה הוי המשך של אישות המת, והיבום חל כדי לגמור אישות המת בשביל היבם. וכמו"כ התוס' (ד"ה מה ליבמה שכן זקוקה ועומדת) הביאו דעת ה"ר אלעזר משנז"א וז"ל וה"ר אלעזר משנז"א פי' שכן זקוקה ועומדת, שביאה זו אינה עושה אלא גומרת קדושי ראשון, ומשום דאשכחן ביאה גומרת לא נאמר שתקנה תחילת קנין עכ"ל. לפי רש"י והר"א משנז"א גם לפי המסקנא ביאת יבום הויא מעשה קנין, אלא דאין ללמוד ממנה לביאת קידושין כי ביאת קידושין יוצרת חלות אישות חדשה לעומת ביאת יבום דרק גומרת הקנין דמת.[177] אבל התוס' הביאו שיטה אחרת בביאור דחיית רב אשי, וז"ל ונראה לר"י דהכי פריך מצותה זקוקה ועומדת לביאה כלומר שעיקר מצותה להקים לאחיו שם הילכך נקל לה להקנות בביאה יותר מאשה עכ"ל. אליבא דהר"י עיקר חלות יבום היא שהיבם מקיים את המצוה להקים לאחיו שם והקנין חל ממילא, אך הביאה אינו מעשה קנין ולכן אינו דומה לביאת קידושין המהוה מעשה קנין.

דף ה.

גמ'. שטר שאין פודין בו הקדש ומעשר שני, דכתיב ונתן הכסף וקם לו.

בענין אין פודין הקדש ומע"ש בשטר וגדר שטר התחייבות

בענין אין פודין הקדש ומע"ש בשטר וגדר שטר התחייבות

א

מחלוקת רש"י ורשב"א

[176] עיין ברשימות שיעורים למסכת יבמות (ב. בענין הדקמה: מצות יבום וקנין יבום) דרבינו זצ"ל ביאר עפ"י החקירה הזאת כמה וכמה סוגיות בסדר נשים. וע"ע בשיעורים לקמן (ו. ד"ה מיועדת לי מהו).

[177] וע"ע בזה ברשימות שיעורים למסכת יבמות (יז: ד"ה אין זיקה).

הגמ' הביאה גזה"כ שאין פודין הקדש ומע"ש בשטר, לעומת קידושי אשה ששטר מועיל בו. ויש לעיין בגדר הדין דאין פודין הקדש בשטר. דרש"י (ד"ה שטר אין פודין בו הקדשות) נקט דאיירי בשטר התחייבות, וז"ל אם כתב לגזבר שטר על מעות פדיון הקדש אין הקדישו פדוי דבעינן ונתן הכסף וקם לו עכ"ל. כלומר, הגזה"כ מלמדת דאין פודין הקדש בשטר התחייבות. ומשמע מזה דבשאר קנינים דעלמא דאין להם את הגזה"כ המיוחדת, שטר התחייבות דינו ככסף ומועיל לקנין כסף. והקשה הרשב"א על רש"י שגם בכל התורה כולה אין דין שטר התחייבות כדין כסף, וז"ל מה לכסף שכן פודין בו הקדשות ומעשרות אבל שטר אין פודין בו הקדשות, פרש"י ז"ל אם כתב שטר על מעות אין הקדש פדוי דבעינן ונתן הכסף וקם לו, ואינו מחוור דבכה"ג אפילו באשה אינה מקודשת דאלו האומר לאשה הרי את מקודשת לי במנה ומחייב אני עצמי לך בשטר באותו מנה אינה מקודשת דמנה אין כאן ושטר אין כאן שהרי אינו מקדשה בשטר אלא במנה ומנה איננו כאן ובעינן כי יקח איש כלומר בכסף וכדתנן בבכורות פרק יש בכור (נא.) גבי פדיון הבן ומייתינן לה בר"פ הנושא את האשה (כתובות קב.) כתב לכהן שהוא חייב לו ה' סלעים חייב ליתן לו ה' סלעים ובנו אינו פדוי כדי שלא יאמרו פודין בשטרות דאלמא אפילו דבר תורה אינו פדוי עכשיו אלא לכשיתן וה"נ אינה מקודשת עד שיתן וההיא שעתא בכסף מתקדשת ולא בשטר עכ"ל. כלומר, דהרשב"א הוכיח דבקידושין ופדיון הבן אפי' בלי הגזה"כ "ונתן את הכסף וקם לו", אין שטר התחייבות מועיל בהם. ובהמשך דבריו כתב הרשב"א גדר אחר לדין דאין פודין הקדש ומע"ש בשטר, וז"ל ומש"ה נ"ל לפרש מה לשטר שכן אין פודין בו הקדשות אם כתב בשטר הקדש זה פדוי אינו פדוי דומיא דשטר קדושין שכותב לה הרי את מקודשת לי עכ"ל. כלומר, דהגמ' איירי כשאדם רוצה לפדות ההקדש על ידי קנין שטר, בדומה לשטר קידושין.[178]

ולכאורה יש להקשות ב' קושיות על שיטת רש"י בנוסף לקושיית הרשב"א משטר התחייבות בקידושין ופדיון הבן: א) רהיטת לשון הגמ' משמע כהרשב"א ד"שטר" פירושו קנין שטר. ויש לעיין למה מיאן רש"י מלבאר כמו הרשב"א דאיירי בקנין שטר. ב) לפי רש"י דשטר התחייבות דינו ככסף בכהת"כ אלא דיש גזה"כ דאין פודין בו הקדש ומע"ש, צ"ע דמה הביאור בגזה"כ הזה ומהו גדר הדברים דדבר דדינו ככסף בכהת"כ אינו מועיל לפדיון.

ונראה לבאר דיסוד דין פדיון הקדש ומע"ש הוא החלפת חפצא בחפצא, דהיינו דחלות הקדושה עוברת מההקדש ומע"ש וחלה על הכסף הפודה. ולכן היה פשיטא לרש"י דרק

[178] ועיין לקמן בסוגיא דמשכון (ח:) דרבינו זצ"ל ביאר דרש"י והרשב"א שם הולכים לשיטתם למחלקותם כאן.

קנין דחל ע"י החלפה ותמורה מועיל לפדיון הקדש ומע"ש, אבל לא קנין דחל ע"י מעשה קנין דעלמא. ולפי זה מובן למה רש"י היה מוכרח לבאר דההו"א דפודין הקדש בשטר אין פירושו קנין שטר דהרי הוא חל ע"י מעשה קנין דעלמא בלי שום החלפה ותמורה. אלא, דביאר דההו"א איירי בשטר התחייבות דדינו ככסף ולכן יש היסוד דהחלפה כדי דחלות הקדושה תעבור להכסף. כלומר, אע"פ דמצינו קנין כסף דחל ע"י מעשה קנין דעלמא בלי היסוד דתמורה, כמו בקידושי כסף דאין הבעל קונה את גוף האשה בדיני ממונות אלא דנתינת הכסף לה מהווה מעשה קנין כמו נתינת שטר, אבל בדיני ממונות דעלמא קנין כסף חל ע"י חלות פרעון ותמורה.[179] ולכן יש הו"א דפודין הקדש ומע"ש בשטר התחייבות המהווה קנין כסף עם חלות תמורה.

ועל פי זה גם ניתן להבין גדר הגזה"כ דאין פודין הקדש ומע"ש בשטר התחייבות. דהיינו, אע"פ דשטר התחייבות דינו ככסף ומועיל בדיני ממונות בתורת פרעון ותמורה, אמנם אין כאן חפצא דכסף. ולגבי פדיון הקדש ומע"ש צריך להחליף החפצא דקדושה בחפצא בעין כדי שיהא מקום לחלות קדושה להתפס, ולכן בעינן כסף ממש.[180]

ב

שטר התחייבות בקידושין ובפדיון הבן

והנה מבואר דרש"י והרשב"א נחלקו האם שטר התחייבות דינו ככסף בכהת"כ או לא. והרשב"א הביא ראיה מהדין במשנה (בכורות נא.) דשטר התחייבות אינו מועיל לפדיון הבן, וז"ל כתב לכהן שהוא חייב ליתן חמשה סלעים חייב ליתן לו ובנו אינו פדוי עכ"ל. ובכתובות (קב.) נחלקו רבי יוחנן וריש לקיש בדין מי שאמר חייב אני לך מנה בשטר וז"ל אתמר האומר לחבירו חייב אני לך מנה, רבי יוחנן אמר חייב, ור"ל אמר פטור, ה"ד וכו' והכא במאי עסקינן דא"ל חייב אני לך מנה בשטר עכ"ל. הגמרא (שם קב.) הביאה ראיה לרבי יוחנן מהמשנה בבכורות, דהרי מפורש שם דהכותב חייב אני לך חמשה סלעים באמת חייב לשלם לו הממון, וז"ל תא שמע כתב לכהן שאני חייב לך חמש סלעים חייב ליתן לו חמש סלעים, ובנו אינו פדוי עכ"ל. יוצא, דהיה פשוט לגמרא דאפילו לרבי יוחנן דהשטר נחשב כשטר התחייבות, עדיין אין בנו פדוי במסירת השטר, והפדיון חל רק

[179] עיין במחלוקת הסמ"ע והט"ז (חו"מ ריש סימן קצ). וע"ע ברשימות שיעורים לב"מ בענין קנין מעות (מו:) ולקמן בענין יש דמים שהן כחליפין (כח.) דרבינו זצ"ל האריך לבאר האם קנין כסף חל מדין פרעון או מדין מעשה קנין.

[180] עיין ברכת שמואל קידושין (סימן כד אות ה') בשם הגר"ח זצ"ל לגבי פדיון הבן וז"ל וכן שמעתי בימי חורפי מפי מו"ר זיע"א לתרץ הקושיא על שיטות הראשונים דבשט"ח יכול לקדש. והקשו מפדה"ב דאין יכול לפדות בשט"ח, ותירץ מו"ר זיע"א דבעי' שיעשה פדייה ויתפס פדייה ע"כ לא מהני שט"ח דאין על מה שיתפס הפדייה עכ"ל. והשווה לדברי הגר"ח זצ"ל (חידושי הגר"ח על הרמב"ם פרק ח מהלכות מעשר שני הל"ז).

בשעת נתינת הממון. והרשב"א הוכיח מהדין דאין מסירת השטר התחייבות פודה הבן, דבכתה"כ אין לשטר התחייבות דין ממון.

ונראה לבאר דלפי רש"י פדיון הבן שאני מקידושין ושאר קנינים. דבכהת"כ שטר התחייבות באמת דינו ככסף, ושאני פדיון הבן דהוי אחד ממתנות כהונה ובנוסף לדין כסף בעינן גם חלות דין נתינה לכהן. ואע"פ דשטר התחייבות דינו ככסף, בסופו של דבר האב לא נתן שום דבר חדש לכהן. דהרי התורה כבר חייבה אותו לתת לכהן ה' סלעים כדי לפדות בנו, וגם עכשיו אחרי כתיבת ונתינת השטר יש לו אותו חיוב לתת ה' סלעים לכהן. ובעצם האב לא נתן דבר חדש לכהן וא"כ חסר בדין נתינה דמתנות כהונה ובנו אינו פדוי.[182] אבל שפיר נחשב שטר התחייבות כממון בכהת"כ.[181]

והשתא דאתית להכי יש לעיין בשקלא וטריא דהסוגיא בכתובות. דהגמ' שם דחתה את הראיה לר' יוחנן וקבעה דאפשר לבאר החיוב לתת הה' סלעים לכהן אפי' לריש לקיש אע"פ דאין שטר כזה יוצר התחייבות, וז"ל שאני התם, דמשועבד ליה מדאורייתא, אי הכי אמאי כתב, כדי לברר לו כהן, אי הכי בנו אמאי אינו פדוי, כדעולא דאמר עולא דבר תורה פדוי לכשיתן, ומ"ט אמרו בנו אינו פדוי, גזירה שמא יאמרו פודין בשטרות עכ"ל. הרי מבואר בגמרא דלפי ריש לקיש נתינת שטר לכהן מועיל לברר לו כהן, כלומר לייחד החיוב הכללי דשייך לכל השבט להיות שייך לכהן מסויים. וצ"ע, דהרי החיוב דפדיון

[181] השווה דברי רבינו לדברי המנחת חינוך (מצוה שצב אות ז) דדחה ראיית הרשב"א נגד רש"י, וז"ל ולדידי אין ראיה כלל דשם דקונה בעד שטר ונותן חיוב חדש עליו אפשר דהוי כמו כסף לקנות, אבל כאן דבלא"ה משתעבד ומ"מ גזה"כ דצריך ליתן לכהן א"כ מה מוסיף כח השטר עכ"ל. ועיין בבית הלוי (חלק א סימן כג) וז"ל דלעולם מצינן לומר דבמה דנותן לה שט"ח ומתחייב לה מנה ומשעבד לה נכסיו נתינה זו של החוב הוי שפיר ככסף ומתקדשת בו וגם קונים בו כל דבר, אבל גבי פדיון הבן הרי גם קודם שכתב לכהן הי' עליו חוב זה שחייבתו התורה ונכסיו היו משועבדין לזה וכו' וא"כ הרי במה שכתב השט"ח לא הוסיף ולא חידש עליו שום דבר והיאך שייך לומר דיהי' יוצא בזה מצות פדי' וה"ז דומה ממש לפורע חובו שתובעין ממנו ממון בשטר אחר שנותן. דאע"ג דבמה שכ' לכהן זה השט"ח נתחדש דאינו יכול שוב ליתן לכהן אחר וכדאיתא בכתובות דף ק"ה למה כתב לו לברר כהן מ"מ הא הבירור לא הוי נתינה והתורה צוותה עליו שיתן ובהבירור לא הוסיף שום נתינה עכ"ל.

[182] לכאורה החידוש הזה דרבינו זצ"ל תלוי במחלוקת ראשונים בפירוש מסקנת השקלא וטריא לפי רבי יוחנן. דעיין בתוס' (שם ד"ה אמאי אינו פדוי כדעולא) דלפי רבי יוחנן הה' סלעים שכתובים בשטר הן עצמם החוב דפדיון הבן וכאילו האב כתב לכהן "שאני חייב לו ה' סלעים לפדיון". לפי זה, בסופו של דבר האב רק חייב לתת לכהן ה' סלעים ובאמת הוא לא הוסיף דבר חדש בכתיבת השטר (חוץ מבירור הכהן). וא"כ חידוש רבינו זצ"ל מובן דשטר התחייבות כזה חסר בדין נתינה דמצריך דבר חדש. אבל יש שיטות בראשונים דלפי רבי יוחנן השטר יוצר חיוב חדש בנוסף לה' סלעים דפדיון הבן. עיין בתוס' הרא"ש (שם ד"ה אי הכי) דנקט הכי וביאר לפי זה דהגמרא אינו מקשה לפי רבי יוחנן למה בנו אינו פדוי כשהאב משלם הממון הכתובים בשטר כי בעצם הם חוב אחר שהוא קיבל על עצמו בלי קשר לפדיון הבן. ולכן קושיית הגמ' בהמשך ד"אי הכי בני אמאי אינו פדוי" הוי רק לפי ריש לקיש דהשטר עוסק בעצם החוב דפדיון הבן. ועיין בריטב"א (שם ד"ה ור"ת) שפירש כעין זה. וא"כ הרי שטר ההתחייבות לפי רבי יוחנן חידש חוב חדש דה' סלעים על האב ועדיין אין דין ההתחייבות החדש הזה כממון כדי לפדות בו בנו. לפי השיטות האלו צ"ל דחידוש רבינו זצ"ל הוא דאע"פ דהאב חייב ה' סלעים נוספים לכהן ובכהת"כ זה נחשב ככסף לקנינים וקידושין, לגבי פדיון הבן האב צריך להוסיף ולתת לכהן דבר ששונה באיכות מהחוב דמוטלת עליו מדאורייתא, כלומר, דכדי להיות חלות שם נתינה הוא צריך לתת ממון בעין לכהן.

הבן שייך לכל שבט כהונה והיכן מצינו דשטר יכול לייחד חיוב כללי לכהן מסויים. כלומר, לפי ריש לקיש דסובר דשטר כזה אינו מועיל ליצור התחייבות, האיך הוא יכול לברר כהן. ונראה דלפי ריש לקיש אע"פ דשטר התחייבות אינו חל כשטר קנין, מ"מ מהני כשטר ראייה בפדיון הבן לייחד כהן מסויים. דהרי תפיסת הכהן בשטר ראייה על החיוב דפדיון הבן הופכת את החוב הכללי דפדיון הבן להיות שייך רק לו.[183]

ועיין ברשב"א דנסתפק בדין אדם דקידש אשה בשטר התחייבות, דלפי דעתו הקידושין אינן חלין, ואז המקדש באמת נתן לה סכום הכסף דכתוב בשטר, וז"ל וצ"ע מההיא דכתב לכהן דאפי' לכשיתן בקדושין אם מקודשת כיון שנתן לה לשם פרעון השטר ולא לשם קדושין של עכשיו עכ"ל.[184] וצ"ע בספק דהרשב"א, דלכאורה פשיטא דלא מהני. דהרי שטר ההתחייבות עצמו אין דינו ככסף, וגם הממון אינו ראוי להועיל, דהרי המקדש נתן לה הממון בתורת תשלומין לחוב, ופריעת חוב לא מהני לקידושין, וא"כ מה הצד לומר דהיא מקודשת. ונראה לבאר דאפילו אם להתחייבות אין דין כסף, עדיין ניתן לומר דההתחייבות הזו אינה חלה כסתם התחייבות דעלמא, אלא בתורת התחייבות דקידושין. ולכן כשהמתחייב באמת משלם לאשה הכסף ומודיע לה שיהיו בתורת קידושין, יתכן דההתחייבות והתשלמוין מצטרפין לחלות כסף קידושין.[185]

ג

ראייה לשיטת רש"י משחרור עבד עברי

ולגבי עיקר המחלוקת בין רש"י והרשב"א בגדר שטר התחייבות, נראה להביא ראיה לדעת רש"י ששטר התחייבות נחשב ככסף מגמרא לקמן (טז.). דיש דיון בגמ' שם בגדר הדין דעבד עברי קונה עצמו בשטר, וז"ל אלא האי שטר ה"ד אילימא דכתב ליה שטרא אדמיה, היינו כסף עכ"ל. לכאורה מבואר מהגמרא ששטר התחייבות שהעבד כותב לאדון יש לו דין כסף ("היינו כסף"). ומכאן קשה על הרשב"א שאם בכל התורה כולה שטר התחייבות אינו נחשב ככסף, מה הביאור בגמ'.

ויש לתרץ ע"פ שיטת ר"ת בענין גרעון כסף (הובא לעיל ב. בתוד"ה שוה כסף אות ב'). דהרי הבאנו לעיל דנחלקו הראשונים האם גרעון כסף מועיל רק כשעבד נקנה בכסף או שהעבד יכול להשתחרר ע"י גרעון כסף אפי' כשהוא היה נקנה בשטר. וביארנו את שיטת ר"ת דגרעון כסף מועיל רק היכא דהעבד היה נקנה בכסף, דגדר דגרעון כסף אינו

[183] ולכאורה הביאור בזה הוא דכמו במכירי כהונה שהחיוב לשבט כהונה הופך להיות חיוב לכהן אחד שהוא מכירו, דה"ה בשטר ראייה לכהן אחד הוי מכירו. ועיין בגיטין (ל.).

[184] ועיין בחידושי הרשב"א מהדורת מוסד הרב קוק, דיש דלא גרסו המשפט הזה בהרשב"א.

[185] לפי"ז צ"ע מתי יחולו הקידושין האם בשעת נתינת השטר או בשעת נתינת הכסף. ולכאורה נ"מ אם צריכים עדי קיום בשעת נתינת הכסף.

קנין כסף חדש, דא"כ מאי שנא עבד דנקנה בכסף מעבד דנקנה בשטר. אלא מוכרח דיש לגרעון כסף גדר של פרעון חוב לאדון, דהיינו דהאדון שילם סכום מסויים כדי שהעבד יהיה אצלו ועכשיו העבד צריך לפרוע את החוב הזה. ולפי"ז מובן השו"ט דהגמ' גם לפי הרשב"א דאין לשטר התחייבות דין כסף. דהרי אפי' אם שטר התחייבות אינו מועיל לקידושי אשה ולקנין כסף כי אין דינו ככסף, הוא עדיין יכול להועיל לפרעון חוב בעלמא. וזהוי הטעם דהגמ' קבעה דשטר התחייבות מועיל לשחרר העבד.

אבל לפי התוס' רי"ד (הובא לעיל שם) דגרעון כסף מועיל גם כשהעבד נקנית בשטר וגדרו כקנין כסף חדש, לכאורה א"א לבאר הגמ' דשטר התחייבות מועיל לשחרור העבד באופן הזה. ונראה דגם לפי התוס' רי"ד יש לבאר את הגמ' שם אפי' לפי הרשב"א דאין דין כסף לשטר התחייבות. דהרי דכשהגמ' כתבה דיש לשחרר עבד עברי ע"י שטר התחייבות, י"ל דזוהי רק ע"פ ההו"א דהגמ' דאין עבד עברי גופו קנוי, ולכן הגדר דגרעון כסף היה יכול להיות דין של פריעת חוב. ולפי"ז התוס' רי"ד יכול לבאר השלב הזה דהגמ' כמו ר"ת. אבל כשהגמ' שם הסיקה דעבד עברי גופו קנוי, אזי הרי"ד נקט דא"א לומר דהשחרור חל ע"י פריעת חוב אלא צ"ל דגרעון כסף הוי קנין כסף חדש, וא"כ לפי הרשב"א דאין לשטר התחייבות דין כסף א"א לשחרר העבד ע"י שטר התחייבות.

ועיין ברשב"א (טז. ד"ה אילימא) דכתב כן, וז"ל ומיהו אכתי ק"ל מאי קאמר היינו כסף דא"כ המקדש בכסף וכתב לה שטר עליו תהא מקודשת דשטרא דכתיב עליה היינו כסף, וי"ל דהשתא הוא דקאמרינן הכי משום דאכתי לא ידעינן דגופו קנוי ואינו אלא כחוב אבל למסקנא דאמר רבא ע"ע גופו קנוי אי כתב ליה שטרא אדמיה לא נפיק דכסף אין כאן שטר אין כאן, וצ"ע עכ"ל.[186]

ד

שיטת התוספות בענין שטר התחייבות

עיין בשיעורים לעיל (ב. בתוד"ה בפרוטה) דהתוס' דנו מהו המקור לדין שוה כסף ככסף בכהת"כ. והתוס' נקטו דבנוגע לפדיון הבן ופדיון הקדשות הכלל ופרט וכלל דממעט קרקע ודבר שאין גופו ממון גם מהוה מקור דשוה כסף ככסף, וז"ל מיהו בהקדשות נמי אפשר דדרשינן כלל ופרט וכלל דהא אין הקדש נפדה בקרקע כדאמרינן בהזהב (ב"מ נד.) הרי אמרו אין הקדש מתחלל ע"ג קרקע דרחמנא אמר ונתן הכסף וקם לו ולקמן (ה.) נמי אמרינן דאין פודין הקדש ומעשר שני בשטר עכ"ל. ונראה להוכיח שהתוס'

[186] וע"ע בזה בשיעורים לקמן (יד: בענין גרעון כסף, אות ב).

פירשו את הסוגיא דידן כרש"י ודלא כהרשב"א.[187] דהרי התוס' השוו הדין דאין פודין הקדש בקרקע (ב"מ נד.) לדין דאין פודין הקדש בשטר (ה.), ופירשו דשינהם נלמדו מאותו כלל ופרט וכלל. ופשיטא שפדיון הקדש בקרקע מהווה מעשה פדיון כדי להעביר חלות הקדושה מהחפצא של הקדש לקרקע. ולכאורה, אם התוס' השוו פדיון ע"י קרקע לפדיון ע"י שטר, אזי י"ל דגם פדיון ע"י שטר הוי מעשה פדיון הפועל להעביר חלות הקדושה ל"חפצא" אחר (הממון של ההתחייבות), כשיטת רש"י ודלא כהרשב"א.[188]

ע"כ ענין אין פודין הקדש ומע"ש בשטר

תוד"ה על מנת שלא תלכי וכו'.

בענין כריתות בגיטין

א

גדר חסרון כריתות בגיטין

לפי התוס' הגט פסול משום חסרון כריתות רק אם היא אגידא ביה בפועל מחמת התנאי, ולכן התנאי ד"על מנת שלא תלכי לבית אביך לעולם" מהווה חסרון בכריתות דהרי לשון התנאי אוסר לה להכנס לבית גם אחרי מיתת האב. אבל אם לשון התנאי היה מתירה להכנס להבית אחרי מיתת האב אזי אין חסרון בכריתות והגט קיים. מאידך עיין ברמב"ם (פרק ח' מהלכות גירושין הלי"ב) וז"ל הרי זה גיטיך על מנת שלא תנשאי לפלוני אינו גט, הא למה זה דומה לאומר לה על מנת שלא תשתי יין זה לעולם או שלא תלכי לבית אביך לעולם או כל ימי חייכי, אבל אם אמר לה על מנת שלא תנשאי לפלוני עד חמשים שנה הרי זה גט ולא תנשא לו כל זמן שהתנה, ואם נשאת בטל הגט למפרע, זינתה עמו הולד ממנו כשר והגט כשר שלא התנה עמה אלא על הנשואין עכ"ל. הרמב"ם נקט דהתנאי דעל מנת שלא תלכי לבית אביך לעולם דומה לתנאי שלא תנשאי לפלוני, דבשניהם הגט אינו חל משום דיש חסרון בכריתות. והיכא דהמגרש אמר על מנת שלא תנשאי לפלוני, לכאורה ברור דהיא לא אגידא בתנאי לעולם דהרי כשפלוני מת אין עוד אפשרות לביטול התנאי, ואעפ"כ יש חסרון בחלות הכריתות. ועיין ברשב"א (גיטין כא: ד"ה הא דאמרינן, פג: ד"ה על מנת) ובמגיד משנה (פרק ח מהלכות גירושין הלי"א) דדייקו דהרמב"ם חולק על תוס' וסובר דיש חסרון בכריתות בכל תנאי דבעצם חל כתנאי "לעולם" אפילו אם לאחר

[187] וע"ע לקמן בזה (ח: בענין מנה אין כאן משכון אין כאן) דהתוס' לשיטתם בפירוש הסוגיא שם.

[188] עיין בקובץ שעורים (קידושין אות ד) דביאר שהתוס' חולק גם על רש"י וגם על הרשב"א, דהתוס' השוו שטר דפדיון הבן לשטר דפדיון הקדש, ומבואר מהגמרא (עיין בשבועות ד: רש"י ד"ה חוץ מן השטרות) ששטר דפדיון הבן הוא שטר חוב על אחרים שהאב רוצה לתת לכהן לפדות את בנו. א"כ, גם בפדיון הקדש, לפי תוספות, מדובר שהאדם רוצה לפדות ההקדש על שטר חוב דאחרים.

זמן המציאות משתנה והאיסור אינו עוד בעולם. והרשב"א ביאר סברת הרמב"ם, וז"ל והרמב"ם ז"ל כתב דכיון שאינה מותרת בו כל זמן שהוא של אביה אין זה כריתות דמה שנאסר לה לא הותר לה, דאם מכרו האב או שמת אע"פ שהיא מותרת ליכנס בו אין זה בית אביה שנאסרה בו ואנן כל שלא הותרה במה שנאסרה לא קרינן ביה כריתות עכ"ל. ויש לעיין ביסוד המחלוקת בין התוס' והרמב"ם.

והנה המשנה למלך (פרק ח מהלכות גירושין הל"י) הקשה דלכאורה דברי הרמב"ם הם נגד גמרא מפורשת (גיטין עה:), דאיתא שם במשנה וז"ל הרי זה גיטיך ע"מ שתשמשי את אבא, על מנת שתניקי את בני, כמה היא מניקתו, שתי שנים, רבי יהודה אומר שמנה עשר חדש, מת הבן או שמת האב הרי זה גט עכ"ל. ונחלקו האמוראים בפירוש סתם תנאי של שימוש עד כמה היא צריכה לעבוד, דרבא סבר דסתם תנאי של שימוש הוי כל ימי חיי האב, ורב אשי סבר דהיא צריכה לשמש את האב ליום אחד. ויוצא, דלפי רבא התנאי דעל מנת שתשמשי את אבא בעצם מחייבה לשמשו לעולם אלא דכשמת האב אזי אין עוד אפשרות לקיום התנאי. ואע"פ דהתנאי בעצם מחייבה לעולם, עדיין המשנה אומרת דכשמת האב הרי זה גט. ולכאורה זה נגד שיטת הרמב"ם, דהרי איירי בתנאי דבעצם מחייבה לעולם ואעפ"כ מבואר במשנה דאין חסרון דכריתות מכיון דיש סוף לחיובי התנאי בפועל.

והמשנה למלך תירץ דהרמב"ם חילק בין תנאי לעולם בקום ועשה לבין תנאי לעולם בשב ואל תעשה, וז"ל ונראה דלא קשיא כלל דשאני מתנה ע"מ שלא תעשה דבר פלוני דאז הוא דמחלק רבינו בין אם תוכל לעבור על תנאה לאחר מיתת פלוני דאז הוי כריתות אך אם לא תוכל לעבור על תנאה כגון ע"מ שלא תנשאי לפלוני דנמצא דכל ימי חייו אינה נשאת ולאחר מיתתו נמי אינה נשאת הרי לא אגידא ביה שהרי לא תוכל לעבור על תנאה ומ"מ לא הוי כריתות כיון דלא משכחת לה שום זמן שתנשא. אך באומר ע"מ שתשמשי את אבא הרי כשמת אינה משמשת ונמצא שנתבטל התנאי ואע"ג דבמה שנאסרה דהיינו שתשמש את אביו לא הותרה שהרי בחיי אביו לעולם משמשת ולאחר מיתה אין כאן שמוש מ"מ שפיר הוי כריתות שהרי התנה שתשמש והיא אינה משמשת עכ"ל. כלומר, דבתנאי דקיומו בשב ואל תעשה (ע"מ שלא תלכי לבית אביך) אפילו אם אין עוד אפשרות לעבור על התנאי כמו אם בית אבא לא קיים, היא עדיין מקיימת את התנאי בכל רגע ורגע וחסר בכריתות. אבל בתנאי דקיומו בקום ועשה (ע"מ שתשמשי את אבא) כשהאב מת ואין עוד אפשרות לקיים התנאי, היא אינה עושה כלום ואין התנאי מתקיים. ולכן כשמת האב היא אינה עוד אגידא ביה והגט חל.

ולפי זה שיטת הרמב"ם מיוסד על שני חידושים, אחד בהלכות תנאים ואחד בגדר כריתות. דבהלכות תנאים הרמב"ם חידש דיש הלכה של חלות קיום תנאי בשב ואל תעשה (כשהיא אינה הולכת לבית אביה) אפילו אם אין בית אביה במציאות, ואין עוד אפשרות לעבור על התנאי. ובהלכות כריתות הרמב"ם חידש דכל זמן דהיא מקיימת התנאי בשוא"ת אפילו אם אין נ"מ בפועל, היא עדיין אגידא ביה והגט אינו חל. ובדעת התוס' יש לבאר דנחלקו על אחד משני החידושים הנ"ל. דיש לומר דתוס' הסכימו לחידוש השני דכל זמן דהיא מקיימת התנאי היא עדיין אגידא ביה, אבל סבורים דכשאין עוד אפשרות לעבור על התנאי אי אפשר להגדירה כמקיימת התנאי ד"אי הליכה". ולאידך גיסא יש לבאר דלפי תוס' היא מקיימת התנאי באי הליכה אלא דכדי להיות מוגדרת כאגידא ביה צריך להיות נ"מ בפועל, ולכן כשאין בית אביה במציאות אין עוד חסרון בכריתות אע"פ דהיא מקיימת את התנאי של הבעל. לפי הצד הזה יוצא דהתוס' נקטו דאין התנאי עצמו מהוה חסרון בכריתות אלא ההגבלה בפועל דנוצרה מהתנאי.[189] וכן משמע מהגדרת רש"י לכריתות (גיטין פג: ד"ה אין זה כריתות) וז"ל שאין מפרידן אלא המות דעד יום מיתה קשורה בו עכ"ל. ומשמע מדבריו דהחסרון בכריתות תלוי בהחיבור לו בפועל, דהיינו, דהוא מונע אותה מלעשות דבר.

ב

קיום תנאי בשוא"ת היכא דביטולו מן הנמנע

ויש להביא ראיה דיש חלות קיום תנאי בשוא"ת אפילו אם אין אפשרות לעבור על התנאי מתוספתא (גיטין פרק ה' הלכה יג), וז"ל הרי זה גיטיך על מנת שלא תלכי לבית אביך לעולם על מנת שלא תשתי יין לעולם אינו גט שמא תלך ושמא תשתה, על מנת שלא תלכי לבית אביך מיכן ועד שלשים יום על מנת שלא תשתי יין מיכן ועד שלשים יום הרי זה גט ואינו חושש שמא תלך ושמא תשתה, הרי זה גיטיך על מנת שלא תעלי באילן זה ועל מנת שלא תעלי בכותל זה נקצץ האילן נסתר הכותל הרי זה גט, על מנת שתעלי באילן זה ושתעלי בכותל זה נקצץ האילן ונפל הכותל אינו גט עכ"ל. והנה מרהיטת לשון התוספתא משמע דהדינים דעל מנת שלא תעלי לאילן וגם על מנת שתעלי לאילן גם הוו רק לשלושים יום, כמו המקרה המובא בתוספתא לפני כן דעל מנת שלא תלכי לבית

[189] עיין בחידושי הגר"ח על הש"ס (בענין ע"מ שלא תלכי לבית אביך לעולם) דנקט כהצד הזה וביאר דנחלקו הראשונים בגדר גירושין על תנאי. וביאר הגר"ח דלפי הרמב"ם עצם חלות הגירושין תלוי בהתנאי והתנאי הוא המועיל לחלות הגירושין וכו' ונמצא גט על תנאי הוא דין בעצם החלות גירושין, ולכן התנאי עצמו מהוה חסרון בכריתות. ואילו תוס' ס"ל דגט על תנאי לעולם אינו חסרון בעצם החלות, ולכן כדי להיות חסרון בכריתות בעינן שתהא אגידא ביה בפועל.

אביך לשלושים יום. וא"כ יוצא דהמתנה שלא תעלי לאילן לשלושים יום ואז נקצץ האילן בתוך הזמן דהגט קיים אע"פ דלא היה אפשרות לבטל את התנאי לסוף הזמן כשהאילן לא היה בעולם. ורואים מזה דיש חלות לקיום התנאי בשו"ת אפי' אם אין אפשרות לבטל התנאי, כשיטת הרמב"ם והאופן השני בביאור התוס'.

אבל הרשב"א (שם פג:) הקשה על הרמב"ם מהתוספתא הנ"ל, וז"ל ואינו מחוור לי חדא דבתוספתא קתני על מנת שלא תעלי באילן זה ועל מנה שלא תעלי בכותל זה נקצץ האילן ונסתר הכותל הרי זה גט וזה הפך מה שכתב הרב ז"ל עכ"ל. ולכאורה קשה, דהרי לפי מה דביארנו התוספתא מהווה ראיה לשיטת הרמב"ם דיש חלות לקיום התנאי בשוא"ת אפי' היכא דאין עוד אפשרות לבטל התנאי. וא"כ מאי קשה על הרמב"ם מהדין דנקצץ האילן הרי זה גט. ונראה דהרשב"א הבין דהתוספתא איירי היכא דהתנאי היה שלא תעלי באילן זה לעולם, בדומה לתנאי דרישא דעל מנת דלא תשתי יין זה לעולם. ולפי זה התוספתא באמת קשה להרמב"ם כי מבואר מהתוספתא דבתנאי לעולם היא מגורשת כשאין עוד אפשרות לעבור על התנאי, בניגוד לשיטת הרמב"ם דהגט עדיין פסול מדין חסרון כריתות כי חיוב התנאי לא פקע.

ועוד נראה להביא ראיה דיש חלות קיום תנאי בשוא"ת אפילו אם אין אפשרות לביטול התנאי ממשנה בגיטין (עו:) וז"ל ה"ז גיטך מעכשיו אם לא באתי מכאן ועד י"ב חדש, ומת בתוך י"ב חדש ה"ז גט עכ"ל. לכאורה הגט חל כי התנאי נתקיים עם ה"אי ביאה" של י"ב חודש, אע"פ דהוא מת באמצע השנה, והביאה, דהוי ביטול התנאי, בלתי אפשרית. ועיין בריש מסכת כתובות (ב:) דהגמ' רצתה להוכיח מהדין הזה דאין אונס בגיטין, וז"ל אלא מסיפא, מעכשיו אם לא באתי מכאן ועד י"ב חדש ומת בתוך שנים עשר חדש הרי זה גט, מת והוא הדין לחלה, דלמא מת דוקא דלא ניחא ליה דתפול קמי יבם עכ"ל. וכל הסוגיא שם דנה אם קיום תנאי בשוא"ת באונס נחשב כחלות קיום תנאי. ומבואר דהגמ' נקטה דהוא מקיים התנאי ד"אי ביאה" גם אחרי מיתה, דבודאי אי אפשר לו לבוא ולבטל התנאי. וא"כ מוכח מזה דיש חלות קיום התנאי בשוא"ת אפי' היכא דביטול התנאי הוא מן הנמנע.

אולם מסברא יש לחלק ולומר דאפי' אם בעלמא י"ל דיש חלות קיום תנאי בשוא"ת היכא דא"א לבטלו, אפ"ה אין ה"אי ביאה" דהמת מהווה קיום התנאי. דהרי היכא דאמר על מנת שלא תעלי לאילן ונקצץ האילן חסר החפצא של קיום וביטול התנאי, ולכן י"ל דהתנאי מקויים בשוא"ת. אבל היכא דהמגרש מת והגברא חסר מן העולם, אזי קשה להגדיר ה"אי ביאה" שלו כקיום התנאי. ולפי זה, לכאורה כל דין המשנה (גיטין עו:)

אינו מובן כי למה הגט חל למפרע אחרי י"ב חודש אם המגרש לא קיים תנאו של "אי ביאה" בשלימותו דהרי מת באמצע וחסר הגברא לקיום התנאי. ועל כרחך צ"ל דהביאור במשנה שם הוא דהמיתה באמצע מקטע הזמן הנצרך לקיום התנאי, והזמן דהוא קיים התנאי ד"אי ביאה" כשהיה בחיים סגי לקיום התנאי בשלימות ולכן חל הגט.[190]

ג

ספיקת הגמרא אם מת בתוך י"ב חודש

והנה הגמרא שם (גיטין עו:) נסתפק בתנאי דאם לא באתי מכאן ועד י"ב חודש והמגרש מת תוך הזמן, אם היא מותרת להנשא מיד כשהבעל מת או היא צריכה להמתין עד סוף הי"ב חודש, וז"ל ותיבעי ליה מתניתין מעכשיו אם לא באתי מכאן ועד י"ב חדש, ומת בתוך י"ב חדש הרי זה גט, לאלתר הוי דהא לא אתי, או דלמא לאחר י"ב חדש דהא איקיים ליה תנאיה עכ"ל. ונראה לבאר דהגמ' נסתפקה בחידוש הנ"ל לגבי קטיעת הזמן התנאי ע"י מיתת הבעל. דאם נאמר דמיתת המגרש מקטעת את זמן דנצרך לקיום התנאי, אזי נראה דהתנאי מקויים בשלימות בשעת המיתה ואין טעם להמתין עד סוף הי"ב חודש. ונראה דזה כוונת רש"י (שם ד"ה דהא לא אתי) שכתב וז"ל שהרי ודאי לא יבא עוד ויש כאן קיום התנאי עכ"ל, ומשמע דהתנאי נתקיים כבר עכשיו משעת מיתה. אולם אם נאמר דיש חלות קיום התנאי בשוא"ת ע"י הבעל המת, אזי מובן למה היא צריכה להמתין עד שהתנאי נתקיים בכל הי"ב חודש דהתנאי.

ועוד נראה לבאר דהגמ' בעצם סבורה כחידוש הנ"ל דמיתת הבעל מקטעת זמן התנאי ולכן מעיקר הדין היא מותרת להנשא לאחר מיד אחרי המיתה. אלא דהגמ' נסתפקה האם מדרבנן היא צריכה להמתין עד סוף י"ב חודש. ועיין בזה בתוס' (שם ד"ה דהא איקיים) דהצורך להמתין עד סוף י"ב חודש הוא רק מדרבנן.[191]

ועוד יש לבאר את הספק שבגמ' באופן שלישי, דהיינו דהגמרא נקטה דהמיתה אינה מקטעת זמן התנאי אלא דהתנאי נתקיים גם לאחר מיתה ע"י ה"אי ביאה" די"ב חודש. וא"כ הצד דהיא מותרת להנשא מיד צ"ב, דהרי התנאי עדיין אינו מקויים והיאך היא מותרת להנשא לאחר. וי"ל דמבואר בגמרא לעיל (גיטין עד.) דבתנאי דמעכשיו אע"פ דהגירושין חלין למפרע כשהתנאי נתקיים, היא אסורה להנשא לאחר עד שנתקיים התנאי. וכאן הגמ' נסתפקה בטעם הדבר, האם האיסור מיוסד על חשש דהתנאי לא תתקיים והיא תשאר כאשת איש, או"ד דין הוא דיש דררא דאישות עד שעת קיום התנאי

[190] אלא צ"ע דאם קיים התנאי בחיים מה זה ענין לאונס בגיטין. וי"ל דשעת מיתתו היא שעת גמר קיום התנאי ומיתתו היתה באונס.

[191] אמנם עיין בבית שמואל (סימן קמד סק"ה) דהרמב"ם ס"ל דהגמרא נסתפק באיסור דאורייתא.

בפועל אע"פ דהגירושין חלין למפרע. והנ"מ הוא במקרה דידן דהבעל מת ואין חשש בעולם דהוא יבטל התנאי ע"י ביאתו. דאם כל האיסור להנשא לאחר לפני קיום התנאי בפועל הוא מחשש שמא לא יתקיים התנאי, אזי כאן החשש הזה לא קיים והיא תהיה מותרת להנשא לאחר מיד במיתת הבעל כי לאחר י"ב חודש היא בודאי תהא מגורשת למפרע. אבל אם יש דין דהאישות עדיין קיימת במקצת עד קיום התנאי בפועל, אזי אפילו אם בסוף הי"ב חודש הגירושין חלין למפרע, עדיין בשעת ביאה יש דררא דאישות שאוסר הביאה בשעת מעשה.[192]

ע"כ ענין כריתות בגיטין

תוד"ה שכן ישנן וכו'. וא"ת א"כ היכי קאמר כסף נמי איתא באמה העבריה בע"כ הרי אב מוכרה מדעתו וי"ל דהכי פריך כסף איתא באמה בע"כ וכו' אלא שצריך להודיעה שלשם קידושין מייעדה.

לפי ר"ת האדון יכול לייעד את האמה בעל כרחה כל עוד שהוא מודיעה שהוא מייעד אותה לשם קידושין. ומצינו דבר דומה לגבי גירושין. דהיינו, דמצד אחד הבעל יכול לגרש אשתו בע"כ, אבל מצד שני מבואר במשנה (גיטין עח.) דהיא צריכה לדעת שהוא נותן לה גט בתורת גירושין, וז"ל אמר לה כנסי שטר חוב זה, או שמצאתו מאחוריו, קוראה והרי הוא גיטה אינו גט עד שיאמר לה הא גיטיך עכ"ל.[193] ובביאור דין זה עיין ברמב"ם דנקט דזוהי דין בנתינה בתורת גירושין, וז"ל ומנין שאינו נותנו לה אלא בתורת גירושין, שנ' ספר כריתות ונתן בידה שיתן אותו בתורת ספר כריתות, אבל אם נתנו לה בתורת שהוא שטר חוב או מזוזה או שנתנו בידה והיא ישנה ונעורה והרי הוא בידה אינו גט, ואם אמר לה אחר כך הרי הוא גיטיך הרי זה גט עכ"ל.[194] וי"ל דלפי ר"ת דה"ה

[192] עיין בזה בשיעורי הרב למסכת גיטין חלק ב (עמוד קמח-קמט). והנה רבינו זצ"ל לא ביאר גדר הדררא דאישות דאוסר הביאה ונראה לבאר את צדדי הספק לפי הביאור השלישי על פי חקירה בהלכות תנאים. עיין בשיערים לקמן (ס: בענין תנאי וטעות אות ג') ובשיעורי הרב למסכת גיטין חלק א (עמוד רצה-רצז) ובחלק ב (עמוד קמו) ובמסורה חוברת ב (עמוד מב) דרבינו זצ"ל חקר בנוגע לגירושין על תנאי האם הגירושין חלין רק בגלל המעשה דנתינת הגט אלא דיש כח בתנאי לבטל הגירושין או"ד בעינן קיום התנאי כדי לקיים המעשה גירושין. לפי הצד הא' לכאורה קשה לומר דעדיין יש כאן דררא דאישות כי מעשה הגירושין כבר נעשתה וחלות הגירושין תהא למפרע. אבל אם ננקוט כהצד הב' דבעינן קיום התנאי כדי שהגירושין יחולו מסתבר דעד שעת קיום התנאי עדיין יש דררא דאישות אפילו אם לאחר קיום התנאי הגירושין תחול למפרע. ועיי"ש דרבינו זצ"ל נקט בשיטת הרמב"ם דבתנאי מעכשיו הגירושין חל ע"י המעשה דנתינת הגט והתנאי רק מהוה תנאי ביטול.

[193] עיין בספר המקנה (יט. ד"ה אמר רבא) דגם השווה דעת האמה ביעוד לפי ר"ת לדעת האשה בגירושין.

[194] אבל עיין בתוס' (שם ד"ה אינו גט) דביארו את הצורך לדעתה באופן אחר, וז"ל אף על פי דהאשה מתגרשת בעל כרחה מכל מקום צריך לומר לה הי גיטיך והרי את מותרת לכל אדם שתדע שהיא מגורשת ולא תהא חוזרת דבעינן שיהא משלחה ואינה חוזרת עכ"ל. משמע מדברי התוס' דאין הפשט דבעינן דעתה כדי להגדיר את הנתינה כנתינה לשם גירושין אלא דהוא חסרון אחר דמשלחה חוזרת כמו שוטה (עיין ביבמות קיג:).

נמי בייעוד, דאע"פ דלא בעינן דעתה ורצונה, היעוד צריך להעשות בתורת קידושין ולכן האמה צריכה לדעת דהוא מעיידה.[195]

ונראה דהרמב"ם (פרק ד מהלכות עבדים הל"ח) עצמו חולק על ר"ת ומצריך הסכמת האמה ביעוד, וז"ל אין האדון מיעד אמה העבריה לא לו ולא לבנו אלא מדעתה אע"פ שכבר קיבל אביה מעותיה שהרי הוא אומר יעדה מדעתה, ואם מת האדון אין בנו יוכל ליעדה לו שהרי יוצאה לחירות במיתת האדון עכ"ל. מרהיטת לשון הרמב"ם משמע דבעינן דעתה, כלומר רצונה, ולא רק שהיא תדע על כוונת האדון. ולפי הרמב"ם יוצא דחלוק יעוד מגירושין דיכול להיות בע"כ ורק בעינן ידיעתה דהוא נותן הגט בתורת גירושין. ונראה דלהרמב"ם יסוד החילוק בין יעוד לבין גט תלוי במי מחיל החלות. דבגירושין רק הבעל מחיל החלות ולכן לא בעינן את הסכמתה, ובעינן דעתה רק כתנאי בהלכות "נתינה בתורת גירושין". משא"כ חלות הקידושין דנגמרת על ידי שניהם, ולכן לכל הפחות בעינן רצונה כדי ליצור חלות קידושין ביעוד.

אמנם אין לומר דכוונת הרמב"ם ביעוד היא דבעינן דעתה כמו דעת האשה בקידושין בעלמא. כי בקידושין דעלמא דעת האשה חלה כחלק של מעשה הקידושין עצמה וגורמת ליצירת חלות הקידושין.[196] אבל ביעוד האמה עדיין קטנה ואין דעתה יכולה להיות חלק של מעשה הקידושין עצמה. אלא כוונת הרמב"ם היא רק דיש צורך להסכמתה אבל לא במדריגה של דעת האשה לקידושין בעלמא.

ועיין בתוס' דלפי ר"ת היעוד נעשה בע"כ של אב ובע"כ של בת. ויש לעיין בגדר הדעת מצד האשה ביעוד לפי ר"ת, האם יש גזה"כ ביעוד דלא בעינן דעת המתקדשת כלל וכל חלות היעוד נפעלת ע"י מעשה ודעת האדון, או"ד אי אפשר לומר כן וגם כאן יש דעת המתקדשת אלא דסמכינן על דעת האב בשעת המכירה למכור אותה כשפחה. דהרי האב ידע דהמכירה פותחת פתח ליעוד, וי"ל דדעת ליעוד נכללת בדעת מקנה דמכירה. ויש להוכיח דהאפשרות ליעוד הויא חלק מעצם המכירה מהדין לקמן (יט:) דהמוכר בתו ע"מ דהאדון לא ייעד, התנאי בטל והקידושין קיים משום דנחשב כמתנה ע"מ שכתוב בתורה. ולכאורה יוצא מזה דהאפשרות של האדון לייעד מהוה חלק בלתי נפרד מעצם המכירה ולכן התנאי נגד היעוד מבטל את עצם המכירה. ואם כן יש להסתפק

[195] ולכאורה, לפי ביאור רבינו זצ"ל יש לתרץ את קושיית הכס"מ וז"ל דרשינן שהוא צריך להודיעה והיינו כדי שתתרצה שאל"כ מה תועלת יש בהודעתה עכ"ל. כלומר, דבודאי בעינן רצונה ממש ביעוד דאל"כ מה פשר הדין דהוא צריך להודיעה. ולפי"ד רבינו זצ"ל י"ל דהא דהוא צריך להודיעה אינו משום דבעינן רצונה אלא דדעתה נצרכת כדי שהנתינה תהא מוגדרת כנתינה לשם יעוד.

[196] עיין בדברי רבינו לקמן בשיעורים (ט: ד"ה איתמר כתבו לשמה ושלא מדעתה).

דאולי דעת האב בשעת המכירה גם מהוה הדעת קידושין של המתקדשת היכא דהאדון מייעד אותה.[197]

ונראה להוכיח כהצד השני מהתוס' לקמן (ה: ד"ה אף אני). דאיתא שם בגמ' דאין ללמוד דחופה קונה מכסף שטר וביאה כי הם קונים בע"כ. והתוס' (שם) פירשו דכסף קונה בע"כ קאי ביעוד, דהאדון קונה אותה בלי רצונה. אבל התוס' הקשו דלכאורה כמו שחלות קידושין חלה בע"כ ע"י ביעוד, כמו"כ החופה אחרי יעוד קונה אותה לנישואין בע"כ, וז"ל וא"ת אכתי אשכחנא חופה בעל כרחה דייעוד לאו נישואין עושה ונמצא שאחר ייעוד כונסה האדון לחופה על כרחו דאב, וי"ל אע"פ שהייעוד יכול לעשות בעל כרחו דאב החופה צריך לעשות מדעת עכ"ל. ומבואר מתוס' דאף על פי דיעוד נעשית בע"כ, עדיין הנישואין צ"ל מדעתה. ולכאורה צ"ע, מה החילוק בין היעוד דפועל חלות הקידושין לבין החופה דפועלת חלות הנישואין. ונראה לבאר דבעצם גם היעוד וגם החופה בעינן דעת המתקדשת. אלא היעוד עצמו הוי חלק מהמכירה הראשונה של האב, ולכן דעת הקידושין נכללת בדעת המקנה דהאב. אבל מכיון דיעוד רק עושה קידושין, הנישואין עם האדון אינו נחשב כחלק של המכירה ולכן בעינן דעתה בשעת הנישואין. יוצא מהביאור דהתוס' לקמן, דבעצם גם לפי התוס' דהיעוד נעשית בע"כ דהאמה, על פי דין בעינן דעת המתקדשת גם ביעוד, אלא דהדעת הזאת כלולה בדעת המקנה דהאב בשעת המכירה.[198]

גמ'. אמר רב הונא חופה קונה מקל וחומר.

בענין חופה ונישואין

א

חופה קונה

יש לעיין לפי רב הונא עד כמה חופה קונה. האם נאמר דחופה רק קידושין עושה כמו כסף ושטר, או"ד מכיון שבדרך כלל לאחר קידושין חופה נישואין עושה, כמו"כ חופה בלבדה מחילה חלות נישואין ואישות גמורה. ולכאורה יש להביא ראיה דחופה נישואין עושה דהרי אם חופה קידושין עושה אזי יש צורך לעוד חופה כדי להחיל חלות נישואין. וזה קשה כמו שכתבו התוס' (ה: ד"ה חופה שגומרת) וז"ל וא"ת לדידן דאמר דחופה אינה קונה נימא דכסף גומר אחר כסף מק"ו דחופה מה חופה שאינה קונה גומרת כסף שקונה

[197] והשווה לדברי רש"י (יט: ד"ה וכי משייר) וז"ל וכי משייר בה שוה פרוטה הוו קידושין - אלמא הואיל ומכרה ויודע שהאדון יכול ליעדה לאחר זמן מדעתיה הוה והוה ליה כאומר לה קבלי קידושיך עכ"ל. לכאורה דברי רש"י דומים לדברי רבינו זצ"ל דדעת הקידושין כלולה בדעת המכירה. אלא דמשמע דלפי רש"י דעת האב למכור אינו בעצם הדעת לקידושין אלא דהאב מעביר הזכות שלו לקדש בתו לבת עצמה, ואחר המכירה הכל תלוי בדעתה. וע"ע בזה באבני מילואים (סימן לז סק"ג).

[198] וע"ע בשיעורים לקמן (יט.) בענין מעות הראשונות לקידושין ניתנו.

אינו דין שיגמור וי"ל דלא מצי לאוכוחי שיגמור אלא אחר כסף כחופה ומאי אולמיה האי כסף מהאי כסף עכ"ל. ומבואר בתוס' דלא מסתבר דכסף יחיל חלות קידושין ואזי עוד נתינת כסף אח"כ יחיל חלות נישואין, דהרי מאי שנא כסף הראשון מכסף השני. ונראה דכמו"כ לא מסתבר לומר דחופה הראשונה מחילה חלות קידושין וחופה שניה מחילה חלות נישואין.[199] וא"כ צ"ל דחופה הראשונה נישואין עושה דאל"כ אין דרך אחר ליצור חלות נישואין אח"כ. ועיין במהרש"א דבתחילה כתב כזה דחופה נישואין עושה, וז"ל לרב הונא מאי אולמיה האי חופה מהאי חופה עכ"ל. אבל בסוף דבריו נשאר בצ"ע.

אמנם יש להקשות על הסברא דמאי אולמיה האי חופה מהאי חופה מגמרא לקמן (י.) וז"ל איבעיא להו ביאה נשואין עושה או אירוסין עושה, נפקא מינה ליורשה וליטמא לה ולהפר נדריה, אי אמרת נשואין עושה יורשה ומיטמא לה ומיפר נדריה, ואי אמרת אירוסין עושה אינו יורשה ואינו מיטמא לה ואינו מיפר נדריה, מאי עכ"ל. והר"ן שם (ה: בדפי הרי"ף ד"ה אי נמי נ"מ לכהן גדול) ביאר דהגמ' נקט דלאחר קידושין דעלמא יש ב' דרכים ליצור חלות נישואין: חופה או ביאה. ומכיון דביאה לאחר חלות קידושין יוצרת חלות נישואין, אזי יש צד לומר דביאה יכולה ליצור חלות קידושין ונישואין ביחד.

ולפי"ז יש לעיין בצדדי הספק בנוגע לביאה לפי רב הונא דסבור דחופה לבד קונה לקידושין ונישואין ביחד. דבשלמא לפי הצד דביאה נישואין עושה, אזי הכל מובן דגם חופה וגם ביאה יכולים ליצור חלות קידושין וחלות נישואין בבת אחת. אבל הצד דביאה אירוסין עושה ולא נישואין קשה, דהרי אם ביאה אירוסין עושה אזי לכאורה הדרך ליצור חלות נישואין הוא ע"י ביאה שניה. וקשה לומר דביאה ראשונה יוצרת חלות אירוסין וביאה שניה יוצרת חלות נישואין כמו דהקשו התוס' לגבי כסף, דמאי אולמיה האי ביאה מהאי ביאה, וצ"ע.[200]

[199] עיין בתוס' הרא"ש (ה. ד"ה חופה שמאכלת) דמסתפק אם חופה אירוסין עושה או נישואין עושה, וז"ל וכיון שהיא קונה גם היא גומרת דמאי אולמיה דחופה שאח"כ להיות גומרת טפי מחופה זו, או שמא לרב הונא חופה קונה וביאה שאח"כ גומרת עכ"ל. בתחילת דבריו תוס' הרא"ש טען כמו רבינו זצ"ל אבל אח"כ הוא צידד לומר דחופה אירוסין עושה ובעינן ביאה אחר החופה כדי ליצור חלות הנישואין. דהיינו, דעדיין סבירא ליה מאי אולמיה האי חופה מהאי חופה, אמנם יש לנו דרך אחרת ליצור חלות הנישואין.

[200] אולי יש לתרץ ע"פ יסודו של רבינו זצ"ל לקמן דביאה מהווה מעשה קנין דקידושין באשה פנויה, וגם מעשה קנין דנישואין באשה ארוסה. ועיין בריטב"א (י. ד"ה ביאה נישואין) בביאור ספיקת הגמרא דיש שני מקורות שונים לביאת אירוסין ולביאת נישואין, וז"ל ביאה נשואין עושה או אירוסין עושה. פי' בביאה ראשונה קא מבעיא לן אבל בביאה שניה פשיטא מילתא שאם היא לשם נישואין דנשואין עושה, דאתיא בקל וחומר מיבמה ומה יבמה שאין כסף קונה ביאה גומרת בה זו שכסף קונה בה אינו דין שביאה גומר בה עכ"ל. ואולי יש נ"מ ביניהם לגבי סוג הדעת דבעינן בביאה ואכמ"ל. לפי זה נראה דאי אפשר להקשות מאי אולמיה דהאי ביאה מהאי ביאה כי יש שני מקורות שונים לשני סוגי ביאה. לעומת זה, בכסף יש להקשות מאי אולמיה האי כסף מהאי כסף כי יש לכסף רק דין א' דקנין ולכן לא מסתבר דנתינת כסף השני יפעול יותר מנתינת הכסף הראשון.

ולכאורה הצד דביאה אירוסין עושה גם קשה מטעם אחר. דהרי הוכחנו לעיל דלפי רב הונא חופה נישואין עושה. ואם לאחרי הקידושין, חופה וביאה שווים דשניהם הוו דרכים ליצור חלות נישואין, אזי מאי שנא חופה באשה פנויה דיוצרת חלות קידושין ונישואין מביאה דרק יוצרת חלות אירוסין, דמדוע ביאה יותר גרוע מחופה באשה פנויה. **ויש** לבאר דחלוק יסוד הקנין דחופה מיסוד הקנין דביאה. די"ל דלפי רב הונא דחופה נישואין עושה הביאור הוא דבעצם החופה מהוה קנין לנישואין לבד. אלא דרב הונא חידש דחלות הקידושין כלולה בחלות הנישואין דבכלל מאתים מנה. ולכן כשחופה גורמת לחלות הנישואין, חלות האירוסין חלה ממילא מכיון דחלות אירוסין נכללת בתוך חלות הנישואין. מאידך ביאה מהווה קנין גם לקידושין וגם לנישואין. ולפי הצד דביאה נישואין עושה הביאור הוא דמעשה ביאה באשה פנויה יכול להיות גם מעשה קנין דאירוסין וגם מעשה קנין דנישואין. והצד דביאה אירוסין עושה נקט דמעשה קנין אחד אינו יכול להחיל ב' חלויות בנפרד ומכיון דמעשה הביאה כבר נתפסה כמעשה קנין דאירוסין, בעינן מעשה אחר כדי ליצור חלות נישואין. ולפי זה מובן למה לפי רב הונא חופה נישואין עושה, ומאידך יש צד בגמ' לומר דביאה באשה פנויה עושה רק אירוסין ולא נישואין.

ב

מהות החופה

לגבי מהות החופה עיין ברמב"ם (ריש פ"י מהלכות אישות) וז"ל הארוסה אסורה לבעלה מדברי סופרים כל זמן שהיא בבית אביה, והבא על ארוסתו בבית חמיו מכין אותו מכת מרדות, ואפילו אם קידשה בביאה אסור לו לבוא עליה ביאה שנייה בבית אביה עד שיביא אותה לתוך ביתו ויתיחד עמה ויפרישנה לו, וייחוד זה הוא הנקרא כניסה לחופה והוא הנקרא נישואין בכל מקום, והבא על ארוסתו לשם נישואין אחר שקידשה משיערה בה קנאה ונעשית נשואה והרי היא אשתו לכל דבר. כיון שנכנסה הארוסה לחופה הרי זו מותרת לו לבא עליה בכל עת שירצה והרי היא אשתו גמורה לכל דבר, ומשתכנס לחופה נקראת נשואה אע"פ שלא נבעלה והוא שתהיה ראויה לבעילה, אבל אם היתה נדה אע"פ שנכנסה לחופה ונתיחד עמה לא גמרו הנישואין והרי היא כארוסה עדיין עכ"ל. ומשמע מדברי הרמב"ם דכדי להחיל חלות נישואין בעינן כניסה לחופה או ביאה לשם נישואין. אבל יש להקשות דמבואר בגמרא דיש עוד דרך לפעול חלות נישואין, דהרי איתא במשנה (כתובות מח:) וז"ל מסר האב לשלוחי הבעל הרי היא ברשות הבעל עכ"ל. והגמ' ביארה דיש למסירה הזאת חלות דאורייתא דהרי לאחר דמסרה האב

לשלוחי הבעל אם זינתה היא חייבת חנק כנשואה ולא סקילה כארוסה, וגם שהאב אינו יכול עוד להפר את נדריה. ונחלקו האמוראים (שם) בעוד כמה דינים וז"ל אמר רב מסירתה לכל חוץ מתרומה, ורב אסי אמר אף לתרומה וכו' ושמואל אמר לירושתה, ר"ל אמר לכתובתה, כתובתה מאי היא דאי מתה ירית לה היינו דשמואל, אמר רבינא לומר כתובתה מאחר מנה, רבי יוחנן ורבי חנינא דאמרי תרוייהו מסירתה לכל אף לתרומה עכ"ל. וא"כ יש להקשות, למה הרמב"ם לא הביא הדין דמסרה האב לשלוחי הבעל ביחד עם חופה וביאה כדרך ליצור חלות נישואין.

ולכאורה זה תמוה דהרי הרמב"ם פסק את הדין דמסרה האב לשלוחי הבעל לגבי כמה דינים. עיין בדבריו (פ"ג מהלכות איסורי ביאה הל"ד) בענין חיוב חנק אם זנתה, וז"ל הבא על נערה מאורשה שניהן בסקילה ואינן חייבין סקילה עד שתהיה נערה בתולה מאורשה והיא בבית אביה, היתה בוגרת או שנכנסה לחופה אע"פ שלא נבעלה אפילו מסרה האב לשלוחי הבעל וזנתה בדרך הרי זו בחנק עכ"ל. ולגבי ירושה פסק הרמב"ם (פרק כב מהלכות אישות הל"א-ב) וז"ל הבעל קודם לכל אדם בירושת אשתו, ומאימתי יזכה בירושתה משתצא מרשות אביה, ואע"פ שעדיין לא נכנסה לחופה הואיל ונעשית ברשות בעלה יירשנה, כיצד האשה שנתארסה ומסרה אביה לבעלה או לשלוחי בעלה או מסרוה שלוחי האב לבעלה או לשלוחי בעלה ומתה בדרך קודם שתכנס לחופה אע"פ שכתובתה עדיין בבית אביה בעלה יורשה וכו' עכ"ל. וי"ל דהרמב"ם סובר דהבעל מטמא לה אחר דמסרה האב לשלוחי הבעל כי ירושה וטומאה תמיד הולכים ביחד.[201] והרמב"ם גם פסק בענין הפרת נדרים (פרק יא מהלכות נדרים הלכ"ב) וז"ל הלך האב עם שלוחי הבעל או שהלכו שלוחי האב עם שלוחי הבעל עדיין אביה ובעלה מפירין נדריה, מסר האב לשלוחי הבעל או שמסרו שלוחי האב לשלוחי הבעל אין האב יכול להפר שהרי יצאת מרשותו ולא הבעל יכול להפר שאין הבעל מפר בקודמין כמו שבארנו עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם נקט דיש כל הנ"מ האלו דנישואין במסרה האב לשלוחי הבעל, וא"כ צ"ע למה השמיט את הדין הזה בפרק י' דהלכות אישות דמיירי בהלכות חופה ונישואין.

ונראה לבאר בשני אופנים:

א) הרמב"ם סובר דמסרה האב לשלוחי הבעל רק גורם לסילוק רשות דהאב מעליה, אבל אינו מחיל חלות נישואין. דהרי י"ל דירושת הבעל וכל שאר הדינים דהזכיר הרמב"ם

[201] עיין ברשימות שיעורים למסכת יבמות (כט: פירוש תו"י אות ב') דירושת הבעל והדין דמטמא לה שניהם תלויים בחלות "שארו" דהבעל. וגם עיי"ש לביאור רבינו בסוגיא דיבמות שם דיש ב' דינים בחופה, חלות קנין וחלות שארו.

תלויים בסילוק רשות האב וכניסה לרשות הבעל במקצת.[202] ואילו לגבי היתר ביאה דתלוי בחלות נישואין ואישות גמורה, בעינן דוקא יחוד ולא מסרה האב לשלוחי הבעל. ולכן בהלכות אישות כשהרמב"ם מגדיר מהות החופה הוא רק מזכיר כניסה לחופה וביאה לשם נישואין ולא מסרה האב לשלוחי הבעל.

ב) באמת לפי הרמב"ם מסרה האב לשלוחי הבעל פועל חלות נישואין גמורה ולא בעינן יחוד כדי להתיר הביאה. אלא דמסרה האב שייך רק לקטנה ולנערה דעדיין הוו ברשות האב לפני המסירה. משא"כ בבוגרת דכבר יצאה לגמרי מרשות האב אין להאב הכח למסור אותה לבעל או לשלוחיו ולכן רק חופה או ביאה יוצרות חלות הנישואין. ובהלכות אישות הרמב"ם הזכיר רק את הדרך העיקרי לפעול חלות נישואין דשייך בכל אשה, דהיינו הייחוד.

ג

דעת בנישואין

איתא לקמן (י.) וז"ל איבעיא להו תחילת ביאה קונה או סוף ביאה קונה, נפקא מינה כגון שהערה בה ופשטה ידה וקבלה קדושין מאחר, אי נמי לכהן גדול דקא קני בתולה בביאה מאי, אמר אמימר משמיה דרבא כל הבועל דעתו על גמר ביאה עכ"ל. מבואר דמסקנת הגמרא דסוף ביאה קונה. והראשונים הקשו מגמרא ביבמות (נה:) דהעראה קונה באשה לבעלה מהדרשא דקיחה קיחה (מחייבי לאוין). וא"כ מצינו סתירה בין הסוגיות האם העראה קונה או סוף ביאה קונה.

ועיין בתוס' (י. ד"ה כל הבועל) דהביאו תירוץ של רב נסים גאון, וז"ל ורבינו נסים גאון תירץ דההיא דיבמות איירי אחר קדושין דע"י אותה העראה הוי כנשואה כמו חופה דלאחר קדושין, וקשה לפירושו דקיחה קיחה גבי קדושין כתיב ולא מיירי בחופה כלל עכ"ל. לפי רב נסים גאון סוף ביאה קונה אשה פנויה באירוסין, אבל תחילת ביאה קונה אשה מאורסת בנישואין. ודבריו צ"ע, דלשון הגמרא בקידושין "כל הבועל דעתו על גמר ביאה" משמע דבעצם הבועל יכול לקנות בתחילת ביאה אלא דדעתו עיכב את קנין הקידושין. ופשיטא דבשתי הסוגיות יש לבועל דעת לשם אישות לכל מעשה הביאה, דאל"כ תחילת

[202] עיין ברמב"ן (כתובות מח. ד"ה ואוקימנא) דמבאר מסקנת הגמרא בכתובות באופן דומה לביאור רבינו זצ"ל ברמב"ם, וז"ל ומיהו נהי דמסירתה אינה מכניסתה לרשות הבעל אלא לירושתה מרשות האב יצאה אף להפרת נדרים כדאמר תנא דבי ר' ישמעאל לקמן עכ"ל. ויש להעיר דנחלקו הראשונים אם לאחר דמסרה האב לשלוחי הבעל יש כח להבעל להפר נדרים. דהיינו, מבואר מדברי תנא דבי רבי ישמעאל (כתובות מט.) דאין כח להאב להפר לאחר מסירה לשלוחי הבעל אבל אינו ברור אם עכשיו הבעל יכול להפר נדרים שהיא נודרת לאחר המסירה. הכס"מ (פרק יא מהלכות נדרים הלכ"ב) דייק מהרמב"ם דיש להבעל הכח להפר נדרים לאחר המסירה משא"כ הטור (יו"ד סימן רלד) חולק ע"ז. ולכאורה, אם נאמר דמסרה האב לשלוחי הבעל רק מסיר את רשות האב אזי מובן שיטת הטור דעדיין אין להבעל הכח להפר עד שהיא נשואה לו ממש.

הביאה הוי לשם זנות ופשיטא דלא מהני לקנות. וא"כ צ"ע מאי שנא קידושין מנישואין, דהרי כמו דתחילת ביאה בכוונה לשם אישות מהני לנישואין אע"פ דכל הבועל דעתו על גמר ביאה, כמו"כ י"ל דתחילת ביאה קונה בקידושין. וצ"ב למה הסברא דכל הבועל דעתו על גמר ביאה מהני לדחות קנין הקידושין ולא קנין הנישואין.

וביאר הגר"ח זצ"ל בשיטת רבינו נסים, דדעת הבועל רק יכול לעכב את החלות כל היכא דהבועל הוי הבעלים על החלות. ומכיון דבקידושין המקדש הוי הבעלים על מעשה וחלות הקידושין דהרי הוא יוצר את החלות, אזי י"ל דדעת המקדש יכול לעכב את חלות הקידושין עד גמר הביאה. משא"כ נישואין שאני דאינו זקוק לדעת האיש והאשה אלא סגי במעשה ביאה עם כוונה לשם נישואין בלבד, ואז הנישואין חלין ממילא משמים.[203] ולפי"ז נראה לבאר שיטת רבינו נסים, דבנישואין דהחלות חלה ממילא משמים, כל עוד דהוא עושה מעשה ביאה בכוונה לשם אישות אזי חלות הנישואין חלה. משא"כ בקידושין, כיון דהמקדש הוי הבעלים על החלות יש לו את הכח לעכב בדעתו את החלות עד סוף הביאה, כדמבואר בגמ' דכל הבועל דעתו על גמר ביאה.[204]

ומהאי טעמא הגר"ח זצ"ל לא הצריך עדי קיום לנישואין דהגר"ח זצ"ל נקט דעדים לקיום הדבר בדבר שבערוה באים לקיים דעת הבעלים המחילים חלות קנין כמו דעת של האיש בקידושין, ואילו חלות אישות שחלה ממילא משמים בלי דעת הבעלים כמו האישות דנישואין ויבום אינה צריכה עדי קיום.[205]

ועוד י"ל דיש עוד נ"מ לשיטת הגר"ח דנישואין אינו זקוק לחלות דין דעת אלא דסגי במעשה ביאה עם כוונה לשם נישואין בלבד, לגבי אשה דהוי שוטה לדבר אחד. דהרי שוטה גמורה אין לה דעת וגם אין לה כוונה ולכן פשיטא דמדאורייתא אינה יכולה להנשא. אבל בשוטה לדבר אחד, אע"פ דהרמב"ם (פרק ט מהלכות עדות הל"י) קבע דאין לו דעת והוא פסול לעדות, מ"מ נראה דמכיון דהוא שפוי לשאר הדברים דלכל הפחות יש לו כוונה.[206] וא"כ יוצא דלפי הגר"ח זצ"ל שוטה לדבר אחד יכול להנשא, אבל אם היינו סבורים דבעינן חלות דעת לנישואין אזי אין שוטה לדבר אחד יכול להנשא.

[203] עיין בדברי רבינו זצ"ל הנפלאים בהספדו לדודו הגרי"ז זצ"ל "מה דודך מדוד" (ספר דברי הגות והערכה עמוד עא-אג).

[204] וע"ע בגדר חופה לפי הגר"ח זצ"ל בשיעורים לקמן (י: ד"ה ואלא בביאה שע"י חופה).

[205] עיין בחדושי הגר"ח זצ"ל על הרמב"ם (פרק ד מהלכות יבום הלט"ז), וברשימות שיעורים ליבמות (דף לט: ד"ה גילוי מילתא, ודף נב. ד"ה משום פריצותה). וע"ע בשיעורים לקמן (יב: תוד"ה משום פריצותא, ודף מא: ד"ה סד"א הואיל ואמר מר).

[206] והשווה לדברי רבינו זצ"ל ברשימות לנדרים (עז: ד"ה רמב"ם פי"ב מהל' נדרים הלי"ד).

אולם יש להקשות על יסודו של הגר"ח זצ"ל מעצם הקו"ח דרב הונא בריש הסוגיא. דפשיטא דכדי ליצור חלות קידושין צריך מעשה קנין, וא"כ האיך ניתן ללמוד מקו"ח דחופה קונה, אם חופה אינה מעשה קנין אלא חלות דחלה ממילא מן שמים, וצ"ע.[207]

ד

יסוד החילוק בין קידושין לנישואין לפי שיטת הגר"ח זצ"ל

והנה שיטת הגר"ח זצ"ל טעונה בירור, דלכאורה גם קידושין וגם נישואין קונה את האשה לבעלה. וא"כ מאי שנא קידושין דבעינן דעת מקנה מנישואין דא"צ דעת מקנה. וי"ל דהחילוק בין קידושין לנישואין הוא משום דקידושין הוי תחילת הקנין דאישות ולכן המקדש צריך ליצור את חלות הקנין עם דעתו כבעל המעשה. אבל נישואין אינה חלות אישות חדשה אלא גמר של האישות דקידושין וחלות זו אפשר לחול ממילא ע"י מעשה דנישואין בכוונה בעלמא.[208]

ועוד נראה דיש להגדיר את היחס בין חלות הקידושין לבין חלות הנישואין באופן אחר דגם מבאר את הצורך לדעת מקנה בקידושין לעומת נישואין.[209] וזה על פי קושי דעולה מגמ' לקמן (יט:) וז"ל האומר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה ה"ז מקודשת ותנאו בטל, דברי ר"מ, רבי יהודה אומר בדבר שבממון תנאו קיים עכ"ל. מבואר בגמ' שם דהתנאי בטל לפי רבי מאיר כי זה נחשב כמתנה ע"מ שכתוב בתורה. ולכאורה זה תמוה כי השעבודים דשאר כסות ועונה רק מתחילים עם הנישואין ולא שייכים לארוסה. וא"כ היאך התנאי על שאר כסות ועונה משפיע על חלות הקידושין. ועוד יש להקשות לפי שיטת התוס' (כתובות נו: ד"ה הרי זה) דגדר מתנה ע"מ שכתוב בתורה הוא דהמתנה מנסה ליצור חלות לחצאין. וצ"ע דהיאך שייך כאן אישות לחצאין אם החיובים דשאר כסות ועונה אינם חלין כלל באישות דאירוסין.

ונראה לתרץ דאין לומר דהקידושין יוצרת חלות אישות במקצת עם חלק של דיני האישות, והנישואין משלימה את חלות האישות עם נ"מ לעוד כמה דינים. אלא די"ל דבעצם הקידושין מהוה הקנין היחיד של אישות וכל הקניינים והשעבודים דיש באישות ראויים לחול משעת הקידושין. אלא דהמציאות של האשה מחוץ לבית בעלה מעכבת חלק מהדינים מלחול. ובשעת הנישואין כשהיא נכנסת לרשות הבעל העיכוב נתסלק וממילא כל דיני האישות חלין.

[207] ונראה לתרץ כנ"ל (סוף אות א') דעצם החופה נישואין עושה אלא דהקידושין חלין ממילא דבכלל מאתים מנה. אך לפי"ז לכאורה חופה ל"צ עדי קיום בציור דהחופה מחילה חלות הקידושין, דהרי הקידושין באופן הזה חלין ממילא בלי מעשה קנין ודעת קנין כבקידושין דעלמא.

[208] וזה שלא כרב הונא.

[209] וע"ע בזה בקובץ מסורה (חוברת ו עמוד לג).

ומשל לדבר זה מצינו בגיטין (מג:) לגבי חלות אישות במקצת בחצי שפחה וחצי בת חורין, וז"ל איתמר חציה שפחה וחציה בת חורין שנתקדשה לראובן ונשתחררה וחזרה ונתקדשה לשמעון, רב יוסף בר חמא אמר ר"נ פקעו קדושי ראשון, ר' זירא אמר רב נחמן גמרו קדושי ראשון עכ"ל. ולכאורה הביאור בשיטת ר' זירא אמר רב נחמן הוא דבחצי שפחה דנתקדשה יש חלות אישות במקצת והחלות שפחה שבה מעכבת את החלות מלהיות חלות שלימה. ומכיון דהשחרור מסלקת את העיכוב דחלות השפחות, אזי חלות האישות נגמרת מאליה.[210] וי"ל דה"ה בכל קידושין ונישואין, דבאמת האישות ראויה לחול במלואה בקידושין אלא דיש עיכוב מכיון דהיא אינה בבית הבעל. ואז כשהעיכוב הזה הוסר ע"י הנישואין, ממילא חלות האישות נשלמת מאליה וחלה ממילא מכח הקידושין.

ולפי"ז מובן למה התנאי על שאר כסות ועונה יכול לבטל את הקידושין, דהרי החיובים דשאר כסות ועונה בעצם נוצרים ע"י הקידושין אלא דיש עיכוב עד שעת הנישואין.[211] ולפי"ז יש לבאר את שיטת הגר"ח זצ"ל דלא בעינן דעת מקנה בנישואין, דהרי בעצם קידושין הוו הקנין היחיד דאישות ואילו הנישואין חלין רק כהסרת המונע דאשה שלא בבית בעלה, ומשו"ה נישואין א"צ דעת מקנה וסגי בכוונה לשם נישואין בלבד.

ה

דעת האב בנישואי בתו

ויש להקשות על יסוד הגר"ח זצ"ל דלכאורה מצינו דבעינן דעת האב לנישואי בתו. דאיתא לקמן (מה:) וז"ל נתקדשה לדעת אביה והלך אביה למדינת הים ועמדה ונישאת, אמר רב אוכלת בתרומה עד שיבא אביה וימחה, רב אסי אמר אינה אוכלת שמא יבוא אביה וימחה ונמצאת זרה אוכלת בתרומה למפרע עכ"ל. ומבואר שם בכל הסוגיא דדעת האב מעכב בנישואי בתו. ועיין בגמ' כאן (ה:) דרוצה ללמוד דחופה קונה מצד השוה בין כסף וביאה. אבל הגמ' דוחה, וז"ל מה להצד השוה שבהן שכן ישנן בע"כ עכ"ל. כלומר, דא"א ללמוד חופה מכסף וביאה דהרי רק שניהם קונין בע"כ ולא חופה. והקשו התוס' (ד"ה אף אני) דלכאורה גם חופה ישנה בע"כ, אם האב מכניס את בתו לחופה,

[210] עיין בשיעורים לקמן (ז.) דרבינו זצ"ל האריך בדין הזה וגם בהתפשטות חלות הקידושין לגבי מי דקידש חצי אשה.

[211] עיין ביד רמה (בבא בתרא קכו: ד"ה ברם) דמשמע כדברי רבינו זצ"ל לגבי שאר כסות ועונה, וז"ל אלא הכי קאמרינן התם גבי שאר וכסות הוא דקא משתעבד מכח קידושין הוא דמשתעבד עכ"ל. אמנם עיי"ש דמשמע דכל הדין דירושת הבעל רק מתחיל משעת נישואין, וז"ל דכי זכי בירושתה לא מכח אירוסין קא זכי אלא מכח נישואין הוא דקא זכי, וכיון דמקמי נישואין קא מתני דלא לירות אשתכח דכי קא נסיב בתר הכי אדעתא דהכי קא נסיב ואמטול הכי תנאו קיים עכ"ל. והחילוק מבואר כנ"ל בשיעורים דירושה תלויה בדין שארו שחל לגמרי בנישואין ואינו שייך לקנין הקידושין כלל.

וז"ל ואע"פ שמוסר בתו הקטנה לחופה בע"כ כיון דבמקום בתו קאי לא חשיב בע"כ עכ"ל. ולכאורה גם מצינו בתוס' לקמן (טז. ד"ה מיתה) דנקטו דבעינן דעת האב לעצם חלות הנישואין, וז"ל מה לחופה שכן אינה מוציאה מרשות אב אלא מדעתו עכ"ל. ומשמע כמו הסוגיא לקמן (מה:) דבעינן דעת האב כדי להחיל חלות הנישואין.

ולכאורה הצורך לדעת האב בנישואי בתו קשה לפי"ד הגר"ח זצ"ל. דהרי מסתבר דדעת האב הוי במקום דעת האשה עצמה, דמכיון דהיא קטנה התורה נותנת הכח להקנותה בנישואין לאביה כמו שמצינו בקידושין. ובשלמא אם דעת האשה בנישואין הוי דעת מקנה אזי מובן דהתורה העבירה חלות דעת המקנה לנישואין מהקטנה לאב. אבל אם נאמר כהגר"ח זצ"ל דנישואין בעלמא אינו צריך דעת מקנה אלא דהקנין חל ממילא משמים בכוונה בעלמא, אזי קשה לומר דהתורה העבירה את הצורך לכוונה מהבת אל האב, דהרי כוונה שייכת רק לאלה שעושים את המעשה, דהם מתכוונים לשם המעשה הנעשה. וא"כ לפי הגר"ח זצ"ל ראוי לומר דאין לדעת האב שום כח לגבי חלות הנישואין דהרי הוא אינו מעורב במעשה עצמה. ובשלמא לגבי התוס' אפשר לומר דהם חולקים על יסוד הגר"ח זצ"ל ונקטו דבעינן דעת מקנה ודעת קונה לגבי נישואין. וא"כ, י"ל דהתוס' גם חולקים על הנ"מ שיוצא מדברי הגר"ח זצ"ל. ולשיטתם בעינן עדי קיום לנישואין כמו דבעינן עדי קיום לקידושין. אבל לכאורה עדיין קשה על הגר"ח זצ"ל מהגמ' עצמה דמשמע דהאב יכול לעכב את חלות הנישואין.

ונראה לתרץ דדעת האב בנישואי בתו אינו דעת מקנה אלא דעת לסלק זכויותיו בבתו. וא"כ זה שייך רק כשאב משיא בדעתו את בתו הקטנה. אבל בבוגרת דברשות עצמה לא בעינן דעתה לינשא אלא רק כוונתה לשם נישואין. יוצא, דלחלות נישואין עצמה בעינן רק כוונת הבת ולא דעת האב ומתורצת שיטת הגר"ח זצ"ל.

ולפי זה יוצא דיש נ"מ שלישית לפי יסוד הגר"ח זצ"ל, דהיינו בהיכי תמצא דהאב קידש בתו ומת לפני הנישואין. דאם בעינן דעת מקנה בנישואין כמו בקידושין אזי פשיטא דעכשיו היא לא יכולה לינשא מכיון דהאב מת והיא עדיין קטנה ואין לה דעת מקנה. אבל אם לא בעינן דעת מקנה לנישואין אלא סגי בכוונה בעלמא, זה שייך גם לקטנה והיא יכולה להנשא. ורק בעינן דעת האב כדי לסלק רשותו מעליה, ומכיון דהוא מת בודאי אין לו עוד כח על בתו. ועיין בהגהות מיימוניות (פרק כב מהלכות אישות אות ב) דנחלקו בזה רבינו אפרים ור"ת.

ולפי זה, אולי יש לחדש דלפי הגר"ח זצ"ל הבת יכולה להנשא אפי' בחיי האב בלי דעתו. דהרי בעינן דעת האב רק כדי לסלק את רשותו מהבת. וא"כ יש לעיין האם רשות

האב הוי סתירה לחלות נישואין וא"כ היא אינה יכולה להנשא כלל בלי דעת האב, או"ד י"ל דהיא יכולה להיות נשואה אע"פ דהיא ברשות האב, אלא דיש כמה דינים דרשות האב מונע מלחול. דהרי הגמ' אינה עוסקת בחלות נישואין באופן כללי, אלא בהאם היא מותרת לאכול בתרומה. ולפי"ז י"ל דבכל נ"מ דחלות נישואין דאינו נסתר ע"י רשות האב עליה היא נחשבת כנשואה לגמיר. ולכן אפי' בלי דעת אביה היא מותרת לבעלה, וגם בעלה מטמא לה. ורק לדינים דתלויים ברשות האב או רשות הבעל כמו אכילת תרומה או נדרים, אזי אב אסי נקט דהדינים האלו אינן חלין אע"פ דהיא נשואה דהרי היא עדיין נמצאת ברשות אביה ובעינן דעת האב לסלק את זכותו. וכל זה שייך רק לשיטת הגר"ח דבעצם לא בעינן דעת האב לחלות הנישואין עצמה אלא כדי לסלק זכותו ממנה. אבל לפי התוס' דמשמע דבעינן דעת האב לחלות נישואין עצמה, אזי בודאי היא אינה נשואה כלל בלי דעת האב.

דף ה:

גמ'. מה לכסף שכן פודין בו הקדשות ומעשר שני, ביאה תוכיח.

כבר הבאנו שיטת הרמב"ם דמחילין חלות נישואין בארוסה או ביחוד הראוי לביאה או בביאה עצמה. וא"כ צ"ע על הגמרא, דהרי הגמ' רצתה לעשות קו"ח מכסף לחופה, דהיינו אם כסף עושה קידושין ולא נישואין אזי חופה דעושה נישואין קו"ח דגם עושה קידושין. ובקו"ח הזה, חופה מהוה הקנין ה"חמור" כי הוא עושה נישואין וכסף רק עושה אירוסין. והקו"ח נדחית כי יש לכסף כח לפדות הקדש ומע"ש. ואז הגמרא רצתה להביא מביאה לענות על הפירכא הזאת. אבל לפי הרמב"ם האיך אפשר להביא ביאה כחלק של הקו"ח להוכיח דחופה עושה אירוסין, אם ביאה עצמו עושה גם אירוסין וגם נישואין. וא"כ אין חופה יותר "חמור" מביאה וכל הקו"ח מופרך, וצ"ע.

גמ'. אמר ליה רב פפא לאביי למימרא דסבר שמואל ידים שאין מוכיחות הויין ידים.

בענין ידות

א

שיטת הרמב"ם בידות נדרים ונזירות

כתב הרמב"ם (פ"א מהל' נזירות הל"ה-ו) וז"ל אין אומרין בנזירות עד שיוציא כשפתיו דבר שמשמעו אצל כל העם כענין שבלבו אלא כיון שגמר בלבו והוציא בשפתיו דברים שעניינם שיהיה נזיר אע"פ שהן עניינות רחוקות ואע"פ שאין במשמען לשון נזירות הרי הוא נזיר כיצד הרי שהיה נזיר עובר לפניו ואמר אהיה הרי זה נזיר הואיל ובלבו היה

שיהיה כמו זה ואע"פ שלא פירש ואמר אהיה כמו זה וכו' עכ"ל. פשטות לשון הרמב"ם מורה שאף כשמשמעות ההפלאה אינה לנזירות עכ"ז חלה הנזירות משום שידים שאינן מוכיחות הויין ידים.[212]

מאידך לגבי נדרים כתב הרמב"ם (פ"א מהל' נדרים הלכ"ג) וז"ל האומר לחבירו מודר אני ממך משמע דבר זה שלא ידבר עמו וכו' אבל אם אמר לו מודר אני ממך שלא אוכל לך וכו' הרי זה אסור לאכול וכו' עכ"ל. ומבואר דלגבי נדרים פסק הרמב"ם כמ"ד שידים שא"מ לא הויין ידים. וצ"ע בסתירה בין מש"כ הרמב"ם בהל' נדרים להל' נזירות.[213]

והנה דין ידות נלמד מפסוק בנזירות "נזיר להזיר לעשות ידות נזירות כנזירות" וכמבואר בגמ' נדרים (ג.), ואילו נדר נלמד מנזירות (שם) מהיקש "לנדר נדר נזיר להזיר מקיש נדרים לנזירות מה נזירות עשה בו ידות נזירות כנזירות אף נדרים עשה בהם ידות נדרים כנדרים".[214]

ויתכן דלרמב"ם ישנן שתי הלכות שונות בנזירות: א) דין כללי דידים מהני כדיבור שלם, ב) דין מסוים בנזירות דאף ידים שאינן מוכיחות הויין ידים. ורק הדין הכללי נלמד מנזירות לנדרים ולא הדין המסוים. וכן משמע מלשון הרמב"ם בהלכות נזירות דיש דין מיוחד דידים שאינן מוכיחות הויין ידים אצל נזירות.[215] אבל צ"ע בכל זה. ובלאו הכי צ"ע על הרמב"ם דלא הביא הלשון "יד" במשנה תורה בהלכות נדרים או בהלכות נזירות.

ויש להעיר דאפילו להרמב"ם דידים שאין מוכיחות הויין ידים אצל נזירות, עדיין סובר דאם אין נזיר הולך לפניו והוא אומר אהא אין הנזירות חלה אע"פ דהתכוון לנזירות כמבואר בדבריו (פרק א מהלכות נזירות הל"ו). וצ"ל דבלא היה נזיר עובר לפניו הלשון כל כך מרוחק מנזירות דאינו נחשב בכלל כידים שאין מוכיחות אלא כפיטפוטי מלים בעלמא.

ב

ידות בגיטין וקידושין לפי הרמב"ם

כתב הרמב"ם (פ"ד מהל' גירושין הל' י"א) וז"ל היה בו משמעות שני ענינים או שהיה בכתבו עיקום או בלבול עד שאפשר שיקרא ממנו ענין אחר הואיל ונקרא לענין הגירושין ויש בו משמע גירושין הרי זה פסול עכ"ל. לפי הרמב"ם, הגט כשר מן התורה ופסול מדרבנן

[212] וע"ע לכל הסוגיא ברשימות שיעורים לנדרים (ג: ענין ידות).

[213] עיין בקרן אורה (נזיר ב: ד"ה דלמא) דגם הקשה מעין זה על הרמב"ם.

[214] עיי"ש דיש חילוקי דעות בגמרא לגבי המקור לידים.

[215] עיין בלשון הרמב"ם פהמ"ש (פרק א דנזיר משנה א) דגם משמע דזה דין מיוחד בנזירות וז"ל זה שאמר אהא, אהא נוה, אינן כנויי נזירות, אלא הם חלוקי הנזירות והן הנקראין ידות, כלומר חלוקי הדברים המורים על ענין הנזירות וכו' ובא להשמיענו שאין אנו צריכים בנזירות פיו ולבו שוין, אלא כיון שהיה בלבו ואף על פי שפיו אינו מורה על ענין זה הוראה גמורה הרי זה חייב בנזירות עכ"ל. ונראה מדבריו דיש דין מיוחד בהלכות נזירות דלא בעינן פיו ולבו שוה.

בעלמא כשיש בו שתי משמעויות - הן לגירושין הן שלא לגירושין. ומדברי הרמב"ם "ויש בו משמע גירושין" נראה דהלשון בגט משמע כשני הפירושים באופן שוה, ואעפ"כ הגט כשר מדאורייתא. והרי שלדעתו לא בעינן ידים מוכיחות בגט. ואילו בהלכות אישות (פרק ג הל"א) כתב וז"ל והאיש הוא שאומר דברים שמשמען שקונה אותה לו לאשה עכ"ל. וכמו"כ כתב שם בהל"ו וז"ל הדברים שיאמר האיש כשיקדש צריך שיהיה משמעם שהוא קונה האשה עכ"ל. מדיוק לשונות הרמב"ם עולה שבקידושין זקוקים לידים מוכיחות כדי שיהיו קידושי ודאי. וכן פסק (פ"ד מהל' אישות הל"ב) בשאלת הגמרא כשאמר לה ואת שהיא ספק מקודשת. וצ"ע מ"ש גירושין מקידושין.

ויתכן לתרץ דגם בהלכות גירושין הרמב"ם בעי לשון מוכיח לשם גירושין, דהרי כתב "הואיל ונקרא לענין הגירושין". ומשמע מזה דאע"פ דיש ללשון הכתוב בגט שתי משמעויות, פשטות הלשון מוכיח דלגירושין נתכוון. וא"כ בקידושין ובגירושין הרמב"ם מצריך ידים מוכיחות כדי להיות קידושין וגירושין ודאי כמו שפסק לעיל לגבי נדרים. אמנם יש להעיר מגירסת הטור (אבן העזר סימן קכה) בדברי הרמב"ם וז"ל הואיל ונקרא לענין אחר אע"פ שיש בו משמעות גירושין ויש בו מענין גירושין ה"ז פסול עכ"ל. ומבואר בגירסת הטור דעיקר משמעות הלשון אינו לגירושין ועדיין הגט חל מדאורייתא. ומשמע עוד מגירסת הטור דאפילו אם עיקר המשמעות אינו לגירושין אלא לענין אחר עדיין הגט כשר מדין ידים שאין מוכיחות. וצ"ע דהרי נתבאר לעיל דלשון דאינו משמע מועיל לענין נזירות מדין ידים שאין מוכיחות כי יש בנזירות גזירת הכתוב מיוחדת. ואפילו נדרים דהוקשו לנזירות אינן חלין בידים שאינן מוכיחות. וא"כ בע"כ צ"ל לגבי גירושין דלכל הפחות בעינן דשתי המשמעויות תהיו מחצה על מחצה כדי שהגט יחול.

והשתא דאתינן להכי לפי גירסת הטור ברמב"ם הדרא קושיא לדוכתא, דמאי שנא קידושין דבעינן אומדנא דמוכח דלשם קידושין נתכוון מגירושין דסגי בלשון דמשמע לשני אופנים בשוה.

ונראה דיש לחלק בין האמירה בקידושין לבין הלשון הכתוב בגט. דלשון הכתוב בגט מהוה דין בספירת דברים דבגט, ואע"פ דיש לזה דינים מיוחדים לגט כדמבואר בהמשך, עדיין מדרגת בהירות הלשון תלוי במשפטי הלשון דבכל התורה כולה. ובזה מהני לשון דמשמע לשני האופנים בשוה.[216] משא"כ בקידושין אין דין האמירה תלוי במשפטי

[216] לכאורה צ"ע בזה דהרי נחלקו התנאים במשנה (גיטין פה.) לגבי לשון הכתוב בגט, וז"ל גופו של גט, הרי את מותרת לכל אדם, רבי יהודה אומר ודן דיהוי ליכי מינאי ספר תירוכין ואגרת שבוקין וגט פטורין למהך להתנסבא לכל גבר דיתצביין עכ"ל. ובגמרא שם (פה:) מבואר דנחלקו בידים שאין מוכיחות וז"ל במאי קמיפלגי, רבנן סברי ידים שאין מוכיחות הויין ידים ואף על גב דלא כתב לה ודן מוכחא מילתא דבהאי גיטא קא מגרש לה, ור' יהודה

הלשון דבכל התורה כולה, אלא דיש דין מיוחד דנתינת הכסף הקידושין צ"ל בתורת קידושין. ודבר זה נלמד מהלכות נתינת הגט (לעומת לשון הכתוב בגט). דהנה הרמב"ם כ' (פ"א מהל גירושין הל"א) ז"ל ועשרה דברים הן עיקר הגירושין מן התורה ואלו הן א' שלא יגרש האיש אלא ברצונו וכו' ג' ושיהיה ענין הכתב שגרשה והסירה מקניינו ד' ושיהיה עניינו דבר הכורת בינו לביניה וכו' ט' שיתנהו לה בתורת גירושין וכו' עכ"ל. וביאר הגר"מ זצ"ל שכל עשרת הדברים האלו שמנה הרמב"ם לעיקר הגט חלין דוקא בגירושין ואינם שייכים לשאר התורה. ולפי"ז ביאר הגר"מ זצ"ל את הדבר הראשון ברשימת הרמב"ם, דהיינו שיגרש האיש ברצונו. שהרי לכאורה קשה, דאף קנינים אחרים שבתורה זקוקים לדעת בעלים ולמה איפוא מביא הרמב"ם את דין רצון הבעל כדין מיוחד בגיטין. ונראה דהרמב"ם נתכוין להטעים שבגירושין יש דין מיוחד של רצון השונה מדעת מקנה שבכהת"כ שכן בגיטין מצויים דיני מודעה ביטול הגט וגט מעושה, ולכן דין זה נכלל ברשימת הרמב"ם.

והנה דין ספירת הדברים המיוחד לגט (מספרים ג' וד' ברמב"ם) מצוי בכמה הלכות כגון בנוגע לכתיבת תנאים בגט (עיין ברמב"ם ובמגיד משנה פ"א מהל' גירושין הל"ד), ובהלכות כתיבת שמות בגיטין (גיטין לד: ועיין באה"ע סי' קכ"ט). ונראה דדין ספירת הדברים בגט חלוק מדין הלשונות בשאר שטרות שכן הלכה מסוימת היא בגיטין. והכשר ידות בגט נוגע לדין ספירת הדברים בגט.

ונראה דאף דין הנתינה בתורת גירושין הוא דין מיוחד לגט (מספר ט') ועיין ברמב"ם (פ"א להל' גירושין הל"ט י"א), ומוכח שדין תורת הגירושין אינו הוכחת דעת מקנה בעלמא כי אם הלכה מסוימת בגירושין. ודומה שהוא הדין בקידושין שהוקשו לגיטין (ה.) ולכן זקוקים לנתינה בתורת קידושין. ולפי זה י"ל דהאמירה של המקדש אינו דין אמירה בפני עצמו כמו שמצינו בהלכות הפלאה אלא האמירה מגדיר את נתינת הכסף כנתינה לשם

סבר ידים שאין מוכיחות לא הויין ידים וטעמא דכתב לה ודן דמוכחא מילתא דבהאי גיטא קא מגרש לה, אבל לא כתב לה ודן אמרי בדיבורא גרשה ושטרא ראיה בעלמא הוא עכ"ל. והרי יש דיון בגמרא בידות לגבי לשון הכתוב בגט ונחלקו התנאים אם בעינן ידים מוכיחות או לא. ועיין בשיעורי הרב למסכת גיטין (חלק ב' עמוד רצו) דביאר דחכמים סבורים כמש"כ בפנים דלשון הכתוב בגט נידון כמשפטי הלשון של שאר שטרות. אבל רבי יהודה סבור דהדין דספירת דברים מחייב בהירות מוחלטת דהגירושין נעשית ע"י גט זה ולכן בעינן ידים מוכיחות לנקודה הזאת. לפי זה נחלקו התנאים אם לשון הכתוב בשטר נידון במשפטי הלשון דבכהת"כ או בעינן דוקא ידים מוכיחות. ונחלקו מפרשי הרמב"ם בדעתו. דעיין במגיד משנה (פרק ד מהלכות גירושין הלי"ב) דנקט דהרמב"ם פסק כרבי יהודה (וכן מבואר בפירוש המשניות שם) אבל הלחם משנה (פרק א מהלכות גירושין הל"ד) סבר דהרמב"ם פסק כחכמים. ולכאורה לפי זה טענת רבינו זצ"ל כאן דלגבי לשון הכתוב בגט דלא בעינן ידים מוכיחות תלויה במחלוקת המגיד משנה והלחם משנה בדעת הרמב"ם.

קידושין.[217] ולפיכך היכא דעסוקין באותו ענין לא בעי בכלל אמירת הבעל (ו.) כי יש הוכחה מהמצב עצמו דהנתינה היתה לשם קידושין. והנידון בידות הקידושין שייך לדין של תורת הקידושין שדומה לתורת הגירושין.

ולפי"ז נראה לבאר את החילוק בפסקי הרמב"ם בדין ידות בין הלשון דכתוב בגט לבין האמירה בקידושין. בנוגע לספירת הדברים בגט פסק הרמב"ם דידים שאינן מוכיחות הויין ידים כי אע"פ דיש דינים מיוחדים בספירת הדברים בגט (כמו בכתיבת תנאים וכדומה) עדיין לגבי מדריגת בהירות הלשון הדין דספירת דברים בגט תלוי במשפטי הלשון דבכל התורה כולה. ולכן לשון שאפשר להתפרש בשני אופנים בשוה מועיל לדין ספירת דברים בגט. מאידך בקידושין מכיון דהאמירה מחילה חלות תורת קידושין על הנתינה, פסק הרמב"ם דבעינן אומדנא דמוכח בשעת הקידושין ומשמעות בעלמא אינה מועלת.[218]

לסיכום, לפי דעת הרמב"ם יש ג' דינים בידות. בנזירות אפילו לשון דמשמע בעיקר לא לנזירות מועיל להפלאה, בגיטין לשון המשתמע לשני פירושים בשוה מועיל, ולגבי נתינה בתורת קידושין בעינן אומדנא דמוכח דנתכוון לשם קידושין.

ג

שיטת התוס' בגדר הדין ידות

התוס' (ה: ד"ה הכא) גם כן חידשו אליבא דשמואל דיש ג' דינים בידות. דכשאמר הרי את מקודשת והשמיט המלה "לי" לא מהני דהו"ל ידים דאין מוכיחות כלל. ונחלקו התנאים והאמוראים בידים שאין מוכיחות דעלמא כגון מי שנדר בסתם "מודרני ממך" בלי לפרש במה מודר ממנו. וידים מוכיחות מהני לכו"ע.

והנה לכאורה היה אפשר להשוות הג' דרגות של תוס' לג' דרגות בשיטת הרמב"ם. אבל בודאי ההשוואה הזאת אינה נכונה. דהרי לפי הרמב"ם כל הג' דרגות תלויות בעד כמה כוונת הדיבור ברורה. ולפי התוס' הא דידים שאין מוכיחות כלל דלא מהני לכו"ע הוא כשאיש נותן פרוטה לאשה ואומר לה הרי את מקודשת בלי המלה "לי". ולכאורה קשה לומר דיש כאן אומדנא דמוכח דלא נתכוון לקדשה לעצמו דהרי נתן לה הפרוטה ואמר לה הרי את מקודשת.

[217] לכאורה רבינו זצ"ל חולק על דברי הגר"ח זצ"ל לגבי הדין אמירה דקידושין. דעיין בברכת שמואל (קידושין סימן א) דהביא מהגר"ח זצ"ל דהאמירה דקידושין הוא חלק מהמעשה קיחה, ולפי רבינו זצ"ל האמירה רק נצרכת להחיל חלות תורת קידושין על מעשה הקידושין.

[218] לכאורה כל זה צ"ע, דלפי"ד רבינו זצ"ל הדין דנתינה בתורת קידושין נלמד מגירושין. ובגירושין עצמו הרי פסק הרמב"ם (פרק א מהלכות גירושין הלי"א) דלכתחילה הבעל צריך לומר הרי זה גיטך כשנותן הגט אבל הגט כשר מדאוריי"תא בלי אמירה. וא"כ לכאורה רואים מזה דהדין דבעינן נתינה בתורת גירושין לא מצריך אמירת הבעל וגם ראוי להיות ככה בקידושין. ורבינו זצ"ל דן בזה לקמן בשיעורים (ו. בענין נתינת הגט ושטר קידושין בשתיקה).

ויוצא מזה דלשיטת התוס' הדין דידות אינו תלוי בעד כמה הכוונה ברורה אלא דס"ל דיש דין אחר בהלכות ידות. דהנה יש לחקור בעצם הדין דידות – איזה מין חסרון בלשון גמור הושלם ע"י הריבוי דידות. דיש לומר כמש"נ בשיטת הרמב"ם דכל דיני ידות תלויים אך ורק בבהירות כוונת המלים. דהיינו, אם כוונת המדבר ברורה למדי, אזי הדיבור מוגדר כלשון גמור ופועל חלויות גם בלי הריבוי דידות. ורק בעינן הגזה"כ דידות היכא דיש להסתפק בכוונת המילים. מאידך יש לומר דאפי' עם כוונת הדיבור ברורה ומובן לכל, יש עוד דין דכדי להיות חלות שם דיבור גמור בעינן משפט שלם ולא מקוטע. וכל היכא דהמשפט אינו שלם, אפי' עם הכוונה ברורה, בעינן הגזה"כ דידות להשלים את המילים החסרים של המשפט.

ויש להוכיח כצד הראשון דלשון גמור מוגדר רק ע"פ בהירות הכוונה מגמרא בנדרים (ו.) וז"ל בעי רב פפא יש יד לקידושין או לא, היכי דמי אילימא דאמר לה לאשה הרי את מקודשת לי ואמר לחבירתה ואת נמי, פשיטא היינו קידושין עצמן, אלא כגון דאמר לה לאשה הרי את מקודשת לי ואמר לה לחבירתה ואת עכ"ל. ויש עוד ספק בגמ' שם בסוגיא וז"ל בעי רב פפא יש יד לפאה או אין יד לפאה, היכי דמי אילימא דאמר הדין אוגיא ליהוי פאה והדין נמי, ההיא פיאה מעלייתא היא, כי קא מיבעיא ליה כגון דאמר והדין ולא אמר נמי עכ"ל. הרי פשיטא לגמרא דאם אמר לאשה השניה "ואת נמי" או לאוגיא השני "והדין נמי" דמהני אפילו בלי הדין דידות. אמנם "ואת נמי" או "והדין נמי" אינו משפט שלם בהלכות קידושין או פיאה ועדיין הגמרא קובעת דלשונות אלו מוגדרות כלשון גמור דמהני גם בלי החידוש דידות. ומוכח מזה דרק בעינן החידוש דידות כשיש ספק בכוונתו.

מאידך יש מהראשונים דמשמע דיסוד דין היד הוא להשלים את עצם הדיבור אפילו אם כוונתו ברורה. דעיין בראשונים ריש נדרים דנחלקו אי עיקר נדר בהתפסה או לא. ועיי"ש במאירי (נדרים ב. ד"ה אמר המאירי צריך שתדע) דסובר דגם אם עיקר הנדר הוא רק ע"י התפסה, אעפ"כ אם אמר ככר זה עלי נדר בלי התפסה הנדר חל מדין ידות. הרי כאן הכוונה ברורה ורק חסר השלמת המשפט ובזה חל הדין דידות. ומצינו דבר דומה בשיטת הרא"ש (שבועות פרק ד סימן כד) לגבי הצורך לשם ה' בשבועה. דהרא"ש סבור דבעינן שם ה' כדי שיחול השבועה, אבל אם השמיט את השם אזי השבועה חלה מדין ידות. וגם כאן, הרי כוונת הנשבע ברורה ורק השמיט מלה אחת ובזה חל הדין דידות. אולם הרמב"ם (פרק ב מהלכות שבועות ה"ד) חולק על הרא"ש בזה, וז"ל אמר אלה או ארור או שבועה ולא הזכיר שם ולא כינוי הרי זה אסור בדבר שנשבע עליו, אבל אינו לוקה ולא

מביא קרבן אם עבר על שבועתו עד שיהיה בה שם מן השמות המיוחדים או כינוי מן הכינויין כמו שבארנו עכ"ל.[219] והרי מבואר מדבריו דהדין דידות אינו משלים את המלים החסרים מהמשפט לעשותו כאילו הוא הזכיר שם ה' ע"פ דין, דא"כ למה אינו לוקה.[220] ויוצא מזה שהרמב"ם אזיל לשיטתו דחלות שם לשון גמור תלוי אך ורק בבהירות הכוונה והדין דידות חל רק כשיש ספק בכוונתו ולא להשלים משפט בלתי שלם.

וא"כ לכאורה קשה על שיטת מאירי והרא"ש מהגמרא בנדרים (ו:) בנוגע לקידושין ופאה, דהרי הלשון "ואת נמי" מוגדר כלשון גמור דלא בעי החידוש דיד וצ"ע דהרי לשיטתם בעינן הריבוי דידות כדי להשלים משפט מקוטע. ונראה לחלק לפי דעתם בין חלות שם לשון גמור בשבועות ונדרים לבין חלות שם לשון גמור בקידושין ופאה. שבועות ונדרים הם דיני הפלאה, והפלאה חלה רק בדיבור שלם וברור. ולכן בעינן החידוש דידות אפילו היכא דכוונתו ברורה, כל עוד דהמשפט מקוטע. משא"כ בקידושין ופאה דאינם חלויות דהפלאה, לשון גמור מוגדר על פי בהירות הכוונה. וכל זמן דהכוונה ברורה אפילו אם המשפט מקוטע הרי הוא מוגדר כלשון גמור ולא בעינן החידוש דידות. ולכן הגמרא קובעת דמשפט מקוטע כגון "ואת נמי" מוגדר כלשון גמור בלי החידוש דידות.[221]

ונראה לבאר הג' הדרגות דהתוס' בסוגיין, על פי שיטת הרא"ש והמאירי. דהדרגא הראשונה דידים מוכיחות דמועיל בנדרים ובנזיר הוא כשהכוונה ברורה אבל המשפט אינו שלם. ובכהת"כ חוץ מהפלאה כמו בקידושין ובפאה פשיטא דדי בכך אפי' בלי חלות דין דידות דהרי כוונתו ברורה. הדרגא השניה דידים שאין מוכיחות דנחלקו עליו האמוראים כשהמשמעות לא ברורה לגמרי, אבל עדיין יש אומדנא דמוכח לגבי כוונתו. והדרגא השלישית דידים שאין מוכיחות כלל הוא כשהלשון משמע לשני אופנים בשוה כמו הציור דהרי את מקודשת ולא אמר לי.

ד

גדר דין אמירה בקידושין

ולפי מה שנתבאר נראה שיש חילוק גדול בין חלות דין ההפלאה בנדרים לבין דין האמירה בקידושין. דבקידושין הוכחנו דגם לפי הרמב"ם וגם לפי הרא"ש, האמירה אינו דין אמירה בפני עצמו דנצרך בנוסף לנתינת הכסף כחלק של מעשה הקיחה, אלא

[219] ובביאור שיטת הרמב"ם דהשבועה חל אבל אין חיוב מלקות וקרבן עיין ברשימות שיעורים מסכת שבועות (יט: עמוד ז').

[220] יתכן דבשאר הדיבורים חל דין ידות להשלים את הדיבור משא"כ בהזכרת שם שמים דצריכה דוקא ביטוי מפורש.

[221] אך לפי"ז קשה למה הקשה בגמרא מנזיר דבעינן נזיר עובר לפניו על קידושין, דשאני נזירות דצריך הפלאה. וי"ל דנזיר עובר לפניו אינו משנה את ההפלאה אלא את ההוכחה ובזה דומה לנזירות לקידושין.

דהאמירה הויא רק גילוי דעת המקדש בעלמא המחיל חלות שם תורת קידושין על נתינת הכסף. ולפי זה יש לבאר את ספיקת הגמרא בנדרים (ו:) היכא דהמקדש אמר "ואת" לאשה שניה, אי אמרינן ידות בקידושין. דאין הספק האם הדין דידות משלים את המשפט, דהרי רק בעינן ידות ליצור משפט שלם בדיני הפלאה. אלא הספק הוא האם דרגת האומדנא דמוכח דנתכוונו לשם קידושין דנוצר ע"י אמירת "ואת", סגי להעניק חלות שם "תורת קידושין" לנתינה. ובאופן דומה יש לבאר את מחלוקת התנאים לקמן (ו.) אם מענין לענין באותו ענין מועיל לקידושין. דנחלקו התנאים אם דרגת האומדנא דמוכח דנתכוונו לשם קידושין מספיק להגדיר את נתינת הכסף כנתינה בתורת קידושין או לא.[222]

ה

ביאור דברי הרמב"ן

ולגבי הפסק, עיין ברמב"ן (ה: ד"ה ואמר שמואל) דהוכיח מהגמרא בנדרים (ה:) דפסקינן כרבא (שם) דידים שאין מוכיחות לא הוי ידים. ואילו לגבי גיטין וקידושין הרמב"ן הסתפק אם חוששין לחלות קידושין וגיטין בידים שאינן מוכיחות, וז"ל ובוודאי בנדרים פ"ק מוכחא מילתא דהלכתא ידים שאינן מוכיחות לא הויין ידים, דפלוגתא דאביי ורבא היא דרבא סבר לא הויין ידים וקיי"ל כרבא, הילכך הרי את מקודשת הרי את מאורסת אינה מקודשת לגמרי, אלא מיהו י"ל צריכה גט דעד כאן לא קאמרינן לא הויין ידים אלא שאינה מקודשת גמורה אבל מיחש חיישינן עכ"ל. אמנם בסוף דבריו הסיק הרמב"ן דגם בקידושין בעינן ידים מוכיחות ובלי זה אין חוששין לקידושין ולגירושין כלל, וז"ל וי"ל כל היכא דלא הוו מוכיחות אינם כלום בין בגיטין בין בקידושין עכ"ל. ויש לעיין בסברת השקלא וטריא ברמב"ן, דמה סברת ההו"א דידים דאין מוכיחות מועילות בקידושין אם אינן מועילות בנדרים, ומה סברת מסקנתו דבעינן ידים מוכיחות גם בגיטין וקידושין.

ונראה לבאר ע"פ מש"נ לעיל דבעינן ידים מוכיחות רק בנדרים משום דהוי חלות דין הפלאה, ודוקא שם ידים דאינן מוכיחות אינן כלום. ואילו דיני קידושין וגיטין דאינם דיני הפלאה ורק צריך מילים עם כוונה ברורה, אזי יש להסתפק דקידושין וגיטין חלים בידים דאינן מוכיחות. אבל הרמב"ן הסיק דגם בקידושין וגיטין אין חוששין לקידושין וגיטין בלי ידים מוכיחות כי אע"פ דאין דין הפלאה בגיטין ובקידושין, מ"מ יש דין מיוחד של נתינה בתורת גיטין וקידושין וכמש"נ לעיל בשיטת הרמב"ם. והדין הזה מצריך לשון דלכל הפחות יוצר אומדנא דמוכח דנתכוון לשם קידושין, כנ"ל.

[222] וע"ע בשיעורים לקמן (ט. ד"ה ואמר רבא אמר רב נחמן כתב לו על הנייר, בסוף דברי רבינו זצ"ל שם).

וגם נראה לפרש מסקנת הרמב"ן באופן אחר. די"ל דהאמירה בקידושין אינו מדיני הפלאה וגם אינו דין בהחלת חלות תורת קידושין על הנתינה, אלא דהוי גילוי דעת בעלמא כמו שנצרך בשאר קניינים. וא"כ היינו חושבים דידים שאינן מוכיחות לכל הפחות יהיו ספק קידושין, כי כל דין האמירה הוי אך לגילוי דעת ועכשיו ע"י הדיבור יש לנו ספק בדעתו. אבל עדיין י"ל דאמירה דרק יוצרת ספק לגבי דעת המקדש אינה יוצרת אפי' ספק קידושין. כי בקידושין בעינן עדי קיום וכל עוד דאין אומדנא דמוכח לגבי כוונת המקדש, והעדים באמת מסתפקים בכוונתו חסרה עדות לקיום הדבר ואין כאן אפילו ספק חלות קידושין.[223] ולכן בעינן ידים מוכיחות דהיינו אומדנא דמוכח דכוונתו לשם קידושין, לא מחמת מדין הפלאה או כדי להחיל חלות של תורת קידושין על הנתינה, אלא מחמת הצורך לעדות לקיום הדבר.[224]

ע"כ ענין ידות

דף ו.

גמ'. ת"ר הרי את אשתי, הרי את ארוסתי הרי את קנויה לי מקודשת, הרי את שלי, הרי את ברשותי, הרי את זקוקה לי מקודשת, וליתנינהו כולהו כחדא, תנא תלת תלת שמעינהו וגרסינהו.

לפי מסקנת הגמרא אין נ"מ לדינא בין כל הלשונות האלו, אלא דהתנא לימד אותם בשתי ברייתות שונות. אבל לכאורה קושיית הגמ' קשה על התנא, למה התנא חילק את הלשונות לשתי ברייתות אם אין הבדל ביניהם, דלכאורה התנא היה צריך לכלול את כולם ברשימה אחת. ונראה לבאר דשלושה הלשונות דנישנו בברייתא הראשונה הם עיקרי הלשונות דקידושין, והלשונות דברייתא השניה נלמדו מהם. דכל הלשונות בברייתא הראשונה קאי על חלות האישות או על מעשה הקידושין. ד"הרי את אשתי" פירושו "הרי את נשואתי"[226] דאשה היינו נשואה[225] ו"הרי את ארוסתי" משמע דנתכוון

[223] ע"ע בזה בשיעורים לקמן (ו. בענין נתינה בשתיקה).

[224] לפי זה יש טעם להחמיר בגדרי דיבור וידות בקידושין מבנדרים. ועיין בברכת שמואל (קידושין סימן א' אות ט') דהביא מהמרדכי שיטה כזאת – דלשון דסני לנדרים אינו מועיל לקידושין. וביאר את זה לפי שיטת הגר"ח זצ"ל הנ"ל דהאמירה בקידושין מהוה חלק מהמעשה קיחה ולכן יש לו חומרות על הלשון דנדרים.

[225] עיין בבית יוסף (אה"ע כז ד"ה אמר לה הרי את אשתי) דנחלקו הראשונים אם לשון "הרי את נשואתי" מהני לקידושין או לא וז"ל אמר לה הרי את אשתי הרי את זקוקתי וכו'. ברייתא שם (י.) וכתב הרשב"א בתשובה אין אשתי כנשואתי שאילו האומר הרי את נשואתי לא שמענו שתהא מקודשת דלא תקרא נשואה עד שתבעל או עד שתכנס לחופה, ויש לתמוה עליו ממה שכתב בברייתא (ה:) הרי את לי לאנתו הרי זו מקודשת ותניא תו (ו.) שאם אמר הרי את אשתי הרי זו מקודשת וסתם אשתי משמע שהיא נשואה ממש ואפילו למה שרוצה לחלק בין זו לזו ה"ל למימר שהוא ספק מקודשת ושמא גם הוא ז"ל כך דעתו לומר שאינה ודאי מקודשת אבל מידי ספיקא מיהא לא נפקא עכ"ל. לכאורה דברי רבינו זצ"ל הם כמו שיטת הבית יוסף נגד הרשב"א.

לחלות אירוסין. ו"הרי את קנויה לי" משמע דהוא עושה מעשה קנין. ואע"פ דקנויה אינה לשון אישות, עדיין הלשון דקנין מועיל כי הדרך ליצור חלות אישות הוא ע"י מעשה קנין דכסף או שטר.

והלשונות דהברייתא השניה הן מעין תולדות דשלושה לשונות הראשונות. ד"הרי את שלי" ו"הרי את ברשותי" הוו לשון קנין ונלמדו מהלשון "הרי את קנויה לי" דבברייתא הראשונה. והלשון "הרי את זקוקה לי" נלמד מ"הרי את ארוסתי" דזיקת יבום הויא חלות אישות במקצת כמו אירוסין.

גמ'. איבעיא להו מיוחדת לי מהו.

ונראה לבאר דספיקת הגמרא הוי בדין ולא באומדנא. דהנה כדי ליצור אישות דעלמא בעינן מעשה קידושין. והרי ביארנו לעיל (ב. בענין מצות קידושין אות ה) דלפי הרמב"ם (פרק ד מהלכות מלכים הל"ד) יש דין חדש לגבי פילגש המיוחדת למלך דקיימת חלות אישות דחלה ע"י יחוד בעלמא ולכן הותרה פילגש למלך ונאסרת לשאר העם. ונראה דחלות אישות דפילגש המיוחדת למלך חלוקה ביסוד דינה מחלות אישות שחל באשה דעלמא בשני דרכים: א) דאין בה מעשה קידושין ליצירת האישות, ב) וגם חלות האישות דפילגש דמלך היא רק חלות אישות חלקית. וכשהמקדש נותן פרוטה לאשה ואומר לה "הרי את מיוחדת לי" י"ל דהמקדש רוצה ליצור לעצמו חלות אישות המיוחדת דמלך ע"י מעשה קידושין. ולפי"ז מבואר הצד דהקידושין אינן חלין. דהרי לכאורה, הוא התכוון ליצור חלות אישות דפילגש דלא שייך לחול להדיוט, ולא היתה כוונתו לאישות גמורה דעלמא כדי לומר שהקידושין יחולו לגמרי. אבל מ"מ הגמ' נסתפקה דאולי בכל זאת הקידושין יחולו, כי אולי לא בעינן שיתכוון לסוג אישות מסויים, אלא רק בעינן דהוא יתכוון לחלות שם אישות בעלמא. וא"כ גם אם הוא התכוון לחלות אישות דפילגש דלא שייך להדיוט, מ"מ המעשה קידושין שלו מועיל ליצור קידושין גמורים. ומשל למה הדבר דומה לגמ' לקמן (י.) דנסתפקה אם ביאה אירוסין עושה או נישואין עושה. ולכאורה פשיטא דהבועל התכוון רק לאירוסין, ואעפ"כ לפי צד אחד דבגמרא הביאה מחילה חלות נישואין.[227] ובשלמא לפי שיטת הגר"ח זצ"ל דלא בעינן דעת קנין בנישואין, שפיר מובן דמהני הביאה לנישואין אפילו בלי דעת לנישואין. אבל לפי החולקים על

[226] הגדרת רבינו זצ"ל מדיוקת בדברי רש"י (כתובות עא: ד"ה אישי) וז"ל אישי - לשון אישות ונישואין עכ"ל. ועיין במהרש"ל בפסחים (פז. ד"ה דכתיב).

[227] ויש להעיר מדברי הגר"א (אה"ע סימן לג סק"ה) דנקט דספיקת הגמ' הוא רק כשהבועל מתכוון גם לשם נישואין, וז"ל אבל ביאת קדושין איבעי להו בכ"מ וגם זה אמת דדוקא לשם נשואין דדוקא ביבמו' איתרבאי בין בשוגג וכו' עכ"ל. מבואר דלפי הגר"א אם הבועל התכוון רק לשם קידושין פשוט דאין ביאה נישואין עושה.

הגר"ח זצ"ל דס"ל דבעינן דעת קנין בנישואין, לכאורה דברי הגמרא מרפסן איגרי, איך הביאה עושה נישואין בלי דעת קנין לנישואין. אלא דמוכרח מזה דלא בעינן דעת קנין פרטי לכל סוג של אישות אלא דדעת כללי ליצור חלות אישות מהני לכל מה שהמעשה ראוי לעשות.

ועוד נראה שיש לבאר את ספק הגמרא באופן אחר. דלפי הרמב"ם (פרק י מהלכות אישות הל"א) ייחוד היינו חופה. וכבר ביארנו לעיל לגבי הלשון ד"הרי את אשתי", דלשון דנישואין בעלמא מהני. ולפי זה מובן הצד דהלשון "הרי את מיוחדת לי" מהני, כי הוא דומה להרי את נשואתי. ולבאר את הצד ד"הרי את מיוחדת לי" לא מהני, י"ל דאינו דומה ל"הרי את נשואתי" או "הרי את אשתי", כי בלשונות האלו המקדש מזכיר החלות דהוא רוצה ליצור. משא"כ ב"הרי את מיוחדת לי" המקדש אינו מזכיר חלות הנישואין, אלא דהוא מזכיר רק את הדרך שבו הוא רוצה ליצור את החלות, כלומר היחוד. ואולי לשון כזה לא מהני לקידושין.[228]

גמ'. מיועדת לי מהו.

לפי הפירוש הראשון בספק דהרי את מיוחדת לי נראה דהספק הזה מהוה את"ל דהספק הנ"ל. דביארנו לעיל (פתיחה למסכת, אות ה) דיחוד דמלך ויעוד דאמה העבריה דומים בזה דאין בהם מעשה קידושין ליצור חלות האישות. אבל הם חלוקים מהדדי לגבי החלות דנוצר. דהרי יחוד דמלך בפילגש יוצר חלות אישות חלקית משא"כ יעוד באמה יוצר חלות אישות גמורה אע"פ דחסר מעשה קידושין. ויוצא דיחוד דמלך מהוה חלות אישות בפנ"ע שחלוקה ביסוד דינה מחלות דין אישות דעלמא. ולפי"ז נראה לבאר דהספק בהרי את מיועדת לי תלוי בספק דהרי את מיוחדת לי. דאם הרי את מיוחדת לי מהני אע"פ דהחלות אישות דמלך שאני ביסוד דינו מחלות אישות דעלמא אזי פשיטא דהרי את מיועדת לי מהני, דביעוד יש רק חסרון במעשה הקידושין אבל חלות הקידושין שוה לקידושין דעלמא. משא"כ אם הרי את מיוחדת לי לא מהני אזי הגמ' שוב נסתפקה אולי הרי את מיועדת לי מהני או לא.

ויש להקשות דלעיל היתה פשיטא לגמ' דלישנא דהרי את זקוקתי מהני לקידושין ואע"פ דחלות זיקה שונה מחלות של אישות דעלמא. ולכאורה מוכח מזה דלא בעינן לשון דאישות גמורה בדיני אמירה בקידושין. וא"כ, למה הגמ' נסתפקה בלשונות דמיוחדת ומיועדת – מאי שנא יחוד דמלך ויעוד דאדון מזיקת יבום. ונראה לתרץ ע"פ חקירת

[228] והביאור בזה כי חלות הנישואין כולל בו חלות הקידושין, משא"כ מעשה יחוד המהוה מעשה נישואין אינו כולל בו מעשה קידושין כלל.

הגר"ח זצ"ל בגדר ביאת יבום הגומרת את הזיקה: האם מעיקרא חלה כקיום מצות "יבמה יבא עליה" וקנין היבום חל ממילא מן שמים או"ד דהביאה קונה את היבמה מדין מעשה קנין בדומה למעשה הקנין דביאה בקידושין אלא דאופן מעשה הקנין דיבום מוגבל לביאה למעט כסף ושטר.[229] דלפי הצד השני מובן במה שונה זיקת יבום מיחוד ויעוד – דבזיקה האישות סופה להגמר ע"י מעשה קנין דדומה למעשה קידושין לעומת יחוד ויעוד דחסר בם מעשה קידושין לגמרי. אבל לפי הצד הראשון דגם בזיקת יבום חסר מעשה קנין בסוף והאישות נשלמת ממילא ע"י קיום המצוה, לכאורה עדיין קשה מאי שנא לשון זקוקתי דמהני מלשונות מיוחדת לי ומיועדת לי דהריהן איביעיות דלא איפשיטא, וצ"ע.[230]

גמ'. עזרתי מהו, נגדתי מהו, עצורתי מהו, צלעתי מהו, סגורתי מהו, תחתי מהו.

כל הלשונות האלו מוזכרות אצל האישות דאדם הראשון וחוה דהיו בני נח. ופשיטא דיש לבני נח חלות אישות, אמנם חלות דין האישות שלהם שונה מהחלות אישות דישראל. ועל פי זה יש לבאר ספיקת הגמ' בלשונות האלו. דהרי מצד אחד הלשונות דאישות דבני נח אינן ראויים ליצור אישות דישראל כי המקדש נתכוון לחלות אישות אחרת. אבל לפי מה שביארנו בספיקות שבגמ' לעיל דיתכן דהלשונות האלו מהני משום דלא בעינן דעת לקנין הקידושין באופן פרטי אלא רק דעת לאישות בדרך כלל. ולפי זה י"ל דגם אם הוא רוצה ליצור חלות אישות דקיים רק אצל בני נח, סגי בזה כדי ליצור החלות אישות דשייך לו, דהיינו קידושין גמורין דישראל.

ואין לפרש דספיקת הגמרא תלוי באם לשון התורה מועיל או לא, כי פשיטא לגמ' לקמן ד"הרי את לקוחתי" דמהני לקידושין "משום שנאמר כי יקח איש אשה". ומוכרח מזה דלשון אישות דנמצאת בתורה בודאי הוי לשון המועיל לקידושין. אך הספק נוגע לחלות אישות דבני נח.[231]

גמ'. איבעיא להו חרופתי, מהו וכו' אלא ה"ק האומר חרופה ביהודה מקודשת, שכן ביהודה קורין לארוסה חרופה.

[229] עיין ברשימות שיעורים למסכת יבמות (ב. עמוד יא). ועיין בשיעורים לעיל (ד: ד"ה ובעלה).

[230] ולכאורה היה נראה לתרץ ע"פ ביאור רבינו זצ"ל לעיל בלשון דהרי את זקוקתי דהזיקה עצמה מהוה חלות אישות חלקית בדומה לאירוסין. והלשון זקוקתי מהני לקידושין כי החלות דזיקה עצמה מהוה חלות אישות במקצת. וזה לעומת הלשונות דמיוחדת ומיועדת דהולכים על המעשה של יצירת האישות – יחוד ויעוד – אבל לא מתארים החלות של האישות עצמה. עוד י"ל דזיקה הויא המשך אישות המת דחלה במעשה קנין דקידושין גמורין והיתה חלות אישות גמורה למת. וע"ע בזה ברשימות שיעורים למסכת יבמות (יז: ד"ה אין זיקה), ובשיעורים לעיל (ד. ד"ה ובעלה).

[231] ולשון הגמ' "או"ד למלאכה קאמר לה" אליבא דרבינו זצ"ל ר"ל בתורת אשת איש דבני נח דמלאכתה לבעלה. וזה דלא כפרש"י דפירש דר"ל מלאכה בעלמא.

בענין שפחה חרופה

א

הפסק בלשון חרופתי

רש"י ותוס' פירשו דפסק ההלכה לגבי לשון חרופתי תלוי במחלוקת התנאים. דעיין בכריתות (יא.) דפליגי התנאים בברייתא בגדר שפחה חרופה מהי וז"ל ת"ר והפדה יכול כולה ת"ל לא נפדתה, יכול לא נפדתה ת"ל והפדה, הא כיצד פדויה ואינה פדויה, חציה שפחה וחצייה בת חורין ומאורסת לעבד עברי דברי ר"ע, רבי ישמעאל אומר בשפחה כנענית הכתוב מדבר ומאורסת לעבד עברי, א"כ מה ת"ל והפדה לא נפדתה, דברה תורה כלשון בני אדם עכ"ל. לפי רבי ישמעאל שפחה חרופה היא שפחה כנענית גמורה ואילו לפי ר"ע הריהי חציה שפחה חציה בת חורין. רש"י ותוס' ביארו דמסקנת סוגייתנו דלשון חרופתי מועיל רק ביהודה אבל לא במקומות אחרים קאי בשיטת רבי ישמעאל. דס"ל דלשון "חרופתי" אינו משמע לשון קידושין אלא חלות אישות מיוחדת דשייך לשפחה כנענית ועבד עברי. אבל לפי רבי עקיבא דהיא חציה שפחה וחציה בת חורין "דשייכי ביה צד קידושין" (לשון רש"י ד"ה שכן ביהודה), פשיטא דלשון חרופתי הויא לשון קידושין מעליא. וכן נראה דעת הרמב"ם (פרק ג מהלכות אישות הל"ו) דהרי הוא פסק דלשון חרופתי מועיל לקידושין גמורין. ועיין ברשב"א (ו. ד"ה אלא הכי) ובר"ן (ב. בדפי הרי"ף ד"ה וגרסינן) דביארו דהרמב"ם (פרק ג מהלכות איסורי ביאה הלי"ג) פסק כר"ע דשפחה חרופה היא ח"ש וחב"ח, וגם סבר כרש"י דלפי ר"ע הלשון דחרופתי בודאי מועיל.

והנה פשיטא דאפילו אם איירי בח"ש וחב"ח עדיין אין לה חלות אישות גמורה דהרי אין לה חיוב מיתה בזנות כמו בשאר אשת איש אלא דהיא מקבלת עונש דמלקות והוא חייב קרבן אשם. וא"כ קשה, מאי שנא הלשון דחרופתי דלפי הראשונים הנ"ל והרמב"ם מועיל לקידושין מלשון "מיוחדת לי" דהוי לשון מסופק. שהרי שני הלשונות משמע חלות אישות במקצת - "מיוחדת" דהיינו אישות דפילגש דמלך ו"חרופתי" דהיינו אישות דשפחה חרופה – ולכאורה דינם ראוי להיות שוה בנוגע ללשון קידושין.

ונראה דזה תלוי בגדר האישות דח"ש וחב"ח. דיש לחקור במהות החסרון של האישות שלה, האם איכות חלות האישות שלה שלימה אלא מאחר דרק חציה בת קידושין, חלות האישות תופסת רק חציה בכמות. ולפי זה החסרון באישות דח"ש וחב"ח הוא רק בכמות. או"ד עצם המציאות דחציה שפחה מונעת חלות אישות גמורה מלחול אפילו

על חציה הבת חורין.[232] וא"כ האישות דח"ש וחב"ח שונה אף באיכות מאישות גמורה. ולכאורה הראשונים דסבורים דלשון חרופתי הויא לשון קידושין בודאי, נקטו כהצד הראשון, דיש חלות אישות גמורה בחציה.[233] וא"כ מובן למה לשון חרופתי מהני מכיון דהוי לשון דחלות אישות גמורה, ומאידך לשון דמיוחדת לי הויא לשון מסופק כי עצם חלות האישות בפילגש דמלך שונה באיכותה.[234]

ב

מעשה וחלות בקידושין דח"ש וחב"ח

ונראה דנחלקו האמוראים בדעת רבי עקיבא בצדדי החקירה הנ"ל. דאיתא בגיטין (מג.) וז"ל הדר אוקים רבה בר רב הונא אמורא עליה, ודרש וכו' אע"פ שאמרו המקדש חצי אשה אינה מקודשת אבל חציה שפחה וחציה בת חורין שנתקדשה קדושיה קדושין, מ"ט התם שייר בקנינו הכא לא שייר בקנינו, אמר רב ששת כשם שהמקדש חצי אשה אינה מקודשת כך חציה שפחה וחציה בת חורין שנתקדשה אין קידושיה קידושין, ואם לחשך אדם לומר איזו היא שפחה חרופה זו שחציה שפחה וחציה בת חורין המאורסה לעבד עברי אלמא בת איתרוסי היא, אמור לו כלך אצל ר' ישמעאל שהוא אומר בשפחה כנענית המאורסה לעבד עברי ושפחה כנענית בת איתרוסי היא, אלא מאי אית לך למימר מאי מאורסת מיוחדת הכא נמי מאי מאורסת מיוחדת עכ"ל. לפי רבה בר רב הונא קידושין תופסין בח"ש וחב"ח ואילו לפי רב ששת אין קידושין תופסין בה והרי היא לא מאורסת אלא מיוחדת. ומסתבר לומר בשיטת רבה בר רב הונא דבשפחה חרופה (לדעת ר"ע) יש מעשה קידושין וחלות קידושין גמורה, אלא דהחלות חלה רק על חציה בכמות. ולכן פשטו דלפי רבה בר רב הונא בדעת ר"ע שהלשון דחרופתי בודאי מועיל כלשון קידושין.[235]

---

[232] וכבר נחלקו גדולי האחרונים בחקירה הנ"ל. עיין בשו"ת רע"א זצ"ל (סימן קעא) דהרב שלמה איגר רצה להוכיח מהדין דאין חיוב מיתה על זנותה דאין לח"ש וחב"ח קידושין גמורין, והרעק"א זצ"ל חלק עליו וז"ל לענ"ד מה דמקודשת הוי קדושין גמורים, אלא דמה דאין חייבין מיתה על ח"ש וחצי ב"ח, היינו כיון דביאתו לא היה בכולה א"א, ומשום דמשתמש בצד אישות לא חייבי' תורה מיתה עכ"ל. ועיין באבני מילואים (סימן מד סק"ה) דדן אם יבום לח"ש וחב"ח פוטרת צרות. ועיין במנחת חינוך (רסח:ב, שסה:כ) בנוגע לעוד נ"מ.

[233] ועיין בשיטה שלא נודע למי (ד"ה האומר חרופתי) דחולק על זה במפורש. דהרי הוא פסק כמסקנת סוגייתנו דלשון חרופתי הויא לשון מסופק וז"ל ואע"ג דכתיב נחרפת לאיש כיון דלא כתיב גבי קדושין גמורים דאהנהו ליכא אלא אשם לא גמרי' מינה ללשון קדושין גמורי', ויש לתמוה על מה שכתב הר"ר משה הרי את לקוחתי הרי את חרופתי וכן כל כיוצא בזה הרי זו מקודשת עכ"ל.

[234] ועיין לעיל בשיעורים (פתיחה למסכת קידושין אות ה' בענין פילגש למלך) דרבינו זצ"ל ביאר כמה נ"מ דיש בין חלות אישות גמורה לבין חלות אישות דפילגש למלך.

[235] ורבינו זצ"ל העיר דאע"פ דהרמב"ם (פרק ד מהלכות אישות הלט"ז) פסק דקידושין תופסין בח"ש וחב"ח, מיד אחרי זה (הלי"ז) הוא הגביל הדין דשפחה חרופה למאורסת לעבד עברי, וז"ל ואיזו היא שפחה חרופה האמורה בתורה זו מי שחציה שפחה וחציה בת חורין שקידשה עבד עברי עכ"ל. וזה קשה דהרי אם קידושין תופסין בה,

אבל לפי רב ששת דאין קידושין תופסין בח"ש וחב"ח אלא דהיא רק מיוחדת, יש להסתפק בגדר האישות דח"ש וחב"ח, ואם לשון חרופתי הוי לשון מעליא לקידושין או לא. ועיין ברשב"א (הובא לעיל) דהביא מרש"י והרמב"ם דמסקנת הסוגיא בקידושין אזלא לפי רבי ישמעאל אבל לפי ר"ע הלשון דחרופתי בודאי מועיל. ועל זה הקשה הרשב"א דלכאורה זה תלוי במחלוקת האמוראים בדעת ר"ע אם קידושין תופסין בח"ש וחב"ח. דאם אין קידושין תופסין בה אזי הלשון דחרופתי אינו לשון מעליא לקידושין. והרשב"א הביא שני תירוצים, וז"ל ומסתברא דאפי' למאי דאוקימנא ברייתא באומר חרופתי ביהודה סבירא לן כמ"ד בחצי' שפחה וחציה בת חורין הכתוב מדבר אלא דמעיקרא הוה ס"ד דהאי תנא דברייתא ס"ל כמ"ד התם דבחציה שפחה וחציה בת חורין תפסי בה קדושין גמורין אבל השתא הדרינן למימר כמ"ד התם דאין קדושין תופסין בה כלל, א"נ כמ"ד ספיקא הוי והכא בקדושי ודאי קאמר לומר דביהודה מקודשת ודאי אבל בעלמא ספיקא הוי, כנ"ל. ועוד י"ל להעמיד דברי רש"י והר"מ ז"ל דאפי' למ"ד התם דלא תפסי בה קדושי הכא ודאי מקודשת דמ"מ כיון דאשכחן יחוד צד חירות בלשון זה, אי מקדש בהאי לישנא מקודשת, דהא שייך ביחוד צד שתופסין בו קדושין, ולאו משום דנחרפת מאורסת ממש היא, ותדע לך דהא אנן כי בעי' צלעתי סגורתי לאו משום דויקח אחת מצלעותיו ויסגור בשר משמע לן דהוי לשון קדושין ממש אלא משום דנאמר בענין אישות והיינו דכתב רש"י ז"ל דשייכי בה צד קדושין ולא קאמר דשייכי בה קדושין עכ"ל. בתירוץ הראשון הרשב"א נקט דאה"נ, לפי הדעה דאין קידושין תופסין בח"ש וחב"ח הלשון דחרופתי הוי לשון מסופק לקידושין, ורש"י והרמב"ם אזלי בדעת רבה בר רב הונא אליבא דר"ע. אבל בתירוץ השני שלו הרשב"א חידש דאפילו אם אין קידושין תופסין בה עדיין "שייכי בה צד קידושין" ולכן הלשון דחרופתי מועיל לקידושין בודאות. **ולכאורה** התירוץ השני דהרשב"א טעון ביאור. אם אין קידושין תופסין בה איך אפשר לומר דיש "צד קידושין" בשפחה חרופה והלשון דחרופתי מהני לעשות קידושין גמורין. ונראה לבאר דהרשב"א אזיל לשיטתו. דהרי רב ששת השווה את האישות דח"ש חב"ח בדעת רבי עקיבא לאישות דשפחה כנענית מלאה בדעת רבי ישמעאל, דבשניהם שייך הלשון ד"מיוחדת" ולא "מאורסת". ורהיטת הגמ' מורה דאין כאן מעשה קידושין ליצור

למה זה רק בקידושי עבד עברי, הרי היא ראויה לתפיסת קידושין של כל ישראל. וזה מבואר מדברי רש"י בגיטין שם (ד"ה ואם לחשך) וז"ל חציה שפחה וחציה בת חורין המאורסה לעבד עברי והוא הדין לכל ישראל אלא אורחא דמלתא נקט משום דעבד עברי מותר בשפחה עכ"ל. וצ"ל דבאמת גם הרמב"ם נקט כרש"י דקידושי בן חורין תופסין בה, אלא דשפחה חרופה האמורה בתורה, כלומר עם החיוב אשם, זה רק אם היא מקודשת לעבד עברי דמותר לה. וזה דלא כשו"ת שאגת אריה החדשות סימן טו דנקט בדעת הרמב"ם דקידושי ישראל אין תופסין בה. אבל עיין בקונטרסי שיעורים למסכת קידושין עמוד 130 דדחה דבריו.

חלות אישות כזו אלא דהאישות חלה ע"י יחוד בעלמא, ובדומה לשיטת הרמב"ם (פרק ד מהלכות מלכים הל"ד) לגבי פילגש דמלך (עיין לעיל ב. בענין מצוות קידושין אות ד). אבל הרשב"א בגיטין (מג. ד"ה מאי מאורסת מיוחדת) ביאר המ"ד דח"ש וח"ב רק "מיוחדת" באופן אחר, וז"ל מאי מאורסת מיוחדת, פי' מיוחדת בקדושין, אע"פ שאינן קדושין כלל לתנא דבי ר' ישמעאל אם קדשה ישראל ואפילו בשקדשה עבד עברי אינן קדושין גמורין מ"מ יחוד עושה להתחייב הבא עליה באשם והיינו דקרי לה מאורסת, אבל מיוחדת ביחוד בעלמא לאו כלום הוא וכו' עכ"ל. הרשב"א סבור דגם לפי רבי ישמעאל ורב ששת בדעת ר"ע דאין קידושין תופסין בשפחה חרופה עדיין האישות דיחוד נוצרה ע"י מעשה קידושין.

ולפי זה מבואר דעת הרשב"א בסוגיין. דאע"פ דאין קידושין תופסין בח"ש וחב"ח לפי רב ששת דחלות האישות שלה לקויה גם בכמות וגם באיכות, עדיין הלשון "חרופתי" הוי לשון מעליא לקידושין. כי האישות הלקויה דשפחה חרופה נוצרה ע"י מעשה קידושין רגיל וזהו ה"צד קידושין" דיש לה.[236] ולפי הרשב"א יוצא דיש ג' מדרגות בלשונות דקידושין: א) "מיוחדת לי" דחסר גם במעשה קידושין וגם בחלות קידושין, ב) "מיועדת לי" דחסר במעשה קידושין אבל לא חסר בחלות קידושין, ג) "חרופתי" לפי רב ששת דיש לה מעשה קידושין אבל חסר בחלות קידושין. ויוצא דלפי התירוץ השני דהרשב"א רק לשון חרופתי מועיל בודאי.

ונראה לדייק דנחלקו בזה רש"י ותוס'. דהרשב"א דייק מלשון רש"י דלפי רבי עקיבא לשון חרופתי מועיל "דשייכי בה צד קידושין". וביארנו דזה משום מעשה הקידושין דאף רב ששת מודה דצריך מעשה קידושין כדי ליצור החלות דמיוחדת, אע"פ דאין קידושין תופסין בה. אמנם עיין בלשון התוס' (ד"ה שכן ביהודה) וז"ל שכן ביהודה קורין לארוסה חרופה, ודוקא ביהודה אבל בעלמא לא דקסבר דבשפחה כנענית הכתוב מדבר שאין קידושין תופסין בה עכ"ל. ומזה דהתוס' הדגישו "שאין קידושין תופסין בה" משמע דרק לרבה בר רב הונא בדעת רבי עקיבא לשון חרופתי מועיל דהרי רק לפי השיטה הזאת קידושין תופסין בח"ש וחב"ח. אבל לפי רב ששת דאין קידושין תופסין בה, אפילו אם תוס' סבורים דיש בה מעשה קידושין כשיטת הרשב"א, הלשון דחרופתי הוי לשון מסופק. ולפי זה יוצא דנחלקו הראשונים בלשון דמשמע מעשה קידושין בלי חלות

[236] והחילוק הזה מבואר בחידושי הגר"ח על הש"ס (בענין יעוד) וז"ל דהמקדש אשה בלשון מיועדת אינה מקודשת משום דלשון זה הוא לשון רק על מעשה יעוד אף דבמעשה היעוד חלין הקדושין, אבל הלשון למעשה לא שייך, היינו על התוצאה מהלשון אין אנו משגיחין, ובלשון חרופה מקודשת משום דאף דאין כאן קידושין וחלין שם חלות דין חרופה, אבל במעשה קידושין נעשה והוי הלשון לשון קדושין עכ"ל.

קידושין גמורה. דלפי רש"י והתירוץ השני דהרשב"א לשון כזה מועיל בודאי לקידושין ולפי תוס' לשון כזה עדיין הוי לשון מסופק.

וכל זה בדעת רבי עקיבא. אבל בדעת רבי ישמעאל דשפחה חרופה היא שפחה כנענית גמורה לשון חרופתי הוי לשון מסופק. ויש להקשות מזה על היסוד הנ"ל בדעת הרשב"א. דביארנו דהלשון חרופתי מועיל בודאות אע"פ דאין קידושין תופסין בה כי יש בה מעשה קידושין. ולפי הרשב"א בגיטין, גם רבי ישמעאל בעי מעשה קידושין כדי ליצור החלות דיחוד בשפחה כנענית. וא"כ למה הלשון דחרופתי הוי לשון מסופק, מאי שנא היחוד דנוצר ע"י מעשה הקידושין לפי רב ששת בדעת ר"ע, ומאי שנא היחוד דנוצר ע"י מעשה קידושין לפי רבי ישמעאל. וצ"ל דלפי רבי ישמעאל אע"פ דהעבד עברי נותן לשפחה כנענית כסף והוא דומה למעשה קידושין, עדיין אין כאן חלות מעשה קידושין בכלל. דסוף כל סוף היא שפחה כנענית ומופקע מכל דיני קידושין, ונתינת הכסף לה אינו אלא מעשה יחוד בעלמא. וזה שונה משיטת רב ששת בדעת ר"ע דאיירי בח"ש וחב"ח דיש בה חלות שם מעשה קידושין בנתינת הכסף עפ"י דין כי יש בה צד של בת חורין.

ג

גמרי או פקעי קידושי הראשון

איתא בהמשך הסוגיא דגיטין (שם) מחלוקת אמוראים לגבי דין האישות דח"ש וחב"ח לאחר שנשתחררה, וז"ל איתמר חציה שפחה וחציה בת חורין שנתקדשה לראובן ונשתחררה, וחזרה ונתקדשה לשמעון, רב יוסף בר חמא אמר ר"נ פקעו קדושי ראשון, ר' זירא אמר רב נחמן גמרו קדושי ראשון. א"ר זירא כוותיה דידי מסתברא דכתיב לא יומתו כי לא חופשה, הא חופשה יומתו. א"ל אביי ולתנא דבי ר' ישמעאל דאמר בשפחה כנענית המאורסת לעבד עברי, הכי נמי דכי חופשה יומתו, אלא מאי אית לך למימר שחופשה וחזרה ונתקדשה, הכא נמי שחופשה וחזרה ונתקדשה עכ"ל. מבואר בגמ' דהאמוראים הניחו כדבר פשוט דקידושין דח"ש וחב"ח אינו יכול להשאר כמו שהוא לאחר השחרור אלא צ"ל או גמרי או פקעי. ונראה לפרש דהאישות החלקית דח"ש וחב"ח שייך רק כשהיא במצב של חצי שפחות, אבל מיד בשעת שיחרור היא ראויה לחלות אישות שלימה וחלות האישות החלקית שהיתה לה חייבת להשתנות. לפי רב יוסף בר חמא השחרור מפקיע את האישות הלקויה ולפי רב זירא חלות האישות החלקית נשלמת ממילא כשהאשה ראויה לכך.[237]

[237] לפי רבינו זצ"ל הביאור במ"ד פקעי קידושין ראשון הוא דחלות אישות חלקית אינה יכולה להשאר באשה דראויה לחלות אישות שלמה. ויש להעיר דזה דומה לביאור התוס' (שם תוד"ה גמרו) וז"ל אבל הכא דאי אפשר שתהא חציה מקודשת דכי יקח איש אשה כתיב לא חצי אשה מסתבר למימר או גמרי או פקעי עכ"ל. אבל רש"י

ונראה דהספיקות דסוגייתנו תלויים במחלוקת אמוראים הנ"ל, דהרי הלשונות בסוגייתנו ראויים להחיל חלות אישות חלקית. ולפי המ"ד דגמרו קידושי הראשון אין הפשט דהגמ' מצדדת לומר דלשון דאישות בלתי שלימה גורם לחלות קידושין גמורה לחול באופן ישיר. אלא דהלשון גורם לחלות קידושין לקויה, אבל חלות כזו נגמרת מאליה כמו שמצינו אצל ח"ש וחב"ח דנשתחררה. והצד דלשונות כאלו אינן מועילות הוי משום דחלות אישות חלקית רק נשלמת מאליו כשהיא כבר חלה עליה כמו בח"ש וחב"ח. משא"כ באשה דעלמא דראויה לחלות אישות גמורה אזי חלות אישות חלקית אינה יכולה להתפס בה בכלל.

ד

שיטת הרמב"ם בגמרי או פקעי

ועיין ברמב"ם (פ"ד מהלכות אישות הלט"ז-יז) וז"ל המקדש אשה שחציה שפחה וחציה בת חורין אינה מקודשת קידושין גמורין עד שתשתחרר וכיון שנשתחררה גמרו קידושיה כקידושי קטנה שגדלה ואינו צריך לקדשה קידושין אחרים, בא אחר וקידשה אחר שנשתחררה הרי זה ספק קידושין לשניהם. ואיזו היא שפחה חרופה האמורה בתורה זו מי שחציה שפחה וחציה בת חורין שקידשה עבד עברי, ומי שחציו עבד וחציו בן חורין שקידש בת חורין הרי זה ספק קידושין עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם פסק כמ"ד גמרי קידושי הראשון וגם פסק דקידושי שני חלין מספק. ויש כמה וכמה קושיות חזקות על הרמב"ם: א) הראב"ד הקשה דאם גמרי קידושי הראשון למה קידושי השני חלין כלל. ב) הרמב"ם (פ"ג מהלכות איסו"ב הלי"ג) בעצמו פסק דלאחר שנשתחררה הבא עליה חייב מיתה כמו אשת איש דעלמא, וז"ל שפחה חרופה האמורה בתורה היא שחציה שפחה וחציה בת חורין ומקודשת לעבד עברי שנאמר לא יומתו כי לא חופשה הא אם נשתחררה כולה חייבין עליה מיתת ב"ד שהרי נעשית אשת איש גמורה כמו שביארנו בהלכות אישות עכ"ל. וא"כ צ"ע איך קידושי שני יכולים לחול. ג) הרמב"ם כתב דאם בא שני וקידש אותה אזי היא מקודשת לשניהם מספק. ואם היא אשת איש גמורה לראשון מהו הגדר דהספק.[238] ד) הרמב"ם פסק (פרק ו מהל' יבום וחליצה הל' לא) דאע"פ דקידושי שני חל מספק היא עדיין אינה נחשבת כאשת שני מתים, וז"ל מי שחציה שפחה וחציה בת

(ד"ה פקעו) ביאר המ"ד דפקעי על פי היסוד דשפחה דשנתחררה "נשתנה גופה והויא לה כקטן שנולד." לפי זה, לכאורה, הפקעת הקידושין אינו מפאת החלות אישות הלקויה, אלא משום דהויא כקטן שנולד.

[238] עיין במ"מ דלפי דעתו ספוקי מספקא ליה להרמב"ם אם פסקינן גמרי או פקעי, ולכן אם לאחר השחרור היא קיבלה קידושין משני, דינה תלוי בשני המ"ד דגמרא. אבל לפי המ"מ קשה למה לאחר שנשתחררה הבא עליה חייב מיתה אם לא היה ברור להרמב"ם לפסוק כמ"ד גמרי, וצ"ע.

חורין שנתקדשה לראובן ונשתחררה וחזרה ונתקדשה לשמעון ומתו שניהם מתיבמת ללוי ואינה אשת שני מתים, אם קידושי ראובן קידושין אין קידושי שמעון כלום ואם קידושי שמעון קידושין אין קידושי ראובן כלום עכ"ל. וזה מבואר בגמ' גיטין (מג.-מג:). ולפי הרמב"ם דקידושי שניהם חלין עליה, צ"ע למה אין דינה כאשת שני מתים. ה) הרמב"ם השווה הדין דח"ש וחב"ח דנשתחררה לדין קטנה דנתגדלה. וצ"ע מה הרמב"ם בא ללמד בהשוואה הזאת. ו) הקשה הכס"מ (שם) דקידושי קטנה דנתגדלה אינו דומה כלל לקידושי ח"ש וחב"ח דנשתחררה. כי בקטנה דנתגדלה הקידושין חלין מדאורייתא דוקא כשהוא בא עליה,[239] אבל בח"ש וחב"ח משמע מהרמב"ם דגמרי קידושי הראשון בלי ביאה אחר השחרור.[240]

ה

תרתי דסתרי באשה דמקודשת לשניים

ועכשיו נבאר את דברי הרמב"ם דהיא מקודשת לשניהם מספק. דלעיל חקרנו בענין החסרון דקידושי ח"ש וחב"ח, האם הוי חסרון באיכות חלות הקידושין אפי' בצד הב"ח שלה, או"ד דהוי חסרון בכמות חלות הקידושין דהיינו דחציה מקודשת לגמרי וחציה אינה מקודשת בכלל מדהויא שפחה. ונראה דלפי הרמב"ם יש שני החסרונות בח"ש וחב"ח, דיש חסרון באיכות חלות הקידושין אפי' בצד הב"ח שלה, וכמו"כ יש חסרון בכמות חלות הקידושין דהיינו דחציה מקודשת לגמרי וחציה אינה מקודשת בכלל מדהויא שפחה. והרמב"ם סובר דיסוד הדין דגמרי קידושי הראשון הוי רק לגבי האיכות של הקידושין, דהיינו החלות על חציה דבת חורין נגמרת באיכותה להיות חלות אישות רגילה המחייבת מיתה בזנות. ומ"מ בכמותה, בחציה השניה שהיתה שפחה עדיין אינה

[239] עיין בכס"מ (פ"ד מהלכות אישות הל"ז) דהביא דעת הרד"ך דהביאה גומרת הקידושין הראשונים וא"צ לקדשה פעם אחרת. אמנם הכס"מ עצמו נקט דהביאה לאחר דנתגדלה הוי מעשה קידושין חדש ובעי דעת לקדשה בביאה זו. אבל תרווייהו ס"ל דבעינן ביאה לאחר דנתגדלה מדיוק לשון הרמב"ם (פרק יא מהלכות גירושין הל"ו) וז"ל קטנה שלא מיאנה והגדילה אע"פ שלא בעלה בעלה משנעשית בת שתים עשרה שנה ויום אחד הרי זו אינה ממאנת שהרי הגדילה, וצריכה גט מדברי סופרים שהרי לא בא עליה אחר שהגיעה לשני נערות עד שנחוש לה שמא הביאה סימנין ותהיה ספק מקודשת ולא בא עליה אחר שגדלה כדי שתהיה אשת איש גמורה, ונמצאת שאינה צריכה גט אלא מנשואי קטנות שהן מדברי סופרים עכ"ל. הרי מבואר מדברי הרמב"ם דקטנה דנתגדלה דלא נבעלה צריכה גט רק מדברי סופרים. אבל עיין בשו"ת עונג יו"ט (סימן קמא) דהפנה ללשון הרמב"ם (פ"ד מהלכות אישות הל"ח) וז"ל כיצד מתקדשת למיאון וכו' שאין קידושיה קידושין גמורין מן התורה אלא קדושי קטנה זו מדברי סופרים והן תלויין שאם ישבה עם בעלה עד שגדלה גמרו קידושיה ונעשית אשת איש גמורה ואינו צריך לחזור ולקדשה אחר שגדלה, ואם לא רצתה לישב צריכה למאן ותצא בלא גט עכ"ל. העונג יו"ט דייק מלשון "ישבה עם בעלה" דגם בלי ביאה הקידושין גמרי ממילא מדאורייתא כשגדלה.

[240] הר"ן (ג: ד"ה וגרסינן תו בעי רב אשי) סובר דהרמב"ם רק נקט דגמרי קידושי הראשון אם הוא בא עליה אחר שנתשחררה, בדומה לקטנה דנתגדלה דרק הופכת להיות אשת איש מדאורייתא כשהוא בא עליה. אבל הכס"מ חולק על הר"ן וסובר דקטנה דנתגדלה צריכה ביאה אבל ח"ש וחב"ח דנשתחררה אינה צריכה ביאה כדי להיות אשת איש מדאורייתא.

מקודשת, ויש מקום לקידושין דאדם שני לחול בה. ואע"פ דהיא כבר חייבת מיתה בזנות, מ"מ קידושי השני תופסין בה. דהא דאין קידושין תופסין באשת איש אינו משום דהויא ערוה, כי אשת איש אינה ערוה אע"פ דעונשה במיתה.[241] אלא הא דאין קידושין תופסין בא"א הוא רק מפני שהיא מקודשת כבר לראשון ואין מקום לתפיסת קידושי שני. משא"כ כאן דרק חציה מקודשת לראשון אזי יש מקום לתפיסת קידושי שני לחול.

ולפי"ז נראה לבאר לשון הרמב"ם שכתב דהיא "מקודשת לשניהם מספק", דאין כוונת הרמב"ם דנסתפק איך לפסוק במחלוקת האמוראים דגמרי או פקעי, שהרי הוא פסק במפורש דגמרי קידושי הראשון וחייבין עליה מיתה. אלא נראה לומר דר"ל דהיא ודאי מקודשת לשניהם בפני עצמם. הריהי מקודשת לראשון דהרי גמרי קידושיו, והיא נמי מקודשת לשני, כי חלות הקידושין דראשון השאיר מקום בכמות כדי שיוחלו קידושי השני. אלא דמזה נוצר מצב דתרתי דסתרי ע"פ דין מכיון דאשה לבי תרי לא חזיא (לקמן ז.), כלומר שהיא אינה יכולה להיות מקודשת ודאי לשני אנשים בבת אחת. וזהו ביאור פסק הרמב"ם דהיא מקודשת לשניהם מספק, כלומר דהסתירה בין שתי החלויות דקידושין מייצרת חלות דין ספק מקודשת לשניהם.[242]

ומצינו דין דומה לזה בהלכות קידושין. דאיתא לקמן (נט:-ס.) וז"ל בא אחד ואמר לה הרי את מקודשת לי מעכשיו ולאחר ל' יום ובא אחר ואמר לה הרי את מקודשת לי מעכשיו ולאחר עשרים יום ובא אחר ואמר לה הרי את מקודשת לי מעכשיו ולאחר עשרה ימים וכו' עולא אמר רבי יוחנן אפי' מאה תופסין בה וכן אמר ר' אסי אמר רבי יוחנן אפילו מאה תופסין בה אמר ליה רב משרשיא בריה דרב אמי לר' אסי אסברה לך טעמא דרבי יוחנן שוו נפשיה כי שרגא דליבני דכל חד וחד רוחא לחבריה שבק עכ"ל. ועיי"ש בתוס' (ד"ה אפילו) דהוכיחו דלפי רב יוחנן דקידושי כולם תופסין בה בודאי ולא דיש ספק למי היא מקודשת, וז"ל ופי' בקונטרס דליכא למימר דטעם דרבי יוחנן משום דקסבר דמספקא ליה אי הלשון משמע תנאה או חזרה דא"כ לא שייך למימר ולמיתני לשון תופסין דהא אין קדושין תופסין אלא באחד מהן ואנן לא ידעינן הי נינהו ומספיקא צריך גט מכולהו ולישנא דתופסין משמע דסבירא ליה שיש בכולם צד קידושין עכ"ל.

ועיין ברמב"ם (פרק ז מהלכות אישות הלי"ב) וז"ל הרי את מקודשת לי מעכשיו ולאחר שלשים יום, ובא אחר ואמר לה הרי את מקודשת לי מעכשיו ולאחר עשרים יום, ובא

[241] עיין בתוס' יבמות (י. ד"ה לעולם), ברמב"ן (שם) וברשימות שיעורים שם, ובשיעורים לקמן (סז: ד"ה אשת איש נמי איכא למיפרך). וע"ע במחלוקת בין האבני מילואים (סימן מד סק"ד) והפנ"י (ניטין מג. ד"ה אמר רב חסדא).

[242] עיין בספר מפניני הרב (עמוד רי) שבהקשר הזה ציין להערה מ"א בספרו של רבינו זצ"ל "איש האמונה הבודד", דשם רבינו זצ"ל כתב דלפי ההלכה אפשר שיהיה דבר והיפוכו בענין אחד.

אחר ואמר לה הרי את מקודשת לי מעכשיו ולאחר עשרה ימים, אפילו הן מאה על הסדר הזה קידושי כולן תופסין בה וצריכה גט מכל אחד ואחד מפני שהיא מקודשת לכולן בספק עכ"ל. ולכאורה פסק הרמב"ם תמוה דלמה כתב דיש כאן ספק קידושין, הרי ר' יוחנן אמר שקידושין כולן תופסין בה בתורת וודאי.[243] ונראה כי אין כוונת הרמב"ם לספק דעלמא אלא לספק ע"פ דין, דהיינו דס"ל לר' יוחנן שכל הקידושין דמאה האנשים תופסים בה בוודאי, אך מפני כך חל תרתי דסתרי בדינה כי אשה לבי תרי לא חזיא. ולשון דספק ברמב"ם, פירושו, מציאות של שתי חלויות שקיימות בבת אחת שכל אחת סותרת את השני, ומזה חל חלות ספק קידושין עפ"י דין לכל אחד ואחד.

והנה יש עוד מקור לשתי חלויות דתרתי סתרי המחילין חלות ספק עפ"י דין, בדין בין השמשות. דמבואר בגמ' (שבת לד:) דבהשמ"ש הוי ספק יום ספק לילה. והריטב"א (יומא מז:) ביאר דאין הפירוש דיש לנו ספק בידיעה אם הזמן הזה הוא ודאי יום או ודאי לילה. אלא דיש לבהשמ"ש גם חלות דין יום וגם חלות דין לילה בבת אחת, והמציאות הזאת דתרתי דסתרי יוצרת חלות דין ספק יום וספק לילה בבה"ש עפ"י דין.[244]

ועוד נראה דיש ב' דינים בדין הספק דנולד היכא דשתי חלויות חלין באופן דתרתי דסתרי. דהדין משתנה אם דנים על כל חלות בנפרד או אם דנים על שתי החלויות ביחד. למשל, במקרה של ח"ש וחב"ח דנתקדשה לראשון ונשתחררה וחזרה ונתקדשה לשני לפי הרמב"ם, שאם דנים על כל חלות קידושין בלבדה, דינה כודאי מקודשת לאותו אחד. ומשום כך פסק הרמב"ם דאם לאחר השחרור זינתה עם אחר דהיא חייבת מיתה, כי היא בודאי מקודשת לראשון. ומאידך בשעה שדנים לגבי דינה מול שני המקדשים ביחד, אזי מכיון דזה תרתי דסתרי להיות מקודשת לשניהם לפיכך א"א לומר דהיא בודאי בבת אחת מקודשת לשניהם. ובזה מבואר פסק הרמב"ם לגבי אשת שני מתים. שהרי יש להקשות לפי מש"נ בדעת הרמב"ם דחל עליה שתי חלויות קידושין משני אנשים, למה היא אינה מוגדרת כאשת שני מתים (אם שני המקדשים הם אחים ושניהם מתו). ולפי זה ניחא, דאם הדיון הוא האם היא מקודשת לכל אחד בנפרד, היא אכן בודאי מקודשת לאותו אחד. אבל כדי להיות אשת שני מתים צריכים לדון על שתי החלויות ביחד, ונולד איפוא ספק בדינה ולכן מדהויא תרתי סתרי אי אפשר להגדירה בודאות כאשת שני מתים והיא נופלת ליבום.

[243] עיין במ"מ (שם) דנקט דהרמב"ם פסק כשיטת רב (לעיל בגמ' שם) דספוקי מספקא ליה אם לשון כזה הוא תנאי או חזרה.

[244] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לברכות (ב. בענין בין השמשות, אות ב-ד).

ומקור לב' דינים האלו בספק של תרתי דסתרי נמצא בחידושי הגר"ח זצ"ל (חידושי רבנו חיים הלוי פרק ו מהלכות יו"ט הל"א) בנוגע ליו"ט שני של גלויות בזה"ז לפי שיטת הרמב"ם שביאר שכל יום ויום דיו"ט לכשעצמו הוי ע"פ דין יו"ט ודאי, יום ראשון מדאורייתא ויום שני מדרבנן, ואילו כשדנים על שני הימים ביחד, הרי הם ביחד ספק יו"ט דהיינו שרק יום אחד משניהם הוא יו"ט. ולפיכך הרמב"ם פסק שאף בזה"ז ביצה שנולדה בזה מותרת בזה (פ"א מהל' יו"ט הלכ"ד), ומאידך פסק שאין להתנות תנאים בקנין עירוב וכדומה בשני ימי יו"ט של גלויות בזה"ז (פ"ו מהל' יו"ט הלי"ד-ט"ו). ועיין בדברי הגר"ח זצ"ל המאירים לעיניים.

ו

קידושי קטנה

והנה לגבי קידושי קטנה פסק הרמב"ם דהריהי אשת איש מן התורה רק אחרי דנבעלה בגדלותה. אמנם מבואר מדברי הרמב"ם דיש ב' דינים בקידושין מדרבנן דיש לה לפני הביאה. כשהיא קטנה יש לה קידושי מיאון דהוי סוג אחר באיכות מקידושין גמורין. ולכן היא יכולה לצאת מהאישות במיאון שלא כדין שאר תקנות דקידושין מדרבנן כמו בקידושי חרש וחרשת (פרק יא מהלכות גירושין הל"ב). ומפורש ברמב"ם (פרק יא מהלכות גירושין הל"א) דהיכולת לצאת במיאון תלויה בזה דהחלות אישות היא לקויה ואינה גמורה, וז"ל והנושא קטנה יתומה ולא רצתה בבעל הרי זו ממאנת והולכת ואינה צריכה ממנו גט שאין קידושי קטנה קידושין גמורין עכ"ל. וכל זה כשהיא קטנה. אבל לאחר דנתגדלה, אע"פ דהקידושין עדיין חלין רק מדרבנן לפני שבא עליה, מ"מ היא אינה יכולה למאן וצריכה גט מדברי סופרים כדי לצאת מבעלה. וההבדל הזה מפורש ברמב"ם (פרק יא מהלכות גירושין הל"ד) וז"ל ועד מתי הבת ממאנת, כל זמן שהיא קטנה עד שתהיה נערה, או עד שיודע שהיא איילונית עכ"ל. הרי מיד כשהיא הופכת להיות נערה אע"פ דעדיין לא בא אליה, היא אינה יכולה למאן.[245] וגם עיין ברמב"ם (פרק יא מהלכות גירושין הל"ו) וז"ל קטנה שלא מיאנה והגדילה אף על פי שלא בעלה בעלה משנעשת בת שתים

[245] ולכאורה זה מדוייק בלשון הרמב"ם (פרק ד מהלכות אישות הל"ח) וז"ל כיצד מתקדשת למיאון עכ"ל. ומשמע דהרמב"ם מגדיר עצם הקידושין כקידושי מיאון, כלומר דהיכולת למאן מוכיח דיש לאישות הזאת חלות שם לעצמה. לגבי גדר קידושי קטנה בלי האב באופן כללי, נחלקו התנאים אם הבעל זוכה במציאתה ובמעשה ידיה וכו'. ולפי רבי אליעזר דהבעל אינו זוכה בדברים האלו פשיטא דחלות האישות שונה לגמרי מחלות אישות רגילה. וזה כמעט מפורש בלשון הגמ' (יבמות קח.) וז"ל שעשאה רבי אלעזר כמטיילת עמו בחצר, ועומדת מחיקו וטובלת ואוכלת בתרומה לערב וכו' כללו של דבר אינה כאשתו לכל דבר אלא שצריכה מיאון עכ"ל. אולם רבי יהושע חולק על רבי אליעזר וסובר דהבעל זוכה במציאתה וכו' ויש לחקור לפי שיטתו בגדר האישות. ורבינו זצ"ל נקט דגם לפי רבי יהושע החלות אישות שלה שונה מחלות אישות רגילה כי עצם היכולת למאן מוכיח דאין כאן חלות אישות כעין דאורייתא.

עשרה שנה ויום אחד הרי זו אינה ממאנת, שהרי הגדילה וצריכה גט מדברי סופרים עכ"ל. ומבואר מזה דכשנתגדלה חלות הקידושין הופכת ממילא מחלות קידושין הלקויה באיכותה דאפשר לצאת ממנה במיאון בלבד, לחלות קידושין גמורין מדרבנן הדומה באיכותה לחלות קידושין דעלמא.

ועל ידי ההשוואה בין קטנה שנתגדלה לח"ש וח"ב דנשתחררה, הרמב"ם מלמדנו דדין דומה חל בח"ש וחב"ח דנשתחררה. דביארנו לעיל דיש שני חסרונות בקידושין של ח"ש וחב"ח, א) חסרון בכמות (דרק חציה נתפסת בחלות קידושין), ב) חסרון באיכות הקידושין. ולומדים מקטנה דנתגדלה דחלות אישות קלושה יכולה להפוך להיות חלות אישות גמורה באיכותה בלי מעשה קידושין חדש. וכמו"כ בח"ש וחב"ח משנשתחררה דפקעה חלות שם שפחות, גמרו קידושיה, כלומר איכות האישות שלה משתנה מחלות אישות קלושה להיות חלות אישות גמורה באיכותה כאישות דבת חורין. ולכן מעכשיו כשיש זנות, היא והנואף שניהם חייבים מיתת ב"ד. אמנם רק איכות האישות נגמרת והופכת להיות חלות אישות גמורה דבת חורין, ואילו כמות האישות נשארת לחצאין כי פסקינן דלא אמרינן פשטה קידושין בחצי אשה (לקמן ז.). ונמצא דרק חציה מקודשת ולא כולה, ולכן אם בא אחר ומקדשה מקודשת היא גם לשני, כי יש לקידושין שלו מקום לחול בחצי גופה שאינה מקודשת.

ובזה מתורצת קושיית הכס"מ דקטנה דנתגדלה מקודשת מדאורייתא רק לאחר ביאה, ואילו ח"ש וחב"ח דנשתחררה מקדושת מיד מדאורייתא. דאה"נ, הרמב"ם אינו משווה ח"ש וח"ב דנשתחררה לקטנה שנתגדלה לגבי תוקף חלות הקידושין. אלא, דדומים זה לזה בזה דחלות אישות הלקויה באיכותה משתנה ונהפכת להיות חלות אישות גמורה. אלא דבקטנה דנתגדלה חלות האישות הופכת להיות חלות אישות גמורה מדרבנן, ובח"ש וחב"ח דנשתחררה חלות האישות הופכת להיות חלות אישות גמורה מדאורייתא.

ז

גדר חצי שפחה וחצי בת חורין

לעיל (אות ה') ייסדנו דלפי הרמב"ם יש שני חסרונות בקידושי ח"ש וחב"ח, חסרון בכמות האשה הראויה לחלות הקידושין, וחסרון באיכות חלות הקידושין. ועפ"י ב' דינים אלו מתורץ הסתירה בדברי הרמב"ם דמצד אחד גמרי קידושי הראשון, ומצד שני יש מקום לקידושי שני לתפוס בה. וביאור החסרון באיכות הוא דהצד שפחות שבה מונע חלות אישות מליאה גם על הצד דהחב"ח שבה. ונראה להוסיף עוד ביאור בזה, דמצינו דבר

הדומה לזה בהלכות עדות דחצי עבד וחב"ח. דכתב הרמב"ם (פרק ט מהלכות עדות הל"ה) וז"ל מי שחציו עבד וחציו בן חורין פסול עכ"ל. והכס"מ העיר על זה וז"ל זה דבר פשוט דכיון דחציו אינו כשר פסול הוא עכ"ל.

והרי לכאורה יש ב' טעמים אפשריים לפסול ח"ע וחב"ח לעדות: א) משום חשש שקר, ב) משום פסול גברא דחסר לעבד בקדושת ישראל.[246] ברם לכאורה אפשר להוכיח דשניהם אינם קיימין לגבי ח"ע וחב"ח. דהרי מוכח דאפי' עבד כנעני גמור אינו חשוד לשקר מזה דהוא נאמן לגבי איסורין.[247] ולגבי הפסול גברא דעבד, יש להוכיח לכאורה דחצי עבד וחב"ח נידון כגברא בן חורין בנוגע לצד הבן חורין שבו. שהרי צד הבן חורין שבו מחייב אותו בכל המצוות האמורות בתורה. כי ח"ע וחב"ח חייב בכל המצוות כבן חורין ולא אמרינן דהשם עבד שבו פוטרו. והביאור בזה הוא דאין חצי עבד וחב"ח מיזוג של עבד ובן חורין שנאמר דהצד בן חורין שבו מושפע מצד עבד שבו. אלא יסוד הדין בחצי עבד חב"ח הוא כמו שביארנו לעיל בענין שתי חלויות דחלות באופן דתרתי סתרי. דכמו דלפי הריטב"א בבין השמשות חל חלות דין יום וגם חלות דין לילה בבת אחת, כמו"כ בחצי עבד וחב"ח יש לו חלות דין בן חורין וחלות דין עבד ביחד.[248] ומפני זה, הצד בן חורין שבו חייב בכל מצות כמו כל גברא בן חורין. ולפי כל הנ"ל יש להקשות על הכס"מ דנקט דהפסול לעדות דח"ע וחב"ח הוא דבר פשוט. דהרי הוא אינו חשוד לשקר וגם הצד בן חורין שלו הוא כבן חורין לגמרי ולמה הוא פסול לעדות בוודאות.

וביאר הגר"מ זצ"ל דיש ב' דינים בחילוקים שבין עבד לבין בן חורין. דיש דינים דעבד פטור מהם ויש דינים דהשם עבד מפקיע ומבטל את הדין דבן חורין. והנ"מ בין שני הדינים האלו הוי לגבי חצי עבד וחב"ח. למשל, עבד רק פטור ממצות עשה דהזמן גרמא אבל השם עבד אינו מבטל ומפקיע את החיוב במצות האלו. ולכן חצי עבד וחב"ח חייב בכל המצוות שהזמן גרמא מדין הבן חורין שבו.[249] אבל לגבי עדות, השם עבד חל כמבטל

[246] ועיין ברשימות שיעורים לב"ק (פח. רש"י ד"ה יצא עבד) ובקובץ מסורה (כרך ה עמ' נד-נח) דרבינו זצ"ל דייק מלשון הרמב"ם (פרק ט מהלכות עדות הל"ד) דפסול עבד לעדות נובע מחסרון בקדושת ישראל כמו גוי. וזה חלוק מאשה דיש לה קדושת ישראל גמורה ועיי"ש לנ"מ ואכמ"ל.

[247] עיין בזה בפתיחה הכוללת לפמ"ג (חלק ב סקי"ח) דמעיקר הדין עבד כנעני נאמן באיסורין. אלא דהש"ך בריש יו"ד (סימן א סק"ב) כתב דאין להאמין סתם עבד כנעני לגבי שחיטה, וז"ל דסתם עבדים יש להן כל המדות הרעות יותר מן הריקים והפוחזים כדאמרינן בש"ס בכמה דוכתי ואינן בחזקת כשרות עכ"ל. והפמ"ג (שם) נסתפק אם הש"ך כתב זה רק לגבי שחיטה היכא דיש חזקת איסור נגד היתר אכילת הבשר או דגם בכל דיני איסור והיתר עבד כנעני דעלמא אינו נאמן עד דידוע דאין לו מדות רעות.

[248] והשווה לדברי הקובץ הערות (סו"ס מו) ואכמ"ל.

[249] ולכאורה קשה על זה מגמ' בר"ה (כט.) דח"ע וחב"ח אינו מוציא את עצמו בתקיעת שופר וז"ל לא אתי צד עבדות דידיה ומפיק צד חירות דידיה עכ"ל. ולפי ביאור רבינו זצ"ל דח"ע וחב"ח דינו כגברא בן חורין לגבי חיוב מצוות, מאי שנא שופר משאר מצוות דהצד עבדות שבו פוסל התקיעה שלו. ועיין ברשימות שיעורים לשבועות

וכמפקיע הכשרות לעדות. ולכן גם אם יש צד בן חורין, מ"מ ח"ע וחב"ח פסול לעדות משום הצד עבד שבו דמבטל ומפקיע את הכשרות לעדות מהצד דבן חורין.

ובזה מתבאר החילוק בין הפסול עדות של ח"ע וחב"ח לבין הפסול עדות דאנדרוגינוס אליבא דהראב"ד. דכתב הרמב"ם (פרק ב מהלכות שופר הל"ב-ג) לגבי תקיעת שופר דאנדרוגינוס, וז"ל כל מי שאינו חייב בדבר אינו מוציא את החייב ידי חובתו, לפיכך אשה או קטן שתקעו בשופר השומע מהן לא יצא, אנדרוגינוס מוציא את מינו ואינו מוציא את שאינו מינו, וכו' מי שחציו עבד וחציו בן חורין אינו מוציא אפילו לעצמו שאין צד עבדות שבו מוציא צד חירות שבו, אלא כיצד יצא ידי חובתו שישמע מבן חורין שיתקע לו עכ"ל. לפי הרמב"ם אע"פ דח"ע וחב"ח אינו מוציא את עצמו בתקיעת שופר, אנדרוגינוס מוציא את עצמו. הראב"ד השיג על זה, וז"ל אנדרוגינוס מוציא את מינו, א"א זהו לדעת מי שאומר אנדרוגינוס בריה הוא אבל למי שאומר חציו זכר הוא אינו מוציא לא את מינו ולא שאינו מינו כעין מי שחציו עבד וחציו בן חורין עכ"ל. ומבואר דלפי הראב"ד אנדרוגינוס הוי חצי זכר וחצי נקבה ודינו כדין ח"ע וחב"ח.

וא"כ שתיקת הראב"ד בהלכות עדות צריך ביאור. דהנה הרמב"ם כתב בדיני פסולי עדות (פ"ט מהלכות עדות הל"ג - ה') שהאנדרוגינוס והטומטום פסולים רק מספק מפני שהם ספק אשה, ואילו בחציו עבד וחציו בן חורין פסק שפסול (הל"ה), ומשמע שהוא פסול ודאי. וקשה למה לא השיג עליו הראב"ד שם, הרי לדעת הראב"ד גם האנדרוגינוס הוא חצי זכר וחצי נקבה, ובכן יפסל בתורת ודאי כמו מי שחציו עבד וחציו בן חורין.

ותירץ הגר"מ זצ"ל דשאני אשה דהיא רק פסולה לעדות משא"כ עבד הוי מופקע מעדות בתורת גוי. דהיינו, דחצי עבד וחצי בן חורין פסול ודאי לעדות, כי הצד של חצי עבד (דחסר בקדושת בישראל והוי כגוי לדינים אלו) מפקיע מן הגברא את חלות שם הכשר לעדות לגמרי ואפילו מהצד של חצי בן חורין. דגויות מפקיעה חלות עדות לגמרי מהגברא. מאידך, הצד של חצי אשה שבאנדרוגינוס אליבא דהראב"ד אינו פוסל את הצד של חצי זכר. ואע"פ שאשה פסולה בעצמה, אין זה אלא חסרון הכשר ולא חלות דין מפקיע, ולכן הצד אשה שבאנדרוגינוס אינה פוסלת את הצד השני דזכרות. והטעם דשאני הפסול אשה מהפסול דעבד הוא דלעבד חסר לו בקדושת ישראל וזה מפקיע את כשרות לעדות מהגברא. לעומת זה, יש לאשה ישראלית קדושת ישראל גמורה אלא שאינה ראויה

(ל. תוד"ה שבועת העדות אות ד') בשם הגר"מ זצ"ל דאין הפסול בשמיעת הח"ע וחב"ח אלא ביכולת שלו ליצור חפצא של קול שופר. ועיי"ש בעוד תירוצים מהגר"ח זצ"ל ומרבינו זצ"ל.

להעיד מדין חסרון הכשר, ולכן הצד דאשה אינה שוללת מהצד דזכר הכשרות להעיד. ולכן לראב"ד, חצי אשה פסול לעדות רק מדין ספק, ולא פסול בודאי כחצי עבד.

ובנוגע לאישות דח"ש וחב"ח ביארנו לעיל דלפי הרמב"ם יש חסרון לא רק בכמות האישות אלא גם באיכות האישות. והפשט בזה הוא דחלות אישות דומה לכשרות לעדות. דכמו דהשם עבד מבטל את הכשרות לעדות, כמו"כ הצד שפחות שבה מבטלת חלות קידושין גמורה מלחול בה, ואפי' בחצי הב"ח שבה. ומשו"ה אפי' לפי המ"ד דקידושין תופסין בח"ש וחב"ח, עדיין החלות אישות לקויה גם בכמות וגם באיכות.

ובזה מובן הגמ' בגיטין (מג.) לגבי דין קידושין וירושה לח"ע וחב"ח. דאיתא (שם) וז"ל איבעיא להו מי שחציו עבד וחציו בן חורין שקידש בת חורין מהו וכו' ת"ש המית מי שחציו עבד וחציו בן חורין נותן כו' חצי כופר ליורשיו ואי אמרת קידושיו לאו קידושין יורשין מנא ליה עכ"ל. הגמ' רוצה להוכיח דח"ע וחב"ח יכול לקדש בת חורין מזה דיש לו יורשין המיוחסים אחריו. והקשו בתוס' (ד"ה ואי אמרת) דמה הקשר בין תפיסת קידושין וירושה, וז"ל תימה דמה תולה יורשין בקידושין והלא בנו מן הפנויה יורשו וכו' וי"ל דסבר הש"ס דאם איתא דלאו בר קדושין הוא אין בנו מתייחס אחריו ולא דמי לעריות דתפסי בה קדושין לעלמא אבל האי דלאו בר קדושין הוא בשום מקום אין הבן מתייחס אחריו עכ"ל. וביאר הגר"ח זצ"ל דלפי תוס' דין היוחסין תלוי בדין קידושין, וחלות דין אחד הוא. דהיינו דהדרשא "שבו לכם פה עם החמור, עם הדומה לחמור", מלמדת איפוא שתי הלכות: א) אין בני עבד מתייחסים אחר אביהם, שכן לעבד אין יחוס (יבמות סב.), ב) אין קידושין תופסין בעבד (סח.). ואליבא דהתוס' שניהן דין אחד, שאין שום יחס לעבד, לא יחס אישות ולא יחס קרבת משפחה.[250]

ולפי כל זה נראה לבאר את צדדי ספיקת הגמ' בקידושי ח"ע וחב"ח. ונראה דספיקת הגמ' הויא בגדר הך דין של עבד אין לו יחס, אם גדר הדברים הוא דחלות יחוס שייך רק לבני חורין ולא לעבדים, או"ד י"ל דהשם עבד מפקיע את היכולת ליחוס. והנפק"מ יהא לענין חצי עבד וחצי בן חורין. אם השם עבד מפקיע היחוס אזי גם ח"ע וחב"ח מופקע מיחוס עקב החצי עבד דמפקיע דיני יחוס אפי' מצד החצי בן חורין וכנ"ל לענין עדות. אך אם עבד אינו מופקע מדיני יחוס אלא דרק חסר לו את הדינים האלו, אזי בח"ע וחב"ח

[250] ועיין ברשימות שיעורים לשבועות (ל. תוד"ה שבועת העדות אות ג') דלפי הגר"ח זצ"ל שני הדינים תלויים בשם עבד ולא בחסרון בקדושת ישראל. ולכן לפי הרמב"ם קידושין תופסין בשפחה לאחר שנשתחררה אפי' לפני טבילה שניה. וגם עיין בחידושי הגר"ח על הרמב"ם (פרק יג מהלכות איסורי ביאה הל"ב).

שפיר יהיו לו חלות יוחסין וקידושין מצד הב"ח שלו.[251]
ע"כ ענין דשפחה חרופה

בענין נתינה בשתיקה

פסק הרמ"א (אבן העזר סימן כז סעיף ג) וז"ל אפילו נתן לה בשתיקה ולא דבר כלום, והוא והיא אומרים שכוונו לשם קדושין, הוי קדושין עכ"ל. ומשמע מהרמ"א דאפי' בלי אמירה ובלי עסוקין בעניני קידושין הריהי ודאי מקודשת. אמנם עיין בט"ז (שם סק"ו) דפשיטא לו דהיא אינה ודאי מקודשת כי העדים אינן יודעין למה התכוונו האיש והאשה ואין כאן עדות לקיום הדבר באופן ודאי אלא רק מספק, וז"ל נראה לי פשוט דחסרון יש כאן וצ"ל ספק קידושין כיון דבעיקר הקידושין אין בהם עדות דהא לא יוכלו להעיד כאן על המחשבה ואנן בעינן בקידושין שני עדים דאין דבר שבערוה פחות משנים אלא ודאי דספק קידושין קאמר עכ"ל. ויש בזה שיטה שלישית דהבית שמואל (שם סקי"א) פסק דהיכא דאין העדים יודעין כוונת האיש והאשה אזי ממילא אין כאן חלות עדות לקיום הדבר כלל ואין בזה אפי' ספק קידושין. הבית שמואל קאי היכא דלא היו עסוקין בעניני קידושין והמקדש השתמש בלשון מסופק אבל האשה אומרת אח"כ דהיא הבינה דהוא התכוון לשם קידושין. והרמ"א פסק דהיא ספק מקודשת והבית שמואל הביא מהרמב"ם והרא"ש דהיא אינה מקודשת כלל, וביאר דיש חסרון בעדות לקיום הדבר, וז"ל ובאלו לשונות אשר אנן מסופקים אם הם ל' קידושין והיו עסוקים בעסקי קידושין ושניהם אומרים דהיה כוונתם לשם קידושין כתב דהוי (ספק) קידושין כיון דמספקא לן ה"ה דהעדים מסופקי' והוי כאלו לא היה עדים בדבר עכ"ל.[252] ומשמע מדבריו דמכיון דהעדים נסתפקו בכוונת המקדש והמתקדשת אין כאן עדות כלל ולכן אין אפי' ספק קידושין. ונמצא דיש ג' שיטות היכא דהעדים אינן יודעים אם רואים מעשה קידושין

[251] עיין ברמב"ם (פרק ד מהלכות אישות הלט"ז-הלי"ז). וצ"ע למה בחצי עבד וחצי בן חורין שקידש בת חורין פסק שהריהי ספק מקודשת ואילו באחד שקידש חצי שפחה וחצי בת חורין פסק שהקידושין חלין כאישות דשפחה חרופה כמו בעבד שקידש ח"ש וחב"ח. ועיין בזה בשיעורים לקמן (ז. גמ' אמר רבא התקדשי לי לחצייי מקודשת אות ב).

[252] עיין בזה בתוס' ר"י הזקן (ו. ד"ה למלאכה) וז"ל משתמעי ואע"פ ששניהם מודים שלקדושין נתכוונו אינן קדושין שהרי העדים לא נתברר להם אמתת הלשון בעת ששמעו ונמצא שאין הדבר תלוי במה שראו העדים עכ"ל. ועיין ברשב"א לעיל (ה: ד"ה אבל) דהקשה למה אין קידושין באמרה היא ונתן הוא אם נראה דהוא נתן לה הכסף בתורת קידושין וז"ל הדברים מראין דלדעת מה שאמרה לו נתן הוא וכמו שפירש דמי מ"מ העדאת עדים בעינן דהמקדש בלא עדים אין חוששין לקדושין, א"כ כיון שלא פירש כן ואפשר שלשם מתנה נתן ולא לשם קדושין אע"פ שהוא מודה (נ"א: מוכח) דלשם קדושין נתן כמו שאמרה אפ"ה אין כאן עדות שמיעה ולא ראיה לשם קדושין (נ"א: לשם עדות) אלא שהם דנין כונת הלב ואין כאן עדות, אבל בשהיו עסוקים באותו ענין כיון שהוא בעצמו נתרצה בהם מעיקרא ה"ז כאלו פירש עכשיו בשעת נתינה דאדבורא דנפשי' קא סמיך ויהיב עכ"ל. ומשמע מהרשב"א דאם העדים לא יודעין אם ראו מעשה קידושין או לא, אין אפי' ספק קידושין. ועיין בזה בחידושי רעק"א זצ"ל (ו. ד"ה ובזה).

או רק נתינת מתנה בעלמא מאיש לאשה, אבל נתברר אח"כ דכוונתם היו לקידושין. הרמ"א פסק דיש כאן קידושין גמורין, הט"ז פסק דמכיון דמספקא להו לעדים יש כאן רק ספק קידושין והבית שמואל פסק דספק עדות אינו עושה אפי' ספק קידושין.

ויש להקשות על הבית שמואל דהרי לפי שיטתו כל היכא דהעדים אינם יודעים בשעת מעשה אם ראו מעשה קידושין או דבר אחר, דאין כאן אפי' ספק קידושין. אבל קשה, דהרי איתא ביבמות (ל:) דאם זרק לה הקידושין וספק קרוב לו וספק קרוב לה דהיא ספק מקודשת. ולפי הבית שמואל ראוי להיות שלא יחול כאן אפי' ספק קידושין כי העדים לא ידעו בשעת מעשה אם ראו מעשה קידושין או רק זריקת כסף בעלמא. אלא נראה מזה דספק עדות באמת עושה ספק קידושין.[253]

ונראה לבאר השיטות דהבית שמואל הביא באופן אחר. דסברת הרמב"ם והרא"ש הוא דין בהלכות נתינה בתורת קידושין. דכבר הבאנו (לעיל ה: בענין ידות אות ב) דיש דין מיוחד בהלכות גירושין וקידושין דנתינת הקידושין או הגט צ"ל לשם קידושין או גירושין. וי"ל דהיכא דלא היו עסוקין בעניני קידושין והאיש השתמש בלשון מסופק או נתן בשתיקה, אע"פ דשניהם נתכוונו לשם קידושין, עדיין יש חסרון בדין דנתינה בתורת קידושין ומשו"ה לפי הרמב"ם והרא"ש אין כאן קידושין כלל.

גמ'. גופא היה מדבר עם האשה על עיסקי גיטה וקידושיה, ונתן לה גיטה וקידושיה ולא פירש, רבי יוסי אומר דיו, ר' יהודה אומר צריך לפרש אמר רב יהודה אמר שמואל והוא שעסוקין באותו ענין וכו' אמר רב הונא אמר שמואל הלכה כר' יוסי.

ונחלקו הראשונים ביחס דהמחלוקת שבין רבי יוסי ורבי יהודה לבין המחלקות שבין רבי ורבי אלעזר בן ר"ש. כתב הרשב"א וז"ל אמר אביי מענין לענין ובאותו ענין. והיינו תנאי דר' דאמר עסוקין באותו ענין ממש כר"י, ור"א בר"ש דאמר מענין לענין ובאותו ענין כר' יוסי והלכך הלכה בהא כר"א בר"ש ואפי' נסתלקו מענין לענין ובאותו ענין וכתנאי דקאמר לאו אדשמואל קאי אלא אעיקר פלוגתייהו דר' יוסי ור' יהודה, והני תנאי כהני תנאי קאמר, אבל ראיתי להרב בעל העיטור ז"ל שכתב שאם נסתלקו מענין לענין ובאותו ענין אינה מקודשת כרבי ולפי דבריו כתנאי אדברי שמואל קאי כלומר דרבי ורשב"א פליגי בדר' יוסי, דרבי סבר דדברי ר' יוסי בעסוקין ממש ורשב"א סבר אפי' אין עסוקין

[253] אולם עיין בשו"ת מיימוני (הל' אישות סי' א) דזה קאי רק היכא דיש ב' כתי עדים. אבל היכא דיש כת א' דעדים דנסתפקו אם הקידושין קרוב לו או קרוב לה הדין הוא דאין אפי' ספק קידושין. ועיין בקהלות יעקב (קידושין סימן ו אות ב-ג) דדן בעדות לספק קידושין באריכות. ועוד י"ל עפ"י שיטת הגר"ח זצ"ל (הל' חליצה) דעיקר חלות עדות לקיום הדבר חלה לקיים את הדעת לקידושין ולא את המעשה. ולכן בלשונות מסופקות שיש ספק בדעת לקידושין חסרה עדות לקיום הדבר ואילו בספק קרוב לה דבודאי היתה דעת לקידושין לפיכך חלין עדות לקיום הדבר ואע"פ שמעשה הקידושין מסופק.

ממש עכ"ל. הרשב"א עצמו ביאר דשתי כתי התנאים חולקים באותה מחלוקת. דלפי רבי ורבי יהודה צריך באותו ענין ממש אבל מענין לענין באותו ענין אינו מועיל, ורבי יוסי ורבי אלעזר בן רבי שמעון סברי דגם מענין לענין באותו ענין סגי. אבל העיטור ביאר דרבי ורבי אלעזר בר ר"ש חולקים בדעת רבי יוסי דסגי בהיה מדבר עמה בעסקי גיטה וקידושיה, דההלכה כוותיה. דרבי אלעזר בן רבי שמעון סבור דמענין לענין באותו ענין סגי, ורבי מצריך עסוקין באותו ענין. ורבי יהודה דברייתא הראשון הויא דעה שלישית דגם עסוקין באותו ענין אינו סגי ובעינן אמירה מפורשת.

ונראה דעסוקין באותו ענין יוצר אומדנא דמוכח דיש דעת לקידושין וגירושין וזה בודאי סגי בכהת"כ כגון במקח וממכר וכדומה. וא"כ, שיטת רבי יהודה לפי העיטור צריך בירור, כי למה סבור דאומדנא דמוכח אינו סגי בקידושין. ונראה, דהביאור הוא כמש"כ לעיל (דף ה: בענין ידות אות ב) דלפי הרמב"ם יש דין מיוחד דמעשה גירושין צריך להיות בתורת גירושין לשם גירושין, ומעשה קידושין נמי צריך להיות בתורת קידושין לשם קידושין. וכמש"כ הרמב"ם (פרק א מהלכות גירושין הל"ט) וז"ל ומנין שאינו נותנו לה אלא בתורת גירושין, שנ' ספר כריתות ונתן בידה שיתן אותו בתורת ספר כריתות עכ"ל. ויש לומר דלפי רבי הא דהגט ניתן במצב דעסוקין באותו ענין זה בעצמו מגדיר את הנתינה כחלות שם נתינה בתורת גירושין או קידושין. אבל רבי יהודה סבר דלעולם בעינן אמירה מפורשת מהמקדש או מהמגרש כדי שהנתינה תהיה חלות שם נתינה בתורת גיטין וקידושין.

גמ'. אמר אביי מענין לענין באותו ענין.

יש לעיין בגדר החילוק שבין "עסוקין באותו ענין" ל"מענין לענין באותו ענין". דרש"י (ד"ה מענין לענין) כתב וז"ל מענין לענין - שפסקו מלדבר בקידושין ממש והיו מדברים בדברים אחרים ומיהו לדבר בצרכי זיווגם היה כמו כמה יש לך נדוניא עכ"ל. ומבואר ברש"י דגם "מענין לענין באותו ענין" צ"ל בעניני הזיווג, וכמו דמדוייק מלשון "באותו ענין". אבל קשה, דזה הסדר הרגיל של הקידושין, דבתחילה המקדש שואל אם היא רוצה להתקדש ואז אם היא מסכמת הם ידברו בעסקי הממון. וא"כ מהי הסברא לומר דמענין לענין באותו ענין יותר גרוע מעסוקין באותו ענין.[254] אמנם עיין בדברי הירושלמי דהביא הרשב"א (ד"ה אמר אביי) וז"ל א"ל ר' יוסי לר' חגי ואת מה בידך דמר ר' זעירא חייא בר

[254] עיין במאירי (ד"ה היה מדבר עמה) דגם הביא מ"ד דחולק על רש"י מטעם רבינו זצ"ל אבל חידש גדר אחר של מענין לענין באותו ענין, וז"ל ומכל מקום יש מפרשים שכל שמדברים בעניני הבית וצרכי הזווג אותו ענין בעצמו הוא ואין קרוי מענין לענין באותו ענין אלא כגון שמדברים מזווג של אחרים כגון פלוני רוצה לשדך פלונית וכיוצא בדברים אלו וכן הדעת נוטה עכ"ל.

בון אדא בר תחליפא בשם ר' הושעיא מה פליגין בשהפליגו לעצמן לענינות אחרים אבל אם היו עסוקים באותו הענין גט הוא עכ"ל. ומבואר בדברי הירושלמי דגדר מענין לענין באותו ענין דהגמ' שלנו הוי ענינים אחרים לגמרי מהקידושין והגירושין. ולפי זה הפשט במלים "באותו ענין" הוא באותו מעמד, דנתינת כסף או גט רק מהני כשמדברים בענינים אחרים לגמרי אם יש ב' תנאים: א) הם דיברו בעניני קידושין או גירושין לפני כן, ב) הם עדיין באותו מעמד איפוא שהם דיברו בעניני קידושין או גירושין. אבל אם נפרדו ואח"כ דיברו שוב, אזי חסר התנאי דבאותו ענין וכו"ע סברי דהקידושין או הגירושין לא חל.

גמ'. גופא היה מדבר עם האשה על עיסקי גיטה וקידושיה ונתן לה גיטה וקידושיה ולא פירש, רבי יוסי אומר דיו, ר' יהודה אומר צריך לפרש.

בענין נתינת הגט בתורת גירושין

א

לפי רבי יהודה הגירושין אינו חל בשעת הנתינה עד שיפרש ויאמר במפורש "הא גיטך". ולא ברור מהגמ' אם לפי רבי יהודה סגי באמירה מפורשת לאחר הנתינה, או דהאמירה מפורשת צריך לבוא ביחד עם נתינה חדשה. ובגמ' גיטין (עח.) נחלקו התנאים במקרה הדומה לדידן, וז"ל תניא נמי הכי אמר לה כנסי שטר חוב זה או ששלפתו מאחוריו, קראתו והרי הוא גיטה אינו גט עד שיאמר לה הא גיטיך דברי רבי, רבי שמעון בן אלעזר אומר לעולם אינו גט עד שיטלנו הימנה ויחזור ויתננו לה ויאמר לה הא גיטיך, נתנו בידה והיא ישנה, ניעורה וקוראה והרי הוא גיטה אינו גט עד שיאמר לה הא גיטיך דברי רבי, רבי שמעון בן אלעזר אומר עד שיטלנו הימנה ויחזור ויתננו לה ויאמר לה הא גיטיך עכ"ל. ועיין ברשב"א (ו. ד"ה ר"י אמר צריך לפרש) דהביא שלוש דעות ביחס דהמחלוקת בסוגיא דידן בקשר למחלוקת התנאים שם בגיטין, וז"ל פי' הראב"ד ז"ל אחר שנתנו לה צריך שיאמר לה הא גיטך ואפי' למ"ד כנסי שט"ח זה או שנתן בידה והיא ישנה שצריך שיטלנו הימנה ויחזור ויתננו לה ויאמר לה הרי גיטך התם הוא דבטולי בטליה כי אמר לה שט"ח הוא א"נ בישנה דלאו בת איגרושי היא אבל הכא סגי לה בהכי. ותמיהא לי דהא רבי שמעון בן אלעזר דאית ליה הכי פליג אפי' בששלפתו מאחוריו ועייק לה חרצי' וקאמר דאינו גט עד שיטלנו ממנה ויחזור ויתננו לה כדאיתא בריש פרק הזורק בגיטין (עח.), אלא שאין אנו צריכין לכך כאן למה שכ' הרב אלפסי ז"ל דקי"ל כרבי דאמר דאינו צריך ליטלו הימנה אלא שיאמר לה הא גיטך כדאיתא התם, ומיהו נ"ל דהכא אפי' לרבי דאמר אינו צריך שיטלנו ממנה הכא צריך הואיל וקנאתו לגמרי דהא אי בעי למיהדר

לא מצי הדר דמימר אמרה לי' את בסתמא יהבת ואנא למתנה איכווני וכיון שכן אינה מקודשת עד שיטלנו ממנה ויחזור ויתננו לה וכו' עכ"ל.

יוצא שלפי הראב"ד אפי' רבי שמעון בן אלעזר דמצריך נתינה חדשה בברייתא בגמ' גיטין, אינו מצריך נתינה חדשה בסוגיין לפי רבי יהודה. כי רק בגמ' בגיטין כשאמר לה כנסי שט"ח זה סבר רבי שמעון בן אלעזר דבעינן נתינה חדשה כי בטולי בטליה או כשהיא ישנה דהיא לאו בת גירושין דמגרשה וחוזרת, אבל בסוגיא דידן דנתן לה הגט בלי לפרש אין חסרון בעצם הנתינה ולכן הוא רק צריך לפרש אח"כ הא גיטך. והרשב"א הקשה על הראב"ד דבשלמא החילוק הזה מסתבר בשני המקרים הראשונים של הברייתא. אבל רבי שמעון בו אלעזר גם הצריך נתינה חדשה היכא דשלפתו מאחוריו ומאי שנא שלפתו מאחוריו להיכא דנתן לה בלי לפרש לשם גירושין.

ולרשב"א עצמו יש שתי דעות. הדעה הראשונה של הרשב"א היא דרבי ורבי שמעון בן אלעזר חולקים גם במקרה דידן, דרבי סבור דלפי רבי יהודה המגרש רק צריך לומר הא גיטך ומועיל בלי נתינה חדשה, ואילו לרבי שמעון בן אלעזר לפי רבי יהודה בעינן נתינה חדשה. ובמסקנא, הרשב"א חידש דגם רבי דלא מצריך נתינה חדשה בגמ' גיטין, מודה לרבי שמעון בן אלעזר בסוגייתנו דבעי נתינה חדשה. וזה ההיפך מדעת הראב"ד.

וצ"ע בשיטת הראב"ד דנקט דגם רבי שמעון בן אלעזר מודה בסוגייתנו דלאחר נתינה פסולה הבעל יכול לומר "הא גיטך" ומיד היא מתגרשת. והלא לכאורה עצם הנתינה צריכה להיות לשם גירושין (כפי שקבעה הרמב"ם) וכאן הנתינה היתה בסתם והאמירה היתה אח"כ. וגם בלי ביאור הראב"ד בדעת רבי שמעון בן אלעזר, הקושי הזה קיים בשיטת רבי דאם המגרש נתן לה גט ואמר לה "כנסי שטר חוב זה" דהנתינה לא היתה בתורת גירושין, היאך מהני האמירה לאח"כ. וביאר בזה הגר"ח זצ"ל דבאמת רבי לא בעי נתינה לשם גירושין אלא מעשה נתינה בעלמא, ומכיון דהוא נתן לה הגט בנתינה בעלמא הגירושין חלין מיד בשעת האמירה. וכן מבואר בריטב"א (גיטין עח. ד"ה מתני' אמר לה כנסי) דלפי רבי אפי' נתינה לשם פקדון מהני באמירה אח"כ, וז"ל דאע"ג דנתינה ראשונה לאו כלום היא, כיון שהגט בא לה מיד הבעל אין צריך ליטלו הימנה ולחזור וליתנו לה, אלא הרי הוא גט כיון שאמר לה הא גיטך, דונתן בידה קרינן ביה, והוא הדין כשנתנו לה לשם פקדון ואח"כ אמר לה הא גיטך מגורשת עכ"ל.[255] אבל השיטה הזאת קשה טובא

[255] וכן איתא בחידושי הר"ן (גיטין עח. ד"ה מתני' אמר לה). ועל פי השיטה הזאת ביאר האבני מילואים (סימן לה סק"ט) את שיטת הר"י מיגאש דעבד יכול להיות שליח להולכה בגירושין. כי אמירת "הא גיטך" בשעת הנתינה הויא רק מדרבן, דמן התורה הגירושין חל כשנתן בשתיקה (עיין בכס"מ בפרק א מהלכות גירושין הלי"א) וגם הנתינה עצמה לא צריכה להיות לשם גירושין דהרי הר"ן נקט דאפי' נתינה לשום פקדון מהני, וז"ל דכל שבא ליד

כי הנתינה הויא חלק של מעשה הגירושין ולכאורה היא צריכה להעשות לשם גירושין. וכן איתא להדיא ברמב"ם (פרק א מהלכות גירושין הל"ט), וז"ל ומנין שאינו נותנו לה אלא בתורת גירושין, שנ' ספר כריתות ונתן בידה שיתן אותו בתורת ספר כריתות עכ"ל.[256] **ונראה** לבאר את שיטת רבי ע"פ היסוד שקבע הגר"ח זצ"ל בהלכות גירושין, דהאשה צריכה לקנות את הגט כדי שהגירושין יחולו ולא סגי במעשה נתינה בלי הקנאה.[257] וזה מבואר מגמ' בגיטין (כ:) וז"ל ת"ר הרי זה גיטך והנייר שלי, אינה מגורשת עכ"ל. ומוכח מזה דאע"פ דהבעל נתן לה הנייר של הגט, הגירושין פסולים מכיון דהוא נשאר הבעלים על הנייר. וכן מבואר מגמ' (גיטין כ.) דאם הגט נכתב על נייר שלה הגירושין כשר רק מטעם דהחכמים הקנו לו השטר ע"י הפקר ב"ד הפקר.[258]

ועל פי זה נראה לבאר את שיטת רבי, דהנתינה צריכה להיות לשם גירושין. אלא דכשנתן לה הגט כשהיא ישנה או דאמר לה כנסי שט"ח זה, אע"פ דהוא נתן לה הגט אך עדיין לא הקנה לה את הנייר. ואח"כ כשאומר לה "הא גיטך" הוא מקנה לה את הגט לשם גירושין. ונמצא דיש הקנאה, דהיינו גמר הנתינה וקבלת האשה, לשם הגירושין.[259] ובזה נחלקו רבי ורבי שמעון בן אלעזר. דלפי רבי סגי אם סוף הנתינה וקבלת האשה תהיה לשם גירושין, אבל לפי רבי שמעון בן אלעזר כל הנתינה מתחילה ועד סוף צריכה להיות לשם גירושין. ולכן, לפי רבי שמעון בן אלעזר כשנתן לה הגט ואמר לה כנסי שט"ח זה, היתה תחילת הנתינה שלא לשם גירושין דפסול, ובעינן נתינה לגמרי חדשה. ואילו לרבי מועיל הלשם גירושין בסוף הנתינה בשעת הקנאת הגט.

ויש להביא ראיה לביאור הזה בדעת רבי מדברי רש"י בגיטין. דעיין במשנה בגיטין (פב.) וז"ל המגרש את אשתו ואמר לה הרי את מותרת לכל אדם אלא לפלוני ר' אליעזר מתיר

האשה מיד הבעל בתורת נתינה אפי' שלא בתורת גירושין נמי הוי נתינה עכ"ל, ובזה גם עבד יכול להיות שליח. ויש להעיר דהאבנ"מ ורבינו זצ"ל הבינו בשיטות הראשונים שהכשירו נתינה לשם פקדון דאין צורך לנתינה לשם גירושין כלל. אבל עיין באמרי משה (סו"ס כ) דחולק על הבנת האבנ"מ בראשונים הנ"ל, ונקט דכל התנאים וכל הראשונים סברי דהנתינה צריך להיות בתורת גירושין. ונתינה לשם פקדון רק מועיל כדי שלא יהיה חסרון של טלי גיטך מעל גבי קרקע. אבל החלות שם נתינה בתורת גירושין חלה בשעת אמירת "הא גיטך."

[256] וכן איתא בתוס' רי"ד (גיטין עח.) דנתינה לשם פקדון לא מהני ולכו"ע בעינן נתינה חדשה.

[257] והקצה"ח (סי' ר סק"ה) חולק על זה וסובר דגירושין לא בעי הקנאה אלא מעשה נתינה בלבד. ורבינו זצ"ל אמר דהגר"ח זצ"ל הוכיח דגדר "ונתן לה" כולל הקנאה מגמ' (ב"מ י:), דלומדת דחצר מדין יד איתרבאי לענין קנינים מזה דחצר מהני לנתינת גט.

[258] ורבינו זצ"ל אמר דיש לחקור לפי"ד הגר"ח זצ"ל דגירושין בעי קנין מהו הגדר המדוייק של הקנין, דיש לומר דהקנאת השטר הויא חלק מנתינה הבעל. אך יתכן דעצם נתינת הבעל נגמרת במעשה נתינה דעלמא לידה, אלא דיש עוד דין דהאשה צריכה לקבל הגט, והיא רק מוגדרת כמקבלת הגט ע"פ דין אם היא קונה אותו.

[259] עיין בחידושי הריטב"א מכת"י (עח. ד"ה אמר לה) דמשמע כמו רבינו זצ"ל דאמירת הא גיטך מהני לפי רבי משום דבההיא אמירה המגרש מקנה לה הגט, וז"ל ומיהו כי אמר לה הא גיטך הוי גט ואע"ג דאמר לה בתר הכי, מאי טעמא דכיון דבנתינה קמייתא לא זכיא ביה והשתא קא זכיא ביה, דהא אכתי קאי גיטה בידה, כמאן דמנח ליה בעל השתא בידה דמי עכ"ל.

וחכמים אוסרים, כיצד יעשה יטלנו הימנה, ויחזור ויתננו לה ויאמר לה הרי את מותרת לכל אדם עכ"ל. ונחלקו האמוראים אם החכמים במשנה דמצריכים נתינה חדשה הם כדעת רבי שמעון בן אלעזר או אפי' רבי מודה דבעינן נתינה חדשה כשאמר לה חוץ מפלוני. דאיתא בגמ' (גיטין פד:) וז"ל מאן תנא, אמר חזקיה ר"ש בן אליעזר היא דתניא ר"ש בן אלעזר אומר עד שיטלנו הימנה ויחזור ויתננו לה ויאמר לה הי גיטך, ר' יוחנן אמר אפילו תימא רבי, דילכון אמר שאני הכא הואיל וקנאתו ליפסל בו לכהונה עכ"ל. לפי רב יוחנן, רבי מודה לגבי האומר הרי את מותרת לכל אדם אלא לפלוני דבעינן נתינה חדשה מכיון ד"הואיל וקנאתו ליפסל בו לכהונה". ועיין ברש"י (שם ד"ה שאני הכא) וז"ל משום הכי צריך לחזור וליטלו דקנאתו בנתינה קמייתא ליפסל בו לכהונה הילכך אי לאו דהדר שקיל ליה מינה לא מהניא אמירה שהרי כבר זכתה בו על מנת תנאי ראשון אבל ההוא דהזורק לא זכתה בו לכלום עכ"ל. ומשמע מדברי רש"י דאפי' רבי מצריך נתינה חדשה היכא דאמר "הרי את מותרת לכל אדם אלא לפלוני" כי היא כבר קנתה הגט. ולפי מה שביארנו זה מאד מסתבר. דהא דס"ל לרבי דסגי באמירת הא גיטך הוי משום דהאמירה מהווה הקנאת הגט בתורת גירושין, וא"כ היכא דהיא כבר קנתה הגט בנתינה הראשונה א"א לתקן מעשה הנתינה ע"י אמירת הא גיטך. ולכן אפי' לפי רבי צריך נתינה חדשה.[260]

[260] רבינו זצ"ל הוסיף דהרשב"א הבין דברי רש"י באופן אחר, דעיקר הנקודה אינה זה דהיא קנתה הגט בדיני ממונות, אלא דהגט כבר חל לפסול אותה לכהונה. ולכן הרשב"א הקשה על רש"י דהיאך מהני אפי' נתינה חדשה אם הגט כבר חל והוי כמו שטר דנמחל שעבודו, וז"ל כיצד יעשה יטלנו ממנה דילכון אמר שאני הכא הואיל וקנאתו ליפסל בו. כלומר, הכא היינו טעמא דצריך ליטלו ממנה ולחזור וליתנו לה משום דקנאתו בנתינה קמיתא ליפסל בו לכהונה הילכך אי לאו הדר ושקל ליה מינה לא מהניא אמירה שכבר זכתה בו על תנאי הראשון אבל ההיא דהזורק לא זכתה בו כלום כך פרש"י ז"ל ואינו מחוור דא"כ דמחמת שנפסלה בו לכהונה חשבינן ליה דקנאתו כי הדר שקיל ליה מינה היאך היא מתגרשת בו דגט זה כבר חל מקצתו וגרש ליפסל בו לכהונה וכיון שקנאתו היא הורע כחו והיאך חוזר הוא ומגרש בו והא אין אשה מתגרשת שני פעמים בגט אחד עכ"ל. כלומר, דהרשב"א הקשה דאחרי דהגט פסל אותה לכהונה הוי כשטר שנמחל שעבודו דאינו חוזר ולווה בו. וביאור הדברים הוא דגדר השטר הוי סיפור דברים, וכל שטר רק יכול לספר סיפור אחד. וא"כ שטר שכבר סיפר דבר אחד לא יכול לשוב ולספר דבר שני אח"כ. ולכאורה הקושי הזה צע"ג על שיטת רש"י, דהיאך מהני נתינה חדשה אם הגט כבר חל לפוסלה לכהונה. ונראה לבאר את דעת רש"י לפי הרשב"א, דפליגי רש"י והרשב"א בגדר דריח הגט. כי הרשב"א סובר דפסול כהונה מדין ריח הגט מהווה חלות גירושין במקצת דחל ע"י גט פסול. ולכן גט דגורם פסול כהונה דומה לשטר דנמחל שיעבודו. מאידך רש"י סובר דריח הגט פוסל לכהונה מדאורייתא (כמו שיטת רוב הראשונים נגד הרמב"ם פרק י מהלכות גירושין הל"א) מחמת עצם מעשה הגירושין הפוסלה לכהונה ואפי' אם הגט עצמו אינו חל בכלל. ומשו"כ אין לרש"י שתי חלויות בגט אחד כי ריח הגט אינו אלא מעשה גירושין ולא חלות גירושין. ע"כ דברי רבינו בדעת רש"י לפי הרשב"א. ובנוגע לגדר דפסול לכהונה מדין ריח הגט ע"ע ברשימות שיעורים ליבמות (י. עמוד קסג) דרבינו זצ"ל ביאר דנחלקו התנאים בגיטין (פב:) אם הפסול כהונה חל מחמת חלות הגירושין במקצת או מחמת מעשה דנתינת הגט בלי חלות גירושין בכלל. וע"ע בשיעורים לקמן (עז: ד"ה לא צריכא) ויש להעיר מלשון המאירי (יבמות צד. ד"ה הנותן) וז"ל הנותן גט לאשתו ואמר לה הרי את מגורשת ממני ואי את מותרת לכל אדם אע"פ שלא הותרה בגט זה לעלמא לגביה דידיה מגורשת היא במקצת עד שאם הוא כהן נפסלה לו עכ"ל.

ולפי הנ"ל יש לבאר את שיטת הראב"ד ולתרץ את קושיית הרשב"א עליו. דהראב"ד נקט דגם רבי שמעון בן אלעזר דמצריך נתינה חדשה בשלושת המקרים דגמ' גיטין (עח.) מודה דלפי רבי יהודה בסוגייתנו (דבעי אמירה מפורשת) דא"צ נתינה חדשה. וביאור שיטתו, דלפי רבי שמעון בן אלעזר בעינן דכל חלקי הנתינה ולא רק ההקנאה לבסוף יהיו לשם גירושין, וכמש"כ לעיל. ובשלושת המקרים דגיטין (עח.) לא היתה כל כולה דנתינת הגט בתורת גירושין. דכשאמר "כנסי שט"ח זה" הוא ביטל הגט, כשהיא היתה ישנה היא לאו בת איגרושי, כמ"ש הראב"ד עצמו. וגם בשלפתו מאחוריו, אע"פ דאין דבר מיוחד דמפקיע הנתינה לשם גירושין, הנתינה היתה בסתם וליכא נתינה דמעיקרא בתורת גירושין. ולכן רבי שמעון בן אלעזר הצריך נתינה חדשה, כדי שכל הנתינה תהיה חלות שם נתינה לשם גירושין.

והרשב"א הקשה עליו משלפתו לאחוריו דלכאורה שם אין דבר מיוחד להפקיע החלות שם נתינה בתורת גירושין וא"כ למה רבי שמעון בן אלעזר לא סגי באמירת הא גיטך. ונראה דהרשב"א הבין בדעת הראב"ד דדוקא כשיש דבר שהוא הפוך מלשם גירושין בשעת נתינה מעיקרא כמו אמירת כנסי שט"ח זה, אז רבי שמעון בן אלעזר סובר דלא סגי אמירת הא גיטך, דהיינו לשם גירושין בשעת הקנאת הנייר. אבל היכא דתחילת הנתינה היתה בסתם ויש הקנאה בתורת גירושין ע"י אמירת הא גיטך כמו במקרה דשלפתו מאחוריו, א"כ למה רבי שמעון בן אלעזר מצריך נתינה חדשה. אבל הראב"ד עצמו באמת נקט דלפי רבי שמעון בן אלעזר בעינן דכל מעשה הגירושין, גם הנתינה וגם ההקנאה, תהיה לשם גירושין ממש. וא"כ גם אם הנתינה מעיקרא לא היתה בדבר דמפקיע הלשם גירושין אלא היתה נתינה בסתם (כמו בשלפתו מאחוריו) וגם היתה הקנאת הגט לבסוף לשם גירושין, עדיין רבי שמעון בן אלעזר לא סגי בזה ומצריך נתינה חדשה כדי שכל מעשה הגירושין תהיה לשם גירושין.

וכל זה שונה מהנידון בסוגייתנו, דלפי הראב"ד גם רבי שמעון בן אלעזר סגי באמירת הא גיטך בלי נתינה חדשה. דהרי רבי יהודה נקט דאע"פ דעסוקין בעניני גירושין, נתינה בשתיקה אינה מועילה ויש צורך לאמירה מפורשת. ובאמת גם רבי יהודה מודה דיש אומדנא דמוכח דהנתינה בשתיקה היתה לשם גירושין, דהרי היו עסוקין בעניני גירושין. אלא דיש דין מיוחד בדין תורת גירושין דאומדנא דמוכח בלבדה לא סגי ובעינן אמירה מפורשת כדי להגדיר הנתינה כנתינה לשם גירושין (עיין לעיל ו. בד"ה גופא היה מדבר עם האשה על עיסקי גיטה וקידושיה). ודוקא משו"כ אמירת הא גיטך לאחר הנתינה מועיל אפי' לרבי שמעון בן אלעזר בלי נתינה חדשה. כי אמירת "הא גיטך" הויא הקנאת הגט

לאשה לשם גירושין כמש"כ לעיל בשיטת רבי, וא"כ סוף הנתינה הויא לשם גירושין. וגם תחילת הנתינה היתה במציאות לשם גירושין, אלא דיש דין מיוחד בהלכות גירושין דבעינן גם אמירה מפורשת כדי להחיל חלות שם מעשה נתינה בתורת. והראב"ד נקט דאפי' לרבי שמעון בן אלעזר דצריך נתינה לשם גירושין מתחילה ועד סוף, מודה דצירוף תחילת הנתינה במציאות לשם גירושין וסוף הנתינה (ההקנאה) באמירה מפורשת לשם גירושין, מהני ע"פ דין להחיל על כל הנתינה חלות שם נתינה לשם גירושין.

ב

שיטת הגר"ח זצ"ל בהקנאת הגט

והביאור הנ"ל דהקנאת הגט ע"י אמירת "הא גיטך" הויא סוף הנתינה, תואם עוד יסוד של הגר"ח זצ"ל בגדר נתינת הבעל בגירושין. דהנה המשנה בגיטין (עח.) קובעת דאם היא "מצאתו מאחוריו" ואח"כ הבעל אמר לה "הא גיטך" היא מגורשת. והגמ' מקשה למה אין כאן פסול דטלי גיטך מעל גבי קרקע, וז"ל כי אמר לה הא גיטיך מאי הוי הוה ליה טלי גיטיך מעל גבי קרקע ואמר רבא טלי גיטיך מעל גבי קרקע לא אמר כלום, אימא ששלפתו מאחוריו, שלפתו נמי הא בעינא ונתן בידה וליכא, לא צריכא דערק לה חרציה ושלפתיה עכ"ל. מבואר מהגמ' דערק לה חרציה ושלפתיה נחשב כנתינה ע"י הבעל. כלומר, כשהבעל תופס הגט ומקרב את ידו אליה והיא לוקחת את הגט מידו הפתוחה, זה נחשב כנתינה. וגם מבואר מגמ' (גיטין עז:) דאם הבעל נתן הגט בחצר שלו ואז הקנה לה את החצר והיא קונה את הגט ע"י קנין חצר, דהגירושין חל. והגר"ח זצ"ל ייסד ע"פ הדינים הנ"ל דגדר נתינת הבעל הוי מעשה הבעל דמאפשר תפיסת הגט ע"י האשה, וזה כולל מעשה בידים כמו ערק ליה חרציה ושלפתיה וגם מעשה דהקנאת החצר.[261] ולמשל, הגר"ח זצ"ל אמר דאם הבעל העביר הגט מידו הימין ליד שמאל ואח"כ עפ"י צווי הבעל הרופאים ניתקו היד עם הגט מהבעל ותפרו את היד על האשה, דיש כאן נתינה והיא מגורשת, דהרי הבעל עשה מעשה דאיפשר לה לתפוס את הגט.[262]

[261] עיין בתוס' (גיטין עז: ד"ה ותיזיל) וז"ל ולא הוי כמו טלי גיטיך מעל גבי קרקע דכיון שהגט בא מרשות הבעל לרשותה הוי כאילו נתנו לה עכ"ל. ורבינו זצ"ל ביאר דכוונת התוס' כמו הגר"ח זצ"ל דע"י הקנאת החצר הוא מאפשר לה לתפוס הגט. אמנם עיין באבני מילואים (סימן קלט סקי"ב) דביאר התוס' דחצר מדין שליח איתרבאי והקנאת החצר מהמגרש להאשה הויא כמו מעשה נתינה משליח הבעל לשליח האשה ודו"ק.

[262] ורבינו זצ"ל סיפר דפעם המגרש הניח הגט במעטפה על השלחן וצווה לאשה לקחת אותו מעל השלחן. ונסתפקו הרבנים האם הנתינה פסולה מדין טלי גיטך מעל גבי קרקע. והגר"ח זצ"ל אמר שיש למעטפה דין חצר וא"כ אע"פ דהיא הגביה המעטפה בעצמה הרי הוא הקנה לה את המעטפה וזה כמו הקנאת החצר ביחד עם הגט דמבואר דמהני לגירושין (ועיין בלשון חידושי הגר"ח על הש"ס בענין ונתן בידה וז"ל שהרי אילו לא הקנה את החצר לא היה הגט נמצא ברשותה עכ"ל). אבל חזר הגר"ח זצ"ל ואמר שידה דתופסת המעטפה הויא כמו רשות לוקח, והמעטפה עצמה (לפני ההקנאה) הויא כמו כליו של מוכר. ונחלקו בגמ' (ב"ב פה:) אם רשות לוקח קונה חפצא בכליו של מוכר או לא. וא"כ דין הגט תלוי במח' הזה. דאם רשות לוקח קונה אפי' בכליו של מוכר, אז היא

ועל פי הגדרת הגר"ח זצ"ל, י"ל דהקנאת הגט הויא חלק מהנתינה, דהרי אפי' אם הגט כבר נמצאת בידה במציאות, היא אינה יכולה לתפוס הגט לעולם אם היא אינה הופכת להיות הבעלים של הגט. והקנאת הגט לה מאפשר לה להמשיך להחזיק הגט בידה ולכן מסתבר דההקנאה הויא חלק של "ונתן בידה".

ג

עוד ביאור בדעת הראב"ד

עד כאן ביארנו את שיטת הראב"ד דבסוגיא דידן כו"ע מודים דאמירת "הא גיטך" מהני, ע"פ ההנחה דאמירת "הא גיטך" לאחר הנתינה מהווה הקנאת הגט לאשה בתורת גירושין. אבל לכאורה קשה לומר בסוגיא דידן דהיא רק קונה הגט ע"י אמירת "הא גיטך" ולא לפני כן בשעת הנתינה בפועל. דהרי בשלמא אם נתן לה הגט ואמר לה כנסי שט"ח זה או נתן לה הגט כשהיא ישנה היא עדיין לא קנתה את הגט עד דאמר לה "הא גיטך". אבל בסוגיא דידן היו עסוקין באותו ענין אלא דנתן לה הגט בשתיקה, וקשה לומר דהוא לא התכוון להקנות לה הגט בשעת הנתינה. וכן איתא ברשב"א וז"ל ומיהו נ"ל דהכא אפי' לרבי דאמר אינו צריך שיטלנו ממנה הכא צריך הואיל וקנאתו לגמרי דהא אי בעי למיהדר לא מצי הדר דמימר אמרה לי' את בסתמא יהבת ואנא למתנה איכווני עכ"ל. ולכאורה מסתבר לומר כהרשב"א דהיא קנתה הגט בדיני ממונות בשעת הנתינה, וא"כ הדרא קושיא על הראב"ד לדוכתא – היאך מהני אמירת הא גיטך אם כל מעשה הנתינה (כולל הנתינה ממש וההקנאה) היתה בשתיקה שלא לשם גירושין.

ומשו"כ נראה שיש לפרש את דעת הראב"ד באופן אחר. דבאמת הראב"ד נקט כמו מה שביאר הגר"ח זצ"ל בדעת רבי (מובא לעיל אות א') דלא בעינן להחיל חלות תורת גירושין במעשה נתינת הגט. וזוהי הביאור בשיטת רבי בגיטין (עח.) דאמירת הא גיטך לאחר נתינה לקויה שלא לשם גירושין (כמו בכנסי שט"ח זה), מהני לגירושין. כי לא בעינן בכלל נתינה בתורת גירושין. ולפי רבי שמעון בן אלעזר דמצריך נתינה חדשה, אין הפשט דיש חסרון בחלות נתינה בתורת גירושין, אלא דיש חסרון אחר של טלי גיטך מעל גבי קרקע מכיון דהרי היא זו שעושה את מעשה הקנין בגט.[263]

לא צריכה לקנות המעטפה כדי לקנות הגט, וזה שהקנה לה המעטפה אינו מעלה ואינו מוריד ולכן חזרנו לפסול דטלי גיטך מעל גבי קרקע. אבל אם כליו של מוכר מעכב קנין דהלוקח, אז היא לא יכולה לקנות הגט במעטפה דשייך לבעל ולכן הקנאת המעטפה לה, אינפשר לה לקנות הגט ונחשבת כנתינה והגירושין חלין.

[263] בביאור הראשון של רבינו זצ"ל בדעת הראב"ד הוא לא התייחס לפסול דטלי גיטך מעל גבי קרקע. ולכאורה סברתו כמו שמובא בחידושי הגר"ח על הש"ס (בענין טלי גיטך מעל גבי קרקע) דכל שנתן הגט ברשותה אין פסול דטלי גיטך מעל גבי קרקע, אפי' אם היא עדיין אינה קונה הגט להתגרש בו. ועיי"ש דהגר"ח ביאר בזה הענין דשליח להבאה בגירושין וגם נתינת הגט ע"י הקנאת חצר מהלכת לה (עבד שאינו כפות). אבל בביאור הזה רבינו

והביאור בזה הוא ע"פ מש"כ לעיל דיש ב' חלקים במעשה נתינת הגט: א) הנתינה בפועל, ב) הקנאת הגט לה. ובגמ' בגיטין (עח.) הבעל עשה את מעשה הנתינה בפועל דהרי הוא נתן לה הגט, אבל לגבי ההקנאה הוא רק אומר לה "הא גיטך" והיא זו שעושה את מעשה הקנין. ונחלקו התנאים בגיטין בגדר הפסול דטלי גיטך מעל גבי הקרקע. דרבי סבר דרק חלק א' דמעשה הנתינה צ"ל ע"י פעולת הבעל. ומכיון דהוא העביר לה הגט ע"י פעולה דידיה, אין כאן הפסול דטלי גיטך מעל גבי קרקע, אע"פ דהיא קונה הגט אח"כ ע"י מעשה דידה. ולכן לפי רבי סגי באמירת הא גיטך בלי נתינה חדשה. אבל רבי שמעון בן אלעזר ס"ל דכל מעשה הנתינה, גם העברת השטר לה וגם הקנין שלה בשטר, צ"ל ממעשה הבעל. ולכן אם הוא נתן לה הגט כשהיא ישנה ואח"כ היא קמה וקנתה הגט כשהוא אומר לה "הא גיטך", יש כאן פסול דטלי גיטך מעל גבי קרקע דהרי מעשה הקנין נעשית על ידיה. ויוצא מזה דלפי רבי שמעון בן אלעזר, הגירושין חלין רק אם הקנין שלה בגט נעשית בבת אחת דהעברת הגט מידו לידה, דאז המגרש פעל ב' חלקי מעשה הנתינה. אבל כל זמן דהקנין חל אחר הנתינה בפועל, אז היא זו שעושה את מעשה הקנין ויש פסול דטלי גיטך מעל גבי קרקע.

ועכשיו נחזור לסוגיא דידן דנתינה בשתיקה, דהראב"ד נקט דכו"ע מודים דאמירת הא גיטך סגי בלי נתינה חדשה. והביאור בזה, דכשהוא נתן לה את הגט בשתיקה לאחר שהיו עסוקין בעניני גירושין מסתבר לומר דהיא קונה הגט מיד כמו שכתב הרשב"א. וא"כ אין כאן פסול דטלי גיטך מעל גבי קרקע בנוגע לקנין הגט כי הריהי קנתה הגט ע"י מעשה הנתינה דידיה ולא אח"כ כמו בסוגיא בגיטין (עח.). ומכיון דכו"ע סברי כביאור הגר"ח זצ"ל בשיטת רבי דלא בעינן להחיל חלות תורת גירושין במעשה נתינה עצמה, אין כאן חסרון בנתינה לשם גירושין. וא"כ בסוגיא דידן יש מעשה נתינה מעליא בלי חסרון דטלי גיטך מעל גבי קרקע בלי חסרון דנתינה בתורת גירושין, ורק חסר האמירה המפורשת דהוא רוצה לגרשה. ולכן לכו"ע, אפי' לרבי שמעון בן אלעזר, הגירושין חל מיד כשהוא אומר הא גיטך בלי נתינה חדשה.

ויוצא מזה, דהראב"ד והרשב"א הסכימו דבנתינה בשתיקה היא קונה את הגט מיד, אלא דנחלקו מן הקצה אל הקצה בדין. דלפי הרשב"א זה דהיא כבר קנתה את הגט בנתינה שלא לשם גירושין הוי טעם לחייב מעשה נתינה חדשה גם לפי רבי (כי חלק מהנתינה הויא שלא בתורת גירושין). ומאידך, הראב"ד נקט דלא בעינן חלות מעשה נתינה בתורת

זצ"ל צידד דלפי רבי שמעון בן אלעזר כל חלקי המעשה נתינה צריכים להעשות בפעולת הבעל כדי שלא יהיה הפסול דטלי גיטך מעל גבי קרקע.

גירושין ולכן הא דהיא כבר קנתה הגט בנתינה לקויה הוי טעם לומר דגם רבי שמעון בן אלעזר מודה דאמירת הא גיטך סגי (כי מכיון דהיא קנתה את השטר ע"י מעשה דידיה אין כאן הפסול דטלי גיטך).[264]

ברם לפי הפירוש הזה בדעת הראב"ד, לכאורה צ"ע מהגמ' בגיטין (פד.), דשם מבואר דכשהוא נתן לה הגט ואמר לה הרי את מותרת לכל אדם חוץ מפלוני דגם רבי מודה דבעינן נתינה חדשה, וז"ל הואיל וקנאתו ליפסל בו לכהונה עכ"ל. ומשמע מלשון הגמ' דמכיון דהיא קנתה הגט זוהי טעם לחייב נתינה חדשה ולא סגי באמירת הא גיטך. וצ"ל דהראב"ד הבין לשון הגמ' (שם) כמו שהבאנו לעיל מהרשב"א (פד.) בדעת רש"י דהדגש אינו על קניינה בגט אלא על זה דהגט חל לענין פסול כהונה. ומכיון דהגט כבר חל במקצת, אזי אמירת הא גיטך לאחר זמן אינו מהני להחיל חלות גירושין גמורה, כי גט רק יכול להחיל חלות אחת דגירושין ולא ב' חלויות בב' זמנים שונים.

ד

שיטת הרשב"א

ולמסקנא עיין בלשון הרשב"א (לעיל אות א) דאפי' רבי מודה בסוגייתנו דלרבי יהודה צריך ליטול הגט ממנה ולחזור ולתתה לה מכיון שכבר קנתה הגט בפסול. ויש לבאר סברתו בתרי אנפי: א) כמו דביארנו לעיל (אות ג) דהקנאת הגט הויא חלק ממעשה הנתינה שצריכה להיות בתורת גירושין, ולכן בנידון דידן דהיא כבר קנתה הגט שלא בתורת גירושין חסרה בנתינה לשם גירושין, ב) אחרי שכבר קנתה הגט אין לו בעלות על הגט כדי לגרש בו. ומבואר בגמ' (גיטין כ.) דא"א לגרש בנייר דשייך להאשה המתגרשת, וכאן בשעת אמירת הא גיטך דהגירושין אמור לחול, הו"ל כאילו אין הגט בעולם כלל אחרי שכבר קנאתו.

ונראה, דעיין בלשון הרשב"א דהביא הגמ' לקמן (יג.) כסמך לשיטתו דלכו"ע בעינן נתינה חדשה לאחר קנינה בגט, וז"ל ומיהו נ"ל דהכא אפי' לרבי דאמר אינו צריך שיטלנו ממנה הכא צריך הואיל וקנאתו לגמרי דהא אי בעי למיהדר לא מצי הדר דמימר אמרה לי' את בסתמא יהבת ואנא למתנה איכווני וכיון שכן אינה מקודשת עד שיטלנו ממנה ויחזור ויתננו לה והויא לה ככנסי סלע שאני חייב ליכי ולאחר שנטלתו א"ל התקדשי לי בו דאפילו רצתה אינה מקודשת עד שיטלנו ממנה עכ"ל. דהנה הגמ' לקמן קובעת דאי אפשר לקדש אשה בממון דכבר נתן לה לשם פרעון חוב וז"ל הגמ' שם: אמר לה כנסי

[264] ורבינו זצ"ל אמר דלהדעה הראשונה ברשב"א אצלנו דהפסק בסוגיא דידן תלוי במח' רבי ורבי שמעון בן אלעזר, י"ל דנחלקו ביסוד הגר"ח זצ"ל. דשיטת רבי הויא כמו דביארנו למעלה בשיטת הראב"ד אבל רבי שמעון בן אלעזר סבר דהנתינה צ"ל לשם גירושין ולכן בעינן נתינה חדשה אע"פ דאין הפסול דטלי גיטך מעל גבי הקרקע.

סלע זו שאני חייב ליכי, וחזר ואמר לה התקדשי לי בו וכו' לאחר מתן מעות, אפילו רצתה אינה מקודשת עכ"ל.

ולכאורה צ"ע בהשוואת הרשב"א, דלכאורה יש לחלק דבקידושי כסף הקידושין חלין ע"י נתינת כסף דידיה לה, ובגמ' שם (יג.) דמיירי שהיא כבר קנתה את הכסף פשיטא שאין הקידושין חלין. משא"כ בגירושין ע"י שטר, אע"פ שהיא כבר קנתה את השטר יש צד לומר דהגירושין יחולו כשהוא אומר לה "הא גיטך" כי הסיפור דברים דהגט עדיין קיים. דעיקר השטר אינו הבעלות אלא התוכן דנכתב בשטר כמ"ש בגמ' לעיל (ה.) וז"ל מילי דהאי שטרא לחוד ומילי דהאי שטרא לחוד עכ"ל. ולכן יש מקום לחלק בין הגמ' בקידושין דהרשב"א הביא כראיה והנידון לגבי גט.

אלא נראה דמהשוואת הרשב"א מבואר דהוא נקט דקנין האשה על הגט עושה את הגט כאילו אינו בעולם ולכן זה דומה למקרה שאדם רוצה לקדש אשה בכסף דהיא כבר קנתה. וזה גם מוכרח מהערה אחרת בראיית הרשב"א. כי לפי הטעם הראשון לעיל החסרון כשהוא אומר לה "הא גיטך" הוי במעשה הנתינה בתורת גירושין. אמנם לגבי קידושי כסף רוב הראשונים סבורים דאין פסול דטלי קידושיך מעל גבי קרקע וגם אין דין נתינת הכסף בתורת קידושין לשם קידושין שלא כמו בנתינת גט כי בקידושין אין צורך למעשה נתינה כלל.[265] וא"כ מוכרח דהחסרון בקידושין אינו בדין נתינה אלא מזה דהיא כבר הבעלים על הכסף וכמו"כ י"ל דזה גם החסרון באמירת הא גיטך בנידון דידן.[266]

וכל זה מהראייה הראשונה דהרשב"א. אבל מהראייה השניה של הרשב"א לכאורה משמע להיפך. דכתב הרשב"א, וז"ל ודמיא למאי דאמרי' בגיטין פ' המגרש (פד:) גבי כיצד יעשה יטלנו ממנה כו' אפילו תימא ר' דילכון אמר שאני הכא הואיל וקנאתו ליפסל

[265] עיין בבית שמואל (סימן כז סק"ג) דהביא מהרש"ך דנסתפק בזה. ובענין הצורך למעשה נתינה בקידושין ע"ע בשיעורים לעיל (ב. בא"ד מיהו בהקדשות, ג. בענין חליפין אות ח') ולקמן (ז. ד"ה איתמר נמי משמיה דרבא וכן לענין ממונא, ז: ד"ה בעי רבא חצייך בחצי פרוטה וחצייך בחצי פרוטה, יג: בענין קידושין בגזל אות ב-ג).

[266] ובזה ביאר רבינו זצ"ל את שיטת הרמ"א (סימן כז סעיף ג) דהיכא דהמקדש השתמש בלשון דלא מהני לקידושין הוא צריך לחזור ולתת הממון כדי לקדשה ולא סגי באמירה לאחר הנתינה, וז"ל ובמקום דלא הוי קדושין, אפילו אם חוזר אח"כ ואמר לה הרי את מקודשת לי צריך ליטול הכסף ממנה וליתן לה בתורת קדושין עכ"ל. והבית שמואל (ס"ק יג) הקשה דלגבי גירושין פסקינן דאם אין חלות גירושין בכלל בנתינה הראשונה דסגי באמירת הא גיטך בלי נתינה שניה. ורבינו זצ"ל תירץ שיטת הרמ"א דבנתינת כסף דלא מהני לקידושין האשה הויא הבעלים על הממון ולכן א"א לקדשה בכסף הזה בלי נתינה חדשה. אבל בגירושין היא אינה הופכת להיות הבעלים על הגט ולכן סגי באמירת הא גיטך לאחר זמן. וצ"ל דהבית שמואל סברי דהמעות בציור כזה הויא כפקדון ביד האשה ולא מתנה ולכן עדיין אפשר לקדשה עם הכסף דנמצא בידה. דהרי במקדש אחותו פליגי רב ושמואל אם הכסף פקדון או מתנה (מו:), ופסקינן כשמואל דהכסף מתנה ואינו חוזר (רמב"ם פ"ו מהל' זכייה ומתנה הל"כ). אבל הבית שמואל סבר דזה רק במקדש אשה דאינה ראויה לו אבל המקדש בכסף אשה דראויה לו אבל הקידושין אינן חלין בגלל חסרון אחר כמו לשון הפסול לקידושין, אז הממון נשאר כפקדון ביד האשה ואפשר להתשמש בו לקידושין אח"כ. ע"כ דברי רבינו זצ"ל.

בו והכא דכותה היא ועדיפא מינה דקנאתו לגמרי עכ"ל. ומסוף לשון הרשב"א "ועדיפא מינה דקנאתו לגמרי" משמע דהוא פירש הגמ' בגיטין (פד:) דנתן לה גט ואמר לה הרי את מותרת לכל אדם חוץ מפלוני, דהיא לא קנתה הגט לגמרי. דהרי בדרך כלל דעת המגרש לגירושין מהווה דעת מקנה להקנות לה הגט, אבל כשאמר לה חוץ מפלוני יש חסרון בדעתו לגירושין שחל רק לפוסלה לכהונה ובכן עיקר נייר הגט נשאר בבעלות הבעל, והיא רק קונה את הגט במקצת לאוסרה לכהונה. ולפי זה מוכרח דהצורך לחזור וליטול הגט ולעשות נתינה חדשה במקרה של חוץ מפלוני אינו מפאת דהגט שייך לה. אלא החסרון הוא במעשה הנתינה, דכיון דהוא נתן לה הגט לשם גירושין פסולים והיא כבר קנתה הגט בקנין כל דהו, אזי הנתינה מוגדרת כנתינה שלא לשם גירושין ובעינן להתחיל מחדש. ומזה משמע דהרשב"א מצריך נתינה חדשה בסוגיא דידן מפני הצורך לנתינה לשם גירושין ולא משום דהיא קנתה הגט ואין דבר לגרש בו. וא"כ לכאורה יש סתירה ברשב"א אם הצורך לנתינה חדשה הוא מדיני נתינה לשם גירושין או משום דהיא קנתה הגט ואין דבר לגרש בו.

ונראה דהרשב"א נקט דלפי רבי יהודה, יש שני החסרונות: א) חסרון במעשה נתינה לשם גירושין, ב) וגם דהגט שייך לאשה ואינו בעולם כדי לגרש בו. ובזה מובן לשון הרשב"א בסוף, וז"ל אפילו תימא ר' דילכון אמר שאני הכא הואיל וקנאתו ליפסל בו והכא דכותה היא ועדיפא מינה דקנאתו לגמרי עכ"ל, ומבואר מלשון הרשב"א דיש יותר טעם להצריך נתינה חדשה בסוגיא דידן מהיכא דאמר לה חוץ מפלוני. וביאור הדברים הוא ע"פ הנ"ל, דבגמ' בגיטין יש פסול במעשה הנתינה לשם גירושין ובגלל זה צריך נתינה חדשה. אבל בגמ' דילן יש שני חסרונות, פסול במעשה נתינה לשם גירושין וגם דהיא קנתה את הגט.

ה

בענין נתינת הגט ושטר קידושין בשתיקה

יש לעיין בגט ובקידושי שטר האם אמירת "הא גיטך" או "הרי את מקודשת לי" הוו לעיכובא. כי לגבי גט מצינו בזה מחלוקת הראשונים. דהתוס' (גיטין עח. ד"ה אינו גט) נקטו דאמירת הא גיטך מעכבת את הגירושין דבלי האמירה היא אינה יודעת דהיא מגורשת והיא בגדר משלחה וחוזרת, וז"ל אף על פי דהאשה מתגרשת בעל כרחה מכל מקום צריך לומר לה הי גיטיך והרי את מותרת לכל אדם שתדע שהיא מגורשת ולא תהא חוזרת דבעינן שיהא משלחה ואינה חוזרת עכ"ל. מבואר בתוס' דבעצם אין צורך לאמירה בגט כי האשה מתגרשת בע"כ אך בלי האמירה היא בגדר משלחה וחוזרת והגירושין פסולין.

וגם הרשב"א (גיטין עח. ד"ה אמר לה) פסק דנתינת הגט בעי אמירה אם אינן עסוקין באותו ענין. והוא ביאר דיש דין בגירושין דהגט צריך להנתן בתורת גירושין ובלי אמירה אין כאן תורה גירושין.

ובשיטת הרמב"ם (פרק א מהלכות גירושין הלי"א) מבואר דאמירת הא גיטך אינה מעכבת הגירושין, וז"ל המגרש צריך שיאמר לה כשיתן לה הגט הרי זה גיטך או הוא גיטך וכיוצא בזה, ואם נתן בידה ולא אמר כלום הרי זה פסול, במה דברים אמורים בשלא היה מדבר עמה על עסקי גיטה, אבל אם היה מדבר עמה על עסקי גיטה ונטל הגט ונתן בידה ולא אמר כלום הרי זה גט כשר עכ"ל. לפי הרמב"ם הגט בלי אמירה הוא רק פסול, דהיינו מדרבנן, ולא בטל דהויא לשון הרמב"ם לפסול דאורייתא. ויש להקשות דהרי בשטר קידושין משמע מהרמב"ם דהאמירה מעכבת החלות קידושין מדאורייתא.[267] וצ"ע מאי שנא גירושין מקידושין. ועוד קשה דהרי כל הדין דנתינה לשם קידושין נלמד מגירושין דיש לימוד מיוחד על נתינה לשם כריתות כדמבואר ברמב"ם (פרק א מהלכות גירושין הל"ד). וא"כ היאך אפשר לחלק בין גירושין דלא בעי אמירה מדאורייתא לבין קידושין דבעי אמירה מדאורייתא.

וי"ל דבאמת נתינת גט או שטר קידושין בשתיקה עם דעת לגרש או לקדש הויא קיום של ההלכה דנתינה בתורת גיטין וקידושין דהרי זוהי כוונתו וכך כתוב בשטר.[268] ולכן בגירושין דחל בע"כ ולא בעינן דעתה, מכיון דהוא מתכוון לגירושין והנתינה הויא בתורת גירושין, נתינת הגט בשתיקה כשרה מדאורייתא. אבל בקידושין דבעינן דעתה, בנוסף לנתינה לשם קידושין בעינן שהיא תדע דהיא מקבלת השטר לשם קידושין ולכן נתינה בשתיקה פסולה מדאורייתא.[269]

[267] רבינו זצ"ל לא ביאר מה המקור ברמב"ם דבעינן אמירה בקידושי שטר. ונראה דהוא מפרק ג מהל' אישות הלי"ח וז"ל שליח האיש שקידש אומר לה הרי את מקודשת לפלוני בכסף זה או בשטר זה עכ"ל. ומשמע מהרמב"ם דגם בקידושי שטר בעינן אמירה, וכן דייק האו"ש (פרק ג מהלכות אישות הל"א). אבל ספר המקנה (ריש קידושין) נקט דלפי הרמב"ם כמו דבגירושין א"צ אמירה מדאורייתא הוא הדין בקידושי שטר. וכן דייקו כמה אחרונים מדברי הרמב"ם בריש פרק ג דהלכות אישות דשם הרמב"ם הזכיר אמירת "הרי את מקודשת לי" לגבי קידושי כסף וביאה אבל לא בקידושי שטר.

[268] אמנם עיין לעיל (ו. בענין נתינה בשתיקה) דרבינו זצ"ל ביאר את שיטת הבית שמואל דנתינת כסף קידושין בשתיקה לא מחיל אפי' ספק קידושין אפי' אם שניהם אומרים לאח"כ דנתכוונו לשם קידושין, משום דחסר הנתינה בתורת קידושין. וצריך לחלק בין נתינת שטר קידושין בשתיקה דממילא הויא בתורת קידושין מחמת דברי השטר לבין נתינת כסף בשתיקה דאינה בתורת קידושין מכיון דיכול עוד הרבה טעמים למה לתת כסף לאדם אחר.

[269] ועיין בבית שמואל (סימן קלו סק"א) דתירץ באופן דומה. אבל עיין בלחם משנה (פרק א מהלכות גירושין הל"ט מהדורה ב' ד"ה ואם אמר לה) דגם הקשה מאי שנא גירושין דסגי בלא אמירה מקידושין דבעי אמירה ותירץ באופן אחר, וז"ל וי"ל דשאני התם דאמר הוא הוי דאורייתא כמבואר בתוס' בקידושין (ד:) בד"ה כתב רחמנא כי יקח וכו' ומש"ה כי לא אמרו קודם נתינה א"נ היכא דלא אמרו כלל לא הוו קידושין מן התורה אבל הכא גבי גט דמדאורייתא בנתינה לחוד סגי עכ"ל.מבואר מדבריו דהאמירה דקידושין הוי דין דנלמד מהפסוק כי יקח. ואולי

ע"כ ענין נתינת הגט בתורת גירושין

גמ'. וכן בגירושין נתן לה גיטה ואמר לה הרי את משולחת, הרי את מגורשת הרי את מותרת לכל אדם, הרי היא מגורשת וכו' אמר לה לשפחתו הרי את מותרת לכל אדם לא אמר ולא כלום.

יש לעיין למה הלשון דהרי את מותרת לכל אדם לא מהני לשחרור, והלשון דהרי את בת חורין לא מהני לגירושין. ועיין ברמב"ם (פרק א מהלכות גירושין הל"ג-ד) דפסק כהגמ', וז"ל ושלחה, שיהיה ענין הגט שהוא המשלח אותה לא שישלח עצמו ממנה, כיצד כתב לה הרי את משולחת הרי את מגורשת הרי את לעצמיך הרי את מותרת לכל אדם וכל כיוצא בזה הענין הרי זו מגורשת, וגופו של גט הרי את מותרת לכל אדם, אבל אם כתב לה איני בעליך איני ארוסיך איני אישיך אין זה גט שנ' ושלחה לא שישלח עצמו, וכן הכותב לאשתו הרי את בת חורין אינו גט עכ"ל.

ודברי הרמב"ם צ"ע. דהרי הרמב"ם צירף שני מקורות שונים דלכאורה סתרי אהדדי. דבתחילת ההלכה הרמב"ם לקח הדוגמאות של לשונות המועילות בגט מהגמ' דידן. ואילו דברי הרמב"ם לגבי גופו של גט, הם מהמשנה בגיטין (פה.) וז"ל גופו של גט הרי את מותרת לכל אדם וכו' גופו של גט שחרור הרי את בת חורין הרי את לעצמך עכ"ל. ולכאורה סוף דברי הרמב"ם מהמשנה בגיטין קשים להבין. דאם לשון הרי את מותרת לכל אדם הוי גופו של גט, איך הרמב"ם צירף לזה את ההלכה דיש עוד לשונות דמועילות לגט. ומהו הפשט במלים "גופו של גט".

וצ"ל דהרמב"ם חילק בין המשנה בגיטין לדברי הגמ' בסוגיין, כי הגמ' בסוגיין הביאה הלשונות המועילות לגט הלכה למעשה. ואילו המשנה בגיטין לא באה ללמד על לשונות המועילות לגט אלא על גופו של גט, דהיינו מה התוכן והחלות דהוי מהות של הגט דיוצר חלות שם חפצא דגט, והמשנה בגיטין מבארת דגופו של גט הוי המשמעות של היתר לכו"ע. וזה גם מבואר מהגמ' לעיל (ב:) דביארה דהמלה "קידושין" פירושה "דאסר לה אכו"ע כהקדש". ואם הקידושין חלין בעיקר כאוסר לכו"ע, מסתבר לומר דעיקר הגירושין הוי היתר דחל לכו"ע.

וכן נראה לגבי גופו של שטר שחרור, דגופו ועצם חלות שטר שחרור הוי היציאה לחירות כי עיקר חלות שפחות היא דנקנית לאדון שלה וכל דיניה נובעים מחלות הזאת, ולכן עיקר שטר שחרור הוי חלות של יציאה לחירות בדיני ממונות. ונראה דזה גם כוונת

רבינו זצ"ל תירץ באופן אחר כי רבינו זצ"ל נקט דהאמירה בקידושין לא הויא חלק מהמעשה קיחה (וע"ע בזה בדף ה: בענין ידות) ודו"ק.

רש"י בגיטין (פה:) שביאר למה הלשון הרי את בת חורין אינו מועיל לגירושין, וז"ל דלא שייך בגירושין לשון חירות דבת חורין היא קודם לכן עכ"ל. וגם ביאר דלשון הרי את מותרת לכל אדם אינו שייך לשחרור, וז"ל דלגבי מלאכה לא אפקה מיניה וכיון דשפחה היא ושם שפחה עלה לא משתרי' נמי לבן חורין עכ"ל. ולפי זה הגמ' בסוגיין מבוארת היטב, דלשון השטר צריך להיות המשמעות של החלות שנגרם ע"י השטר, ולכן לשון דהיתר פסול לשחרור עבד, ולשון דיציאה לחירות פסול לגירושין.[270]

אולם רש"י (ד"ה הרי את מותרת) בסוגיא דידן ביאר את הגמ' באופן אחר, וז"ל הרי את מותרת - לשון גירושין הוא ולא לשון שחרור דשפחה דאי בת חורין משוה לה אינה מותרת לעבדים אבל לשון גט הוא לאשה שמתירה לכל שהיתה אסורה לו על ידו עכ"ל. ומשמע מדברי רש"י דהלשון ד"מותרת לכל אדם" באמת שייך לשחרור שפחה אלא דהוי לשון דאינו מדוייק כי היא אסורה לעבדים לאחר השחרור. ודברי רש"י צ"ע, דהרי לפי מה שביארנו לשון דהתרה אינו שייך לשחרור בכלל. וצ"ל דרש"י נקט דההיקש לה לה מאשה גם מלמד דלשון התרה ראוי לשטר שחרור. אמנם גם זה קשה, דבשלמא לומר דההיקש מלמד דינים מסויימים מגט לשטר שחרור כמו הצורך ללשמה וכיוצא בזה, אבל לכאורה קשה לומר דההיקש לה לה מאשה מלמד דאפי' לשון דבעצם אינו שייך לשטר שחרור ראוי לגרום חלות שחרור. ועוד קשה על רש"י דאם כל הטעם דהרי את מותרת לכל אדם לא מהני בשפחה הוא מפאת האיסור לעבדים, למה הלשון "הרי את מותרת לכל בני חורין" אינו מועיל. ואולי רש"י סובר דזה דומה לגט דכתוב בו הרי את מותרת לכל אדם חוץ מפלוני דפסקינן דאינו מועיל לגירושין. אבל הדמיון הזה קשה כי בגט כזה היא עדיין אסורה לאותו פלוני מחמת האישות דהראשון, אבל בשפחה דנשתחררה האיסור לעבדים אינו משום דיש איזה שיור בשפחות שלה. ולהיפך, היא אסורה לעבדים לאחר השחרור מכיון דעכשיו היא בת חורין. וצ"ע בדברי רש"י.

דף 1:

גמ'. אמר לה לשפחתו הרי את מותרת לכל אדם לא אמר ולא כלום.

הלשון דשטר שחרור שוה לעבד ולשפחה, ואעפ"כ הגמ' הביאה את ההלכה הזאת בנוגע לשפחה בלשון נקיבה. והביאור בזה הוא דהסוגיא איירי בלשונות המועילות לגבי גט אשה ושטר שחרור והגמ' רוצה לחלק ביניהן. אבל יש להעיר דהרמב"ם (פרק ה מהלכות

[270] בדומה לפירוש רבינו זצ"ל בגמ', עיין בתוס' הרא"ש (ד"ה אמר לשפחתו) דביאר דלשון התרה אינו שייך לשפחה, וז"ל הילכך נראה לי לפרש דלא אמר כלום לפי שאיסור השפחה תלוי בעבדות שעליה דכל זמן שלא הפקיע ממנה העבדות אין לשון היתר מועיל בה עכ"ל.

עבדים הל"א-הל"ג) שמר על לשון הגמ' אע"פ דלא איירי בגט אשה, וז"ל עבד כנעני נקנה בחמשה דברים וקונה את עצמו בשלשה וכו' וקונה את עצמו בכסף או בשטר או בראשי איברים וכו' כיצד בשטר כותב לו על הנייר או על החרס הרי את בן חורין או הרי את של עצמך או אין לי עסק בך וכן כל כיוצא בזה בענין זה שזה הוא גופו של גט שחרור ומוסר לו את השטר בפני שני עדים או שהיו העדים חתומים בו ומסרו לו בינו לבינו הרי זה יצא לחירות שהרי גיטו וידו באין כאחד, אמר לו שלא בכתב הרי את בן חורין הרי את של עצמך אע"פ שהעידו עליו עדים בב"ד ואע"פ שקנו מידו עדיין לא נשתחרר שאין העבד יוצא לחירות אלא בכסף או בשטר או בראשי איברים, והכותב לשפחתו הרי את מותרת לכל אדם לא אמר כלום עכ"ל. והנה בכל רצף הפרק הרמב"ם עוסק בשטר שחרור של עבד זכר, ורק בסוף הלכה ג' כשהוא הביא את הגמ' דידן, אז הוא עבר ללשון נקיבה. וצ"ב למה הרמב"ם שינה מעבד לשפחה אם אין נ"מ ביניהם והוא לא עוסק בחילוקים בין גט אשה ושטר שחרור כמו הגמ'.

וי"ל ע"פ האמור לעיל (ו. ד"ה וכן בגירושין) דבעצם לשון דהתרה אינו שייך לשטר שחרור בכלל. וכל ההו"א דלשון כזה מועיל בשחרור הוא רק מפני ההיקש ד"לה לה" מאשה. ולכן הרמב"ם למד דההו"א של הגמ' דלשון התרה מועיל בשטר שחרור קאי רק בדין שפחה דיותר דומה לגט אשה. מאידך לגבי עבד זכר, דגט אשה לא שייך גביה כלל, אין הו"א דמהני הלשון דהרי אתה מותר לכל אשה. ולכן הרמב"ם פסק את ההלכה דהלשון הזה אינו מועיל רק לגבי שפחה, כי רק אצלה היתה ההו"א דלשון התרה מועילה.

גמ'. אמר לה לאשתו הרי את לעצמך מהו וכו'.

רבינא הבין דאם לשון "הרי את לעצמך" מהני לגבי עבד דגופו קנוי לאדון, קו"ח דלשון כזה מהני לגבי גט אשה דאין גופה קנוי לבעל. וצ"ע, דבשלמא אם גט אשה ושטר שחרור פועלים אותה חלות דהקנאה לעצמה אלא דשפחה גופה קנוי לאדון ואין גוף האשה קנוי לבעל, אז הקו"ח מובן. אבל כבר ביארנו לעיל (ו. ד"ה וכן בגירושין) דגט אשה ושטר שחרור פועלים חלויות שונות לגמרי ולשון קנין אינו שייך בכלל לגט אשה ומה שייך לעשות קו"ח כזה.[271] וצ"ע.

גמ'. א"ל רבינא לרב אשי אמר לעבדו אין לי עסק בך וכו'.

ונראה לבאר דרבינא נסתפק אם לשון אין לי עסק בך מתייחס רק לקנין הממון של האדון על העבד (למלאכה) או"ד גם לקנין איסור. ויש לחקור לפי ההו"א דאין לי עסק בך

[271] ועיין בשיעורים לעיל (ב. ד"ה האשה נקנית) דרבינו זצ"ל ביאר דלשון "קנין" בקידושין אינו במובן של בעלות בדיני ממונות אלא ביחס בין האיש והאשה.

מתייחס רק לקנין הממון מה יהא דינו של העבד: האם השטר מפקיע את קנין הממון מהעבד והקנין איסור נשאר, או"ד שטר שחרור דחל רק על הקנין ממון דעבד ולא על הקנין איסור שבו לא מהני כלל. ופשטות הגמ' מורה כהצד הב', דאם משמעות השטר הויא למלאכה, אז השטר אינו מועיל כלל. והביאור בזה הוא דשטר שחרור דינו כגט וחל דוקא על קנין האיסור שיש בעבד. דמכיון דקנין האיסור פקע ע"י השטר אזי ממילא קנין הממון נמי פקע והעבד יוצא לחירות. דהרי שטר שחרור אינו שטר קנין דמתייחס לדיני ממונות דבעבד ולכן אי אפשר לשטר שחרור להפקיע קנין הממון ולהשאיר את קנין האיסור שבעבד.

וראיה לזה מגמ' בגיטין (לח.-לח:) דנחלקו האמוראים אם המפקיר עבדו צריך גט שחרור או לא. לפי המ"ד דהמפקיר עבדו יצא לחירות וא"צ גט שחרור, הפשט הוא דאם הקנין ממון פקע גם קנין האיסור פקע ממילא.[272] ולפי"ז צ"ע מהרבה דינים דגט שחרור דנלמדו מגט אשה. למשל דאיתא בגמ' בגיטין (ט.-ט:) דיש דין מיוחד בגט אשה ובשטר שחרור דגויים פסולין להיות עדי החתימה, וז"ל וכל השטרות העולים בערכאות של עובדי כוכבים אע"פ שחותמיהן עובדי כוכבים כשירין, חוץ מגיטי נשים ושחרורי עבדים עכ"ל. וצ"ע לפי המ"ד דקנין האיסור שבעבד פקע ממילא ע"י הפקעת קנין הממון, הרי אם שטר שחרור נכתב וחל על פי דיני שטרי הקנאה בדיני ממונות, א"כ השטר ראוי להועיל להקנות את קנין הממון של העבד מהאדון להעבד, ואזי ממילא הקנין איסור פקע.[273] ומוכח מזה דאע"פ דהפקעת קנין הממון גורם להפקעת קנין האיסור, א"א לעשות את זה ע"י שטר. דשטר שחרור חל רק כשטר דמתייחס לקנין איסור.

ונראה להטעים היסוד הזה על פי שיטת ר"ת בשטר שחרור. דהראשונים הקשו דיש סתירה בין הפסק דרבינא בסוגיא דידן דלשון "אין לי עסק בך" מהני לשטר שחרור, לבין ברייתא בגמ' גיטין (עז.) דכשיש שני שותפין בשדה ואחד כותב לשני "אין לי עסק בה" לשון כזה לא מהני לסלק בעלותו. ומאי שנא ד"אין לי עסק בך" מועיל לשטר שחרור אמנם אינו מועיל בשותף בשדה. ועיין ברשב"א (ד"ה ואסיקנא) דחידש דלשון "אין לי עסק בך" אינו לשון הקנאה או הפקר, אלא לשון סילוק. ומשו"כ הלשון הזה מועיל בעבד

[272] אמנם, עיין בשיעורים לקמן (דף טז. בענין עבד עברי גופו קנוי, אות ה, וגם בדף כג. ד"ה גר שמת, אות א) דרבינו זצ"ל ביאר את המ"ד המפקיר עבדו א"צ גט שחרור באופן אחר.

[273] וכן הקשה הקצוה"ח (סימן ר סק"ה), והקצה"ח הסיק מזה כדברי רבינו זצ"ל דשטר שחרור אינו יכול לפעול כשטר קנין לבד. אולם הקצות ביאר דהיינו משום דבשטר קנין הלוקח דמקבל את השטר תמיד צריך לזכות בשטר וזה א"א בעבד דאין לו יד עד שנתשחרר. אבל בשטר שחרור רגיל דנכתב לשמה וכדומה אזי הוא דומה לגט וחל ע"י מעשה נתינה לייד העבד והאשה בלי שיזכו בשטר. אבל לפי"ד רבינו זצ"ל י"ל דהטעם ששטר שחרור אינו חל כשטר קנין תלוי במהות השטר והחלות דהשטר צריך לפעול.

דיכול לזכות בעצמו אבל אינו מועיל בשדה דאינו שייך בה דין זכייה בעצמו.[274] אבל התוס' בגיטין (עז. ד"ה דין ודברים) הביאו את שיטת ר"ת דביאר טעם אחר למה עבד שונה משדה, וז"ל דזכו ביה שמיא עכ"ל. ועיין בספר הישר (חלק החידושים סימן לב) דיש לר"ת יותר אריכות, וז"ל נראה לר' לתרץ דהתם שאני דהא כשאמר זה אין לי עסק בך מיד זכו שמיים לחייבו במצות כאחד מישראל, אבל הכא כשאמר אין לי עסק בה לא אמר כלום משום דעדיין אותה שדה מחוסרת זכייה עכ"ל. ומבואר בדברי ר"ת דמיד כשקיבל העבד את השטר שחרור הוא חייב במצוות. ואע"פ דיש דין דעבד משוחרר צריך טבילה שניה, ר"ת סבור דהטבילה שניה הויא כל כולו תקנה מדרבנן, ומדאורייתא העבד נעשית ישראל גמור בשעה דנשתחרר.[275] ולכאורה שיטת ר"ת צ"ב, היאך שטר שחרור יכול להחיל על העבד קדושת ישראל.

וביאר בזה הגר"מ זצ"ל דלפי ר"ת בעצם טבילה הראשונה חלה להעניק לעבד קדושת ישראל גמורה. אלא דהחלות שם עבד דיש עליו מבטל ומעכב את הקדושת ישראל מלחול. ולכן, מכיון דנשתחרר ופקע החלות שם עבד ממילא הקדושת ישראל חלה עליו מכח הטבילה הראשונה.

אבל לע"ד הביאור דאמו"ר הגר"מ זצ"ל קשה כי איך יכולה הטבילה הראשונה להחיל קדושת ישראל גמורה אפי' בכח, דהיינו אם הטבילה נעשית בע"כ של העבד לשם עבדות ושלא לשם גירות דעלמא. אלא, נראה דלפי הר"ת אע"פ דאין הטבילה הראשונה מעניקה לעבד קדושת ישראל גמורה, מ"מ העבד נעשה ישראל גמור בקבלת שטר שחרור לבד בלי טבילה שניה. והביאור הוא דמסירת השטר שחרור לעבד הויא מעשה גירות דמחיל על העבד קדושת ישראל גמור.[276] וזה החידוש דשטר שחרור.

ויש נ"מ בין הביאור של הגר"מ זצ"ל לבין הביאור דידן בשיטת ר"ת. דלפי הגר"מ זצ"ל יוצא דטבילה שניה היא לעולם רק מדרבנן כי תמיד מעשה הגירות הוי הטבילה הראשונה. אבל לפי הביאור שלנו בדעת הר"ת, יוצא חידוש דיש ב' דינים בטבילה שניה.

[274] רבינו זצ"ל ביאר שזה גם כוונת התוס' בגיטין (שם) וז"ל אלא היינו טעמא דאין לי עסק בך משמע אלא תהא לעצמך וזה לא שייך בשדה עכ"ל.

[275] עיין גם בנימוקי יוסף יבמות (טז: בדפי הרי"ף) בשם תוספות אחרונות, תוס' ראש יבמות (מז: ד"ה שם גר ועבד משוחרר). אבל הרמב"ם (פרק יג מהלכות איסו"ב הלי"ב) סבור דטבילה שניה הויא מדאורייתא, וכן מבואר בתוס' יבמות (מז: ד"ה שם גר ועבד).

[276] וע"ע בזה בשיעורים לקמן (כג. ד"ה גר שמת, אות א). ואולי יש להשוות את ביאור רבינו זצ"ל ללשון המאירי (ו: ד"ה כתב לאשתו) כשהביא שיטת ר"ת וז"ל ומקצת רבותינו הצרפתים תירצוה שבעבד כל שאמר אין לי עסק בך זכו בו שמים לחייבו במצות והרי הוא כעין הקדש שהאמירה כמסירה אבל שדה הואיל ואין כאן זכות שמים הרי הוא מחוסר זכיה עכ"ל. משמע דעצם השטר שחרור פועל חלות הקדושה כמו דביאר רבינו זצ"ל, ולא רק דהשטר משחרר העבד וממילא שמים קזכי ביה.

דאם העבד נשתחרר ע"י שטר שחרור אזי שטר השחרור גומר את הגירות ואין צורך לטבילה שניה מדאורייתא. אבל אם העבד נשתחרר בדרך אחרת בלי שטר שחרור והוא יוצא לחירות, מ"מ מכיון דאין מעשה גיור בסוף, אזי בעינן טבילה שניה מדאו' כדי להיות מעשה הגירות. למשל, לפי המ"ד דהמפקיר עבדו יצא לחירות ואינו צריך גט שחרור, אע"פ דקנין הממון וקנין האיסור מופקעים ע"י מעשה ההפקר, עדיין העבד חסר חלות קדושת ישראל גמורה עד טבילה השניה.

ועכשיו נחזור ליסוד דהוכחנו למעלה דשטר שחרור חל רק אם הוא מתייחס לקנין איסור שבעבד. לפי שיטת הר"ת היסוד הזה מסתבר מאד דהרי שטר שחרור הוי מעשה גירות, ולכן פשוט דהוא חל על קנין האיסור שבעבד ולא על קנין הממון שבו.

גמ'. אמר אביי המקדש במלוה אינה מקודשת, בהנאת מלוה מקודשת ואסור לעשות כן מפני הערמת רבית.

עיין בגמ' לקמן (מז.) וז"ל אמר רב המקדש במלוה אינה מקודשת, מלוה להוצאה ניתנה עכ"ל. וצ"ע למה אביי צריך לחזור על ההלכה של רב. ונראה לבאר דרב ואביי מלמדים ב' דינים שונים. דרב איירי במי דרוצה לקדש אשה בממון דנתן לה בתחילה לשם הלואה היכא דהאשה עדיין לא הוציאה המעות. ולכן נקט רב דהקידושין פסולין משום דמלוה להוצאה ניתנה, דהיינו אע"פ דהממון עדיין אצלה בעין מ"מ מלוה להוצאה ניתנה וע"פ דין אין הכסף קיים כדי לקדש בו. ואילו אביי איירי במי שרוצה להשתמש בהלואה עצמה ככסף קידושין, וזה ענין אחר מהמעות שהאיש העביר לאשה בתחילה.[277]

ולפי זה מבואר למה הגמ' לקמן רצתה לתלות את המימרא דרב במחלוקת בענין מלוה להוצאה ניתנה, ולא את המימרא דאביי. דעיין בגמ' לקמן (מז.) וז"ל נימא כתנאי המקדש במלוה אינה מקודשת ויש אומרים מקודשת, מאי לאו בהא קמיפלגי דמר סבר מלוה להוצאה ניתנה, ומר סבר מלוה לאו להוצאה ניתנה עכ"ל. והביאור בזה הוא דכו"ע מודים לדין דאביי דא"א לקדש אשה ע"י סילוק החוב עצמו כי אין כאן כסף קידושין כמו שביאר רש"י (ו: ד"ה אינה מקודשת) וז"ל דקיחה משדה עפרון גמרינן דיהיב מידי בשעת קידושין עכ"ל. אמנם הגמ' לקמן איירי באופן דהוא רוצה לקדשה במעות עצמן

[277] ואולי יש להביא סימוכין לחילוק דרבינו זצ"ל בין הסוגיות מדברי רש"י. דבדף מז. על מימרא דרב כתב רש"י (ד"ה אינה מקודשת) וז"ל אפילו ישנה בעין עכ"ל. ובסוגיא דידן, על מימרא דאביי, רש"י לא כתב דהמעות עדיין בעין. ולכאורה זה כחילוק דרבינו זצ"ל. אמנם יש להעיר דרש"י אצלנו (ו: ד"ה אינה מקודשת) ביאר את מימרא דאביי על פי דין מלוה להוצאה ניתנה וז"ל אינה מקודשת - דקיחה משדה עפרון גמרינן דיהיב מידי בשעת קידושין ומלוה להוצאה ניתנה וכבר הן שלה ומעות אחרים היא חייבת לו עכ"ל. ולפי רבינו זצ"ל הכלל דמלוה להוצאה ניתנה רק נצרך במימרא דרב ולא במימרא דאביי. וגם עיין בתוס' ר"י הזקן (ו: ד"ה במלוה) דהבין דרש"י אצלנו מיירי כשרוצה לקדש במעות הראשונות אפי' אם הם עדיין בעין כמש"כ רש"י לקמן במימרא דרב.

לפני שהיא הוציאה אותן, וזה תלוי במחלוקת אם מלוה להוצאה ניתנה או לאו להוצאה ניתנה. דלפי המ"ד מלוה להוצאה ניתנה האשה קנתה את הכסף בשעת נתינת המעות, ויש רק שעבוד עליה לפרוע את החוב. וא"כ מיד בתחילת ההלואה אין כאן מעות ראשונות לקדשה בהן. מאידך אליבא דמ"ד דמלוה לאו להוצאה ניתנה, אזי גדר הדברים הוא דמשעת תחילת ההלואה עד שהיא מוציאה את הכסף, המלוה הוי הבעלים על הכסף ויש ללוה דין של שואל. ולכן האיש המלוה יכול לקדשה בהן.

ברם עצם הדין דמלוה לאו להוצאה ניתנה צ"ע, כי אם למשל ההלואה היתה ביום א' וכתבו שטר חוב בשעת ההלואה ביום א' והלוה רק הוציא את המעות ביום ג', צ"ע מאימתי מתחילים השעבודים. דמצד אחד בשטר כתוב יום א' ולפי זה הבע"ח יכול לגבות מלקוחות דקנו קרקע מהלוה ביום ב', אבל מצד שני המעות עדיין היו בבעלות הבע"ח עד יום ג' וקצת קשה לומר דשעבודי החוב התחילו אם הבע"ח עדיין היה הבעלים על הממון. ואם באמת השעבודים רק התחילו ביום ג' אזי השטר דכתוב בו יום א' הוי שטר מוקדם וצ"ל פסול לגמרי, והדבר לכאורה צ"ע.

ולכן נראה דכל המחלוקת בענין מלוה להוצאה ניתנה או לא קיימת רק לפני שהלוה הוציא את המעות. אבל לאחר הוצאת המעות, אפי' המ"ד דמלוה לאו להוצאה ניתנה מודה דלמפרע קנה הלוה את המעות משעת ההלואה וכל השעבודים התחילו משעת ההלואה ולכן השטר כשר למפרע ויכול לגבות מיום א'.[278]

ועל פי החילוק הנ"ל בין שתי הגמרות יש לתרץ את קושיית הראשונים על הרמב"ם דחילק במלוה בין קידושין לבין מכירה. דהנה הרמב"ם (פרק ה מהלכות אישות הלי"ג) פסק דאי אפשר לקדש אשה בחוב, וז"ל המקדש במלוה אפילו היתה בשטר אינה מקודשת, כיצד כגון שהיה לו אצלה חוב דינר ואמר לה הרי את מקודשת לי בדינר שיש לי בידך אינה מקודשת, מפני שהמלוה להוצאה ניתנה ואין כאן דבר קיים ליהנות בו מעתה שכבר הוציאה אותו דינר ועברה הנאתו עכ"ל. אולם לגבי מקח וממכר (פרק ז מהלכות מכירה הל"ד) פסק הרמב"ם דקונין בחוב, וז"ל מי שהיה לו חוב אצל חבירו ואמר לו מכור לי חבית של יין בחוב שיש לי אצלך ורצה המוכר הרי זה כמי שנתן הדמים עתה וכל החוזר בו מקבל מי שפרע, לפיכך אם מכר לו קרקע בחובו אין אחד מהן יכול לחזור בו ואע"פ שאין מעות המלוה מצויות בשעת המכר עכ"ל. ולכאורה החילוק הזה בין קידושין למכר קשה, דלקמן (מז.) הגמ' השווה קידושין בחוב למכירה בחוב, וצ"ע

[278] א"נ י"ל דהזכות להוציא את המעות קיבל הלוה בשעת ההלוואה וזוהי שמחילה שעבודי החוב מיד בשעת ההלוואה.

ברמב"ם שחילק ביניהם. וע"פ הנ"ל נראה דהגמ' השווה קידושין למכר בסוגיא לקמן (מז.) דאיירי במי שרוצה לקדש או לקנות במעות הראשונות עצמן. וזה באמת לא מהני בין בקידושין ובין במכר. אולם הרמב"ם עצמו איירי במי דרוצה לקנות בחוב עצמו ולא במעות הראשונות, ובזה הוא חילק בין קידושין למכר.[279] ועיין בשיעורים לקמן (ו: ארווח להו זימנא, אות ד) בביאור שיטתו.

רש"י ד"ה המקדש במלוה.

יש לעיין בגדר הדין, דהמקדש אשה בהלואה עצמה שאינה מקודשת. דניתן לבאר דהמקדש מוחל את החוב לאשה והוא רוצה שהמחילה תהא נתינת הכסף לאשה. או"ד שהמקדש אינו מוחל על החוב אלא דהוא מעביר את החוב עצמו לאשה בתורת כסף קידושין, כי החוב עצמו נחשב ע"פ דין כחפצא דכסף. ומאחר דהוא הקנה לה את החפצא דהחוב היא פטורה מלפרוע החוב אפי' בלי מחילה.[280]

וי"ל דנ"מ בין ב' הצדדים הנ"ל הוא לפי שיטת הרמב"ם דס"ל דרק המקדש במלוה אינה מקודשת ואילו הקונה במלוה חל המקח, מה הדין היכא דרוצים לעשות קנין בחוב היכא דהמוכר אינו יכול למחול את החוב. למשל, אם אחד התחייב ממון להקדש ועכשיו רוצה למכור חפץ להקדש בדמי החוב. דהגזבר הרי הוא פועל כמלוה והקונה בעד הקדש ובאמת יש לו הכח לקנות דברים בעד הקדש. אמנם אין לגזבר הכח למחול חובות להקדש. ולכן, אם נוקטים כצד הא' דמחילת המלוה הויא כנתינת כסף, אזי גם לפי הרמב"ם דבע"ח אפשר לקנות מקח בחובו, מ"מ אין להקדש היכולת לקנות באופן כזה כי אין דרך להקדש למחול על החוב. מאידך אם נוקטים כצד הב' דהבע"ח מעביר את החוב בתורת חפצא דכסף לקונה והקנין חל ע"י עצם החוב בלי מחילה, א"כ י"ל

[279] ורבינו זצ"ל ביאר דהרמב"ם כלל שני הדינים בחדא הלכה. ולכן הוא הביא הכלל דמלוה להוצאה ניתנה כדי לתת טעם דהקידושין אינו חל אפי' היכא דהאשה לא הוציאה המעות. ויש להעיר דמפרשים אחרים הבינו את הרמב"ם באופן הפוך. דעיין בבית שמואל (אבן העזר סימן כח סקי"ט) דסבור דהרמב"ם פוסל הקידושין במלוה רק לאחר דהיא הוציאה את המעות, אבל אם הכסף עדיין בעין המלוה אפשר לקדש בם. ועיי"ש בסוף דבריו דהוא הקשה על הרמב"ם מפשטות הסוגיות. ולפי דברי רבינו זצ"ל הכל עולה כפתור ופרח בדברי הרמב"ם.

[280] ואמר רבינו זצ"ל שהצד הזה דומה לזקיפת מלוה. דאיתא במשנה שביעית (פרק י משנה א) וז"ל הקפת החנות אינה משמטת ואם עשאה מלוה הרי זה משמט עכ"ל. דהיינו, דאם אחד קנה מחבירו אזי אין שביעית משמטת החוב של הקונה לשלם למוכר. אבל אם עשו חשבון וזקפן עליו במלוה אזי שביעית משמטת. וגדר זקיפת מלוה הוא דהקונה מתחייב בהתחייבות חדשה למוכר, ומשתמש בחוב החדש כדי לשלם לבעל החנות את החוב הראשון שהיה לו. וכמו"כ בנידון דידן, המקדש מעביר את החוב לאשה ובזה תיפטר מפרעון החוב. והנה לפי"ד רבינו זצ"ל הגדר דזקיפת מלוה הויא יצירת חוב חדש ופרעון החוב הראשון. וכן משמע בשו"ת הרשב"א (חלק א סימן תתקפט) וז"ל דזקפן במלוה כפרעון דמי וכו' כי כבר נפרע החוב הראשון. אלא שעכשו כותב שטר אחר וכמלוה אחרת דמי עכ"ל, והרשב"א הביא ראיה מזה דשביעית משמטת. אבל עיין בקובץ שיעורים לב"מ (סימן כו) דהגר"ח זצ"ל נקט דגדר זקיפת מלוה הוא דהמלוה מלוה החוב ללוה ובזה נוצר חיוב חדש על הלוה – דלפני זה הוא היה חייב המעות למלוה, ועכשיו הוא חייב לשלם למלוה החפצא דחוב.

דגם הגזבר יכול לעשות קנין כזה ולהקנות את החוב בעד הקדש. וכיוצא בזה יש נ"מ בגבאי צדקה ואפוטרופס ליתומים דגם יש להם את הכח להקנות אבל לא למחול.

ונראה לדייק מדברי רש"י (ד"ה המקדש במלוה) כצד הב', שכתב וז"ל המקדש במלוה - דאמר התקדשי לי במלוה שהלויתיך עכ"ל. ומשמע מזה דמיירי שרוצה לקדשה בהלואה עצמה ולא במחילת החוב הראשון.[281] וכן משמע מרהיטת דברי הרמב"ם (פרק ז מהלכות מכירה הל"ד) וז"ל מי שהיה לו חוב אצל חבירו ואמר לו מכור לי חבית של יין בחוב שיש לי אצלך ורצה המוכר הרי זה כמי שנתן הדמים עתה וכל החוזר בו מקבל מי שפרע, לפיכך אם מכר לו קרקע בחובו אין אחד מהן יכול לחזור בו ואע"פ שאין מעות המלוה מצויות בשעת המכר עכ"ל. הרי הרמב"ם הזכיר מכירה "בחוב שיש לי אצלך" ולא במחילת החוב. ויתכן דגם משמע הכי מדברי רש"י (ד"ה לא צריכה דארווח לה זמן) וז"ל וכ"ש אם מחל לה כל המלוה ואמר לה התקדשי לי בהנאת מחילה זו דהשתא הוא דקא יהיב לה הך פרוטה דהנאת מלוה אבל כי מקדש לה בעיקר המעות לאו מידי יהיב לה שכבר הם ברשותה והם שלה עכ"ל. לפי רש"י אפשר לקדש בהנאת מחילת מלוה, לעומת המקדש במלוה עצמה דאינה מקודשת. לפי הצד הב' בספק הנ"ל, שפיר מובן החילוק בין המקרים. דהרי המקדש במלוה, כלומר עם עצם החוב, אינה מקודשת כי הוא לא נתן לה ולא מידי, אבל במוחל החוב הקידושין חלין. אבל לפי הצד הא' החילוק צ"ב, דהרי בשני המקרים המקדש מוחל את החוב ועדיין המקדש במלוה (מחילת המלוה) אינה מקדושת, לעומת המקדש בהנאת מחילה מלוה דמקודשת. וצ"ל דהחילוק הוא בלשון המקדש, דהקידושין אינן חלין כשהוא מקדש ב"מחילת מלוה" אבל הקידושין חלין כשהוא מקדש ב"הנאת מחילת מלוה". אבל קצת דחוק לומר דכל החילוק תלוי בלשון דמשתמש בו. ולכן נראה יותר כצד הב', דגדר מקדש במלוה הוי דרוצה לקדש ע"י החוב עצמו בלי מחילה.

גמ'. האי הנאת מלוה ה"ד, אילימא דאזקפה דאמר לה ארבע בחמשה, הא רבית מעלייתא הוא ועוד היינו מלוה.

מקושיות הגמ' משמע דיש חיוב ממון על הלוה לשלם את הרבית למלוה. דהרי לפי ההו"א של הגמ', המלוה רוצה לקדש האשה ע"י הזוז החמישי דרבית. והגמ' רק הקשה שתי קושיות: א) על הלשון דהערמת רבית ד"הא רבית מעלייתא היא", ב) קידושין ברבית עדיין הוי קידושין במלוה. ומהקושיא הראשונה מוכח דהגמ' נקטה דיש לה חיוב

[281] ויש להוסיף דלכאורה רש"י בכתובות (עד. ד"ה במלוה) ביאר דהוא רוצה לקדשה במחילת החוב וז"ל שמחל לה מלוה שחייבת לו עכ"ל. וזה משמע כצד הא' בספק דרבינו זצ"ל.

ממון לשלם לו הזוז החמישי, אלא דהלשון קשה. וגם בקושיא השניה הגמ' הגדירה הזוז החמישי דרבית כ"מלוה" ומשמע דהלוה באמת חייב לשלמו למלוה כמו כל שאר חוב. ומוכח מזה דאע"פ דאסור ללוה לשלם את הרבית, מ"מ יש שעבוד ממון על הלוה לשלמו כמו בכל שאר החוב.[282] וכ"כ הריטב"א (ד"ה רבית מעלייתא), וכן דייק הבית שמואל (סימן כח סקכ"ו) בדברי רש"י (ד"ה רבית מעיילתא).[283]

והגר"מ זצ"ל הביא לזה עוד שתי ראיות:

א) בגמ' (ב"מ סא:) נחלקו אם המלוה חייב להחזיר הרבית דגבה ללוה, וז"ל אמר רבי אלעזר רבית קצוצה יוצאה בדיינין אבק רבית אינה יוצאה בדיינין, רבי יוחנן אמר אפילו רבית קצוצה נמי אינה יוצאה בדיינין עכ"ל. ולפי המ"ד דרבית קצוצה אינה יוצאה בדיינין מבואר דהממון שייך למלוה. ואפי' למ"ד דרבית קצוצה יוצאה בדיינין, המקור לזה הוא מהפסוק וחי אחיך עמך וז"ל אמר רב נחמן בר יצחק מאי טעמא דרבי אלעזר דאמר קרא וחי אחיך עמך אהדר ליה כי היכי דניחי עכ"ל. ומזה דהדין דרבית קצוצה יוצאה בדיינין נלמד מגזה"כ מיוחדת דאיירי בהלכות צדקה, משמע דבדיני ממונות הרבית באמת שייך למלוה.

ב) מבואר מהגמ' שם (ב"מ סב.) דאפי' למ"ד דרבית קצוצה יוצאה בדיינין דכל זה שייך למלוה בלבד. אבל יורשי המלוה אינם חייבים להחזיר דמי הרבית ללוה, חוץ אם הוא דבר מסויים דהם חייבים להחזיר מדין כבוד אביהם. ואם החיוב להחזיר הרבית הויא הלכה בדיני ממונות, קשה להבין למה החיוב אינו חל ליורשים. ויוצא מזה דאפי' המ"ד דרבית קצוצה יוצאה בדיינים מודה דבדיני ממונות הרבית שייך להמלוה, אלא דיש עליו חיוב מיוחד מהפסוק וחי אחיך עמך להחזיר הרבית דאינו חל על יורשיו.[284]

אך נראה דיתכן לדחות את הראיות האלו דהגר"מ זצ"ל. כי י"ל דבאמת אין חיוב ממון על הלוה לשלם את הרבית למלוה כלל, דהרי האיך שייך לומר דהוא חייב לשלם את הרבית אם ברגע דהוא נותן את הרבית למלוה הוא עובר על איסור דאורייתא. אמנם ניתן לומר דאע"פ דלא היה על הלוה חיוב לשלם את הרבית אך אם הלוה באמת פרע את הרבית אזי הממון נכנס לבעלות דהמלוה, דהרי הלוה נתן לו את הכסף מדעתו. והראיות שהביא הגר"מ זצ"ל רק מוכיחות דדמי הרבית שייכים למלוה בדיני ממונות

[282] אבל עיין במאירי דהביא דעה דא"א למלוה לקדש בדמי רבית אפי' אחר דגבה כי דנין דמי הרבית כגזל. והשווה לתוס' (ב"ק קיב. ד"ה אע"פ) דגם פירש בדעת רמי בר חמא דדמי רבית איתנייהו אצל המלוה "בתורת גזילה."

[283] עיין באבני מילואים (סימן כח סקכ"ב) דדן בזה באריכות והביא ראיות מסוגיא דידן ועוד כמה וכמה סוגיות.

[284] ויש להעיר על זה מדברי התוס' הרא"ש ב"מ (סא: ד"ה עד כאן) דמשמע מדבריו דהפטור דיורשי המלוה הויא מגזירת הכתוב מיוחדת.

אחרי הגבייה, והדיון הוא רק אם המלוה חייב להחזירם ללוה או לא. אבל אין להביא ראיה מזה דיש שעבוד על הלוה לשלם את הרבית לפני הפרעון. ומשל לזה הוא מדין רבית דאינה קצוצה דאינה יוצאה בדייניין. דבודאי אין חיוב ממון על הלוה לשלם דבר נוסף על החוב דהרי לא נקצצו כלל כדי שיהא חיוב חל עליו, ומ"מ אם הלוה נותן את הממון מדעתו למלוה אזי המלוה אינו חייב להחזירו. ואפשר דהוא הדין לגבי רבית קצוצה, דאין חיוב על הלוה לשלם אבל אם הוא נותן הרבית מדעתו אזי הממון עכשיו שייך למלוה.

ועוד נראה שיש לדחות את הראיות דהגר"מ זצ"ל באופן אחר. דהרי הב"ח (אה"ע סימן כח סק"ט) פסק נגד הראשונים הנ"ל ונקט דאפי' לאחר גביית הרבית אין המלוה יכול להתשמש בממון דרבית דקיבל לקדש אשה. וצ"ע לפי שיטתו איך אפשר לומר דיורשי המלוה פטורים מלהחזיר את דמי הרבית ללוה. ויתכן לומר דמעיקר הדין לאחר הקציצה חל על הלוה חיוב ממון למלוה והוא ראוי לקנות דמי הרבית דקיבל. אלא דהמצוה ד"וחי אחיך עמך" בא ומפקיע את הבעלות דהמלוה ומחייב אותו להחזיר את הרבית דקיבל. כלומר, דהמצוה להחזיר מונע את הבעלות שלו מלחול ולכן המלוה אינו יכול לקדש אשה בממון דרבית וכדומה. וכל זה איירי לגבי המלוה עצמו דחל בו המצוה ד"וחי אחיך עמך". מאידך בני המלוה פטורים מהמצוה ד"וחי אחיך עמך" ומשו"ה אין דבר דמונע הבעלות שלהם מלחול ולכן הם אינם חייבים להחזיר דמי הרבית ללוה. וא"כ יתכן דהמלוה עצמו לא הוי הבעלים על דמי הרבית דגבה, אבל לאחר מיתת המלוה, יורשי המלוה באמת הוו בעלים גמורים על דמי הרבית.

ויש דין דומה לזה לגבי קנייני הגניבה דגנב. דלפי רב (סנהדרין עב.) מי דגנב חפץ באופן דקלב"מ קונה את החפץ ואינו חייב להחזירו. והביאור בזה הוא דבאמת כל גנב ראוי לקנות את החפץ שגנב לגמרי מחמת קנייני הגניבה דיש לו, אלא דחיוב ההשבה ד"והשיב את הגזילה אשר גזל" מונע את בעלותו מלחול. ובהיכי תמצא דקלב"מ חיוב ההשבה אינו חל ולכן קנין הגנב חל לגמרי והוא קונה את החפץ.[285]

אבל יש להקשות על זה דהרי פשיטא דיורשי הגנב צריכים להחזיר את החפץ לנגנב. ואם כל הטעם דהגנב אינו קונה את החפץ לגמרי הוא מפני מצות "והשיב את הגזלה" למה יורשי הגנב לא הופכים להיות הבעלים הגמורים על החפץ. דהרי ברבית אמרינן דהמצוה ד"וחי אחיך עמך" שייך רק למלוה עצמו ולא ליורשי המלוה. אמנם יש לחלק

[285] עיין בזה בשיעורים לקמן (יג. ד"ה איתיבה רבא לרב נחמן) וברשימות שיעורים לב"ק (הקדמה לפרק הגוזל קמא).

בין יורשי הגנב לבין יורשי המלוה. דהרי יורשי הגנב מחזיקים את החפץ הגזול בעצמם וחל עליהם ג"כ מצות "והשיב את הגזלה" כמו דחל על אביהם. אבל המצוה ד"וחי אחיך עמך" חל רק על מי דעבר על העבירה והלווה ברבית דעכשיו הוא חייב "להחיות" את הלוה ע"י החזרת דמי הרבית. וזה לא שייך אצל בני המלוה ולכן הם אינם חייבים להחזיר את דמי הרבית והופכים להיות בעלים גמורים.

אמנם, אפי' אם אפשר לדחות את הראיות דהביא הגר"מ זצ"ל מהגמ' בב"מ, מ"מ מהגמ' בסוגיין לכאורה מבואר להדיא דיש חיוב ממון גמור על הלוה לשלם את הרבית. דהרי הגמ' קובעת דלולי החסרון דקידושין במלוה, המלוה היה יכול לקדש את האשה בשעבוד הרבית. ולכאורה מוכרח מזה דיש שעבוד ממון על הלוה לשלם את הרבית למלוה.

אבל אחרי העיון נראה דדבר כזה לא ניתן להאמר. דאם המלוה והלוה עוברים על איסור דאורייתא בשעת הפרעון איך אפשר לומר דהלוה מחוייב בדיני ממונות לשלם ולעשות דבר דאסור מדאורייתא. אלא בודאי יש להסיק דאין למלוה שעבוד ממון על הלוה לשלם הרבית, ולכן אנו מוכרחים להבין את השקלא וטריא בסוגיא דידן באופן אחר. ונראה לבאר דבעצם בדיני ממונות יש חלות מחייב לדמי רבית, דהיינו דכמו שהלוה מתחייב לשלם עיקר הקרן דההלואה, הוא גם מתחייב מדעתו לשלם יותר. אמנם, אע"פ דיש חלות מחייב מ"מ לא חל על הלוה חלות חיוב ממון בפועל דהרי האיסור לשלם את הרבית בא ומפקיע את החיוב. ולפי"ז י"ל דכל זה שייך היכא דבאמת אסור ללוה לשלם את הרבית למלוה. אמנם לו יצוייר דהלוה יכול לתת משהוא למלוה במקום דמי הרבית דמאיזה טעם אינו נכלל באיסור רבית, אזי חיוב הממון חוזר וניעור דהרי הלוה התחייב מדעתו לשלם הזוז הנוסף.

והגמ' בסוגיין הגמ' מסתפקת אם עוברים על איסור רבית אם היא "משלמת" הזוז החמישי על ידי קנין אישות. דהא כשהגמ' הציעה דאמר לה ארבע בחמשה, היא הקשה ב' קושיות, וי"ל דב' הקושיות האלו הוו בגדר את"ל לגבי האם עוברים על האיסור דרבית אם הזוז החמישי נשלם ע"י הקידושין. דקושיית הגמ' "הא רבית מעלייתא היא" נוקטת דהם עוברים על איסור רבית בקנין קידושין. ולפי הנ"ל, אם הם באמת עוברים על האיסור דרבית ע"י קנין הקידושין אז ממילא האיסור "לשלם" הרבית בממון או בקנין קידושין בא ומפקיע את כל החיוב בדיני ממונות מלחול מעיקרא.

ואזי הגמ' הקשה "ועוד מלוה היא" ועוברת לצד השני דהספק. דהיינו, דאת"ל דאין עוברים על איסור דרבית אם היא נותנת לו קנין הקידושין במקום הזוז החמישי, מ"מ

כשהיא באמת "פורע" את הרבית בהיתר ע"י קנין הקידושין אזי למפרע החיוב ממון דרבית חוזר וחל משעת ההלואה. והגמ' הקשה דגם אם הכל נעשית בהיתר מ"מ א"א לקדש את האשה בשעבוד דהזוז החמישי כי חל הפסול דקידושין במלוה. ונמצא דאין הכרח מהשקלא וטריא דיש שעבוד ממון דרבית היכא דאין דרך לשלם את הרבית בהיתר.[286]

גמ'. לא צריכא דארווח לה זימנא.

רש"י ביאר דגדר דארווח לה זמן הוא דהאריך את זמן ההלואה, וז"ל התקדשי בהנאה זו שאת היית נותנת פרוטה לאדם שיפייסני על כך ואפי' לאגר נטר לא דמי כלל ואם פירש לה כך מקודשת עכ"ל. ורש"י נימק דאין כאן רבית מן התורה וז"ל הערמת רבית הוא דהויא ולא רבית גמור דלא קץ לה מידי ולא מידי שקל מינה עכ"ל. כלומר, דיש חסרון בקציצה מראש. והתוס' (ד"ה דארווח) הקשו על רש"י דבציור כזה נחשב כאילו היא נתנה לו פרוטה ממש להאריך הזמן ולכן הויא רבית גמור ולא רק הערמת רבית. וצ"ע במאי פליגי.

ונראה לבאר ע"פ מחלוקת בין הרמב"ם והראב"ד (פרק ו מהלכות מלוה ולוה הל"ג) בגדר דרבית קצוצה. דהרמב"ם הביא מרבותיו דכדי להיות רבית דאורייתא בעינן קציצה בשעת מתן מעות דהלואה, וז"ל הורו רבותי שהמלוה את חבירו ולאחר זמן תבע חובו ואמר לו הלוה דור בחצרי עד שאחזיר לך חובך ה"ז אבק רבית לפי שלא קצץ בשעת הלואה שנאמר לא תתן לו בנשך עכ"ל. ולפי זה כל הרווחת זמן לאחר מתן המעות הויא רק רבית מדרבנן מכיון דלא היתה קציצה מראש. והראב"ד השיג וז"ל א"א חיי ראשי לא יפה הורו שאם הגיע זמן הפרעון וארווח ליה זמניה משום ההוא דירה כשעת מתן מעות דמיא וקידושין יוכיחו עכ"ל. כלומר, דהראב"ד נקט דלא בעינן קציצה בשעת תחילת ההלואה כדי שתהא רבית דאורייתא.

ויש לומר דרש"י ותוס' פליגי במחלוקת הרמב"ם והראב"ד. דרש"י ס"ל כהרמב"ם דבעינן קציצה בשעת מתן מעות כדי שתהא רבית דאורייתא ולכן במקרה דהרווחת זמן "דלא קץ לה מידי" אין כאן רבית גמורה.[287] והתוס' סבורים כמו הראב"ד דלא בעינן קציצה מתחילת נתינת המעות דהלואה כדי שהרבית תהא איסור דאורייתא.

[286] עיין בחידושי הגרי"ז לתמורה (ו. ד"ה ריבית קצוצה) דהוכיח מסוגיא דידן דיש שעבוד ממון על דמי הרבית אבל הקשה דלמה לא אמרינן אי עביד לא מהני לבטל את החוב. ולפי ביאור רבינו הכל מתורץ דהרי אין להוכיח מהשו"ט דידן דחל שעבוד ממון לשלם את דמי רבית בהלואה דעלמא.

[287] עיין בלח"מ (פ"ה מהלכות אישות הלי"ד) דביאר שיטת רש"י על פי שיטת הרמב"ם בענין רבית קצוצה. וע"ע בביאור הגר"א ליו"ד (סימן קסו סק"ז).

אבל יותר נראה דגם רש"י יכול לפסוק כמו הראב"ד דאם הגיע זמן הפרעון והלוה אמר למלוה לדור בחצרו ולהאריך זמן ההלואה דיש כאן רבית דאורייתא ואע"פ דלא נקצצו מראש. ועדיין בהיכי תמצא דהרווחת זמן בסוגיא דידן אין כאן רבית דאורייתא, אע"פ דע"פ דין יש נתינת מעות חדשה וקציצה לשלם דבר נוסף על הקרן (קנין הקידושין). די"ל דרש"י סבור דכדי להיות רבית דאורייתא בעינן קציצה לשלם דוקא ממון נוסף על הקרן, כמו בהו"א של הגמ' דהיא מתחייבת לשלם ה' תחת ד'. ובהיכי תמצא כזה, דהיא חייבת לשלם לו זוז חמישי, אז היא יכולה להתקדש במקום הזוז החמישי והקנין קידושין חל כפרעון דרבית דאורייתא (לולי החסרון דאין מקדשין במלוה). אבל לפי רש"י בארווח לה זימנא "לא קץ לה מידי", דהיינו דהקציצה לא היתה לשלם ממון נוסף על הקרן אלא להתקדש. ומכיון דהקציצה היתה על הקידושין ולא על ממון כלל, אין כאן רבית דאורייתא. ולפי זה י"ל דהתוס' פליגי על רש"י בנקודה הזאת, דלדעתם אין לחלק בין קנין קידושין לזוז חמישי.[288] דהיינו, דמה דנקצצו דהיא תתקדש לו בגלל ההרווחת זמן הויא רבית גמורה מדאורייתא.[289]

ונמצא דיש לפרש בב' אופנים למה לפי רש"י אין כאן רבית דאורייתא בארווח לי זימנא:

א) י"ל דרש"י ס"ל כהרמב"ם דכדי להיות רבית דאורייתא בעינן קציצה בשעת נתינת המעות בפועל.

ב) רש"י סובר כהראב"ד דשעת הרווחת הזמן הוי נתינת מעות חדשה ע"פ דין, אלא דהקציצה היתה על קנין הקידושין ולא על ממון.

גמ'. ארווח לה זימנא.

בענין חלות קנין במחילת מלוה והנאת מחילת מלוה

א

קידושין ע"י הנאה בעלמא וע"י שכירות פועלים

[288] ועיין בריטב"א (ד"ה ופרקינן) דהקשה על רש"י דבשלמא אין רבית בפרוטה דהיא נהנית ממנו אבל ראוי להיות רבית דאורייתא בגלל קנין הקידושין עצמו וז"ל וכי תימא אם כן רבית קצוצה הוא ואגר נטר ליה גמורה שהרי נקנית לו מפני שהרויח לה מעות המלוה, ואיכא למימר דאגר נטר ליה לא מיתסר אלא בשנותן הלוה למלוה ממון וזו אינה נותנת לו ממון, ואם מפני שמקנה לו עצמה הרי הוא קונה אדון לעצמו אלא משום דמחזי לעלמא כרבית אסור לעשות כן מפני הערמת רבית עכ"ל. ולפי רבינו זצ"ל נראה לתרץ קושיית הריטב"א והתוס', דלפי רש"י רבית קצוצה רק קיים אם היתה קציצה בממון.

[289] ועיין במשנה למלך (פרק ה מהלכות מלוה ולאה הלי"ד, סוד"ה כתב מרן) דגם ביאר קושיית התוס' דהרבית דאורייתא בגלל קנין הקידושין ולא בגלל הפרוטה דהיא היתה נותנת לו כדי לפייס הבע"ח וז"ל אך כד מעיינינן ביה שפיר נראה דליתא שקושיית התוס' אינה בעד הפרוטה אלא כיון שהקידושין שוין פרוטה שהרי היה מחויב לתת הפרוטה וזה מקדשה בעד ההרוחה נמצא שהוא רבית גמור שלוקח דבר ששוה פרוטה בעד הרוחת זמן עכ"ל.

מבואר בגמ' דהאשה מקודשת בהיכי תמצא דארווח לה זימנא. ויש לעיין בגדר חלות שם כסף הקידושין במקרה דהנאת מחילת מלוה. ועיין ברש"י, דרהיטת לשונו משמע דהוא מקדש לה בהנאה, וז"ל התקדשי לי בהנאה זו שאת היית נותנת פרוטה לאדם שיפייסני על כך עכ"ל. ובהמשך, רש"י כתב דגם אפשר לקדש בהנאה שמגיע לה מזה דהוא מחל כל החוב, וז"ל וכ"ש אם מחל לה כל המלוה ואמר לה התקדשי לי בהנאת מחילה זו דהשתא הוא דקא יהיב לה הך פרוטה דהנאת מלוה עכ"ל. ומשמע מרש"י דהוא מקדש אותה ע"י ההנאה בגלל הדין דהנאה ככסף. והיסוד הזה עולה מגמ' לקמן (ז.) וז"ל בעי רבא הילך מנה ואקדש אני לך מהו, אמר מר זוטרא משמיה דרב פפא מקודשת וכו' הכא באדם חשוב עסקינן דבההיא הנאה דקא מקבל מתנה מינה גמרה ומקניא ליה נפשה עכ"ל. ויש עוד מקור דהנאה ככסף מגמ' לקמן (סג.) וז"ל ועוד תניא שב עמי בצוותא ואקדש לך, שחוק לפני, רקוד לפני, עשה כדימוס הזה, שמין, אם יש בו שוה פרוטה מקודשת, ואם לאו אינה מקודשת עכ"ל. בשתי הסוגיות האלו יש קידושין ע"י מסירת הנאה לאשה.

בענין חלות קנין במחילת מלוה והנאת מחילת מלוה<ql>

אמנם לכאורה מוכח מהסוגיא שם (סג.) דאי אפשר לומר דיש דין דהנאה ככסף. דהגמ' שם תולה הברייתא דשחוק לפני, רקוד לפני, במ"ד דאינה לשכירות אלא לבסוף. ואילו המ"ד דישנה לשכירות מתחילה ועד סוף ס"ל דאי אפשר לקדש אשה ע"י שחוק לפני או רקוד לפני. ואם הגדר דקידושין ע"י שחוק וריקוד הוא דהנאה ככסף, אזי צ"ע מהו הביאור בתלייה הזאת, כלומר למה למ"ד דישנה לשכירות מתחילה ועד סוף הקידושין אינן חלין. ועוד יש להקשות, דלפי התלייה דהגמ' לקמן (סג.) האם גם צ"ל דכל הסוגיא דאדם חשוב יכול לקדש ע"י קבלת מתנה הויא רק למ"ד דאינה לשכירות אלא לבסוף.

ואולי יש לומר דהנאה דינו ככסף. וביאור התלייה דהגמ' הוא, דעצם המציאות דשוה פרוטה דהנאה תלוי אם ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף או לא. דאם אינה לשכירות אלא לבסוף, אז הפעולה האחרונה מחייב את המשכיר לשלם לפועל שלו כל דמי השכירות. וא"כ ע"פ דין נחשב דברגע הזה השוכר מעביר את כל ההנאה דכל פעולותיו לאשה, ואם הסכום הוא שו"פ אז היא מקודשת מדין הנאה ככסף. אבל לפי המ"ד דישנה לשכירות מתחילה ועד סוף, אז ע"פ דין נחשב דבכל רגע של הריקוד הוא נותן לה את ההנאה דהרגע הזה דהויא פחות משו"פ ואינה מקדושת. ואע"פ דבסוף הריקוד אם נאסוף את כל השווי של ההנאה דהוא מהנה אותה בודאי יש שו"פ, מ"מ עדיין הקידושין אינן חלין כי אין רגע מסויים דהוא נתן לה פרוטה של הנאה. ועל פי זה גם מובן הגמ'

לקמן (ז.) דקידושין חל ע"י קבלת מתנה דאדם חשוב. דההנאה דהיא מקבלת ממנו כל כולו כלול ברגע אחד, ולכן חל עליו הדין דהנאה ככסף והיא מקודשת לכו"ע.

אבל הביאור הזה אינו נכון. כי יש גמ' מפורשת דאפשר לקדש אשה ע"י נתינת כמה דברים דכל אחד מהם פחות משו"פ אבל שווים שו"פ ביחד, אפי' אם נתן אותם בזה אחר זה. דאיתא לקמן במשנה (מו.) וז"ל האומר לאשה התקדשי לי בתמרה זו התקדשי לי בזו, אם יש באחת מהן שוה פרוטה מקודשת ואם לאו אינה מקודשת, בזו ובזו ובזו, אם יש שוה פרוטה בכולן מקודשת ואם לאו אינה מקודשת, היתה אוכלת ראשונה ראשונה אינה מקודשת עד שיהא באחת מהן שוה פרוטה עכ"ל. ועיין שם בגמ' (מז.) וז"ל אמר רבא לא שנו אלא דאמר לה בזו ובזו ובזו, אבל אמר לה באלו אפילו אוכלת נמי מקודשת, כי קא אכלה מדנפשה קאכלה עכ"ל. ומבואר בגמ' דאם אמר "התקדשי לי באלו" ונותן לה הפירות בזה אחר זה ואפי' אם היא אוכלת הפרי הראשון לפני שהוא נותן לה את הפרי השני, עדיין הקידושין חלין. ומוכרח מזה דלא בעינן נתינת שו"פ בבת אחת כדי דהקידושין יחולו. וא"כ הדרא קושיא לדוכתא לגבי המ"ד דישנה לשכירות מתחילה ועד סוף, דאם הנאה ככסף למה לא כוללים כל הפעולות שלו ביחד כדי שיהא שו"פ של הנאה כדי לקדש בו.[290]

אלא מוכרח מזה דבאמת אין הנאה ככסף, אלא דצריך להקנות לאשה חפצא דכסף כדי לקדשה כי מעשה הקידושין זקוק לחפצא דכסף. והיכולת לקדש אשה בשכירות אינו מפני ההנאה עצמה שהאשה מקבלת, אלא מפני דהוא מקנה לה מדעתו את פעולתו דנחשבת לחפצא דכסף ומועיל במקום חפצא דכסף בעין.[291] כלומר, דע"פ דין הפועל המהנה יכול לומר לאשה הנהנה שהמלאכה שעושה בעבורה תחשב לחפצא דכסף. ובסוגיא דרקוד לפני, המרקד מקדשה בפעולתו שנחשבת לחפצא של כסף. ולכן למ"ד דאינה לשכירות אלא לבסוף היינו דכל פעולות השכיר שייכים לשכיר עד סוף המלאכה ומכיון דעכשיו בסוף המלאכה הם אצל השוכר, יש לו הכח להקנות לה כל הפעולה שלו בתורת חפצא דכסף קידושין. ומאידך למ"ד ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף, כל רגע ורגע דפעולת השכיר עוברת ממילא לרשות המשכיר דהיינו האשה ואינם ברשות השכיר להקנותן כלל. ולכן א"א לשכיר לאסוף כל הפעולות שלו להיותן חפצא דכסף ולהקנותן לאשה בתורת קידושין, מאחר דהם לא היו ברשותו כלל דנעשו שלה ממילא בכל רגע ורגע של פעולה בלי הקנאה מצדו כלל.

[290] עיין ברשב"א לקמן (מח. ד"ה מר סבר) דהקשה את קושיית רבינו זצ"ל. וע"ע בשיעורים לקמן (סג. ד"ה אמר לך ריש לקיש) דרבינו זצ"ל תירץ בעוד אופנים.

[291] ועיין בקובץ שיעורים לב"ק (סימן קמד) שפירש כעין הנ"ל.

אבל לפי הביאור הזה עדיין צ"ע בדין קבלת אדם חשוב לפי המ"ד דישנה לשכירות מתחילה ועד סוף. דבשלמא לפי המ"ד דאינה לשכירות אלא לבסוף דהפעולות של השכיר שייכים לו עד סוף המלאכה ואז הם עוברים למשכיר בהקנאת הפועל, מובן למה אדם חשוב יכול להקנות לה הפעולה שלו (של קבלת המתנה). אבל לפי המ"ד דישנה לשכירות מתחילה ועד סוף אע"פ דקבלת אדם חשוב, דהיינו הפעולה דהוא עושה בשבילה, נעשית ברגע אחד בלבד, עדיין הפעולה הזו של השכיר (האדם חשוב) לא היתה שלו כחפצא כלל כדי שיהא לו הכח להקנות המלאכה שלו לאשה בתורת קידושין.

וצ"ל דבעצם כו"ע מודים דפעולות השכיר בתחילה שייכים לשכיר עצמו ורק אח"כ עוברים למשכיר. אלא דהמ"ד דישנה לשכירות מתחילה ועד סוף נקט דבכל רגע ורגע הפעולה עוברת ממילא מרשות השכיר לרשות המשכיר. ולכן, אם המלאכה שהשכיר עושה בשביל המשכיר לוקחת זמן מסויים, אזי א"א לקדש אשה במלאכה, כי בכל רגע ורגע הפעולה דפחות משו"פ עוברת ממילא מהשכיר לאשה ואין לו הכח להקנות לה שו"פ. אבל אם כל המלאכה דשו"פ הויא בת רגע אחד, אזי גם לפי המ"ד דישנה לשכירות מתחילה ועד סוף השכיר יכול להקנות לה כל הפעולה שלו דשו"פ באותו רגע אחד לאשה בתורת קידושין. ונמצא דבמלאכה של רגע א' אין הבדל בין המ"ד דישנה לשכירות מתחילה ועד סוף למ"ד אינה לשכירות אלא לבסוף, ולפי שתי השיטות אפשר לקדש אשה באותו רגע.

ויוצא דלפי רש"י כשהוא מקדשה בהנאת מחילת כל החוב, הוא אינו מקדשה בעצם ההנאה דהיא מקבלת אלא ע"י הא דהוא עבד בשבילה כפועל ע"י מעשה המחילה שלו. והוא מקנה לה הפעולה שלו דנחשב ע"פ דין כשוה כסף בתורת כסף קידושין.

ב

שיטות הרמב"ם והראב"ד בהנאת מלוה

ביארנו דרש"י נקט דהנאת מחילת כל החוב מועילה לקידושין כמו רקוד לפני ושחוק לפני. מאידך הרמב"ם והראב"ד חולקים על רש"י. דהנה כתב הרמב"ם (פרק ה מהלכות אישות הלט"ו) וז"ל המקדש בהנאת מלוה הרי זו מקודשת כיצד כגון שהלוה אותה עתה מאתים זוז ואמר לה הרי את מקודשת לי בהנאת זמן שארויח לך במלוה זו שתהיה בידך כך וכך יום ואיני תובעה ממך עד זמן פלוני הרי זו מקודשת, שהרי יש לה הנאה מעתה להשתמש במלוה זו עד סוף זמן שקבע, ואסור לעשות כן מפני שהיא כרבית, ופירשו רבותי בהנאת מלוה דברים שאין ראוי לשמען עכ"ל. לפי הרמב"ם כדי שהקידושין יחולו, צריך שכסף הקידושין יהא קשור לנתינת מעות דהיה בשעת ההלואה. ומבואר

דהרמב"ם פירש מסקנת הגמ' דארווח לה זימנא באופן אחר מרש"י, ושהוא חולק על היסוד דרש"י דאפשר לקדש אשה ע"י הנאת מחילת מלוה. וצ"ב במאי קמיפלגי.

ונראה לבאר דהרמב"ם מודה לרש"י שאפשר לקדש אשה ע"י פעולה שהאיש עושה בשביל האשה, אבל נחלקו בגדר הפעולה דנתפס בחלות שם חפצא דכסף לקידושין. דלכו"ע אם האיש עושה פעולה בקום ועשה עבור האשה כמו ברקוד לפני או הקנין דאדם חשוב עושה, הו"ל חלות שם חפצא דכסף, והוא איפוא יכול להקנות לאשה הפעולה כחפצא דכסף קידושין. מאידך אם הוא גרם לה הנאה בעלמא בשוא"ת, פשיטא דאינו מוגדר כחלות שם פעולה וכחפצא דכסף להקנות אותו לאשה, ואע"פ דהיא מקבלת הנאה אינה מקודשת. למשל, אם הוא יושב בחוץ והיא באה אצלו ויושבת בצלו, אע"פ דהיא מקבלת הנאה ממנו, אין על הישיבה הזאת חלות שם פעולה דנתפסת בחלות שם כסף ולכן א"א לקדש אותה בה.[292] והרמב"ם נקט דגם הנאת מחילת מלוה דומה להנאה דמגיע לה ממנו בשוא"ת, ולכן א"א לקדש בהנאת מחילת מלוה. ורש"י סבר דגם הנאת מחילה דינו כפעולה חיובית עבור האשה ולכן המקדש יכול להקנותה לאשה כחפצא דכסף ולקדשה.

אבל לכאורה מוכח כרש"י ודלא כהרמב"ם מהדין דקבלת אדם חשוב דדינו כהנאה דמהני לקידושין. דהרי לכאורה האדם חשוב אינו עושה שום פעולה חיובית אלא דהוא מהנה לאשה ע"י קבלת המתנה בלבד. ולפי הרמב"ם דא"א להיות פועל ע"פ דין ע"י זה דמהנה לאדם בשוא"ת, צ"ע איך הקידושין חלין בהיכי תמצא דאדם חשוב. וצ"ע.[293]

והנה הרמב"ם פירש את מסקנת הגמ' דהקידושין חלין רק אם הוא התנה בשעת ההלואה דמרוויח לה זמן עבור הקידושין. וצ"ב מה הכריח הרמב"ם לנטות מהפשט הפשוט דההרווחת זמן הוי באמצע או בסוף זמן החוב. ונראה, דכבר הבאנו שיטת הרמב"ם דכדי לעבור על איסור רבית דאורייתא הקציצה צריך להיות בתחלת ההלואה בשעת מתן מעות בפועל. ונראה דהרמב"ם הבין דהקידושין חל בהנאת מלוה רק היכא דהקידושין

[292] ויש להשוות דברי רבינו זצ"ל לפתחי תשובה (חו"מ סימן קעו סק"ד) דהביא השו"ת בית דוד דאין חלות שכירות פועלים בשוא"ת וז"ל בדין האפטרעט נעלט הנהוג בין הסוחרים, כשרואים שרבו האנשים העומדים על המקח אשר בסיבת זה יוזל המקח מאד, אזי מי שרוצה ליקח מבטיח את האנשים הרוצים לעמוד על המקח סכום כך וכך בכדי שימנעו את עצמם מזה ולא יוזל המקח. וכתב דאם נעשית ההבטחה זאת בלי קנין ובלי השלשת מעות רק בדברים בעלמא אינו כלום. ואין לדמותו לשכירות פועלים דקיי"ל דלא בעי קנין, וכו' דשאני שכירות פועלים שהשכר הוא עבור עשיית פעולה או דיבור, אבל בנידון דידן שקבלת שכרו בעבור שמונע את עצמו מלעשות, אף שמדרך ליתן שכר בעד זה, מ"מ לא דמי לשכירות פועלים ובעי קנין עכ"ל.

[293] אולי י"ל דמעשה הקנין שהאדם חשוב עושה נחשב למעשה פעולה בקום ועשה לעומת מחילת המלוה דאינו נחשב לפעולה בקום ועשה. א"נ י"ל דמדין אדם חשוב נחשבת נתינת החפצא דכסף דהאשה נתנה לו כאילו הוא נתנו לה אותו חפצא דכסף ומקדשה בחפצא דכסף ממש. ע"ע בזה לקמן בשיעורים (ז. ד"ה מי סברת).

הוי במקום שראוי להיות רבית דאורייתא. כלומר, דכמו דאם נקצצו בשעת ההלוואה דהיא חייבת לו עוד פרוטה בגלל הרווחת זמן דזה הויא רבית דאורייתא, ה"ה אם נקצצו שהיא נותנת לו קנין קידושין בגלל הרווחת הזמן בשעת ההלוואה אזי הקידושין נמי חל. וכמו שלפי הרמב"ם אם בסוף זמן החוב הוא מרוויח לה זמן לא חל על זה שם רבית דאורייתא, ה"ה דזה לא יכול להיות קידושין דאורייתא. דהדין דקידושין תלוי במה שראוי להיות רבית קצוצה מדאורייתא.

והביאור בזה הוא כמש"כ לעיל (ו: ד"ה האי הנאת מלוה) דחל שעבוד ממון גמור על הלוה לשלם הרבית למלוה. והרמב"ם סובר דחלות רבית דאורייתא הוי סימן לדבר שיש כאן חלות שעבוד ממון גמור דגם כן יכול להיות כסף קידושין. כלומר, דכמו דשעבוד הקרן דהחוב חל על הלוה ע"י נתינת המעות, כמו"כ השעבוד דהרבית נמי חל ע"י נתינת המעות. ובמקרה דידן האיש והאשה הסכימו דבמקום השעבוד ממון דרבית דאפשר לחול ע"י נתינת המעות, הם רוצים דיחול הקנין דקידושין. אבל לאחר נתינת המעות אין עוד מעשה שמחיל שעבודים דרבית על הלוה מן התורה ולכן א"א להחיל בדרך זה חלות קנין קידושין. דאליבא דהרמב"ם דוקא בשעת מתן מעות דהלואה יש חפצא דכסף שיכול לשמש ככסף קידושין, דהיינו דמי ההלואה, אך שלא בשעת מתן מעות כשמרוויח לה זמן ליכא חפצא דכסף ורק הנאה בעלמא, והנאה בעלמא אינו חפצא דכסף לקידושין.[294]

ויש להוסיף בזה דמבואר ברמב"ם דכדי להיות רבית דאורייתא בעינן קציצת ממון רבית דוקא ולא קנין הקידושין. כי הציור דהנאת מלוה הרי הוא בקציצה בשעת נתינת מעות על הקידושין ואין כאן רבית דאורייתא לפי הרמב"ם מכיון דקציצה דקנין קידושין לא סגי להיות רבית קצוצה.[295]

ולפי הרמב"ם מובן למה אביי נקט דוקא בציור דהנאת מחילת מלוה. דלפי רש"י דאיירי בקידושין ע"י פעולה דמהנה אותה, אין חילוק בין הנאת מלוה לבין רקוד לפני או ההנאה דאדם חשוב. וקצ"ע למה אביי לימד הדין דקידושין ע"י הנאה דוקא במקרה דהלואה. אבל לפי הרמב"ם שפיר מובן דהדין דאביי שייך רק בציור של הלוואה ברבית, דהרי כל החידוש שלו הוא דאפשר לקדש אשה בשעבוד דראוי לגרום רבית דאורייתא.

ונראה דהראב"ד הסכים עם הרמב"ם דקידושין ע"י הנאת מלוה חל רק אם הקידושין הוי במקום שעבוד רבית גמורה. אלא דהראב"ד פליג על הרמב"ם ונקט דשעת הרווחת

[294] ונראה דר"ל דבהרווחת זמן אינו נותן ללוה חפצא המחייבו בתשלומין כמו שיש בשעת מתן מעות אלא רק משנה תנאי וזמן הפרעון דהחוב וזה לא נחשב לנתינת כסף בין לענין רבית ובין לענין כסף דקידושין.

[295] ועיין לעיל (אות א) מה דביארנו דרש"י והתוס' פליגי בזה.

זמן הויא כנתינת מעות חדשה ולכן חל שעבוד רבית גמורה בשעת הרווחת זמן. דכבר הבאנו לעיל לשון הראב"ד (פרק ו מהלכות מלוה ולוה הל"ג) דהשיג על הרמב"ם לגבי הגדר דרבית קצוצה, וז"ל א"א חיי ראשי לא יפה הורו שאם הגיע זמן הפרעון וארווח ליה זמניה משום ההוא דירה כשעת מתן מעות דמיא וקידושין יוכיחו עכ"ל. וסוף דבריו טעון הסבר, דמה הריאה מקידושין דארווח לה זימנא הויא כנתינת מעות חדשה. וי"ל דהראב"ד נקט כמו הרמב"ם דבעינן מחייב דשעבוד רבית קצוצה כדי שהקידושין יחול. ולכן מוכרח מהדין דאביי דאפשר לקדש בדארווח לה זימנא דיש חלות רבית דאורייתא בשעת הרווחת הזמן מכיון דהויא כנתינת מעות חדשה.[296]

אבל יש להקשות דהראב"ד סותר את עצמו לגבי מתי ארווח לה זימנא הוי כנתינת מעות חדשה. דבהלכות אישות (פרק ה הלט"ו) הראב"ד כתב וז"ל א"א הראשונים פירשו כגון שהגיע זמן המלוה ליפרע ומעותיו בידה מזומנים לפרוע והיא היתה נותנת מיד ברצון דינר למי שמאריך לה הזמן חדש אחד והאריך לה בשכר הקידושין מקודשת וזהו דארווח לה זימנא וכ"ש מה שכתב הוא עכ"ל. ומפורש בדבריו דיש בידה הממון לפרוע לו. אולם בהלכות מלוה ולוה (מובא לעיל) הראב"ד לא הזכיר דבעינן כסף מזומן. ונראה לבאר דגם בהלכות מלוה ולוה הראב"ד מצריך כסף מזומן וסמך על מה שכתב בהלכות אישות. וגדר הדברים הוא דרק אם הלוה יכול לפרוע את החוב למלוה בסוף זמן הפרעון אזי ההרווחת זמן נחשבת כנתינת מעות חדשה והלואה חדשה דהו"ל כאילו הלוה פרע החוב הראשון עם הכסף שבידו וקיבלם בחזרה מהמלוה בהלוואה חדשה עם זמן חדש. כי אם הלוה אינו יכול לפרוע בסוף זמן החוב, אז המלוה רק האריך לו זמן הפרעון דהחוב הראשון ואין הארכת הזמן נחשבת כהלואה חדשה ע"פ דין. ולכן הראב"ד בעי אפשרות לשלם בכסף מזומן בידו כדי שע"פ דין ההארכת זמן תהא נחשבת כנתינת מעות חדשה והו"ל איפוא שעת רבית קצוצה מדאורייתא.

ג

הנאת מחילת מלוה כשלא הגיע זמן הפרעון

עיין בב"ק (צט.) בסוגיא דאומן קונה בשבח כלי דהגמ' הביאה מחלוקת תנאים לגבי קידושין, וז"ל לימא כתנאי (אי אומן קונה בשבח כלי) עשה לי שירים נזמין וטבעות ואקדש לך, כיון שעשאן מקודשת דברי רבי מאיר, וחכמים אומרים אינה מקודשת עד שיגיע ממון לידה, מאי ממון אילימא אותו ממון, מכלל דר"מ סבר אותו ממון לא, אלא במאי

[296] ורבינו זצ"ל הוסיף דמסתבר דלפי הראב"ד אם החוב בהתחלה היה מלוה בשטר ועכשיו בסוף הזמן ארווח לה זימנא בלי שטר חדש, דהחוב החדש דנוצר הוי מלוה על פה.

מקדשא אלא פשיטא מאי ממון, ממון אחר, וסברוה דכולי עלמא ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף, ודכולי עלמא המקדש במלוה אינה מקודשת, מאי לאו באומן קונה בשבח כלי קמיפלגי, דר"מ סבר אומן קונה בשבח כלי ורבנן סברי אין אומן קונה בשבח כלי עכ"ל. ועיין בתוס' (שם ד"ה במאי) דהקשה וז"ל אור"י דסברא הוא שאין מקודשת במה שמוחל לה שכרו אפי' לא יהא אומן קונה בשבח כלי אלא מלוה יש לו עליה והוא מוחל לה עכ"ל. כלומר, דהקשה הר"י למה היא אינה יכולה להתקדש ע"י מחילת המלוה. והר"י תירץ ב' תירוצים, וז"ל אין מקודשת שאין דעתה להתקדש עד שיבאו השיראים והנזמים לידה, ועוד אור"י ונראה לו עיקר שאפי' שניהם רוצים שיחולו קודם הגעת ממון לידה אינה מקודשת אע"פ שמתחייבת לו ראשון ראשון לפי שישנה לשכירות מתחילה ועד סוף כיון שאין יכול לתובעה בדין שכרו עד שיגיע הממון לידה ואין חשוב כנותן לה כלום בתחילתו עד שתבא שעה שיכול לתובעה בדין עכ"ל.

לפי התירוץ הראשון של הר"י, מעיקר הדין מחילת ההלואה הו"ל כנתינת כסף דגורם שיחול הקידושין, אלא דיש אומדנא דחסר דעת האשה לקידושין. משא"כ לתירוץ השני של הר"י יש כאן חסרון ע"פ דין, דמכיון דהוא אינו יכול לתבוע דמי שכירותו עד שהוא מחזיר לה הנזמין אין המחילה יכולה להועיל לקידושין. כלומר, דמחילת המלוה רק יכולה להיות כסף הקידושין אם הגיע זמן דהוא יכול לתובעה בדין לפרוע החוב.

ועיין בבית שמואל (סימן כח סקל"ח) דיש לו שני חידושים בביאור דברי הר"י:

א) דהתוס' איירי בהנאת מחילת מלוה ולא במחילת המלוה עצמו, וז"ל מוכח מזה דאיירי שאומר לה בהנאת מחילת מלוה דהא כתבו זאת (דהקידושין חלין כשהוא מחזיר לה הכלי) למ"ד אין אומן קונה הכלי ופשיטא לא מהני מחילת המלוה אלא ע"כ דאיירי באומר בהנאת מחילת מלוה ומ"מ לא הוי קידושין כשהכלי בידו עכ"ל. כלומר, דמזה דכתב הר"י דכל החסרון הוא דלא הגיע זמן הפרעון מוכח דהוא רוצה לקדשה באופן דמעיקר הדין מועיל כמו הנאת מחילת מלוה ולא סתם מחילת מלוה.

ב) דמה שקבע הר"י דהנאת מחילת מלוה אינו מהני באומן לפני הגיע זמן הפרעון שייך גם לסתם מלוה. דהיינו, דהדין דאביי בקידושין (ו:) דהנאת מחילת מלוה מהני לקידושין איירי רק אם הגיע זמן הפרעון, אבל אם לא הגיע זמן הפרעון אזי אי אפשר לקדש בהנאת מחילת מלוה. ועיין בבית שמואל, וז"ל לפ"ז י"ל אם היא חייבת לו ממון שהלוה לה ועדיין לא הגיע הז"פ לא מהני אם אומר בהנאת מחילה כיון דא"י לתובע' בדין עכ"ל.

וב' דברים צ"ב בדברי הבית שמואל:

א) מהי הסברא לומר דהנאת מחילת מלוה לא מהניא תוך זמן ההלואה. דהרי כסף הקידושין לא הוי דמי החוב עצמו אלא מה שהוא מהנה אותה ע"י המחילה, ולכאורה היא מקבלת ההנאה הזאת גם לפני זמן הפרעון.[297]

ב) יש לחלק בין חיוב בעל הבית לאומן לבין חיוב לוה למלוה לפני זמן הפרעון. דיתכן דבאומן אין חוב לשלם לאומן כלל עד דהאומן נותן את החפץ לבעל הבית. וא"כ מובן החידוש דהתוס' דלפני שהגיע זמן הפרעון א"א לקדש בחוב לאומן. מאידך בהלוואה כבר משעת נתינת המעות חל חלות חוב דהלוה חייב למלוה, אלא דאין גובין ממנו עד זמן הפרעון. ומשל למה הדבר דומה הוא שיטת רש"י באתנן אסרה תורה אפי' בא על אמו (ב"מ צא. ד"ה רבא אמר) דאע"פ דאין ב"ד כופין אותו לשלם עדיין אי תפס לא מפקינן. ואם החוב קיים יש דבר שאפשר לקדש בו אפי' לפני זמן הפרעון.[298]

ד

קנין מקח וממכר בחוב

הבאנו לעיל דיש להרמב"ם שיטה יחידאית דמחילת חוב מועילה לקנות במקח וממכר. והרמב"ם הביא את הדין הזה בשני מקומות, דכתב הרמב"ם (פרק ה מהלכות מכירה הל"ד) וז"ל וכן ראובן שמכר מטלטלין לשמעון בחמשים זוז וקנה שמעון המטלטלין ונתחייב בדמים, ואחר שנתחייב שמעון בחמשים זוז אלו היה לו יין או בהמה או עבד וכיוצא בהן משאר המטלטלין והיה רוצה למכרן, ואמר לו ראובן מכור אותו לי בחמשים זוז שיש לי בידך דמי המכר ואמר לו הן, קנה ראובן המטלטלין בכל מקום שהן ואע"פ שלא משך ולא הגביה שגם זה דבר שאינו מצוי הוא ולא הצריכו בו משיכה, אבל אם היה חוב לו עליו שלא מחמת המכר ואמר לו מכור לי מטלטלין בחוב שיש לי אצלך ורצו שניהם, לא קנה עד שיגביה, או ימשוך דבר שאין דרכו להגביה, או יקנה באחד מהדרכים שהמטלטלין נקנין בה עכ"ל. ושני פרקים לאחר זה כתב הרמב"ם (פרק ז מהלכות מכירה הל"ד), וז"ל מי שהיה לו חוב אצל חבירו ואמר לו מכור לי חבית של יין בחוב שיש לי אצלך ורצה המוכר, הרי זה כמי שנתן הדמים עתה, וכל החוזר בו מקבל מי שפרע, לפיכך אם מכר לו קרקע בחובו אין אחד מהן יכול לחזור בו ואע"פ שאין מעות המלוה מצויות בשעת המכר עכ"ל. לפי הרמב"ם החוב פועל כמו כסף, דלגבי מקח וממכר בקרקע החוב מהני

[297] ולגבי הפשט בדברי הר"י עיין באבני מילואים (סימן כח סק"מ) דגם הקשה על הבית שמואל וביאר דהתוס' איירי במחילת המלוה עצמו לפי המ"ד דמקדשין במלוה.

[298] וכן איתא באבנ"מ (שם) וז"ל גרע אפי' ממלוה תוך זמנו כיון דלאו שמי' מלוה עד שיחזיר לה הכלי ואז הוא דנעשה מלוה למפרע אבל קודם שמחזיר הכלי לאו שמי' מלוה עכ"ל. וגם עיין בהמשך הבית שמואל דהעלה צד כזה לחלק בין אומן ללוה.

לקנות לגמרי, ולגבי מטלטלין החוב מועיל לענין מי שפרע. אלא דלגבי חוב מחמת מכר דהויא מילתא דלא שכיחא, הדין דמעות קונות נשאר על מקומו.[299]

ויש כמה קושיות על הרמב"ם. בפרק ז' הרמב"ם התחיל עם הדין דחוב מועיל ככסף לענין מטלטלין ואז המשיך וכתב "ולפיכך" דגם אפשר לקנות קרקע בחוב. והלשון הזה צע"ג, דמדוע הרמב"ם תולה הדין דקונין קרקע בדמי החוב בדין דקונין מטלטלין בחוב. דאם ע"פ דין החוב נחשב ככסף, מהו החילוק בין קרקע ומטלטלין. ועוד יש להקשות דהרמב"ם הביא כל דיני קנייני קרקע בפרק א' מהלכות מכירה. וצ"ע למה הרמב"ם המתין עד הפרקים העוסקים בקניני מטלטלין כדי לפסוק דקונין קרקע בדמי החוב.[300]

ונראה לבאר על פי המחלוקת הידועה בין הסמ"ע והט"ז (חו"מ ריש סימן קצ) לגבי יסוד דין קנין כסף. דלהט"ז קנין כסף הוי מעשה קנין כמו קנין שטר וכדומה, ואילו להסמ"ע כסף קונה בתורת תשלומין לדבר הנקנה. והט"ז הביא ראיה לשיטתו מהגז"ש קיחה קיחה משדה עפרון. דלגבי קידושין הכסף בודאי אינו בתורת פרעון ותשלומין בשביל אשה, וההיקש בין קנין כסף בקרקע לקידושין מורה דגם קנין כסף בקרקע אינו פועל כחלות פרעון. ואמנם נראה דיש מקום לחלק בדין הזה בין מטלטלין לקרקע. דלגבי קנין קרקע דהוקש לקידושין י"ל כהט"ז דקנין כסף הוי חלות מעשה קנין ולא חלות פרעון. משא"כ במטלטלין לפי המ"ד דמעות קונות, י"ל דהקנין חל ע"י נתינת המעות בתורת תשלומין ופרעון עבור החפץ הנקנה, כהסמ"ע. ובזה מבואר הבדל הלשונות בין קרקע ומטלטלין. דלגבי קרקע המשנה (לקמן כו.) קובעת, וז"ל נכסים שיש להם אחריות נקנין בכסף ובשטר ובחזקה עכ"ל. הקנין בקרקע נקרא על שם "כסף". אבל במטלטלין הגמ' (ב"מ מז:) משתמשת בביטוי אחר, וז"ל אמר רבי יוחנן דבר תורה מעות קונות עכ"ל. ומעות מורה על השווי דהמעות דהיינו דמי פרעון ולא על החפצא דכסף וזהו עיקר דין הקנין במטלטלין.[301]

[299] רבינו זצ"ל ביאר דהרמב"ם היה מוכרח לפסוק דאפשר לקנות בחוב מפירושו לסוגיא דידן. דהרי הגמ' בב"מ (מו:) קובעת במפורש דאפשר לקנות בחוב הבא מחמת מכר. ועיי"ש בתוס' (ד"ה יש דמים) דביאר דא"א לפרש הגמ' כפשוטו דקונין בחוב עצמו אלא הקנין חל ע"י הנאת מחילת מלוה. ולפי דברינו לעיל הרמב"ם פסק דא"א לקנות בהנאת מחילת מלוה ולכן הרמב"ם היה מוכרח ללמוד הגמ' כפשוטו דאפשר לקנות בדמי החוב.

[300] וע"ע בכל זה ברשימות שיעורים לב"מ (מו: בענין יש דמים שהן כחליפין, אות ב').

[301] ולכאורה סברת רבינו זצ"ל נמצא בתוס' ר"י הזקן (לקמן מז.) דהקשה על הרמב"ם מהגמ' שם דהשווה קנין ע"י מלוה לקידושין ע"י מלוה. והתוס' ר"י הזקן תירץ דהרמב"ם למד הגמ' שם אליבא דריש לקיש דמשיכה קונה, ומעות אינן קונות במטלטלין. ולפי ר"ל רק קרקע נקנית בכסף "וחזינן לה משדות בכסף יקנו דוקא במעות שהן בעין." אבל הרמב"ם פסק כרב יוחנן דמעות קונות, ולפי זה מלוה קונה במטלטלין ובקרקע. וע"ע ברשימות שיעורים לב"מ (מח: בענין ערבון, אות א') דרבינו זצ"ל האריך בחילוק הזה בין מעות קונות במטלטלין לבין קנין כסף בקרקע. וע"ע לקמן בשיעורים (כח. ד"ה מטבע נעשה חליפין, אות ב').

ונ"מ בין קנין כסף דקרקע לקנין מעות קונות דמטלטלין הוי בנוגע לקנין בדמי חוב. דחוב אינו חפצא דכסף דהקונה נותן למוכר כדי שיהא מעשה קנין דנצרך לקרקע, אבל הוא מועיל בתורת פרעון ותשלומין דקונה במטלטלין. ולפי"ז כל דברי הרמב"ם מדוייקים באופן נפלא. דעיקר כח וחלות הקנין דחוב הוי דין במטלטלין ולכן הרמב"ם התחיל בקנין דמטלטלין בחוב, ואז המשיך וכתב "ולפיכך" דגם קונין קרקע בחוב. דמאחר דידעינן דיש דין דמעות קונות בממטלטלין מדין פרעון וחוב מועיל לזה, שפיר י"ל דה"ה דקנין בחוב ע"י חלות דין פרעון ותשלומין חל גם בקרקע, ולכן גם קונין קרקע בחוב. אבל בלי ההקדמה דקנין מעות חל במטלטלין אין טעם דחוב יקנה בקרקע.[302] ולפי"ז נמי מובן למה הרמב"ם השמיט את הדין דקנין בחוב מפרק א' דעוסק בקניני קרקע בחפצא דכסף והמתין עד דפסק דיש חלות קנין בדמי החוב לגבי מטלטלין.[303]

וע"ע בשיעורים לקמן (דף ו:) ברש"י ד"ה במכר לא קנה.

גמ' אמר רבא הילך מנה על מנת שתחזירהו לי, במכר לא קנה וכו'.

הגמ' בב"ב (קלז:) קובעת דיש ב' מיני מתנות ע"מ להחזיר, וז"ל אמר רבא אמר רב נחמן שור זה נתון לך במתנה על מנת שתחזירהו לי, הקדישו והחזירו ה"ז מוקדש ומוחזר, אמר ליה רבא לרב נחמן מאי אהדריה, אלא אמר רב אשי חזינן אי אמר ליה על מנת שתחזירהו הא אהדריה, אי א"ל על מנת שתחזירהו לי מידי דחזי ליה קאמר ליה עכ"ל. לפי מסקנת הגמ' אם הנותן רק אמר "על מנת שתחזירהו", אזי מקבל המתנה יכול לקיים התנאי ע"י החזרת שור דהקדש אע"פ דאין נותן המתנה זוכה בשור. אבל אם הנותן אמר "על מנת שתחזירהו לי", אזי המקבל צריך להחזיר את השור בקנין גמור ולא סגי במעשה נתינה בעלמא.

ויש לעיין בסוגיא דידן דקובעת דמתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה, באיזה ציור איירי - כשהנותן אמר "לי" ובעי קנין גמור בחזרה, או"ד כשהוא השמיט המלה "לי" וסגי בחזרה בעלמא בלי קנין. ונראה דכשהנותן השמיט את המלה "לי" והמקבל צריך רק להחזירו במעשה נתינה בעלמא, אזי פשיטא לגמ' דמתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה ומועיל למכר ולפדיון הבן וכדומה. דהרי בדרך כלל כשאדם מקבל מתנה על תנאי יש למקבל בעלות גמורה על המתנה אלא דחייב הוא לקיים את התנאי. ואם התנאי רק מחייב מעשה

[302] ברם צ"ע דמאחר דמעות קונות בקרקע מדין פרעון למה צריכים דין דכסף קונה בקרקע מדין מעשה קנין בחפצא דכסף. ואולי י"ל דנ"מ במתנה ע"מ להחזיר דהוי מעשה קנין כסף אך חסר בו חלות פרעון דיועיל לפי רבינו זצ"ל לקנות בקרקע אך לא במטלטלין.

[303] ורבינו זצ"ל ציין להגהות הגר"א (ב"מ מו: אות א) דהגדיר שיטת הרמב"ם בזה הלשון וז"ל דעת הרמב"ם דאף במלוה קני כמו במעות לענין מי שפרע עכ"ל. ורבינו זצ"ל דייק מדבריו דעיקר הקנין במלוה לפי הרמב"ם הוי קנין מעות במטלטלין.

נתינה בעלמא בלי קנין, הרי זה דומה למקבל מתנה ע"מ להניח את המתנה בבית מסויים וכדומה דמועיל. וכל הדיון בגמ' הוא רק אם המקבל חייב להקנות את החפץ בחזרה כי יתכן דהחיוב לבטל את הבעלות שלו ע"י הקנאה בחזרה כבר מבטל את בעלות דהמקבל מלכתחילה. והגמ' הסיקה דהמקבל מתנה באמת קונה את החפץ בקנין גמור אלא דיש תנאי מבחוץ דהוא חייב להקנותו בחזרה לנותן. וזהו כמו מסקנת הגמ' בנדרים (מח:) דקני ע"מ להקנות הויא קנין למקבל המתנה.

ויש לחקור לגבי בעלות דהמקבל לפי מסקנת הגמ'. האם הגמ' חוזרת לגמרי מההו"א ועכשיו הסיקה דיש למקבל בעלות גמורה על החפץ אע"פ דהוא חייב לבטל את בעלותו לאחר זמן מחמת התנאי, או"ד אפי' לפי רב אשי דשמה מתנה עדיין הבעלות דהמקבל מוגבלת. ונראה דבזה פליגי הראב"ד ושאר הראשונים. דהראב"ד הקשה על מסקנת סוגייתנו מהמשנה בנדרים (מח.) דכל מתנה דאם הקדישה אינה מקודשת אינה מתנה. והרי לכאורה מי דקיבל מתנה ע"מ להחזיר אינו יכול להקדיש המתנה, כמו דמבואר בגמ' בב"ב (קלז:) לגבי ע"מ שתחזירהו לי. ואלו דברי הראב"ד המובאים בהרשב"א, וז"ל קשיא ליה לראב"ד ז"ל דהא תנן גבי מעשה דבית חורון כל מתנה שאם הקדישה אינה מקודשת אינה מתנה, ותירץ דמתנה על מנת להחזיר נמי אי מקדיש להההוא זכותא דאית ליה בגויה קדיש כגון אתרוג על מנת לצאת בו ולהחזירו אי מקדיש לזכותיה יהיב מרא קמא להקדש שכר נטילתו ושקיל ליה דמאי דאקני ליה בגויה אקדיש ליה עכ"ל. לפי הראב"ד המקבל יכול להקדיש את המתנה כי ההקדשה איננה סתירה לקיום התנאי דהרי יתכן לפדות את החפצא מהקדש ולהחזירו לנותן. וזה שכתב הראב"ד דהוא רק מקדיש "להההוא זכותא דאית ליה בגויה" לאו למימר דהחפצא אינו באמת קדוש, אלא דבאמת ההקדש הוי חלות הקדש מעלייתא. וביאור דברי הראב"ד הוא דדמי הפדיון להקדש אינם שוויות החפצא למי דיש לו קנין גמור עליו, אלא שוויות החפצא למקבל דהחפצא שייך לו רק לפרק זמן מסויים.[304] והא דלפי הראב"ד המקבל יכול להקדיש החפצא בחלות הקדש מעיילתא גם מבואר בדברי הריטב"א דהביא שיטת הראב"ד, וז"ל ושלא כדברי הראב"ד ז"ל דכתב שצריך לפדותה עכ"ל. ולפי זה צריך לומר דהדין בב"ב (קלז:) דכשנותן אמר למקבל על מנת שתחזירהו לי דמקבל השור אינו יכול להקדישו

[304] אולם עיין במאירי לב"ב (קלד. ד"ה התנה) דלכאורה הבין בדברי הראב"ד דההקדש חל רק על הזכות השתמשות של המקבל מתנה, וז"ל ואע"פ שבאתרוג זה נתון לך במתנה על מנת שתחזירהו לי ונטלו ויצא בו אם החזירו יצא ואע"פ שאי אפשר לו להקדישו מ"מ יש שם דבר שהקדש תופש בו שהרי נותן הוא כמה שיהא בידו אתרוג לצאת בו כך פירשוה גדולי המפרשים עכ"ל.

כי מאי אהדריה, קאי רק אקדושת הגוף דשור דראוי למזבח ואינו יכול לפדותו. אבל בחפצא אחר דחל עליו רק קדושת דמים דניתן לפדותו, אזי ההקדש באמת חל.[305]

ברם הרמב"ן הרשב"א והריטב"א חולקים על הראב"ד. ועיין ברמב"ן דכתב על הראב"ד, וז"ל ראיתי להראב"ד ז"ל שהקשה והתנן גבי מעשה דבית חורון כל מתנה שאם הקדישה אינה מוקדשת אינה מתנה, ותירץ הדבר כרצונו, ותמהני עליו שהרי הקושיא ותירוצה מפורשים בגמרא במקומה במס' נדרים (מח.) דאמרינן התם ורב נחמן אמר קנה על מנת להקנות קנה דהא סודר קנה על מנת להקנות הוא א"ל רבא לרב נחמן והא מתנת בית חורון דקני ע"מ להקנות הוא ולא קנה זמנין אמר ליה משום דסעודתו מוכחת עליו זמנין אמר ליה ר"א היא דאמר ויתור אסור במודר הנאה, ושמעת מינה בהדיא שלא אמרו אינה מתנה אלא במקום שמראין הדברים שהיא הערמה כגון התם דסעודתו מוכחת עליו, אי נמי דוקא במודר הנאה עכ"ל. לפי הראשונים הנ"ל המקבל באמת אינו יכול להקדיש ועדיין מתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה.

ונראה דבזה פליגי הראב"ד ושאר הראשונים. דלפי הראב"ד יש למקבל המתנה בעלות גמורה על החפץ עם תנאי של חזרה. ולכן הוא יכול לעשות כל מה שהוא רוצה עם החפצא כל עוד דהוא אינו מבטל את היכולת שלו לקיים התנאי לבסוף ע"י חזרה לבעלים. אבל שאר הראשונים סברי דעצם החיוב להקנותו בחזרה הופך את הבעלות דהמקבל לחלות בעלות מוגבלת ולכן אין לו הכח להקדיש את החפצא כלל, אע"פ דיש לו דרך לקיים התנאי לאחר זמן ע"י פדיון.[306]

רש"י ד"ה במכר לא קנה - כגון קרקע דקי"ל לקמן שהיא נקנה בכסף אינו נקנה בכך דלאו מידי יהיב ליה.

יש לעיין למה רש"י נקט הציור דקנין כסף בקרקע ולא מעות קונות במטלטלין. דהרי, אע"פ דמדרבנן אין מעות קונות עדיין יש נ"מ לענין מי שפרע, וא"כ למה רש"י השמיט הציור דקנין מטלטלין ע"י נתינת מעות במתנה ע"מ להחזיר. ונראה לתרץ ע"פ היסוד דהזכרנו לעיל (ו: בענין חלות קנין במחילת מלוה והנאת מחילת מלוה, אות ד) דקנין כסף בקרקע וקנין מעות במטלטלין חלוק ביסוד דינם. דקנין כסף בקרקע הוי מעשה קנין דנתינת גוף הכסף כמו נתינת שטר וכדומה (כשיטת הט"ז ודלא כהסמ"ע) לעומת מעות קונות דמטלטלין

[305] ועיין ברשב"א לב"ב (קלז: ד"ה א"ל רבא) דהביא דברי הראב"ד גם על הציור בגמ' שם לגבי הקדיש שור דקיבל כמתנה ע"מ להחזיר, וז"ל ורב אשי אמר אי אמר על מנת שתחזירהו לגמרי מידי דחזי ליה בשעת חזירה קאמר הילכך פריק ליה ומהדר ליה עכ"ל. והרשב"א הקשה עליו דהרי א"א לפדות שור דהקדיש מכיון דחל בו קדושת הגוף.

[306] ובנוגע לסתירה בין הסוגיות דהעלה הראב"ד ושאר הראשונים ע"ע בתוס' סוכה (מא: ד"ה הילך אתרוג זה) וברשימות שיעורים שם.

דקונה מדין פרעון כתמורה לחפץ הנקנה. וא"כ יהא נ"מ ביניהם לגבי מתנה ע"מ להחזיר דלפי מסקנת הסוגיא מועיל במכר. דבשלמא בנוגע לקנין כסף דקרקע דסגי במעשה נתינת גוף הכסף, שפיר מועיל מתנה ע"מ להחזיר. אבל לגבי מעות קונות דמטלטלין דכל כולו חל מדין פרעון, מסתבר דאפי' לפי המסקנא דמתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה, עדיין מתנה ע"מ להחזיר אינו מועיל בקנין מטלטלין אפי' לחייב מי שפרע.[307]

גמ'. אלא אמר רב אשי בכולהו קני, לבר מאשה, לפי שאין אשה נקנית בחליפין.

א

גדר הפסול קידושין במתנה ע"מ להחזיר

נחלקו הראשונים בגדר הפסול דמתנה ע"מ להחזיר בקידושין. דעיין בתוס' (ד"ה לבר) דנקטו דבאמת מדאורייתא אפשר לקדש אשה במתנה ע"מ להחזיר והפסול חל רק מדרבנן משום דדומה לחליפין. מאידך מבואר ברמב"ם (פרק ה מהלכות אישות הלכ"ד) דהפסול מדאורייתא, וז"ל האומר לאשה הרי את מקודשת לי בדינר זה על מנת שתחזיריהו לי אינה מקודשת בין החזירה בין לא החזירה, שאם לא החזירתו הרי לא נתקיים התנאי ואם החזירתו הרי לא נהנית ולא הגיע לידה כלום עכ"ל. וצ"ע לפי הרמב"ם מאי שנא קידושין ממכר מדאורייתא, ואיך זה קשור לחליפין.[308]

ונראה לבאר על פי הב' דינים דחליפין לפי ר"ת. דהגמ' ב"מ (מז.) דנה באיזה חפץ קונין קנין חליפין, וז"ל תנא קונין בכלי אף על פי שאין בו שוה פרוטה, אמר רב נחמן לא שנו אלא בכלי אבל בפירי לא, רב ששת אמר אפילו בפירות עכ"ל. והנה נחלקו האמוראים האם אפשר לעשות קנין חליפין ע"י פרי או דבעי כלי. וגם איתא שם דאפי' רב ששת דנקט דקונין בפירות מודה דבעינן פרי שלם, וז"ל אמר לך רב ששת מה נעלו דבר המסויים אף כל דבר המסויים לאפוקי חצי רמון וחצי אגוז דלא עכ"ל. ור"ת (תוד"ה גאולה זו מכירה) חידש דהגמ' איירי רק בקנין סודר אבל בחליפין דשוה בשוה כל הדינין האלו אינן שייכים אלא כל חפצא מועיל לקנות, וז"ל ומפרש ר"ת גאולה זו מכירה ולרבי יוחנן גאולה בכסף ולר"ל במשיכה תמורה זו חליפין של שוה בשוה דמהני לכ"ע אפי' בפירי לקיים כל דבר לרבות אינו שוה בשוה למר אף במטבע ופירי ולמר דוקא בכלי עכ"ל. והביאור בזה, דשוה בשוה קונה ע"י נתינת השוויות דהחפצא כתמורה לדבר הנקנה ולכן לא קפדינן על גוף החפצא אלא על השווי. משא"כ סודר קונה אפילו אם הוא פחות

[307] ולכאורה החילוק הזה מדוייק בלשון הטור. דלגבי קנין כסף דקרקע (סימן קצ) הטור הביא מסקנת הסוגיא דקונין ע"י מתנה ע"מ להחזיר, אבל בסימן דקנין מטלטלין (סימן קצח) הטור השמיט הדין דקונין ע"י נתינת מעות ע"מ להחזיר.

[308] ועיין לעיל (ג. בענין שיטת הרמב"ם בקידושין ע"י חליפין) דרבינו זצ"ל ביאר את דברי הרמב"ם בכמה אופנים אחרים. והביאור כאן דומה לביאור הג' בשיעורים לעיל.

משו"פ וא"א לומר דהקנין חל בשווי הסודר. אלא דהקנין חל ע"י מעשה נתינת החפצא לזולת ולכן בעינן שם כלי כדי שגוף החפצא יהא חשוב לקנות בו. ויוצא מזה דיש ב' דינים בקנין ע"י נתינת חפצא למקנה – יש קנין דחל ע"י העברת שווי, ויש קנין דחל ע"י מעשה נתינת גוף החפצא.

ולגבי מקח וממכר מוכרח דאפשר לקנות ע"י נתינת גוף החפצא בלבד, דהרי קונין בסודר פחות משו"פ. ולפי זה גם מובן למה מתנה ע"מ להחזיר מועיל במקח וממכר. כי מתנה ע"מ להחזיר דומה לקנין סודר בזה דיש מעשה נתינת חפצא אבל אין שום העברת שווי לזולת. דהרי במתנה ע"מ להחזיר המקבל חייב להקנות את המתנה בחזרה ודוחק לומר דהמקבל קיבל שוויות המתנה. ונמצא שבמקח וממכר הקנין חל ע"י מעשה נתינת גוף החפצא דכסף ולכן אפשר לקנות בסודר ובמתנה ע"מ להחזיר אע"פ דאין כאן העברת שווי. ולפי זה נראה דקנין כסף דמקח וממכר אינו חל ע"י העברת שווי למוכר.[309] והצורך לכסף השוה פרוטה לקנין כסף אינו דין בהשווי עצמו אלא הוי דין בחשיבות החפצא. דאם הכסף שווה פרוטה אז הוא מוגדר כחפצא חשוב כדי לקנות בו, בדומה לשם כלי דבעינן לקנין סודר.

וכל זה לגבי מקח וממכר, אבל בקידושין הרמב"ם סובר דהיא צריכה ליהנות מכסף הקידושין ושיגיע דבר לידה. והביאור בזה הוא דבנוסף לחפצא של כסף בקידושין גם צריכים העברת שווי מידו לידה, דהיינו דהיא תקבל לא רק את גוף החפצא דכסף אלא גם את שווי החפצא.[310] ולכן א"א לפעול קידושין ע"י קנין סודר או מתנה ע"מ להחזיר כי חסר הדין דהעברת השווי לאשה. וגם מובן ע"פ זה למה לפי הרמב"ם בכהת"כ כלי פחות משו"פ מהני לפעול קנינים, כדיוק הגר"מ זצ"ל (מובא לעיל ב. בתוד"ה בפרוטה ובשוה פרוטה אות א') דפודין הקדשות בכלי פחות משו"פ, אבל כלי פחות משו"פ אינו מועיל לקידושין. כי במקח וממכר הגדר דכסף הקנין תלוי בחשיבות החפצא, לעומת קידושין דבעינן דהיא תקבל שווי מסויים.[311]

[309] ורבינו זצ"ל אמר דהראיה הזה היא כפי הנתיבות (סימן קצ סק"ב) דהוכיח דקנין כסף הוי מעשה קנין בלי חלות תשלומין (כשיטת הט"ז נגד הסמ"ע) מזה דמתנה ע"מ להחזיר מועיל לקנין כסף.

[310] והשווה לדברי רבינו זצ"ל לקמן (ז: ד"ה בעי רבא חצייך בחצי פרוטה וחצייך בחצי פרוטה) דשו"פ אינו דין בקנין הקידושין כשלעצמו אלא דהאשה המתקדשת, דהוי דעת המקנה, צריכה לקבל שו"פ.

[311] וכל החילוק הזה בין קידושי כסף לבין מקח וממכר מניח דלפי הרמב"ם מתנה ע"מ להחזיר מועיל לקנין כסף במקח וממכר. אמנם יש להעיר דהרמב"ם בכלל לא הביא את הדין הזה בהלכות מכירה פרק א' כשעוסק בקנין כסף, אלא המתין עד פרק ה' מהלכות מכירה (הל"ז) דאיירי בקנין חליפין, וז"ל הקנה אחד כלי למוכר כדי שיקנה הלוקח אותו הממכר זכה הלוקח ואע"פ שהקנה לו הכלי על מנת להחזירו נקנה המקח וזכה בו הלוקח שהמתנה על מנת להחזיר שמה מתנה אע"פ שלא תפס המוכר כל הכלי שהקנהו חלף ממכרו אלא אחז מקצתו ואחז המקנה לו מקצתו קנה הלוקח וכו' עכ"ל. ואולי יש לדייק מזה דהרמב"ם פסק באופן אחר מרהיטת דברי רב אשי, ופסק דמתנה ע"מ להחזיר אינו מועיל לקנות בקנין כסף אלא רק בתורת חליפין. והביאור בזה הוא ע"פ

ונראה דהיסוד זה מתרץ עוד קושיא על הרמב"ם. דהרי משמע אליבא דהרמב"ם דחליפין פסול לקידושין משום דהוי כמתנה ע"מ להחזיר. וא"כ צ"ע, מה יהיה הדין אם המקדש נתן סודר לאשה שלא ע"מ להחזיר כדי לקדש אותה בקנין חליפין. דהרי פסק הרמב"ם (פרק ה מהלכות מכירה הל"ז) דאפשר לקנות בסודר בין אם נתנו כמתנה ע"מ להחזיר ובין אם נתנו כמתנה גמורה. וקשה לומר דלפי הרמב"ם אפשר לקדש אשה ע"י סודר ששו"פ בקנין חליפין כל זמן דהוא נתנו במתנה גמורה.

ונראה לבאר דאפי' קנין סודר שלא ע"מ להחזיר פסול לקידושין מטעם שכתב הרמב"ם ד"הרי לא נהנית". דאע"פ דבסופו של דבר היא תופסת בסודר דשו"פ ולכאורה היא מקבלת שוויות והנאה דפרוטה מהסודר כמו אם הוא קידש אותה בקידושי כסף דעלמא, עדיין ע"פ דין חליפין פסול לקידושין מטעם דהיא לא נהנית. דהרי בקידושי כסף דעלמא האשה מקבלת שווי דפרוטה מהמקדש וההנאה דהיא מקבלת הוי חלק מגוף הקנין, דגדר כסף קידושין הוא גם השווי וההנאה דהיא מקבלת כמש"כ לעיל. וזה כוונת הרמב"ם בזה שכתב "הרי לא נהנית", דגוף הקנין צריך לחול ע"י ההנאה דהיא מקבלת. אבל בקנין חליפין, אפי' אם הסודר נשאר אצלה לעולם הרי הקנין חל ע"י גוף החפצא ולא ע"י השווי וההנאה דהיא מקבלת. וא"כ אפי' אם הסודר ששו"פ ניתן לה כמתנה גמורה ונשאר אצלה לעולם, עדיין אין ההנאה דהיא מקבלת חלק מגופו של הקנין ולכן הקידושין אינן חלין.[312]

ולפי כל הנ"ל נראה דהתוס' דסברי דמדאורייתא אפשר לקדש אשה במתנה ע"מ להחזיר חולקים על כל היסוד דהרמב"ם. וס"ל דגם קידושין לא בעי העברת שווי לאשה וחליפין אינו פסול לקידושין מטעם חסרון בשווי אלא מטעם אחר (עיין לעיל ג.). ולכן אין שום קשר

יסוד דרבינו זצ"ל, דהיינו דכמו דבקידושין מתנה ע"מ להחזיר אינו מועיל בגלל החסרון בהעברת שווי לאשה, כמו"כ בקנין כסף בעינן דהקונה יעביר כסף של שווי למוכר. ולפי זה הצורך לשו"פ הוי מדין השווי עצמו ולא רק כתנאי בחשיבות החפצא דכסף. ולכן מתנה ע"מ להחזיר אינו מועיל לקנין כסף. ורק בחליפין, דהוי מעשה נתינה דגוף החפצא בעלמא, מועיל בו סודר דפחות משו"פ ומתנה ע"מ להחזיר. ועיין בזה באבן האזל (פ"ה מהלכות מכירה הל"ז).

[312] ורבינו זצ"ל גם ביאר באופן אחר, דאולי לפי הרמב"ם אם הוא נותן לה סודר דשו"פ שלא ע"מ להחזיר ורוצה לקדשה בקנין חליפין דבאמת הקידושין חל מדין כסף קידושין. דהרי לגבי מכר יש למקנה האפשרות להקנות או ע"י קנין כסף או ע"י קנין חליפין והכל תלוי בדעת המקנה. ולכן אפי' אם המקנה מקבל סודר דשו"פ דראוי לקנות מדין כסף עדיין המקנה יכול לבחור להקנות מדין קנין חליפין. אבל בקידושין הרי קנין חליפין אינו מהני. וא"כ אם הוא רוצה לקדשה ע"י סודר דפחות משו"פ דאינו מהני מדין כסף, אזי מוכרח לומר דדעתו לקדשה מדין קנין חליפין דלא מהני ולכן הקידושין אינו חל. אבל אם הוא נותן לה סודר דשוה פרוטה והוא אומר דהוא רוצה לקדשה בקנין חליפין, הרי מכיון דקידושין מופקע מקנין חליפין והוא נותן דבר דראוי לקנות מדין קנין כסף, אז ע"פ דין דנין אותו כיש לו דעת לקדשה מדין קנין כסף. וע"ע בזה בשיעורים לעיל (ג. בענין חליפין בקידושין אות ג' בדעת הרי"ד דמובא בשלטי הגיבורים).

בין חליפין לבין מתנה ע"מ להחזיר, דמדאורייתא מתנה ע"מ להחזיר מועיל לקידושין בדומיא למקח וממכר, ואינו פסול אלא מגזירת חכמים בלבד.

ונראה לומר דשיטת התוס' כאן אזלי לשיטתם לעיל (ב. תוד"ה בפרוטה ובשוה פרוטה). דהתוס' שם חיפשו מקור לדין דשוה כסף ככסף לגבי קידושין ולמסקנא למדו אותו מגזה"כ. ולפי הרמב"ם דכסף קידושין מוגדר כפי השווי דיש בנתינה אז לכאורה פשיטא דשוה כסף ככסף ולא נצרך מקור לזה. אלא נראה דהצורך לפי התוס' לגזה"כ דשוה כסף ככסף לגבי קידושין מורה דהגדרת חלות שם כסף קידושין הוי גוף החפצא דכסף, ולכן היה מסתבר להתוס' להצריך דוקא מטבע ולא דבר אחר. אלא דבא הגזה"כ לומר דמעשה נתינה דכל חפצא מועיל לקידושין. והיסוד הזה דכסף קידושין חל ע"פ גופא דהחפצא דהכסף ולא ע"פ שוויו גם עולה משיטתם דמתנה ע"מ להחזיר מועיל בקידושין מדאורייתא.

ובנוגע לחוב דעלמא, פשיטא דאי אפשר לפרוע חוב ע"י מתנה ע"מ להחזיר כי המלוה לא קיבל השווי דנתן ללוה. וא"כ, קשה מפדיון הבן דמועיל בו מתנה ע"מ להחזיר דלכאורה הוי חוב לכהן.[313] ונראה לבאר דפדיון הבן אינו חל כחוב דעלמא, אלא כמצוה של מעשה נתינה לכהן. והחיוב מצוה לתת דבר לכהן גורם חיוב ממון על אבי הבן.[314] אבל יש להקשות על זה דהרי לגבי ספק בכור אמרינן דאין חיוב פדיון משום דהמוציא מחבירו עליו הראיה (ב"מ ו:) ולא אמרינן ספק מצוה לחומרא. ולכאורה מזה דאמרינן המוצא מחבירו עליו הראיה מוכח דפדיון הבן חל כפריעות חוב לכהן ולא כמצוה של מעשה נתינה לכהן. ונראה לתרץ דבאמת פדיון הבן חל בתחילה כמצוה דמעשה נתינה, אלא דמכיון דאופן הקיום הויא ע"י פריעת החוב דנוצר לכהן חל בו הדין דהמוציא מחבירו עליו הראיה. דלענין הדין של ספק אזלינן בתר האופן דקיום המצוה ולא בתר עיקר חלות חיוב המצוה דהויא מצות נתינה.[315]

[313] והשווה לדברי רבינו זצ"ל בשיעורים לעיל (ג. בענין חליפין בקידושין, אות ד) בנוגע לנתינה בע"כ במתנות כהונה.

[314] ורבינו זצ"ל ציין לביאור הגר"א לשו"ע (יו"ד סימן רמה סק"ט) להוכיח דמצוה יכולה לגרום שעבוד ממון. דהשו"ע (סימן רמה סעיף ד) כתב וז"ל חייב להשכיר מלמד לבנו ללמדו אבל לבן חבירו אינו חייב להשכיר, הגה: והיו כופין ליה לשכור לבנו מלמד, ואם אינו בעיר ויש לו נכסים אם אפשר לאודועי ליה מודיעים ליה ואם לאו יורדים לנכסיו ושוכרים מלמד לבנו עכ"ל. ומבואר ברמ"א דיש חיוב ממון על האב ללמד בנו תורה. והגר"א כתב דהמקור לזה הוא הגמ' בכתובות (פו.) דכופין על מצות עשה וז"ל כיון שמחויב הוי ככל חוב עכ"ל. ומבואר מדברי הגר"א דיש דין כללי דכל מצות עשה גורם חיוב ושעבוד ממון. ולפי זה מצות פדיון הבן הויא כמו כל שאר מצות עשה דמצות מעשה הנתינה לכהן גורמת שעבוד ממון.

[315] עיין בקובץ שיעורים (סימן לו) דתירץ הקושיא הראשונה כמו רבינו זצ"ל אבל נשאר בצ"ע מהדין בספק בכור.

ב

קידושין בטבעת שאולה, שכורה, וכדומה

בנוגע לקידושין בטבעת שאולה, הרא"ש (פרק א סימן כ) הביא דנחלקו בזה הראשונים, וז"ל וראיתי בספר החכמה שיסד רבינו ברוך ז"ל ממגנצא ומה שכתב מקצת בני אדם לקדש בטבעת שאולה נראה דלאו שפיר עבדי ובעל העיטור ז"ל כתב והמקדש בטבעת שאולה איכא דמדמי ליה למתנה ע"מ להחזיר ובאשה אינה מקודשת ואיכא מאן דאמר סתם שאלה ל' יום ובההיא הנאה מיקדשה לא עבדינן סבה עובדא וכו' ואני אומר אם השאילו לו הטבעת לזמן ידוע ונתנו לו רשות להשאילה לאחר לקדש בה את האשה והודיעו שהיא שאולה בידו עד זמן פלוני ומסרו לה שהיא מקודשת בהנאת שימוש וקישוט שתוכל להתקשט בו עד זמן פלוני שמין אם יש בהנאת אותו קישוט שוה פרוטה מקודשת אע"פ שאין גוף הטבעת שלה דכל הנאת שוה פרוטה אשה מקודשת בה מידי דהוה אארווח לה זימנא דהלואה ונותנת מנה לאדם חשוב והיא מתקדשת לו באותה הנאה שקיבל המנה ממנה אבל בענין אחר אינה מקודשת כלל בטבעת שאולה וגרע טפי ממתנה ע"מ להחזיר [דהוה] מתנה ומקודשת מן התורה אלא דחכמים הפקיעו משום דדמי לחליפין ואתי למימר מתקדשת בחליפין אבל טבעת שאולה אם נתנה לאחר לא קנאה האחר וגזל היא בידו אמנם נראה לי אם יאמר לו השאילני טבעת כדי לקדש בו את האשה דהויא מקודשת דכיון שהשאיל לו אדעתא לקדש בו את האשה וכו' עכ"ל. והרא"ש עצמו חילק בין היכא דהמשאיל ידע דכוונת השואל לקדש אשה בהטבעת לבין היכא דהוא לא ידע כוונת השואל. דאם המשאיל לא ידע כוונת השואל אז אין השואל רשאי להשאיל הטבעת לאשה ונמצא דגזל היא בידה. אבל אם הוא ידע דהשואל רוצה לקדש בו אשה אז יש לו דעת לתת הטבעת להמקדש עבור הקידושין והקידושין חל.

והנה המחבר (סימן כח סעיף יט) פסק כבעל העיטור דהמקדש אשה בטבעת שאולה בלי רשות המשאיל הרי היא ספק מקודשת. ויש לבאר את נקודת הספק שלו בכמה אופנים: **א)** יש הלכה פסוקה דאין השואל רשאי להשאיל לאחר ואין השוכר רשאי להשכיר (רמב"ם פרק א מהלכות שכירות הל"ד). ויש לעיין בגדר ההלכה, האם אין לשואל או לשוכר בעלות כדי להקנות את החפץ לאחר בשאלה או בשכירות או"ד דבעצם יש לשואל או לשוכר בעלות להשאיל ולהשכיר לאחר אלא דמדיני שמירה העברת החפץ לשני אסורה.[316] ויש נ"מ במקרה דידן דקידושין בטבעת שאולה. דאם אין לשואל הבעלות

[316] הרא"ש (פרק א סימן כ) כתב דאם השואל משאיל לאחר בלי רשות הבעלים אז "לא קנאה האחר וגזל היא." וביאור הדברים הוא דאין רשות לשואל להשאיל לאחר ולכן הויא גזילה ביד האשה. אבל עיין בתרומת הדשן (סימן רי, הובא בבית שמואל סימן כח סקמ"ח) דכל זה הויא רק לכתחילה, וז"ל היה נראה לומר דאין דעת האשר"י

להשאיל לאחר, אזי אינו יכול לקדשה בטבעת שאולה ואם קידשה אינה מקודשת, אבל אם יש לו הבעלות להשאיל לאחר בדיעבד אפשר לקדשה ע"י השאלת הטבעת לאשה והריהי מקודשת.[317]

והנה נראה להוכיח דהדין דאין השואל רשאי להשאיל לאחר אינו מחמת חסרון בעלות. דהרי יש ראשונים דחילקו בדין זה בין מטלטלין לקרקע. דעיין ברמב"ם (פרק ה מהלכות שכירות הל"ה) וז"ל מכאן אני אומר שהמשכיר בית לחבירו עד זמן קצוב ורצה השוכר להשכיר הבית לאחר עד סוף זמנו משכיר לאחרים אם יש בני בית כמנין בני ביתו, אבל אם היו ארבעה לא ישכור לחמשה שלא אמרו חכמים אין השוכר רשאי להשכיר אלא מטלטלין שהרי אומר לו אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר אבל בקרקע או בספינה שהרי בעלה עמה אין אומר כן עכ"ל. וכן פסק המחבר (חו"מ סימן שטז סעיף א). וצ"ע מהי הסברא לחלק ולומר דהשואל והשוכר מטלטלין אינו יכול להשאיל ולהשכיר לאחר אבל השואל או השוכר קרקע מותר להשאיל ולהשכיר לאחר. ונראה לבאר דאם האיסור להשאיל ולהשכיר לאחר הוא משום חסרון בעלות אז אין טעם לחלק בין מטלטלין וקרקע. מאידך אם יסוד האיסור הוא מדיני שמירה אזי י"ל דכל זה שייך רק במטלטלין דיש בהם דיני שמירה. משא"כ קרקע דמופקע מדיני שמירה (רמב"ם פרק ב מהלכות שכירות הל"א), ואין חלות אחריות ע"פ דין אפי' מהשואל הראשון לבעלים, ולכן מובן למה אין איסור להשאיל לאחר.[318] ומוכח מזה דיש לשואל או לשוכר מספיק בעלות על הדבר השאול או השכור כדי להשאיל ולהשכיר לאחר.

ואם כנים הדברים אזי י"ל לומר דקידושין חלין בטבעת שאולה, דהרי יש לשואל הבעלות להשאיל הטבעת לאחר. אמנם נראה דיתכן לחלק בין קרקע למטלטלין בחלות קנין

שאם לא נתנו לו רשות להשאילו שאינה מקודשת אפילו בדיעבד, דהא איהו גופיה פסק פ' המפקיד בשם רב אלפס אע"ג דאמרינן בגיטין אין השואל רשאי להשאיל ואין השוכר רשאי להשכיר, היינו לכתחילה אבל אם עשה לא מיקרי גזלן בהכי הואיל ומסרה לבן דעת. וכיון דלא מיקרי גזלן בהכי הואיל ומסרה לבן דעת א"כ הרי קידשה באותה הנאת קישוט שיש לה בה שלכך שכרה עכ"ל. הרי דלפי התרומת הדשן החילוק שכתב הרא"ש בין היכא דהמשאיל נתן רשות לבין היכא דלא נתן רשות הוי רק חילוק לכתחילה. אבל בדיעבד שואל דהשאיל לאחר אינו גזלן ולכן הוא יכול לקדשה בהנאה דהיא מקבלת מהחפץ.

[317] אך י"ל דמדיני שמירה אם משאיל את החפץ לשני הו"ל שולח יד בפקדון והו"ל גזל דאינה מקודשת.

[318] אמנם עיין בפרישה (סימן שטז סק"א) דביאר לשון הרמב"ם "דהרי בעלה עמה" ע"פ מה דאיתא בשו"ת רשב"א (חלק א סימן א' קמה) דהשוכר רשאי להשכיר לאחר כל דבר דאינו יכול להבריח דכולל קרקע ומטלטלין גדולים. וא"כ נחלקו הפרישה ורבינו זצ"ל בפירוש דברי הרמב"ם אם ההיתר להשכיר קרקע לאחר הוא משום דאין דיני שמירה וחיוב אחריות בקרקע, או מאומדנא דדעת בעל הבית בדבר דאינו יכול להבריח אין קפידא. ולפי רבינו זצ"ל הא דהרמב"ם כתב "שהרי בעלה עמה" הולך על ספינה דהוי מטלטלין אבל בקרקע אין איסור מטעם דאין שמירה חלה בקרקע. אך צ"ע שהרי הרמב"ם פסק (פ"ב מהלכות שכירות הל"ג) ששומר שפשע בקרקע חייב מדין מזיק. וביאר הגר"ח זצ"ל דאינו חייב כמזיק דעלמא אלא דוקא מדין שומר וששמירה חלה בקרקע. ולכאורה צ"ל דהא אין השוכר רשאי להשכיר אינו מדין פשיעה ומשו"ה בקרקע מותר. וצ"ע דבפשטות אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר הוי פשיעה, וצ"ע.

דשואל או שוכר בדבר השאול או השכור. דלגבי קרקע י"ל דשפיר יש לשואל קרקע בעלות כדי להשאיל הקרקע לאחר. ואילו במטלטלין יתכן דעצם דין זה דיש לשואל חלות דין שומר וחיוב אחריות גם משפיע על חלות הקנין שלו דאינו נחשב לבעלים להשיאלו לאחר, וא"כ שפיר ניתן לבאר את ספיקת המחבר כספק בגדר הדין דאין השואל רשאי להשאיל לאחר במטלטלין.

ב) מבואר בגמ' דמדרבנן קידושין ע"י נתינת מתנה ע"מ להחזיר לאשה לא מהני כי דמי לחליפין (לשיטת התוס'). וא"כ יש לומר דגם קידושין בטבעת שאולה כלול בדין דרבנן הזה דהרי היא צריכה להחזיר את הטבעת השאולה כמו דהיא צריכה להחזיר מתנה ע"מ להחזיר. אבל מצד שני יש לחלק בין קידושין ע"י טבעת שאולה לבין קידושין ע"י נתינת טבעת בתורת מתנה ע"מ להחזיר. דהרי במתנה ע"מ להחזיר חל קנין גמור עם תנאי לחזור ולהקנותה לנותן המתנה בחזרה, לעומת שאילה דהויא מעיקרא רק קנין לזמן דפקע הקנין ממילא בסוף הזמן ואינו דומה לחליפין דהוי קנין ע"מ להחזיר בקנין חזרה לנותן. ואולי הגזרה מדרבנן לעקור קידושין במתנה ע"מ להחזיר חל רק היכא דהיא מחוייבת לחזור ולהקנות בחזרה ולא בקנין לזמן דפקע מעצמו כמו בשאילה.

ועוד נראה דיש לחלק דכשהמקדש נותן לה את הטבעת שלו בתורת מתנה ע"מ להחזיר הרי הוא אינו נותן לה את כל הקנין דיש לו בחפץ, דהרי יש לו קנין גמור בחפץ והוא נותן לה את הטבעת רק בתורת מתנה ע"מ להחזיר.[319] משא"כ שואל המקדש בטבעת שאולה הרי הוא נותן לאשה כל הקנין דיש לו בטבעת, וא"כ י"ל דזה אינו כלול בדין דרבנן למנוע קידושין במתנה ע"מ להחזיר. ועיין במה שכתב בבית שמואל (סי' כח סקמ"ח) בשם התרוה"ד.

ועוד נראה דיש לחלק ולומר דהגזירה מדרבנן להפקיע קידושין במתנה ע"מ להחזיר חל רק בבעלות דעלמא. אמנם שאני קנין דשואל מקנין דעלמא, דהרי לפי רב הונא (לקמן מז:) השואל רק גומר את הקנין שלו לכל דיני שאלה ע"י תחילת המלאכה כמו ביקוע ולא ע"י משיכה והגבהה בלבד. ומכיון דיש לשואל קנין מיוחד מדין שואל, הדין דרבנן להפקיע קידושין במתנה ע"מ להחזיר לא חל עליו.

ג) עוד י"ל דאפי' אם השואל נחשב לבעלים דיכול להשאיל לאחר, וגם אם נימא דהדין דרבנן דפוסל קידושין במתנה ע"מ להחזיר אינו חל על טבעת שאולה, עדיין ניתן לומר דאי אפשר לקדש בטבעת שאולה. דהרי יתכן דמעיקרא דדינא המקדש צריך להקנות לאשה את כסף הקידושין בהקנאה גמורה ולא בקנין מסוים דשואל דהוי קנין דחל רק

[319] אליבא דהצד לעיל דמתנה ע"מ להחזיר אינו קנין גמור.

להשתמשות בלבד.[320] ולפי"ז מבואר דיש חסרון בעצם חלות קנין דשאלה דאינו יכול להיות ע"פ דין חלות שם כסף קידושין.

והנה נ"מ בין הטעמים הנ"ל הוא אם אדם קידש אשה בקנין פירות לזמן שיש לו בשדה. דהרי אם החסרון בשאלה הוי דין דרבנן להפקיע מתנה ע"מ להחזיר מקידושין, מסתבר דהגזרה הזאת חלה גם על כל קנין לזמן. אבל אם החסרון דטבעת שאולה הוי מחמת מעשה הקנין המיוחד דשואל או מחמת חסרון בחלות הבעלות של השואל, מסתבר לחלק ולומר דכל זה שייך בשואל אבל ניתן לקדש בקנין פירות דדומה יותר לקנין גמור מקנין השואל דחל רק להשתמשות בעלמא בלבד, ואינו קנין פירות בחפצא.[321]

ויתכן דעוד יש נ"מ בין ג' טעמים הנ"ל בענין קידושין בנוגע לטבעת שכורה. דהרי המחבר עצמו שתק לגבי טבעת שכורה, והרמ"א (סימן כח סעיף יט) פסק דהיא ספק מקודשת כמו בטבעת שאולה. וי"ל דאם החסרון בטבעת שאולה הוא דהקנין חל רק לזמן וא"כ הגזרה מדרבנן להפקיע מתנה ע"מ להחזיר בקידושין גם חל עליה, אזי מסתבר דהגזרה מדרבנן חלה גם על טבעת שכורה. אבל אם החסרון בטבעת שאולה הוי הקנין המיוחד דשואל דהוי קנין להשתמשות בעלמא, אזי מסתבר דהיא מקודשת בטבעת שכורה. דהרי שכירות הויא ממכרא ליומיה (ב"מ נו:) והקנין חל ע"י הגבהה, משיכה וכדומה ולא ע"י תשמיש כמו בשואל.[322]

והנה המחבר פסק דאם אדם קיבל מתנה ע"מ להחזיר מהבעלים ומקדש אשה במתנה הזאת, דהיא מקודשת. ונמצא, דהמחבר הבחין בין קידושין בטבעת שאולה דהוי ספק קידושין, לבין קידושין בטבעת דקיבל כמתנה ע"מ להחזיר דהוי ודאי מקודשת. וההילוק הזה טעון בירור דהרי בשניהם אין לה קנין גמור בטבעת. וצ"ל דבטבעת דהמקדש קיבל במתנה ע"מ להחזיר, אין שום הגבלה ע"פ דין בקנין האשה בטבעת. דהרי המקדש קנה את הטבעת בקנין גמור בתנאי להקנותה בחזרה. וכשהוא נותן את הטבעת לאשה, הבעלות שלו עוברת לאשה אבל התנאי דחזרה שייך רק למקדש עצמו דקיבל את המתנה מהבעלים ולא לאשה. נמצא דע"פ דין אין שום חסרון בקנינה בטבעת, ולכן הג' טעמים הנ"ל למה קידושין בטבעת שאולה אולי אינן חלין אינם שייכים לטבעת דקיבל האיש במתנה ע"מ להחזיר.[323]

[320] עיין בזה בלשון הריטב"א לקמן (מז: ד"ה הא דרב הונא) וז"ל דבשאלה לא מיקני ליה גוף הכלי כלל אלא תשמיש שבו עכ"ל.

[321] עיין ברשימות שיעורים לב"מ (צו. ד"ה המוכר שדה לחבירו לפירות) דרבינו זצ"ל האריך בגדר דקנין פירות

[322] עיין עוד ברשימות שיעורים לב"מ (נו: ד"ה שכירות ביומיה).

[323] ורבינו זצ"ל הוסיף דההילוק הזה פשוט לפי הרא"ש (פרק א דקידושין סימן כ) דפסק דבסתם מתנה ע"מ להחזיר המקבל יכול להחזיר דמי החפץ לנותן והחפץ עצמו ישאר אצלו. וא"כ, במקרה דידן, הטבעת תשאר אצל

ג

קידושין בהנאת תשמיש דמתנה ע"מ להחזיר

ועיין ברמ"א (סימן כט סעיף א) דהביא מרבינו ירוחם דאפשר לקדש אשה בהנאת מתנה ע"מ להחזיר, וז"ל י"א דאם נתן לה מתנה על מנת להחזיר ואמר לה בהנאה זו שאת נהנית תוך הזמן הרי את מקודשת לי, הוי קדושין עכ"ל. וצריך עיון בזה דהרי המקדש לא נתן לאשה את הנאת התשמיש כדי שיוכל לקדש אותה בהנאה זו, אלא דנתן לה את החפץ במתנה ע"מ להחזיר וממילא מכיון דהיא הויא הבעלים של החפץ היא יכולה ליהנות מהחפץ כמו מכל שאר החפצים דתחת ידיה. וא"כ, מכיון דהוא רק נתן לה את החפץ בתורת מתנה ע"מ להחזיר והיכולת שלה ליהנות נובעת ממילא מבעלותה על החפץ קשה איך הוא יכול לקדשה בהנאת התשמיש הזו, וצ"ע.[324]

תוד"ה לא יחזירו. וא"ת אמאי לא יצא הא לא הוה תנאי כפול וי"ל דאיכא תנאי דלא בעי כפול וכו'.

א

שיטת התוס' בענין תנאי וטעות באומדנא דמוכח

התוס' חידשו דהיכא דתוכן התנאי ברור לכל ע"פ אומדנא דמוכח, כמו בציור דהוא רוצה להקנות הנכסים שלו כדי לעלות לא"י, לא בעינן תנאי כפול כדי לבטל את המעשה.[325] ויש לעיין בגדר הדין הזה:

האשה לעולם והמקדש צריך להחזיר דמי הטבעת לנותן המתנה. אלא דכל זה לשיטת הרא"ש. אבל עיין בשו"ת ריב"ש (סימן ב) דחולק על הרא"ש והסיק דהוא צריך להחזיר את החפץ עצמו.

[324] עיין ברמב"ן וברשב"א דג"כ משמע דס"ל דאם מקדשה בהנאת מתנה ע"מ להחזיר דמקודשת. וצ"ל דס"ל דאפשר לקדש אשה בהנאה וכדחזינן מדין אדם חשוב. אבל רבינו זצ"ל נמנע מזה כנ"ל בשיעורים דנקט דא"א לקדש בהנאה דעלמא אם לא מדין פעולה וכדומה.

[325] רבינו זצ"ל העיר דהבית שמואל (סימן כט סק"א) הבין בשיטת התוס' דאפי' כשאין אומדנא דמוכח לא בעינן תנאי כפול. דהרי המחבר (סימן כט סעיף א) פסק מסקנת הגמ' דמתנה ע"מ להחזיר פסול לקידושין וז"ל האומר לאשה הרי את מקודשת לי בדינר זה על מנת שתחזירהו לי אינה מקודשת עכ"ל. והב"ח (שם סק"א) העיר דכל זה אם כפליה לתנאיה, אבל אם הוא לא כפל התנאי אז התנאי דחזרה בטל והמעשה קיים והיא מקודשת. והבית שמואל הבין דהב"ח נקט דהתוס' כתבו דלא בעינן תנאי כפול היכא דיש גילוי דעת רק במקרה דאתרוג דשם יש אומדנא דמוכח דהוא רוצה האתרוג בחזרה כדי לקיים בו את המצוה. אבל התוס' לא התכוונו למקרה דקידושין במתנה ע"מ להחזיר דמסתמא שם אין אומדנא דמוכח ע"י הגילוי דעת דהוא באמת תולה חלות הקידושין על החזרת הכסף. וא"כ במתנה ע"מ להחזיר בקידושין בלא כפילת התנאי, הב"ח נקט דהתנאי בטל וההקנאה לאשה חל, והיא מקודשת (וכן הבין המקנה בתוד"ה לא החזיר את שיטת התוס'). אבל הבית שמואל עצמו חולק על הב"ח והבין דהתוס' גם איירי במתנה ע"מ להחזיר דקידושין דגם שם לא בעינן תנאי כפול וסני בגילוי דעת בעלמא. ולכ' בשלמא במקרה דאתרוג יש אומדנא דמוכח דנותן האתרוג רוצה אותו בחזרה כי גם הוא רוצה לצאת בו וא"כ שפיר מובן חידוש התוס' שם דלא בעינן משפטי התנאים. אלא במקרה דקידושין דאין סברא כזאת נמצא דאין אומדנא דמוכח דהוא באמת רוצה כסף הקידושין בחזרה ועדיין הבית שמואל נקט דלפי התוס' לא בעינן כפילות בתנאי. ונמצא דלפי הבית שמואל חידוש התוס' שייך גם כשיש אומנדא דעלמא ולא רק כשיש אומדנא דמוכח, וצ"ע.

א) יתכן דחידוש התוס' שייך לכל משפטי התנאים. דיש לומר דהא דצריך חלות תנאי לבטל את המעשה הוא רק כשאין אומדנא דמוכח. אבל היכא דיש אומדנא דמוכח דהוא רוצה להקנות הנכסים שלו רק כפי התנאי דמוכח, כמו במכירת נכסיו על תנאי לעלות לא"י, אם הרצון שלו לא נתקיים אזי המעשה בטל מדין טעות ולא בעינן חלות שם ודין תנאי לבטל את המעשה. כי משפטי התנאים אינם חלין במקום דחל דין טעות.

ב) י"ל דבאמת בעינן חלות שם תנאי גם כשיש אומדנא דמוכח ולכן בעינן שאר משפטי התנאים. אבל תנאי כפול אינו דין דוקא בהלכות תנאים, אלא הוי דין כללי בהלכות בירור הלשון. דצריך לשון ברור כדי שיחול חלות שם תנאי, ובדרך כלל רק יש הבהירות הנצרכת לחלות שם תנאי אם התנאי הוא כפול. וכל זה לפי המ"ד מכלל לאו אי אתה שומע הן, דהיינו דבכל התורה כולה סובר דבלי כפילות הלשון אין כאן לשון ברור. ולכן בכהת"כ כשיש צורך ללשון ברור בעינן כפילות הלשון. למשל, נחלקו התנאים במשנה (שבועות לה.) אם אדם תובע עדים להעיד בלשון "ברכך ה' אם תעידוני" והם כפרו, אם הם חייבין משום שבועת העדות או לא. והגמ' (לו.) רצתה לתלות מחלוקת התנאים הזו במחלקות בין ר"מ וחכמים אי אמרינן מכלל לאו אתה שומע הן או אי אתה שומע הן, דלפי ר"מ דמכלל לאו אי אתה שומע הן, אזי העדים פטורין כי אין במשמעות לשונם הצד השני דהיינו דאם לא יעידו דה' יקלל אותם. ומבואר מזה דהמ"ד מכלל לאו אי אתה שומע הן סובר דבכהת"כ בעינן כפילות הלשון כדי שהלשון תהא ברור. ומזה דהגמ' (שם) גם תולה הצורך בתנאי כפול במחלוקת האם מכלל לאו אתה שומע הן, מוכח דהצורך לתנאי כפול אינו דין מיוחד בהלכות תנאים אלא דין כללי במשמעות הלשון. וא"כ במקרה דידן דברור לכל דהוא מוכר נכסיו רק משום שהוא רוצה לעלות לא"י, לא בעינן כפילות הלשון כי סגי במשמעות דאומנדנא דמוכח דהוא תולה מכירת הנכסים בעלייה לא"י. אבל עדיין בעינן כל שאר משפטי התנאים דאינם דין במשמעות הלשון אלא דהוו גזה"כ ממשפטי תנאי בני גד ובני ראובן.[326]

ומוכרח מתוס' כצד השני דבמקום אומדנא דמוכח צריך שאר משפטי התנאים חוץ מתנאי כפול. כי בהמשך דבריהם הקשו התוס' דמתנה ע"מ להחזיר הוי תנאי ומעשה בדבר אחד וחסר אחד ממשפטי התנאים והתנאי בטל והמעשה קיים. ולפי הצד השני

[326] ועיין ברשימות שיעורים לנדרים (י: בענין מכלל לאו אתה שומע הן) ושבועות (לו. בענין מכלל לאו אתה שמוע הן) דרבינו זצ"ל נקט דלפי התוס' דידן תנאי כפול הוי דין רק במשפטי הלשון ולא במשפטי התנאים. ועיי"ש דרבינו זצ"ל דייק דהרמב"ן (הלכות נדרים דף ג') חולק על התוס' ונקט דבנוסף למשפטי הלשון יש עוד דין דתנאי כפול דחל מדין משפטי התנאים. וע"ע בשיעורים כאן דרבינו זצ"ל צידד לומר דגם להתוס' כאן יש ב' דינים בתנאי כפול.

הנ"ל הקושיא מובנת כי בעינן כל משפטי התנאים חוץ מתנאי כפול דהוי דין אחר. אבל לפי הצד הא' דאין כאן חלות תנאי כלל אלא רק מעשה בטעות, דאז אין צורך למשפטי התנאים בכלל, צ"ע למה הקשו התוס' מתנאי ומעשה בדבר אחד.

ולפי מה שביארנו בדברי התוס' אפי' כשיש גילוי דעת ואומדנא דמוכח דהוא רק רוצה למכור הנכסים שלו אם הוא עולה לא"י ובסופו של דבר אינו עולה, אין המכירה בטל מדין טעות. דגדר דין טעות דבטל הקנין מאליו הוא דוקא כשיש טעות במין החפצא של הקנין וכגון דס"ל שמוכר יין ונמצא שמן, או דסובר שהוא מקדש רחל ונמצאת לאה וכדומה.[327] משא"כ טעות בדבר דאינו מגופו של הקנין כמו הרצון שלו לעלות לא"י, אינו הופך את המכירה להיות מכירה בטעות, ועדיין בעינן חלות דין תנאי כפי משפטי התנאים כדי לבטל את המעשה.

ברם קשה לומר דהצורך לתנאי כפול הוא רק מדין משפטי הלשון ולא מדין משפטי התנאים. דהרי כפילות התנאי צריך להיות "הן קודם ללאו" וזה נלמד מתנאי דבני גד ובני ראובן כדמבואר בגמ' (גיטין עה:). וגם נראה להוכיח דהצורך להן קודם ללאו הוי דין במשפטי התנאים ולא במשפטי הלשון דבכל התורה כולה מזה דהמ"ד דסובר בכתה"כ דמכלל לאו אי אתה שומע הן אינו מצריך הן קודם ללאו בכתה"כ. ומוכרח מכל זה דהצורך להן קודם ללאו הוי ממשפטי התנאים ולא ממשפטי הלשון.[328] ומכיון דהן קודם ללאו הוי הלכה בנוסח תנאי כפול, ומוכח מזה דיש ב' דינים בתנאי כפול – הלכה במשפטי הלשון דבכהת"כ וגם הלכה במשפטי התנאים. וא"כ הדרא הקושיא לדוכתא לגבי התוס' דידן – דאם כשיש אומדנא דמוכח לא בעינן תנאי כפול דהויא ממשפטי

[327] השווה לשו"ת בית הלוי (חלק ג' סימן ג') דגם ביאר דהתוס' (לקמן מט: ד"ה דברים) סברי דקנין רק מוגדר כטעות אם הטעות היה בעצם הקנין ולא בדבר צדדי, וז"ל וכן בהא דקידושין דף נ' בשמע שמת בנו וכ' נכסיו לאחר דכ' התוס' והרא"ש דאינם דברים שבלב משום דאיכא אומדנא דמוכח דשם עצם הקנין שהקנה להאחר הרי היה כהוגן ומטעם אחר צריך לבטלו משו"ה אם לא היה אומדנא דמוכח היה נקרא דברים שבלב, אבל דבר דהיה טעות בעצם המעשה וכגון בנתקדשה לאחד ונודע שהוא בעל מום או מו"ש והיא לא ידעה מזה דזה נקרא מקח טעות והרי הא דטעות חוזר אינו בגדר תנאי וגם לא שייך לדון בו דין דברים שבלב דהביטול של הדבר הוא מצד דעצם המעשה היה בטעות ולזה לא בעי כלל שיהיה אומדנא דמוכח וכל מום שמקפדת עליו כשנודע לה ה"ה מקח טעות וחוזר עכ"ל.

[328] רבינו זצ"ל אמר דיש דעה אחת בראשונים דנקט דהצורך ל"הן קודם ללאו" נובע מהכלל דתפוס לשון אחרון. דהיינו, דאם סיים בלשון הן, אז המעשה היה קיים והתנאי בטל. ולפי הדעה הזאת בראשונים נראה דגם הן קודם ללאו הוי ממשפטי הלשון דבכהת"כ ולא דין במשפטי התנאים, וא"כ הוסר הקושי משיטת התוס'. וכנראה דרבינו זצ"ל התכוון לדברי הר"ן בגיטין (לו: בדפי הרי"ף) וז"ל ונ"ל דמאי דבעינן הן קודם ללאו היינו שלא יהא מסיים דבריו בהן [בכי האי גונא ס"ל] דבגמר דבריו אדם מתפיס ונמצא מעשה קיים ותנאי בטל הלכך אף על גב דמקדימין לאו להן כי היכי דלא לקדים פורענותא לנפשיה כיון שגומר דבריו בלאו סגי עכ"ל. אבל רבינו זצ"ל הקשה דאם כוונת הר"ן היא דאם הוא גומר דבריו ב"הן" אז נראה דהוא חוזר מהתנאי ורק רוצה דהמעשה יהיה קיים, דזה גם שייך לומר כשגומר בלאו. דבסוף דבריו הוא נתפס ונראה דהוא אינו רוצה בקיום התנאי בכלל. ורבינו זצ"ל השאיר שיטה הזאת בצ"ע.

התנאים, למה התוס' הקשו מתנאי ומעשה בדבר אחד. דהרי ממ"נ, אי בעינן משפטי התנאים כשיש אומדנא דמוכח אז גם בעינן תנאי כפול, ואי לא בעינן משפטי התנאים כשיש אומדנא דמוכח אז למה הקשו התוס' דיש חסרון דתנאי ומעשה בדבר אחד.

ונראה להעלות ב' פירושים בדברי התוס':

א) באמת הביאור בדברי התוס' עדיין נכון – דהאומדנא דמוכח מסיר את הצורך לתנאי כפול דהוי הלכה במשפטי הלשון ואינו מסיר הצורך למשפטי התנאים. ולגבי תנאי כפול י"ל, דיש ב' דינים בתנאי כפול אבל הם לא חלין בבת אחת. דבתחילה, צריך לדון מצד בירור הלשון אם בעינן תנאי כפול מדין משפטי הלשון, ואם משערינן דהלשון ברור מצד עצמו אז סגי בלי כפילות התנאי. אבל אם מדין משפטי הלשון בעינן תנאי כפול כדי לברר כוונתו, אז חל על התנאי הכפול דין משפטי התנאים, ויש לו כל דיני תנאי נוסף למה שנצרך מצד בירור הלשון כמו דין הן קודם ללאו דהוי ממשפטי התנאים. ויוצא, דלפי התוס' אם יש אומדנא דמוכח ואין צורך לתנאי כפול מדין משפטי הלשון אזי לא חל הדין דתנאי כפול מדין משפטי התנאים.

ב) מכיון דהוכחנו דתנאי כפול הוי דין במשפטי התנאים ולפי התוס' אומדנא דמוכח מסיר הצורך לתנאי כפול, א"כ מוכח מזה דכשיש אומדנא דמוכח לא בעינן משפטי התנאים. אבל אין הפשט דהאומדנא דמוכח עושה את המעשה לטעות, אלא להיפך – כשיש אומדנא דמוכח נעשה כאילו הוא אמר התנאי באופן דקיים כל משפטי התנאים.[329] וכל זה נכון לגבי משפטי התנאים דתלויים בנוסח התנאי כמו תנאי כפול והן קודם ללאו. אבל לגבי הפסול דתנאי ומעשה בדבר אחד, א"א לומר דמכיון דיש אומדנא דמוכח הרי זה כאילו התנאי ומעשה הם בשני דברים שונים. ולכן התוס' נקטו דכשיש אומדנא דמוכח אין צורך למשפטי התנאים דתלויים בנוסח התנאי, אבל משפטי התנאים האחרים עדיין נצרכים ואפשר להקשות מהדין דתנאי ומעשה בדבר אחד.

ונראה דיש נ"מ בין ב' הפירושים בתוס' לגבי הצורך לתנאי קודם למעשה. דלפי הביאור הא', אומדנא דמוכח רק מסיר הצורך לתנאי כפול אבל כל שאר משפטי התנאים עדיין נצרכים. אבל לפי הביאור הב' כשיש אומדנא דמוכח אין צורך לכל משפטי התנאים

[329] והשווה לביאור הגר"ח זצ"ל (הובא בקובץ שיעורים לבבא בתרא סימן תלז). דהגר"ח זצ"ל גם נקט דיש ב' דינים בתנאי כפול – דין במשפטי הלשון דבכהת"כ ודין מיוחד במשפטי התנאים דנלמד מתנאי דבני גד ובני ראובן. אלא דלפי המ"ד דמכלל לאו אתה שומע הן, אין צורך לכפול התנאי כי כאילו הוא אמר שני הצדדים, וז"ל דפלוגתא דמכלל הן אתה שומע לאו היא אם הלאו נכלל בלשון ההן, וא"כ כשאומר ההן לחוד הוי כאילו אומר ההן והלאו וממילא הוי כפול, ואידך מ"ד ס"ל דאף דאנו מבינין גם את הלאו מדבריו, מ"מ אינו בכלל לשונו ולא מיקרי פירש את הלאו, ולא הוי דומיא דב"ג וב"ר עכ"ל.

דתלויים בנוסח ולכן לא בעינן תנאי קודם למעשה.[330]

ב

בגדר תנאי ומעשה בדבר אחד

נתבאר לעיל (אות א') דיש לחקור ביסוד דין דתנאי כפול, האם הוא חלק ממשפטי התנאים או דהוי דין כללי במשפטי הלשון בכהת"כ. ויש לחקור באופן דומה לגבי עוד דברים הנצרכים בתנאים. הגמ' בגיטין (עה.) לכאורה לומדת מתנאי בני גד ובני ראובן דבעינן תנאי ומעשה בדבר אחר, לעומת תנאי ומעשה בדבר אחד דפסול. ובגדר תנאי ומעשה בדבר אחד יש דיון בתוס' בסוגיין. דבקושייתם, התוס' הבינו דתנאי ומעשה בדבר אחד פירושו בחפצא אחד, כמו אם מעשה הקנין והתנאי של חזרה מתייחסים לאותו אתרוג. ומכיון דאין סברא לפסול תנאי כזה, מבואר דבההו"א התוס' תפסו הפסול דתנאי ומעשה בדבר אחד כאחד ממשפטי התנאים דנלמד מתנאי בני גד ובני ראובן. אבל התירוץ השני של התוס' מפרש הפסול דתנאי ומעשה בדבר אחד באופן אחר, דהיינו דהתנאי סותר את המעשה. וזה דבר דמובן מסברא בלי גזה"כ דמשפטי התנאים מבני גד ובני ראובן.

ומצינו דנחלקו בזה עוד ראשונים. דהרי על הדין דרבא דהאומר הילך אתרוג זה על מנת שתחזירהו לי, נטלו והחזירו יצא, ואם לאו לא יצא, הקשה הרא"ש (בבא בתרא פרק ח סימן מח) קושיית התוס' דידן דלכאורה הוי תנאי ומעשה בדבר אחד, והרא"ש תירץ באופן אחר, וז"ל אמר רבא אתרוג זה נתון לך במתנה ע"מ שתחזירהו לי נטלו ויצא בו החזירו יצא, לא החזירו לא יצא, וקמ"ל דמתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה ואע"ג דהוי תנאי ומעשה בדבר אחד רבא לטעמיה דפליג במי שאחזו (עה.) על רב אדא בר אהבה וסבר רבא דתנאי ומעשה בדבר אחד הוי שפיר תנאי עכ"ל. ויוצא דלפי שאר האמוראים בסוגיא שם, אע"פ דאין התנאי סותר את המעשה בתנאי דמעכשיו כדמבואר בתוס' בסוגיין, עדיין התנאי בטל מכיון דהתנאי והמעשה הוי בדבר אחד. ועיין בבית יוסף (אה"ע סימן לח) דהרא"ש פסק דבעינן תנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר. נמצא דהרא"ש נקט למסקנא דתנאי ומעשה צריכים להיות בשני דברים שונים אפי' כשאין התנאי סותר למעשה, וכ"כ הבית שמואל (סימן לח סק"ז) בדעת הרא"ש. והדין הזה אינו נלמד מסברא אלא מבני גד ובני ראובן.

אולם מהרמב"ם משמע דהוא חולק לגמרי על הרא"ש ונקט כמו הדעה השניה בתוס' דהדין דתנאי ומעשה בדבר אחד הוא רק דאין התנאי יכול לסתור את חלות המעשה.

[330] עיין בשיעורים לקמן (סא.) בענין עוד שיטות לגבי החילוק בין תנאי לבין טעות.

דהרי הרמב"ם השמיט הדין דתנאי ומעשה בדבר אחד מהרשימה של ד' דברים דנצרכים בכל תנאי (פרק ו מהלכות אישות הל"ב). והביאור בזה הוא ע"פ הדעה השניה בתוס' דתנאי ומעשה בדבר אחד נלמד מסברא דהתנאי אינו יכול לסתור את המעשה ולא מבני גד ובני ראובן.

דף ז.

גמ'. אמר רבא תן מנה לפלוני ואקדש אני לך מקודשת מדין ערב, ערב לאו אף ע"ג דלא מטי הנאה לידיה קא משעביד נפשיה, האי איתתא נמי אע"ג דלא מטי הנאה לידה קא משעבדא ומקניא נפשה.

יש לחקור בגדר קידושין מדין ערב, האם קבלת האדם השלישי הויא ע"פ דין כקבלת האשה ולכן היא מקודשת בכסף דנתן המקדש לשלישי, או"ד לא אמרינן דהויא כאילו היא קיבלה את הכסף, אלא דקבלת השלישי מחייבת אותה כערב והקידושין הוי במקום ההתחייבות שלה. והצד השני הוא דומה למש"כ לעיל לגבי קידושין ע"י הנאת מחילת מלוה לפי הרמב"ם, דהקידושין הוי במקום החיוב שלה לשלם את הרבית.[331] ונראה דבזה דנה השקלא וטריא של הגמ' בהמשך הסוגיא, וז"ל בעי רבא הילך מנה ואקדש אני לך מהו, אמר מר זוטרא משמיה דרב פפא מקודשת, אמר ליה רב אשי למר זוטרא אם כן הוה ליה נכסים שיש להם אחריות נקנין עם נכסים שאין להם אחריות ואנן איפכא תנן נכסים שאין להם אחריות נקנין עם נכסים שיש להם אחריות בכסף בשטר ובחזקה, אמר ליה מי סברת דאמרה ליה אגב הכא באדם חשוב עסקינן דבההיא הנאה דקא מקבל מתנה מינה גמרה ומקניא ליה נפשה עכ"ל. כלומר, אם היא נותנת לו פרוטה ובזה רוצה להתקדש, רב פפא נקט דהיא מקודשת מדין ערב ומדין עבד כנעני. דכמו דמצינו בציור דתן מנה לפלוני ואקדש אני לו דאע"פ דהמקדש לא נתן הכסף והמתקדשת לא קיבלה הכסף עדיין היא מקודשת מדין ערב ומדין עבד כנעני, כמו"כ בציור שהאשה נותנת הכסף להאיש, שני הדינין האלו חלין והריהי מקודשת. דמה לי אם המקדש נותן הכסף לשמעון ומה לי אם היא נותנת הכסף למקדש, בשניהם האדם שהיא רוצה שיקבל הכסף בסוף קיבל את הכסף. ומוכרח מזה דלפי רב פפא קידושין מדין ערב אינו חל מצד ההתחייבות דערב, דכאן המתקדשת עצמה נותנת הכסף וא"א לומר דהיא מתחייבת לעצמה. אלא היסוד דקידושין מדין ערב הוי דקבלת האחר נחשבת כקבלתה.

[331] ועיין בשיעורים לקמן (ח: ד"ה התקדשי לי במנה נטלתו וזרקתו לים, אות ד, ובהערות שם) דרבינו זצ"ל דן בחיקרה דומה. וע"ע במחנה אפרים (הלכות רבית סימן יא) דדן בחקירה מאוד דומה למה שהעלה רבינו זצ"ל.

ועל זה הקשה רב אשי מהמשנה לקמן דקנין אגב. וכוונת קושייתו היא דלפי רב פפא יהא אפשר להקנות קרקע לזולת בקנין כסף ע"י זה דהמקנה נותן מטלטלין לקונה. דאע"פ דהקונה לא קא חסר ולא מידי עדיין הקנין חל מדין עבד כנעני, ואע"פ דהמקנה לא קיבל כלום מ"מ הקנין חל מדין ערב מכיון דהאדם דהוא רצה לקבל הכסף (הקונה) קיבל את הכסף. ומכיון דאף תנא לא אישתמיט ללמד דאפשר להקנות קרקע באופן כזה, מוכרח דקנין כסף הפוך כזה (דהמקנה נותן כסף לקונה) לא מהני. וביאור הדברים הוא כצד השני בחקירתנו, דהקנין מדין ערב רק פועל אם נוצר התחייבות דערב והקנין חל כתמורה להתחייבות הזאת. ומכיון דכאן המקנה הוא הוא דנותן הכסף, ההתחייבות לא נוצר וא"א לקנות מדין ערב.[332]

ועוד יש להוכיח דקידושין מדין ערב חל ע"י התחייבות השעבוד דערב ולא שיש דין דקבלת אדם שלישי הויא כקבלת הערב. דאיתא ברמ"א (סימן כט סעיף ב) דקידושין מדין ערב שייך גם בהלואה ולא רק במתנה, וז"ל אמרה לו הלוה מנה לפלוני ואתקדש אני לך, והלוה לפלוני ואמר לה הרי את מקודשת בו, הוי קדושין, כמו במתנה עכ"ל.[333] ואם היסוד דדין ערב הוא דקבלת פלוני הויא ע"פ דין כקבלת הערב יוצא דמקדשה במלוה דלא מהני. אלא מבואר מזה דקבלת אדם השלישי גורם ששעבוד יחול על הערב והקידושין הוי במקום השעבוד. והשעבוד יכול לחול בין אם המקדש נתן מתנה לאדם השלישי ובין אם הוא נתן לו ממון בתורת הלואה.

ונראה דזוהי גם כוונת הרמב"ם (פרק ה מהלכות אישות הלכ"א) כשפסק את הדין דקידושין חלין מדין ערב, וז"ל האשה שאמרה תן דינר לפלוני מתנה ואתקדש אני לך ונתן ואמר לה הרי את מקודשת לי בהנאת מתנה זו שנתתי על פיך הרי זו מקודשת, אע"פ שלא הגיע לה כלום הרי נהנית ברצונה שנעשה ונהנה פלוני בגללה עכ"ל. הרמב"ם הדגיש דהיא נהנית מנתינתו לאדם השלישי. ואם היסוד דקידושין מדין ערב הוא דקבלת האדם השלישי נחשבת ע"פ דין כקבלת האשה, למה האשה המתקדשת צריכה ליהנות מהנתינה דהרי בלאו הכי האדם השלישי עומד במקומה ומקבל את הכסף ונהנה ממנו.[334] ונראה

[332] לפי רבינו זצ"ל קושיית רב אשי היא דלפי רב פפא נתינת מטלטלין מהמקנה לקונה ראוי להועיל להקנאת קרקע מדין קנין כסף, ומכיון דזה לא כתוב במשנה רואים דזה אינו מועיל כקנין כסף. רבינו זצ"ל העיר דהראשונים לא ביארו באופן הזה אלא הבינו דהשו"ט הולך סביב קנין אגב – דרב אשי הבין דברי רב פפא דהיא מקודשת מדין אגב והוא מקשה דזה היפך קנין אגב רגיל.

[333] וכן איתא בריטב"א על אתר (ו: ד"ה אמר רבא).

[334] עיין בחידושי מרן רי"ז הלוי (מכתבים בסוף הספר עמ' פ"ב) דהגרי"ז זצ"ל ביאר דהיא צריכה ליהנות מהכסף כי יש דין מיוחד בקידושי כסף דבנוסף לכסף עצמו בעינן שהיא תהנה. ורבינו זצ"ל גם ביאר מעין זה בשיעורים לעיל (ג. בענין חליפין אות ג' בשיטת הרמב"ם). אבל כאן רבינו זצ"ל הוכיח מהצורך שהיא תהנה דהקידושין מדין ערב מועיל רק ע"י שהיא ראויה להתחייב כערב.

דהביאור ברמב"ם הוא ע"פ הגמ' בב"ב (קעג:) דהערב רק משתעבד ע"י ההנאה דהוא מקבל, וז"ל אלא אמר רב אשי בההוא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשתעבד נפשיה עכ"ל. והרמב"ם הבין דהוא הדין לגבי קידושין, דההנאה דהיא מקבלת גורם שעבודים והקידושין הוי במקום השעבודים האלו.

אלא עדיין צ"ע הסיפא דהרמב"ם – "ונהנה פלוני בגללה". אם הקידושין חל ע"י ההנאה דהיא מקבלת ברצונה וגורמת לשעבוד, למה בעינן דגם המקבל יהנה מהכסף. ונראה לבאר ע"פ המחלוקת שבין הרמב"ן והרשב"א האם הדין דערב שייך היכא דהיא אומרת לו "זרוק מנה לים ואקדש אני לך". דהרמב"ן לקמן (ח: ד"ה סלע שלה) נקט דאין לחלק בין אם הוא נותן הכסף לבר דעת על פיה או שהוא זורק אותו לים. אבל הרשב"א (ח: ד"ה הא דתניא) חולק על זה ונקט דקידושין מדין ערב שייך דוקא אם הנתינה הויא לבר דעת ולא סתם לזרוק הכסף לים. ולשון הרמב"ם מדוייק כהרשב"א דהרי הוא הדגיש דהמקבל נהנה מקבלת הכסף, דבר שלא שייך בזריקה לים.[335]

גמ'. הילך מנה והתקדשי לפלוני מקודשת מדין עבד כנעני, עבד כנעני לאו אף ע"ג דלא קא חסר ולא מידי קא קני נפשיה, האי גברא נמי אע"ג דלא קא חסר ולא מידי קא קני לה להאי איתתא.

עיין ברש"י (ד"ה הילך מנה) וז"ל והוא שלוחו אלא שמקדשה משלו עכ"ל. ומבואר ברש"י דנותן הכסף צריך להיות שליח המקדש ובלי זה הקידושין אינו חל. וכן איתא ברשב"א (ד"ה הילך). ועיין בשיעורים לעיל (ג. בענין קנין חליפין לעכו"ם ודין עבד כנעני) בביאור שיטת רש"י והרשב"א. אבל עיין ברמב"ם (פרק ה מהלכות אישות הלכ"ב) דיש לו ביאור אחר בסוגיא, וז"ל אמר לה הא לך דינר זה מתנה והתקדשי לפלוני וקידשה אותו פלוני ואמר לה הרי את מקודשת לי בהנאה זו הבאה ליך בגללי הרי זו מקודשת אע"פ שלא נתן לה המקדש כלום עכ"ל. לפי הרמב"ם נותן הכסף אינו שליח של המקדש, והמקדש עצמו צריך לומר דהוא מקדש אותה בהנאה דהיא מקבלת. ומבואר מזה דלא בעינן שליחות כדי לעשות מעשה הקידושין בעד אחר. ונמצא דנחלקו הראשונים האם בדין עבד כנעני נותן הכסף צריך להיות שליח של המקדש או לא.

ונראה לבאר דנחלקו ביחס בין ב' הדינין בקידושי כסף – נתינת הכסף, וחלות מעשה קידושין. דפשיטא דאפי' נתינת הכסף לאשה צריכה להעשות בתורת קידושין, דהרי אם הוא נותן לה כסף בעלמא בשתיקה, דאינו יכול לומר לה אח"כ דהנתינה היתה בתורת

[335] ועיין לקמן בשיעורים (ח: ד"ה התקדשי לי במנה נטלתו וזרקתו לים, אות ג-ד) לביאור רבינו זצ"ל במח' בין הרמב"ן והרשב"א.

קידושין.[336] אלא דהרמב"ם נקט דהעברת הכסף לאשה יכולה להיות בתורת קידושין אפי' אם עדיין אין כאן חלות מעשה קידושין. ולכן הוא סובר דאדם אחר דאינו שליח המקדש יכול לתת לאשה את הכסף בתורת קידושין, אע"פ דזה הויא רק העברת הכסף לאשה בעלמא בלי חלות מעשה קידושין. וע"י אמירת הרי את מקדושת לי דהמקדש, הוא גורם שיהא כאן גם חלות מעשה קידושין, דיש צירוף בין נתינת הכסף מהאדם השלישי לאמירת המקדש להחיל חלות שם מעשה קידושין על הנתינה, וגם בלי שליחות.[337] אבל רש"י והרשב"א ס"ל דא"א לחלק את הקידושין באופן זה. כלומר, דא"א שתהא העברת הכסף לאשה נחשבת כנתינת כסף הקידושין היכא דעדיין אין כאן חלות מעשה קידושין. ולכן בסוגייתנו, צ"ל דכבר יש כאן חלות מעשה קידושין ע"י נתינת השלישי לאשה וזה שייך רק היכא דנותן הכסף הוי שליח של המקדש דגם יכול לומר לה הרי את מקדושת לפלוני כמו כל שליח אחר.

ונמצא דנחלקו הרמב"ם ורש"י והרשב"א לגבי החידוש דקידושין מדין עבד כנעני. דלפי הרמב"ם יוצא חידוש מופלג, דניתן לחלק בין הקנאת הכסף בתורת קידושין לבין חלות מעשה הקידושין, משום דיתכן נתינת הכסף לאשה בתורת קידושין אפי' היכא דעדיין אין כאן חלות שם מעשה קידושין. מאידך רש"י והרשב"א סבורים דזה א"א והחידוש דעבד כנעני יותר מוגבל, דהיינו דהשליח יכול להשתמש בכסף שלו בעד קידושי המשלח.

ויש להוכיח כדעת הרמב"ם מהגמרא לקמן (מז.) הקובעת דאפשר לקדש ע"י נתינת כמה תמרים לאשה אע"פ דכל אחד פחות משו"פ כשהמקדש אומר לה "התקדשי לי באלו". ופשיטא דחלות מעשה הקידושין נגמר רק לאחר נתינת התמר האחרון, ואעפ"כ ע"פ דין כל תמר ניתן בתורת קידושין. ולכאורה זוהי ראיה לשיטת הרמב"ם דאפשר לחלק בין העברת הכסף לחלות מעשה קידושין. ונראה דרש"י והרשב"א ידחו דיש לחלק בין היכא דהמקדש נותן את הכסף בעצמו דהוא יכול לתת כל תמר בתורת קידושין אע"פ דמעשה הקידושין נגמר רק לאח"כ, לבין דין הגמרא דידן דנותן הכסף הוי אדם שלישי הנותן מדין עבד כנעני. דרק בגמ' דידן א"א לאדם שלישי לתת את הכסף בתורת קידושין אם המעשה קידושין רק נעשית לאח"כ באמירת המקדש.

[336] וע"ע בשיעורים לעיל (ה: בענין ידות אות ב, ודף ו. בענין נתינה בשתיקה) למש"כ רבינו זצ"ל בנוגע לנתינת הכסף בתורת קידושין.

[337] ועיין במאירי (ד"ה אמר לה הי לך מנה) דהביא ב' דעות אם לפי הרמב"ם ודעימיה אמירת המקדש צ"ל בשעת הנתינה ממש או יכול להיות לאחר זמן. ולפי רבינו זצ"ל, לכ' נחלקו בעד כמה אפשר לחלק בין העברת הכסף לבין חלות מעשה הקידושין.

רשב"א ד"ה הילך מנה והתקדשי לפלוני.

יש לעיין האם אפשר לעשות מעשה קידושין בעד אחר מדין זכין לאדם שלא בפניו. ומדברי הרשב"א מבואר דזכייה מועיל בקידושין. דאיתא בגמ' לקמן (מה:) דאב יכול לקדש אשה בשביל בנו אם "ארצויי ארצייה לקמיה", דהיינו אם הבן גילה דעתו דהוא רוצה לקדשה. והרשב"א (ז. ד"ה הילך מנה) הביא דעת העיטור דזה נכון אפי' אם הבן גילה דעתו אחרי מעשה הקידושין דהאב, וז"ל והרב בעל העיטור ז"ל שכתב דאע"ג דלא ארצי אלא בתר דקדשה לה אודעי' לההוא גברא ואירצי בעדים מקודשת עכ"ל. והרשב"א עצמו חולק על העיטור ונקט דבעינן ארצויי ארצייה קמיה מעיקרא, לפני מעשה הקידושין דהאב.

והרשב"א הקשה על עצמו, וז"ל ומיהו תמיהא לי למה לן לארצויי מעיקרא והלא זכין לאדם שלא בפניו והכא זכות הוא שתהא אשה זו קנויה לו עכ"ל. כלומר, דלמה לפי שיטתו הארצויי ארצייה קמיה צריך להיות לפני הקידושין, הא יש דין דזכין לאדם שלא בפניו ולמה האב אינו יכול לקדש האשה מכיון דהויא זכות לבן. ולפי זה מבואר דהרשב"א הבין דבעל העיטור דלא הצריך גילוי דעת הבן לפני הקידושין באמת נקט דהאב מקדש בעד בנו מדין זכין לאדם שלא בפניו. והרשב"א תירץ לשיטתו דבעינן גילוי דעת לפני הקידושין כי אולי אין הקידושין זכות לבן, וז"ל ואפשר לי לומר דהכא חובתו היא דשמא באחרת ניחא ליה וכל כמה דאגיד בהא לא יהבו ליה אחריתי עכ"ל. ומבואר מזה דמעיקר הדין הרשב"א הסכים לשיטת העיטור דזכייה מועיל במעשה קידושין, אלא דבדרך כלל לא ברור דקידושין לאשה זאת הויא זכות. ולכן כשארצויי ארצייה לקמיה וידוע לנו דהבן באמת רוצה לקדשה, אזי אדם אחר יכול לעשות מעשה קידושין מדין זכין לאדם שלא בפניו.[338]

עכ"פ יוצא משיטות העיטור והרשב"א דמעיקר הדין זכייה מועיל בקידושין. וביאור השיטות האלו תלוי בחקירות בשני ענינים - גדר דין דזכייה וגדר דין דעת המקדש בקידושין:

[338] והשווה לרש"י שם (מה: ד"ה ודילמא ארצויי ארצי) וז"ל בן קמיה אביו וגילה לו דעתו שהוא חפץ בה והאב נעשה לו שליח מאליו וזכין לאדם שלא בפניו עכ"ל. ויש להעיר דהרמב"ן (הובא בראש"ש פרק ב סימן ז) נקט דבאמת יש מינוי שליחות ע"י הארצוי ארציה לקמיה וז"ל והרמב"ן ז"ל פי' ודילמא ארצויי ארצי האב מילי קמיה למיהוי ליה שליח לקדשה ליה ושתיק ליה ברא מחמת כיסופא ומסתמא הוה ליה שלוחיה עכ"ל.

[339] כמובא בקצוה"ח (סימן רמג סק"ח) דהביא מח' ראשונים בנידון והסיק דאין דין זכין מאדם. ולגבי ביאור הדבר דזכין מועיל דוקא לקנות ולא להקנות עיין ברשימות שיעורים לב"ק (סח:) דרבינו זצ"ל הביא בשם הגר"ח

א) נחלקו הראשונים אם זכייה מועיל רק לקנות או"ד אף להקנות, או בלשון המפרשים אם אמרינן זכין לאדם שלא בפניו או גם זכין מאדם שלא בפניו.[339] והפשטות הוא דאמרינן רק זכין לאדם שלא בפניו ולא זכין מאדם.[340]

ב) יש לחקור בגדר דעת המקדש בקידושין האם נחשב כדעת קונה או גם כדעת מקנה. דהרי מצד קנין הקידושין עצמו פשוט דהמקדש הוי הקונה והאשה המתקדשת הויא המקנה. אבל יש להסתפק אם המקדש צריך דעת מקנה בנפרד כדי לשעבד עצמו בשאר כסות ועונה. דניתן לומר דהבעל רק צריך דעת לקידושין ליצור חלות הקידושין, והחיובים האלו נוצרים כתוצאה דממילא מחלות הקידושין. או"ד בנוסף לדעת לקנין הקידושין דהויא דעת קונה, המקדש גם צריך להתחייב בשאר כסות ועונה, ולפי זה יש ב' דינים בדעת המקדש בשעת קידושין – דעת קונה לגבי קנין הקידושין עצמו, ודעת מקנה לגבי החיובים שלו.

ויוצא, דאם נאמר דהעיטור והרשב"א ס"ל דלא אמרינן זכין מאדם היכא דצריך דעת מקנה ועדיין סבורים דזכייה מהני לקידושין, א"כ מוכרחים לומר דלפי דעתם דעת המקדש הויא רק דעת קונה ולא בעינן דעת מקנה בנפרד לחיובי שאר כסות ועונה. ומצד שני, אם ס"ל דהמקדש צריך דעת מקנה, אז מוכרחים לומר דיש דין דזכין מאדם כדי להקנות ולא רק זכין לאדם. אבל אי אפשר לומר דס"ל דאמרינן רק זכין לאדם ולא מאדם וגם דהמקדש צריך דעת מקנה לקידושין דא"כ אין הזכייה מהני לקידושין.

ונראה להוכיח דהמקדש צריך דעת מקנה להתחייב בשאר כסות ועונה בנפרד ואינם חלין ממילא מחלות הקידושין. דאיתא לקמן (יט:) וז"ל האומר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה ה"ז מקודשת ותנאו בטל דברי ר"מ, רבי יהודה אומר בדבר שבממון תנאו קיים עכ"ל. ולכאורה שיטת רבי יהודה צ"ע, דהרי המקדש רוצה ליצור חלות אישות בלי חיובי שאר וכסות וזה הויא אישות לחצאין. ומה שייך לומר דמכיון דהחיובים האלו הוו תנאי שבממון דיש לו היכולת להתנות נגד דין תורה. ונראה לבאר ע"פ חקירה הנ"ל, דאם החיובים דשאר וכסות חלין ממילא מחלות הקידושין אזי לכאורה קשה לבאר את שיטת רבי יהודה כי ע"י התנאי הוא רוצה ליצור חלות קידושין משונה. אבל אם הפשט הוא דבנוסף לדעת קונה לקנין הקידושין, המקדש צריך גם

זצ"ל דיש לחקור האם הדין הוא שכשיש לאדם הפסד ממון מחמת הזכייה ליכא דין זכייה וא"כ גם בפדיון מעשר שני הרי הבעלים מפסידים את פירותיהם ולא מהני, או דלמא דהדין דזכין לאדם ולא מאדם ר"ל דזכייה יוצרת רק דעת קונה ולא דעת מקנה, דהיינו דדעת קונה ודעת מקנה הן שתי חלויות שונות. ונ"מ הוא לגבי זכייה בפדיון מע"ש דהבעלים מפסידים ממון אבל אין דעת מקנה.

[340] ע"ע ברשימות שיעורים לב"ק (שם) דרבינו זצ"ל הקשה על התוס' שם דלכאורה נקטו דזכין מאדם ותירץ באופן אחר.

דעת המתחייב כדי ליצור החיובים דשאר כסות ועונה, אזי שיטת רבי יהודה מובנת. דהרי הוא עושה מעשה הקידושין עצמו עם דעת קונה כמו שצריך, אבל אין לו דעת מקנה בנפרד להתחייב בשאר כסות. ורבי יהודה נקט דמכיון דהם שני סוגי דעת שונים וגם היא הסכימה ליצור חלות הקידושין בלי חיובי הממון האלו, דהקידושין חלין בלי החיוב דשאר וכסות.[341] ולפי זה מבואר דבנוסף לדעת קונה בקידושין המקדש גם בעי דעת מקנה. ולפי"ז מכיון דהרשב"א נקט דיש דין זכייה במעשה קידושין רואים מזה דהוא סבר זכין מאדם שלא בפניו.[342]

ועכשיו נעבור מדין זכייה עבור האיש המקדש לדין זכייה בעד האשה המתקדשת. הרי היא בודאי נחשבת כמקנה בקנין הקידושין ולכן לכאורה יש טעם לומר דא"א לזכות בעדה. אבל באמת דין זכין לאשה המתקדשת תלוי במחלוקת הראשונים דאיתא בגמ' לקמן (מד:) וז"ל איתמר קטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה, אמר שמואל צריכה גט וצריכה מיאון וכו' וטעמא מאי אמר רב אחא בריה דרב איקא צריכה גט שמא נתרצה האב בקידושין צריכה מיאון שמא לא נתרצה האב בקידושין עכ"ל. ומבואר בגמ' דאם נתרצה האב בקידושין, הקטנה עצמה יכולה לקבל כסף קידושין אע"פ דאין לה יד והיא ברשות אביה. וצ"ע איך הקידושין האלו חלין בקבלת הקטנה. ועיין ברא"ש (פרק ב סימן ו) דביאר דהוי כאילו האב אמר לאשה "צאי וקבלי קידושיך" ומינה אותה לשליח, וז"ל דגבי בת אם נתרצה האב חיילי קידושין ממילא למפרע והוי כאילו אומר לבתו צאי וקבלי קידושיך עכ"ל. ולפי זה הקטנה מקבלת הקידושין בתורת שליח של האב. וזה דומה לשיטת הראב"ד (הובא ברשב"א שם ד"ה אתמר) דאוקים הגמ' דהאב היה בפני בתו כשקיבלה הקידושין ושתק, וז"ל ופי' הראב"ד ז"ל דהא דאמר שמואל דחוששין לקדושין כשנתקדשה במעמד האב ולא מיחה דהו"ל כאלו א"ל צאי וקבלי קדושיך עכ"ל. וא"כ גם לפי הראב"ד הקטנה נעשית שליח של האב.[343]

[341] הגמ' (ב"ב קכו:) מסבירה שיטת רבי יהודה מדין מחילה וז"ל ידעה וקא מחלה עכ"ל. ורבינו זצ"ל ביאר דאין כוונת הגמ' לסתם מחילה מכיון דהחיוב דשאר וכסות עדיין לא חל. אלא הפשט הוא דהוא מקדש לה בלי הדעת מקנה לשאר כסות ועונה, והיא מסכימה לכך. ויש להעיר דרבינו זצ"ל (רשימות שיעורים לב"מ נא. בענין מתנה ע"מ שכתוב בתורה אות ו') הביא דהרמב"ן באמת נקט דתנאי שבממון קיים לפי רבי יהודה מדין מחילה ממש. וכן איתא בקצוה"ח (סימן רט סקי"א).

[342] נחלקו האחרונים בדעת הרשב"א לגבי זכין מאדם. דהקצוה"ח (סימן רמג סק"ח) הביא מהרשב"א (נדרים לו: ד"ה הא דאיבעיא) דזכייה מועיל רק להפריש תרומה משלו על של בעל הכרי אבל לא משל בעל הכרי על של בעל הכרי. והקצוה"ח ביאר דהחילוק מבוסס על זה דלא אמרינן זכין מאדם ולכן המפריש אינו יכול לתרום משל בעל הכרי בלי שליחות. אבל הרבה אחרונים (קובץ הערות סימן עב סק"ד, עונג יו"ט סימן קז, ברכת שמואל למסכת קידושין סו"ס יט) הבינו חילוק הרשב"א באופן אחר.

[343] רבינו זצ"ל העיר דזה נגד דברי הראב"ד דהובא בראש (פרק א סימן טו) דקטנה אינה יכולה להיות שליח האב וביאר דהקידושין חלין היכא דהאב אמר צאי וקבלי קידושיך כי זה כמו תן ע"ג סלע (ח:) וז"ל ופירש הראב"ד

אמנם נראה דלפי הראשונים דחולקים על הרא"ש והראב"ד היא מקבלת הקידושין מדין זכייה בעד אביה. וכן מבואר בר"ן (יח: בדפי הרי"ף ד"ה והוא ששדכו) וז"ל וכי תימא רצוי בתר קדושין מאי מהני איכא למימר דהיינו טעמא לפי שכל אדם רוצה להשיא את בתו ומצוה דרמיא עליה נמי היא וזכין לאדם שלא בפניו עכ"ל. והפירוש הזה גם מדוייק בדברי רש"י לקמן. דהגמ' (מה.) הביאה מעשה דקידושין ע"י אב, וז"ל הנהו בי תרי דהוו קא שתו חמרא תותי ציפי בבבל שקל חד מינייהו כסא דחמרא יהב ליה לחבריה אמר מיקדשא לי ברתיך לברי, אמר רבינא אפילו למאן דאמר חיישינן שמא נתרצה האב, שמא נתרצה הבן לא אמרינן עכ"ל. ומבואר בגמ' דיש לחלק בין היכא דהבת הקטנה מקבלת קידושין דחיישינן שמא נתרצה האב, לבין היכא דהאב מקדש אשה בעד בנו דלא אמרינן שמא נתרצה הבן. וצ"ע מהי הסברא לחלק ביניהן. ורש"י (מה: ד"ה שמא) ביאר וז"ל שמא נתרצה הבן - בקידושין שקידש לו האב שלא מדעתו לא אמרינן, דאב בקידושי בתו בכל דהו ניחא ליה דטב למיתב טן דו אבל גברא דייק ונסיב ובן אינו ברשות אביו לקדש לו אשה שלא בשליחותו עכ"ל. כלומר, אם הבת קיבלה הקידושין בלי דעת אביה יש לנו חשש שמא נתרצה האב כי לגבי האשה אמרינן טב למיתב טן דו. ומשמע מזה דמכיון דהקידושין נחשב כזכות לאשה, היא יכולה לקבל קידושין בלי דעת מקנה דאביה מדין זכין לאדם שלא בפניו.

ומבואר דלפי כמה שיטות אדם אחר יכול לקבל קידושין בעד האשה מדין זכייה, אזי יש לנו עוד הוכחה לשיטות דסברי דיש דין דזכין מאדם ולא רק זכין לאדם.[344]

וגם עיין ברש"י לקמן (מה: ד"ה ודילמא ארצויי) וז"ל בן קמיה אביו וגילה לו דעתו שהוא חפץ בה והאב נעשה לו שליח מאליו וזכין לאדם שלא בפניו עכ"ל. ולכאורה כוונת רש"י לדין זכייה וא"כ רואים גם מרש"י דאפשר לקדש ע"י זכייה ויש דין דזכין מאדם שלא בפניו.

אמנם יש לדחות דאולי רש"י לא איירי בדין זכייה דעלמא אלא לדין שליחות דשלוחו של אדם כמותו. ואע"פ דבשליחות בעלמא פשיטא דצריך מינוי שליחות לפני המעשה, מ"מ י"ל דקידושין הוא זכות גמור בעד הבן והיכא דיש זכות גמור לא צריך מינוי שליחות

ז"ל דלאו מתורת שליחות הוא דקטן וקטנה לאו בני שליחות נינהו אלא משום דהוי ליה כמו שאמר תן ככר לכלב שלי או תן ע"ג סלע שלי ותתקדש בתי לך וכיון שאמר לבתו קבלי קידושיך הוה ליה כמי שאמר מי שיתן לך מנה מעלה אני עליו כאילו נתנו לי והתקדשי בו עכ"ל. ורבינו זצ"ל אמר דצ"ל דהראב"ד דמובא ברא"ש הוא ראב"ד אחר מזה דהובא ברשב"א לקמן.

[344] ובאמת האבנ"מ (סימן לז סקי"ב) הקשה על הר"ן דאיך אפשר לומר דהיא מקודשת מדין זכייה אם זה זכין מאדם ולא זכין לאדם. ואולי יש לחלק דדין אין זכין מאדם נאמר רק בדעת מקנה דממון אך לא נאמר בקידושין דהוי דעת של איסורין ולא של ממון.

לפני המעשה כדי להחיל את הדין דשלוחו של אדם כמותו. אמנם בזכות אחר דאינו זכות גמור אזי צריך את הדין דזכייה וזה רק מהני לזכות ולא להקנות.

וגם אם רש"י התכוון לדין זכייה, י"ל דיש לחלק כנ"ל בתוך הדין זכייה עצמו. דהיינו דהיכא דאיירי בזכות גמור אזי אפשר להקנות ע"י זכייה. אמנם היכא דהזכות אינו גמור אזי רק אפשר לקנות ע"י זכייה ולא להקנות.

וגם הרמב"ם נקט דאפשר להקנות ע"י זכייה. דהגמ' בב"מ (כב.) רוצה להוכיח דיאוש שלא מדעת הוי יאוש מזה דאפשר לתרום בלי דעת הבעלים אם הוא תורם לפי המדה דהבעלים היה תורם ממנו אם היה עושה בעצמו. והגמ' דוחה וז"ל תרגמה רבא אליבא דאביי דשויה שליח, הכי נמי מסתברא דאי סלקא דעתך דלא שוויה שליח מי הויא תרומתו תרומה, והא אתם גם אתם אמר רחמנא לרבות שלוחכם, מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם, אלא הכא במאי עסקינן כגון דשויה שליח עכ"ל. ולכאורה מבואר מהגמ' דאי אפשר לתרום בלי מינוי שליחות מהבעלים. אמנם הרמב"ם (פרק ד מהלכות תרומות הל"ג) פסק באופן אחר וז"ל התורם שלא ברשות או שירד לתוך שדה חבירו וליקט פירות שלא ברשות כדי שיקחם ותרם, אם בא בעל הבית ואמר לו כלך אצל יפות אם היו שם יפות ממה שתרם תרומתו תרומה שהרי אינו מקפיד, ואם לא היו שם יפות אין תרומתו תרומה שלא אמר לו אלא על דרך מיחוי, ואם בא בעל הבית וליקט והוסיף בין יש לו יפות מהן בין אין לו תרומתו תרומה עכ"ל. לפי הרמב"ם אפי' בלי שליחות אדם אחר יכול להפריש תרומה מהכרי.[345] ולכאורה יש שני דרכים לבאר את הדין הזה. יתכן לבאר כמו בהו"א של הגמ', דזה דין כמו יאוש שלא מדעת הוי יאוש, דדעת בעתיד יכול לפעול חלות גם למפרע. אמנם נראה דא"א לפרש כך דהרי הרמב"ם פסק (פרק יד מהלכות גזילה ואבידה הל"ה) כמו מסקנת הגמ' דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש.[346] אלא מוכרח לכאורה דהפרשת אדם אחר חלה מדין זכייה, אע"פ דהפרשת תרומה הויא הקנאה מהבעלים להכהן. ויוצא דגם הרמב"ם סבור דזכין מאדם שלא בפניו.[347]

גמ'. מי סברת דאמרה ליה אגב הכא באדם חשוב עסקינן, דבההיא הנאה דקא מקבל מתנה מינה גמרה ומקניא ליה נפשה, איתמר נמי משמיה דרבא וכן לענין ממונא.

[345] ולגבי הגמ' בב"מ, עיין הכס"מ דהרמב"ם סמך על סוגיות אחרות דמשמע דלא בעינן דעת הבעלים. וע"ע שם ברשימות שיעורים לב"מ (כב. ד"ה ת"ש כיצד אמרו התורם שלא מדעת).

[346] אבל עיין בשיעורים לקמן (נב: ד"ה אבל הכא משום כיסופא אות ב' בענין קידושין בדבר שאינו שלו לפי הרמב"ם) דיש לחלק בין דעת ליאוש לאחר זמן דלא מהני לבין דעת לקידושין לאחר זמן. וע"ע ברשימות שיעורים לב"מ (כא: ד"ה בזוטו של ים).

[347] עיין ברמב"ן (ניטין נב. ד"ה הא דתנן) דאפוטרופוס יכול להפריש תרומה מכרי היתומים מדין זכייה אפי' בלי היסוד דיד אפוטרופוס כיד בעלים. ועוד יש להעיר דדעת להפריש תרומה אינה דעת מקנה ואע"פ דיש הפסד ממון, עיין בהערה למעלה בשם הגר"ח זצ"ל.

רהיטת הגמ' משמע דבמסקנא יש ביאור חדש בדברי רב פפא. דהיינו, דכשרב פפא אמר דהיא מקודשת במקרה ד"הילך מנה ואקדש אני לך" הוא רק התכוון לומר דהיא מקודשת אם המקדש הוי אדם חשוב מדין ההנאה דהוא נותן לה ע"י קבלת מתנתה. אך לכאורה זה קשה קצת ברצף הסוגיא דכל כולה עוסקת בדיני ערב ועבד כנעני.

ועיין ברמב"ם (פרק ה מהלכות אישות הלכ"א-כב) דהביא כל הדינים דסוגייתנו ביחד – קידושין מדין ערב, מדין שניהם, מדין עבד כנעני ובאדם חשוב. ומשמע מזה דהרמב"ם צירף כל הדינין האלו ביחד דיש קשר בין כולם, וקידושין ע"י קבלת אדם חשוב קשור לקידושין מדין ערב ומדין עבד כנעני. וגם עיין בדבריו (שם) וז"ל אמר לה הילך דינר זה במתנה והתקדשי לפלוני וקידשה אותו פלוני ואמר לה הרי את מקודשת לי בהנאה זו הבאה ליך בגללי הרי זו מקודשת אע"פ שלא נתן לה המקדש כלום, אמרה לו הילך דינר זה מתנה ואתקדש לך ולקחו ואמר לה הרי את מקודשת לי בהנאה זו שקבלתי ממך מתנה אם אדם חשוב הוא הרי זו מקודשת שהנאה יש לה בהיותו נהנה ממנה ובהנאה זו הקנה עצמה לו עכ"ל. רהיטת לשון הרמב"ם משמע דבאדם חשוב היא מקודשת מדין הנאה ככסף. אבל עיין לעיל בסוגיא דהנאת מלוה (ו:) דהוכחנו בראיות ברורות דאין להרמב"ם היסוד הזה דהנאה ככסף בלי שההנאה יוצר שעבוד ממון כמו בהנאה דרבית. וא"כ כל הדין דאדם חשוב ברמב"ם קשה – מה הוי כסף הקידושין.

ונראה לבאר את השו"ט דהגמ' ופסק הרמב"ם באופן מחודש ע"פ שיטת הר"ח. דהרי נחלקו הראשונים בגדר הדין דרבא ד"וכן לענין ממונא". דרש"י (ד"ה וכן לענין ממונא) נקט דרבא קאי על הג' דינים הראשונים של הסוגיא – ערב, עבד כנעני ודין שניהם. אבל הרשב"א הביא את שיטת הר"ח, וז"ל ור"ח ז"ל כתבה אהילך מנה ואתקדש אני לך דאמר ליה הילך מנה ויקנו נכסי לך באדם חשוב, ואמר דההיא הנאה חשיבא ככלי דיהבי' הקונה למקנה וקנה בו בתורת חליפין אותם הנכסים והלכך לפי דבריו אף במטלטלין קנה עכ"ל. הר"ח סובר דקבלת אדם חשוב מהני לפעול קנין חליפין. ועיין שם בהמשך הרשב"א דהביא תמיהה גדולה מהרמב"ן, וז"ל וכתב עליו הרמב"ן נר"ו איני רואה בשמועה זו זכר לכלי וחליפין אלא למעות וכסף שקונין באשה ובקרקע עכ"ל. דהיינו, דחליפין רק מועיל בנתינת כלי ובציור דאדם חשוב הקונה רק "נתן" למקנה הנאה דבודאי אינו נחשב ככלי. והרשב"א תירץ, וז"ל ולא ירדתי לסוף דעת רבינו נר"ו בקושיא זו דאטו באשה ובקרקע הנאה זו כסף ממש היא הנאה יש כאן כסף אין כאן, אלא כדי לקיים כונת המקנה ודעתו אנו רואין הנאתו כאלו יש לה ממש שיתקיים דעתו עליו והלכך לגבי אשה שהכסף קונה בה אנו רואין אותו כאלו הוא כסף וקבלתו היא

ומתקדשת בו, ובמטלטלין שאין הכסף קונה בו כאלו הנאתו כלי וקבלו בחליפין, והלכך בין קרקע בין מטלטלין נקנין בכך כדברי ר"ח ז"ל, ואריך עכ"ל. ולכאורה תירוץ הרשב"א אינו מובן – סוף כל סוף אין כאן כלי ואיך אפשר לקנות בחליפין.

ונראה לתרץ דעת הר"ח, דבכל קנין בעינן ב' דברים - דעת מקנה וגם מעשה קנין - ובלי אחד מהם הקנין אינו חל. ולגבי מעשה הקנין, התורה מגדירה צורת המעשה באופן מסויים וגם מי צריך לפעול את המעשה. למשל, בקנין חזקה התורה קובעת דמעשה הקנין הוי מעשה דנעל גדר ופרץ ע"י הקונה, ובקנין משיכה הקונה צריך לעשות מעשה המשיכה. ונראה לבאר דלפי הר"ח גדר מעשה הקנין דחליפין רק הויא העברת כלי מאחד לשני, אבל התורה לא קובעת אם המקנה צריך לתת את הכלי לקונה או שהקונה צריך לתת את הכלי למקנה. מפאת מעשה הקנין דחליפין לא משנה אם הכלי עובר מהמקנה לקונה או מהקונה למקנה,[348] אלא הדין של מי צריך להעביר למי תלוי בגדרי דעת המקנה.

וכל זה מבואר במח' רב ולוי בגמ' (ב"מ מז.) בענין כליו של מקנה או כליו של קונה, וז"ל במה קונין רב אמר בכליו של קונה דניחא ליה לקונה דלהוי מקנה קונה כי היכי דלגמר ולקני ליה, ולוי אמר בכליו של מקנה כדבעינן למימר לקמן, אמר ליה רב הונא מדסקרתא לרבא וללוי דאמר בכליו של מקנה הא קא קני ארעא אגב גלימא אם כן הוו ליה נכסים שיש להן אחריות ונקנין עם נכסים שאין להן אחריות, ואנן איפכא תנן נכסים שאין להן אחריות נקנין עם נכסים שיש להן אחריות, אמר ליה אי הוה לוי הכא הוה מפיק לאפך פולסי דנורא, מי סברת גלימא מקנה ליה בההיא הנאה דקא מקבל מיניה גמר ואקני ליה עכ"ל. והנה היה אפשר להבין דנחלקו רב ולוי בגדר מעשה הקנין דנצרך לקנין חליפין, האם הוי מעשה נתינה מהמקנה לקונה או מהקונה למקנה. אבל הגמ' מבארת דהמחלוקת תלויה בענייני הנאה ודעת, כלומר מהי הדרך ליצור דעת מקנה. ורואים מזה דלגבי צורת מעשה הקנין כו"ע לא פליגי דלא משנה אם הקונה נותן הכלי למקנה או להיפך – שניהם הוו קיומים של הפסוק "ושלף איש נעלו ונתן לרעהו".[349] אלא דנחלקו בדין הב' דקנינים, מהי הדרך הנכונה לגרום דעת המקנה.

---

[348] לפי ביאור רבינו זצ"ל הר"ח רק נקט דחליפין מהני באדם חשוב אם המקנה נתן לקונה כלי כי יש כאן צורת מעשה קנין דחליפין. אבל אם המקנה נתן מעות לקונה ההנאה עצמה של קבלת אדם חשוב לא מהני לקנות בקנין חליפין. ויש להעיר דהרשב"א הביא מהר"ח וז"ל הילך מנה ויקנו נכסי עכ"ל, ומשמע דהמקנה נתן לקונה רק מעות ולא כלי ועדיין הקנין חל.

[349] אולם עיין בריטב"א (ב"מ מז. ד"ה בההיא) דנקט דבאמת רב ולוי נחלקו בדרשא דקרא, וז"ל דודאי עיקרא דמילתא גזירת הכתוב היא בין לרב בין ללוי כדתניא בסמוך אלא דכל חד וחד יהיב טעמא קצת לקרא עכ"ל.

ולפי זה שיטת הר"ח אצלנו מובן מאד. הרמב"ן הקשה על הר"ח דאיך ההנאה דהאדם חשוב (הקונה) נותן למקנה ע"י קבלת המתנה נחשבת ע"פ דין ככלי. אבל באמת הר"ח סבור דצורת מעשה הקנין דחליפין כבר נעשית ע"י נתינת הכלי מהמקנה לקונה (האדם חשוב). דאע"פ דפסקינן כרב דקונין בכליו של קונה, גם רב מודה דנתינת כלי מהמקנה לקונה הוי מעשה קנין דחליפין. אלא דבדרך כלל כשהמקנה נותן לקונה יש חסרון בדעת המקנה, כי רב נקט דבעינן כליו של קונה כדי לגרום שיהיה דעת למקנה להקנות חפצו לקונה. ובנקודה הזאת באה ההנאה דקבלת אדם חשוב ומשלים את החסרון. כי קבלת אדם החשוב מהנה למקנה וגורם אצלו דעת מקנה כדי להקנות חפצו, אע"פ דהוא לא קיבל כלי מהקונה. ויוצא, דקנין החליפין אינו תוצאה של ההנאה בלבד כקושיית הרמב"ן, אלא החליפין חל ע"י נתינת הכלי מהמקנה לקונה (מעשה הקנין) וההנאה דהמקנה מקבל ע"י קבלת אדם חשוב גורם את הדעת מקנה.

ולפי פשטות דברי הר"ח המובאים ברשב"א, החידוש דיש קנין דצורת מעשה שלו אינו מסוים הוא לגבי קנין חליפין. וזה מסתבר בין לשיטת הגר"ח זצ"ל דחליפין חל ע"י גמ"ד אלימתא ובין להשיטות דהקנין נפעל ע"י מעשה קנין. דלפי הגר"ח זצ"ל מכיון דהקנין תלוי בדעת המקנה, מסתבר דלא קפדינן על צורת מעשה מסויימת כל עוד דהמעשה גורם דעת. ולפי השיטות דהקנין נפעל ע"י מעשה הקנין, המקור דקנין חליפין הוי הפסוק "ושלף איש נעלו ונתן לרעהו", ובפסוק עצמו לא מוגדר מי נותן למי.[350]

ברם כל זה לגבי חליפין. אבל לגבי קנין כסף וקידושי כסף דהתורה אומרת בהדיא דאברהם נתן את הכסף לעפרון, הו"א דצורת מעשה הקנין מסוים חל רק אם הקונה נתן את הכסף למקנה. אך לשון הרשב"א כשהוא ביאר הר"ח משמע דהרשב"א הבין דהר"ח ס"ל הכי גם בנוגע לקנין כסף דקרקע וגם לגבי קידושין, וז"ל ולא ירדתי לסוף דעת רבינו נר"ו בקושיא זו דאטו באשה ובקרקע הנאה זו כסף ממש היא הנאה יש כאן כסף אין כאן, אלא כדי לקיים כונת המקנה ודעתו אנו רואין הנאתו כאלו יש לה ממש שיתקיים דעתו עליו והלכך לגבי אשה שהכסף קונה בה אנו רואין אותו כאלו הוא כסף וקבלתו היא ומתקדשת בו עכ"ל. ומבואר מזה דלפי הרשב"א חידוש הר"ח לגבי צורת הקנין דלא שנא מקונה למקנה ולא שנא ממקנה לקונה דשניהם יעילים שייך גם לקנין כסף וקידושי כסף. וזהו עיקר החידוש בסוגיא דידן, דערב ועבד כנעני מועילים ומזה מוכרח

[350] ועיין באבן עזרא (בראשית מד:כב) ד"וישלוף איש נעלו" הוי אחד מהפסוקים דאין להם הכרע מי נתן למי. וזה עולה יפה עם ביאור רבינו זצ"ל דבאמת מקונה למקנה או ממקנה לקונה הוי קיום דצורת הקנין דקרא אלא דנחלקו רב ולוי בדין אחר דדעת מקנה.

דלגבי צורת קנין כסף לא בעינן דדוקא האיש המקדש או דוקא הקונה יתן את הכסף לאשה או למקנה.[351]

ולפי"ז נראה לבאר השו"ט בסוף הסוגיא. דרבא נסתפק היכא דהמקנה (האשה) נותן הכסף לקונה (לאיש) האם הקידושין חלין. ורב פפא תירץ דהקידושין חל מדין ערב ועבד כנעני כי מדין שניהם רואים דלא בעינן דהאיש יתן וגם לא בעינן דהיא תקבל הכסף. ועל זה הקשה רב אשי דא"כ למה המשנה משמע דא"א לקנות קרקע ע"י העברת כלים מהמקנה לקונה. והגמ' תירץ דרב פפא דיבר רק על אדם חשוב. ולפי כל הנ"ל התירוץ דאדם חשוב אינו באמת תירוץ חדש דעומד בעצמו דההנאה דאדם חשוב בעצמה מהווה כסף הקידושין, אלא הוא דין הבנוי על יסוד הדינים דערב ועבד כנעני. דמוכח מדין ערב ועבד כנעני דלגבי צורת מעשה הקנין גם האשה יכולה לתת הכסף לאיש, והטעם דבדרך כלל הקנין אינו חל ע"י נתינת המקנה הוא מפני חסרון בדעת מקנה. וא"כ אם הקונה הוי אדם חשוב והמקנה נהנה מקבלת הקונה, אזי ההנאה גורמת שיהיה למקנה דעת מקנה כדי להקנות.

ובאופן מופלא השו"ט בסוגיא דידן הוי אותו שו"ט שבסוגיא בב"מ (מז.) לגבי המחלוקת שבין רב ללוי. וביאור הקושיא והתירוץ מהמשנה דאגב הוא להוכיח דלגבי צורת מעשה הקנין באמת המקנה יכול לתת לקונה אבל עדיין הקנין אינו חל מפני חסרון אחר – בדעת המקנה. ובשתי הסוגיות הגמ' הסיקה דהמקנה נהנה מנתינתו ולכן יש לו דעת מקנה.

והחוט המשלוש לא במהרה ינתק – יש עוד סוגיא שלישת דגם שם ההנאה גורמת לדעת מקנה לחול היכא דכבר יש צורת מעשה הקנין דנצרך. דעיין בב"ב (קעג:) בסוגיא דערב, דהגמ' מביאה פסוקים כמקור לשעבוד דערב. אמנם הגמ' מקשה דשעבוד הערב הויא אסמכתא, וז"ל אמר אמימר ערב דמשתעבד מחלוקת ר' יהודה ור' יוסי, לרבי יוסי דאמר אסמכתא קניא ערב משתעבד, לר' יהודה דאמר אסמכתא לא קניא ערב לא משתעבד, אמר ליה רב אשי לאמימר הא מעשים בכל יום דאסמכתא לא קניא וערב משתעבד, אלא אמר רב אשי בההוא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשתעבד נפשיה עכ"ל. והנה אסמכתא הוי חסרון בגמירת דעת, דהערב אינו מתחייב אם הוא אינו מקבל כלום. וכוונת הגמ' היא כנ"ל, דהיינו דאע"פ דיש לנו פסוק דערב יכול להשתעבד להלואה דאחר ולפי התורה זה הוי צורת מעשה הקנין כדי להשתעבד, אבל עדיין שעבוד הערב הוי אסמכתא כי

[351] ויש להעיר דבגמ' לעיל (ד:) יש הו"א דדומה לזה וז"ל ואי כתב רחמנא ויצאה חנם הוה אמינא היכא דיהבה איהי לדידיה וקידשתו הוו קידושי, כתב רחמנא כי יקח ולא כי תקח עכ"ל. ולפי רש"י (ד"ה היכא וד"ה ליהוו) בהו"א האשה יכולה לתת כסף הקידושין לאיש וז"ל מה לי כסף דידיה מה לי כסף דידה עכ"ל. אבל עיין שם בתוס' דחלקו על פירוש רש"י בסוגיא.

חסרה בדעת המתחייב. ולזה תירץ רב אשי דהערב נהנה מזה דקא מהימן ליה. וההנאה הזאת גורמת חלות דעת המתחייב דהיתה חסרה, ועכשיו יש לנו שני הדברים המחילים את הקנין – צורת מעשה הקנין ודעת המתחייב.

ולפי זה גם דברי הרמב"ם הריהם מבוארים כפתור ופרח. דהערנו דהרמב"ם כולל את כל הדינים דסוגייתנו ביחד אע"פ דלכאורה הדין דאדם חשוב הויא הלכה בפנ"ע שהקידושין חל שם ע"י עצם ההנאה דעובר מהאדם החשוב לאשה. אבל לפי כל הנ"ל גם דין אדם חשוב קשור להדינין דערב ועבד כנעני.[352] כי קבלת האדם החשוב רק מעביר הנאה לאשה דגורם לדעת מקנה דקידושין. אבל צורת מעשה הקנין כבר נעשית ע"י נתינת הכלי מהאשה לאיש, וידיענן דזה סגי למעשה קידושין מהדינין דערב ועבד כנעני.

גמ'. תן מנה לפלוני ואקדש אני לו מקודשת מדין שניהם וכו'.

ויש להסתפק אם אשה אומרת "תן מנה לפלוני ואתקדש לשלישי" האם היא מקודשת מדין שניהם. דמצד אחד מכיון דהדינין דערב ועבד כנעני מלמדים דהמקדש לא צריך לתת הכסף והאשה לא צריכה לקבל הכסף, סוף כל סוף לא שנא אם היא רוצה להתקדש למי שקיבל הכסף או לאדם שלישי.[353] ואולי י"ל דההיכי תמצא הזה דקידושין לאדם שלישי הוא יותר פשוט מהציור של קידושין למי שקיבל הכסף. כי בהיכי תמצא של הגמ' המקדש קיבל הכסף בעד האשה והוא גם צריך להיות ע"פ דין נותן הכסף מדין עבד כנעני. ונמצא דהוא גם מקבל את הכסף בעד האשה (מדין ערב) וגם נותן את הכסף (מדין עבד כנעני) ולכן יש הו"א דהקידושין האלו לא מועיל, וקמ"ל דהיא מקודשת מדין שניהם. אבל בציור של "תן מנה לפלוני ואתקדש לשלישי" יותר פשוט דמועיל מכיון דיש אדם אחד דקיבל את הכסף בעד האשה ואדם אחר דהוי נותן את הכסף מדין עבד כנעני. אבל מצד שני י"ל דקידושין באדם שלישי לא מהני. דאע"פ דכאמור הקידושין ראויין לחול מדין שניהם, מ"מ יתכן דיש חסרון בזה דהמקדש (אדם השלישי) בפועל לא נגע בכסף בכלל. דהרי אע"פ דע"פ דין הוא הוי נותן הכסף מדין עבד כנעני, מ"מ בפועל הוא לא נתן ולא קיבל הכסף. ואולי היכא דאין למקדש שום קשר לכסף הקידושין בפועל אזי חסרה לה בדעת מקנה לקידושין. דהיינו, דרק יש לה דעת להחליף את השעבוד דערב

[352] לכאורה קשה כי לשון הרמב"ם משמע דההנאה הויא הכסף קידושין, דכתב (פ"ה מהל' אישות הכ"ב) וז"ל הרי את מקודשת לי בהנאה זו שקבלתי ממך מתנה עכ"ל. אבל עיין ברא"ש (סימן ו') דמשמע כמו פירוש דרבינו זצ"ל, וז"ל בעי רבא הילך מנה ואקדש אני לך מהו ואמר לה הרי את מקודשת לי במנה שנתת לי עכ"ל. ולכאורה הלשון הזה לא מובן – איך אפשר לומר דהוא מקדש אותה במנה דהיא נתנה לו. ולפי רבינו זצ"ל הלשון הזה מאד מדוייק כי לגבי מעשה הקידושין עצמו אפשר להאשה לתת הכסף לאיש מדין אדם חשוב.

[353] וכן איתא במאירי (ז.) ד"ה אמרה לו וז"ל והוא הדין באמרה תן מנה לראובן ואקדש לשמעון עכ"ל.

דאמור לחול עליה בקנין הקידושין עם מי דמצורף לכסף קידושין, אבל בציור דידן אין לה דעת מקנה לכך. וצ"ע.

גמ'. איתמר נמי משמיה דרבא וכן לענין ממונא.

עיין ברמב"ם דהביא הדין דערב רק לגבי קנין כסף (פרק א מהלכות מכירה הל"ו), ואילו הדין דעבד כנעני הביא רק לגבי קנין חליפין (פרק ה מהלכות מכירה הל"ז). ומשמע מזה דערב מהני רק בקנין כסף בלבד ולא בחליפין, ועבד כנעני מהני רק בחליפין לבדו ולא בקנין כסף. וצ"ע למה הרמב"ם השמיט את הדין הדין דערב לגבי קנין חליפין, ואת הדין דע"כ לגבי קנין כסף. ונעסוק בקושיות האלו אחת אחת.

ונראה דערב לא מהני בקנין חליפין, כלומר דהקנין אינו חל אם הקונה נותן כליו לאדם שלישי ולא להמקנה. וזה עפ"י היסוד דביארנו לעיל דאין הביאור בקנין ערב דקבלת הערב הויא ע"פ דין כקבלת האשה המקנה, אלא דההנאה דהיא מקבלת יוצר שעבודים לנותן הכסף והקידושין חלין במקום השעבודים האלו. וזה מועיל בקנין כסף ובקידושין דבענין נתינת כסף, דהשעבוד הוי ככסף לגבי קנין כסף וקנין קידושין. אולם בחליפין השעבוד דנגרם ע"י ההנאה עדיין אינו מועיל דהרי בעינן נתינת כלי, והכלי רק ניתן לאדם שלישי ולא להמקנה.[354] וי"ל דלכן השמיט הרמב"ם את הדין דקנין ערב לגבי חליפין. מאידך דין עבד כנעני מועיל בחליפין, דהיינו דהקונה אינו צריך לתת את הכלי למקנה, אלא סגי בנתינת אדם שלישי למקנה.[355]

אך צ"ע למה לא מועיל דין עבד כנעני בקנין כסף. דהיינו, למה אדם שלישי אינו יכול לתת הכסף למקנה בעד הקונה. וזה באמת קושיא חזקה. ונראה לומר דלפי הסמ"ע (חו"מ ריש סי' קצ) דנתינת הכסף דקנין כסף צ"ל בתורת פרעון בעבור דבר הנקנה, י"ל דחלות פרעון אינו חל אלא באופן דהקונה נותן את הכסף. ואילו אדם שלישי מופקע מנתינת ממון בתורת פרעון דהרי הוא אינו מקבל את החפץ תחת הכסף.[356] אבל קשה כי לגבי הלואה פסקינן דאדם שלישי יכול לפרוע את החוב דהלוה (נדרים לג.), ומאי שנא קנין כסף מהלואה. ואפשר לומר דגם לגבי הלואה הממון אינו ניתן בתורת פרעון דההלואה, אלא מכיון דהמלוה קיבל הכסף אין לו כח תביעה כדי לתבוע מהלוה.[357]

[354] עיין בחידושי מרן ריי"ז הלוי (מכתבים בסוף הספר עמ' פב) דהגרי"ז זצ"ל ביאר שיטת הרמב"ם באופן אחר בלי יסודו של רבינו זצ"ל דדין ערב חל מכח השעבוד דראוי לחול על הערב. ועיין בחידושי הגר"ח על הש"ס (בדין ערב ועבד כנעני) דהגרי"ז לשיטתו ביאר למה אין דין ערב חל בקנין חליפין באופן אחר.

[355] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לב"מ (מז. ד"ה בדין ערב ועבד כנעני בקנין סודר).

[356] וע"ע ברשימות שיעורים לב"מ (שם).

[357] והשווה לדברי הקובץ שעורים (סימן לד) וז"ל ומדברי מל"מ פ"ד מהל' מלוה נראה דטעם ההיתר הוא משום דמה שנפטר הלוה כשפורע אחר בשבילו אינו בתורת פירעון, אלא כיון שהמלוה מקבלו היא מחילה להלוה, ונמצא שהפורע אינו אלא גורם שהמלוה ימחול ללוה עכ"ל.

ועוד נראה לתרץ דבשיעורים לקמן (ז: ד"ה בעי רבא חצייך בחצי פרוטה וחצייך בחצי פרוטה) הוכחנו דלגבי קידושין הצורך בשוה פרוטה הוי דין בקבלת האשה ולא בקנין הקידושין עצמו, דהיינו דכל עוד דהאשה דהוי הדעת מקנה מקבלת פרוטה לא בעינן דהמקדש יתן שוה פרוטה. ולפי"ז מובן למה דין עבד כנעני מועיל בקידושין – כי רק בעינן דהאשה דהויא דעת המקנה תקבל הכסף ואין דין דדוקא המקדש צריך לתת הכסף.[358] וזה גם נכון לגבי שחרור עבד כנעני עצמו, דהשוה פרוטה אינו דין בקנין העבד לעצמו כי היתכן דכסף בעלמא גורם לקדושת ישראל דחלה עם השחרור. ונראה דזהו סברת רבי (גיטין לט:) דאין כסף גומר בעבד כנעני ובעינן שטר שחרור כדי להפקיע את קנין האיסור. אמנם נראה דלדידן דכסף גומר בעבד כנעני אין היסוד דהכסף פועל עצם הקנין אלא דקבלת המקנה ודעתו פועלים שחלות האיסור תשתנה ושישתחרר. ולכן כל עוד דאו האשה או האדון מקבלים את הפרוטה, זה פועל חלות קנין האיסור. אבל לגבי קנין כסף בעלמא פשוט דהפרוטה הויא דין בקנין עצמו ובעינן דגם הקונה יתן השוה פרוטה בנוסף לקבלת המקנה, ולכן דין עבד כנעני לא מהני במקח וממכר.[359]

גמ' אמר רבא התקדשי לי לחצייי מקודשת, חצייך מקודשת לי אינה מקודשת וכו' וה"ק לה דאי בעינא למינסב אחריתי נסיבנא.

בענין חצי איש וחצי אשה בקידושין

א

שיטת הראב"ד והרשב"א

נחלקו הראשונים לפי מסקנת הגמ' איזה היכי תמצי מופקעים מחלות קידושין מדין אשה ולא חצי אשה ואיש ולא חצי איש. דעיין ברשב"א (ד"ה הכי קאמר) דהביא שיטת הראב"ד, וז"ל הכי קאמר אי בעינא למינסב אחריתי נסיבנא, וכ' הראב"ד ז"ל ואיש למעוטי מי שחציו עבד וחציו בן חורין שקדש דהתם ודאי הוי חצי איש כדאיתא בגיטין (מג.) נראה שהוא ז"ל מפרש דרבא הכי קא מהדר ליה חצייך מקודשת לי היינו חצי אשה דקא ממעט רחמנא דע"כ חצי אשה ממש הוא דמקדש, דהא א"א למימר דה"ק לה אי בעית להתנסבא לאחריני מנסבת דאיתתא לבי תרי לא חזיא, אבל איש דכתב רחמנא לא ממעט התקדשי לחצייי, דהא אפשר דה"ק לה אי בעינא למינסב אחריתי נסיבנא, ולא

[358] לגבי הצורך למעשה נתינה בקידושין ע"ע בשיעורים לעיל (ב. בא"ד מיהו בהקדשות, ג. בענין חליפין אות ח', ו. בענין נתינת הגט בתורת גירושין אות ד') ולקמן (ז: ד"ה בעי רבא חצייך בחצי פרוטה וחצייך בחצי פרוטה, יג: בענין קידושין בגזל אות ב - ג).

[359] ולגבי החידוש של רבינו זצ"ל דשו"פ הויא דין בקבלת האשה ולא בנתינת הבעל, עיין במשנה למלך (ריש פרק ה מהלכות אישות) ובאבני מילואים (סימן כח סקנ"ה) דדנו בחקירה הזאת.

מיעט רחמנא אלא מי שהוא חצי איש דהיינו חציו עבד וחציו בן חורין עכ"ל. מבואר בראב"ד דהגזה"כ דאיש ולא חצי איש בא לאפוקי תפיסת קידושין לחצי עבד וחצי בן חורין, דחציו אינו ראוי לקידושין כלל. אבל אם ישראל בן חורין אמר לאשה הרי את מקודשת לחציי ממש ולא לכולי, אזי הקידושין חלין. ובזה חלוק האיש מהאשה, דלגבי האשה אם הוא אומר הרי חצייך ממש מקודשת לי, הקידושין אינן חלין מדין אשה ולא חצי אשה. וצ"ע מאי שנא החצי איש דמועיל לקידושין מהחצי אשה דאינה נתפסת בקידושין.

ונראה לבאר ע"פ יסוד ההבדל שבין הגברא הקונה לבין החפצא הנקנית. דבדיני ממונות בודאי ניתן להיות הבעלים הגמורים על חצי חפצא, דהרי זה כל היסוד דחלות דין שותפות. אולם לא מצינו דחצי גברא יכול להיות הבעלים על חפצא מסויים, ומשו"ה נראה דאם אדם אומר דרק חציו קונה חפץ ממילא הופך כולו להיות הבעלים.[360] ולפי הראב"ד י"ל דהוא הדין בקידושין. דאע"פ דבודאי האשה נחשבת כגברא בקנין הקידושין דהרי דעתה הויא הדעת מקנה, מ"מ בנוסף לגברא המקנה היא גם דומה לחפץ הנקנה כי חלות הקידושין חלה בה ולא על המקדש דהרי היא אסורה לכו"ע ולא הבעל. ולכן לפום ריהטא היה שייך לקדש חצי אשה, כמו דמצינו דשייך לקנות חצי חפץ, ובעינן הגזה"כ דאשה ולא חצי אשה ללמד דאין קידושין תופסין בחציה. אבל לגבי האיש המקדש דדומה לקונה, אין באמת ציור של "התקדשי לחצי" כי ע"פ דין זה כמו שכל כולו מקדשה. וא"כ פשיטא ד"התקדשי לחצייי" מהני לקידושין והגזה"כ דחצי איש צריך למעט היכא דחצי השני של המקדש אינו ראוי לקידושין כלל, דהיינו חצי עבד וחצי ב"ח.[361]

אמנם עיין בהמשך דברי הרשב"א דהוא חולק על הראב"ד, וז"ל ומסתברא דה"פ על כרחין חציך מקודשת לי משייר בקנינו הוא דהא א"א לומר דאי בעית להתנסבא לאחריני מתנסבת קאמר לה דהא איתתא לבי תרי לא חזיא, והכא ה"ק התם אתתא לבי תרי לא חזיא כלומר לאו טעמא דידי משום אשה ולא חצי אשה כדס"ד אלא משום שיורא דמשייר בקנינו דליכא למימר דה"ק לה אי בעית לאינסובי מינסבת דאתתא לבי תרי לא

[360] אולי כוונת רבינו זצ"ל הוא כמו דברי הריטב"א לקמן (כג: ד"ה הכא) וז"ל והרי זה כנותן מתנה לחצי עבדו דזכה כלומר דפשטה מתנה בכולו ולא סגי שלא יזכה כולו עכ"ל.

[361] לפי ביאור רבינו זצ"ל בשיטת הראב"ד אם המקדש אמר "הרי את מקודשת לחצייי ממש" היא מקודשת לכולו כמו שהוא אמר בסתם "הרי את מקודשת לי." ולכאורה זה נגד מה שמובא בחידושי הגר"ח על הש"ס (בענין חצי איש) דהקשה למה הקידושין חלין כשאמר "הרי את מקודשת לחצייי" אם הויא קידושין שאינן מסורין לביאה כי היא אסורה בביאה לחצי של האיש דאינו נשוי לה מדין אשת איש (החצי שלו דמקודש לה). ותירץ דמכיון דהיא נשואה לחצי ממנו ולא לאדם אחר, לא חל עליה האיסור דאשת רעהו. אבל משמע מהקושיא והתירוץ של הגר"ח דגם למסקנא קידושין כאלו חלין אבל ע"פ דין רק לחצי מהאיש המקודש לה.

חזיא, אבל התקדשי לחציי לאו משייר בקנינו הוא דה"ק לה אי בעינא למינסב אחריתי נסיבנא, והיכי דמי חצי איש כגון דמפרש לה לחציי ממש ולא לכולי עכ"ל. לפי הרשב"א הדרשות לאפוקי חצי איש וחצי אשה שווים – שניהם באים למעט קידושין מחציים ממש. אלא דלגבי האשה, מכיון דאשה לבי תרי לא חזיא כל פעם דהמקדש אומר "חצייך מקודשת לי" הכוונה היא על חציה ממש ולכן הקידושין אינן חלין. אבל לגבי האיש הקונה, מכיון דהוא יכול להיות הבעלים של שתי נשים, כשהוא אומר הרי את מקודשת לחציי, אמדינן דעתו דהוא רוצה דכולו יקדשה אלא דהוא גם רוצה לקדש אשה אחרת. אבל אם אמר בהדיא דהיא מקודשת רק לחציו ממש, הקידושין אינן חלין מדין איש ולא חצי איש. וקשה על הרשב"א איך ניתן לומר דחצי איש ממש מופקע מקידושין – הרי הפשטות הוא כמש"כ בדעת הראב"ד דאין מושג כזה דחצי קונה וע"פ דין הוי כמו דכולו קונה. וצ"ע.[362]

ב

ב' דינים באי-תפיסת קידושין דח"ע וחב"ח

הרשב"א הקשה על הראב"ד מגמ' בגיטין (מג.) וז"ל איבעיא להו מי שחציו עבד וחציו בן חורין שקידש בת חורין מהו, אם תמצא לומר בן ישראל שאמר לבת ישראל התקדשי לחציי מקודשת דחזיא לכוליה הא לא חזיא לכוליה, ואם תמצא לומר בן ישראל המקדש חצי אשה אינה מקודשת דשייר בקנינו והא עבד לא שייר בקנינו, מאי, ת"ש המית מי שחציו עבד וחציו בן חורין נותן חצי קנס לרבו וחצי כופר ליורשיו ואי אמרת קידושיו לאו קידושין יורשין מנא ליה וכו' אלא אמר רבא ראוי ליטול ואין לו עכ"ל. מבואר דהגמ' נסתפקה בדין חצי עבד וחצי בן חורין שקידש. והקשה הרשב"א דלפי הראב"ד דהגזה"כ דחצי איש מפקיע הקידושין מחצי עבד וחצי בן חורין, למה הגמ' אינה פושטת הספק מהדרשא דחצי איש.

ונראה לתרץ דהראב"ד הבין את הספק בגמ' שם באופן אחר דלא קשור לחצי איש. דלכאורה כל השקלא וטריא שם בסוגיא תמוה דהגמ' רצתה להוכיח דח"ע וחב"ח יכול לקדש בת חורין מזה דיש לו יורשין המיוחסים אחריו. והקשו בתוס' (ד"ה ואי אמרת) דמה הקשר בין תפיסת קידושין וירושה, וז"ל תימה דמה תולה יורשין בקידושין והלא בנו מן הפנויה יורשו וכו' וי"ל דסבר הש"ס דאם איתא דלאו בר קדושין הוא אין בנו מתייחס אחריו ולא דמי לעריות דתפסי בה קדושין לעלמא אבל האי דלאו בר קדושין הוא בשום

[362] ואולי י"ל דהרשב"א סובר דגם האיש הוי חפצא בקידושין ולא רק גברא דהא חלות האישות משתייכת לו גם כחפצא ולא רק כגברא.

מקום אין הבן מתייחס אחריו עכ"ל. וביאר בזה הגר"ח זצ"ל דלפי תוס' דין היוחסין תלוי בדין קידושין, וחלות דין אחד הוא. דמהדרשה "שבו לכם פה עם החמור, עם הדומה לחמור", יוצא שתי הלכות: א) אין בני עבד מתייחסים אחר אביהם, שכן לעבד אין יחוס (יבמות סב.); ב) אין קידושין תופסין בעבד (סח.). ואליבא דהתוס' שתי ההלכות האלו מהווין דין אחד - שאין שום יחס לעבד - לא יחס אישות ולא יחס קרבת משפחה.[363]

ורואים מזה דאין ספיקת הגמ' לגבי קידושי ח"ע וחב"ח תלוי בדין דחצי איש, דמה השייכות של הדין דחצי איש בקידושין לייחוס דעבד. אלא הספק הוי בגדר ההלכה דאין קידושין לעבד, כלומר האם עבד רק אינו בר קידושין, או"ד חלות העבדות מהווה מפקיע של חלות הקידושין. דלפי הצד הראשון, הצד דעבדות בח"ע וחב"ח אינו בר קידושין וייחוס, אבל חלות העבדות שבו אינה מעלה ואינה מורידה לגבי צד הבן חורין שבו דהויא בר קידושין וייחוס. וא"כ חצי הבן חורין שבו יכול לקדש אשה. אבל לפי הצד הב' אזי חלות העבדות מפקיעה כל הגברא מחלות אישות, וא"כ כל הגברא מופקע מקידושין וייחוס, ואין הקידושין חלין כלל.

ובזה מתורץ קושיית הרשב"א על הראב"ד. דלפי הנ"ל ספיקת הגמ' אינה קשורה כלל לדין דחצי איש בקידושין אלא לדיני קידושין וייחוס בעבד, ולכן הגזה"כ דחצי איש אינו יכול לפשוט את הספק. אבל יוצא לפי הראב"ד דאפי' את"ל כהצד בגמ' גיטין דחלות העבדות שבו אינה מפקיע את חלות האישות וייחוס מהגברא כולו, אעפ"כ הקידושין אינן יכולין לחול מצד אחר – מהדין דחצי איש. אבל זה הוי דין מסויים בהלכות קידושין דאינה שייכת לספיקת הגמ' בגיטין דאירי בדיני עבדות ושייכת גם לקידושין וגם לייחוס בכלל. וא"כ במסקנא, אפשר דיש חלות ייחוס לצד בן חורין של ח"ע וח"ב, אבל קידושין שלו אינן חלין מדין חצי איש דהוי דין מסויים בהלכות קידושין.

ונראה דגם הרמב"ם ביאר את הספק בגיטין (מג.) כנ"ל. דהרי הרמב"ם הביא את הדינים של סוגייתנו בפרק ג' מהלכות אישות (הל"ט) וז"ל האומר לאשה התקדשי לחציי הרי זו מקודשת, הא למה זה דומה לאומר לה תהיי אשתי את ואחרת שנמצא שאין לה אלא חצי איש, אבל אם אמר לה חצייך מקודשת לי אינה מקודשת שאין אשה אחת ראויה לשנים, וכן האומר הרי את מקודשת לי ולזה אינה מקודשת עכ"ל. ואילו ספק הגמ'

[363] עיין בזה בשיעורים לעיל (ו. בענין שפחה חרופה אות ו'). וע"ע ברשימות שיעורים למסכת שבועות (ל. תוד"ה שבועת העדות אות ג') דלפי הגר"ח זצ"ל שני הדינים תלויים בשם עבד ולא בחסרון בקדושת ישראל. ולכן לפי הרמב"ם קידושין תופסין בשפחה לאחר שנשתחררה אפי' לפני טבילה שניה. ועיין בחידושי הגר"ח על הרמב"ם (פרק יג מהלכות איסורי ביאה הל"ב). וע"ע בסוף דברי התוס' לקמן (סח. תוד"ה וכי) וז"ל כיון דרעה בנישואין דחייבי לאוין ס"ד דלאו בנו גמור הוא עכ"ל.

בגיטין לגבי ח"ע וחב"ח, הרמב"ם הביא במקום אחר - בפרק ד מהל' אישות (הלי"ז) - לאחר הדינים דאין קידושין לגוי ועבד (הלט"ו) וז"ל המקדש גויה או שפחה אינן קידושין אלא הרי היא אחר קידושין כמו שהיתה קודם הקידושין, וכן גוי ועבד שקדשו בת ישראל אין קידושיהן קידושין וכו' המקדש אשה שחציה שפחה וחציה בת חורין אינה מקודשת קידושין גמורין עד שתשתחרר וכו' ומי שחציו עבד וחציו בן חורין שקידש בת חורין הרי זה ספק קידושין עכ"ל. ומכל רצף ההלכות משמע דהדין דחצי עבד וחצי בן חורין תלוי בהדין דאין קידושין לגוי ועבד כנ"ל, ולא לדיני חצי איש וחצי אשה.

וביסוד הזה גם נראת לתרץ הקושיא השניה של הרשב"א על הראב"ד. דהרשב"א הקשה מגמ' ביבמות (מה.-מה:) דאיירי בדיני ממזרות בעבד וחצי עבד הבא על בת ישראל, וז"ל שלחו ליה בני בי מיכסי לרבה מי שחציו עבד וחציו בן חורין הבא על בת ישראל מהו, א"ל השתא עבד כולו אמרי' כשר חציו מיבעיא, אמר רב יוסף מרא דשמעתא מנו רב יהודה והא אמר רב יהודה מי שחציו עבד וחציו בן חורין הבא על בת ישראל אותו ולד אין לו תקנה וכו' אלא כי איתמר דרב יהודה כגון שבא על אשת איש ונמצא צד חירות שבו משתמש באשת איש עכ"ל. כלומר, אע"פ דרב יהודה נקט דעבד הבא על בת ישראל הולד כשר, עדיין יש צד לומר דחצי עבד הבא על בת ישראל אשת איש, דהולד הוי ממזר. והקשה הרשב"א על הראב"ד דמוכח מזה דיש אישות לח"ע וחב"ח, וז"ל ולמסקנא נמי אמרי' כי אתמר דר"י הכי אתמר כגון שבא על אשת איש ונמצא צד חירות שבו משתמש באשת איש כלומר ומשום כך הולד אין לו תקנה וממזר הוי ואע"ג דאין ממזר אלא ממי שיש לו קדושין באחרים כאשת אב דאין לו בה קדושין ויש לו קדושין באחרת כדמוכח התם אלמא חציו עבד וחציו ב"ח אית ליה קדושין בבת חורין עכ"ל. כלומר, דמבואר בגמ' שם (מה:) דרב יהודה נקט דעבד הבא על אשת איש אין הולד ממזר משום דעבד "לא תפסי בהו קידושין כלל" ורק מי דיש לו תפיסת קידושין באחריני יכול ליצור ממזר בביאתו. ואעפ"כ רב יהודה סבור דח"ע וחב"ח הבא על בת ישראל הולד ממזר, ומוכח מזה דח"ע וחב"ח הוי בר תפיסת קידושין באחריני. וכל זה נגד שיטת הראב"ד דנקט דהגזה"כ דחצי איש ממעט ח"ע וחב"ח מקידושין.

ונראה לתרץ שיטת הראב"ד דח"ע וחב"ח יכול ליצור ממזרות אפי' בלי קידושין לאחריני. די"ל דכל היסוד דמי שאין לו קידושין לאחריני אינו יוצר ממזרות בביאתו שייך רק לגוי ועבד דמופקעים מתפיסת קידושין בגברא מחמת הגיות או העבדות. אבל לפי הראב"ד, ח"ע וחב"ח אינו פסול לקידושין מחמת חלות בגברא אלא מדין מסויים בהלכות קידושין. דהרי, כאמור לעיל, יש ב' סוגיות שונות דאיירי בתפיסת קידושין

בח"ע וחב"ח, ולפי הראב"ד הן עוסקות בב' פסולים שונים. דהגמ' בגיטין (מג.) נסתפקה אם צד העבדות שבו הוי חלות בגברא דמפקיע את חלות הקידושין מכולו או לא. ולפי הראב"ד מסקנת הסוגיא הוא דמצד עצם חלות העבד שבו החצי הב"ח שבו הוי בר קידושין.[364] אבל בגמ' בסוגיין מבואר דח"ע וחב"ח מופקע מקידושין מדין אחר ד"איש ולא חצי איש". והחסרון דחצי איש אינו מפני החלות שם עבד בגברא כמו בגוי או בעבד גמור, אלא הוי פסול מסויים בהלכות קידושין. ולכן י"ל דאע"פ דח"ע וחב"ח לית ליה קידושין באחריני, עדיין ביאתו באשת איש יכולה ליצור חלות ממזרות, כי הפקעתו מקידושין אינו מדין חלות בגברא אלא משום פסול אחר דחצי איש.

ולכאורה הביאור בזה הוא מוכרח בדעת הרמב"ם. דהרי מצד אחד פסק הרמב"ם (פרק טו מהלכות איסורי ביאה הל"ה) דח"ע וחב"ח הבא על בת ישראל אשת איש הולד ממזר, וז"ל מי שחציו עבד וחציו בן חורין הבא על אשת איש אותו הבן אין לו תקנה מפני שצד ממזרות וצד כשרות מעורבין בו, לפיכך אסור בשפחה ונמצאו בניו כמותו לעולם עכ"ל. והרמב"ם גם כתב (פרק ד מהלכות אישות הלי"ז) דאם ח"ע וחב"ח קידש אשה יש ספק קידושין כמש"כ לעיל. וא"כ קושיית הרשב"א על הראב"ד קשה נמי להרמב"ם, דהיינו, דאם יש צד דח"ע וחב"ח אינו בר קידושין היאך ביאתו יוצרת ממזר ודאי. וצ"ל כנ"ל דמכיון דהחסרון בקידושין אינו מחמת החלות שם עבד שבגברא אלא מדין חצי איש, לכן הבן שלו מאשת איש הוי ממזר ודאי.

אמנם קשה לומר ביאור זה בדברי הרמב"ם. דלעיל הוכחנו דלפי הרמב"ם הצד דאין קידושין לח"ע וחב"ח הוא מהצד עבדות שבו, דהיינו דחלות שם העבד מפקיע חלות הקידושין מכל הגברא. וא"כ הדרא קושיא לדוכתא, דהרי יש צד דחלות שם העבד עושה את הח"ע וחב"ח לאינו בר קידושין בגברא, והיאך הרמב"ם יכול לפסוק דהוא עושה ממזר ודאי בביאתו.

ובאופן דומה גם צ"ע בפסק הרמב"ם (פרק יא מהלכות נזקי ממון הל"ב) לגבי דין תשלומין היכא דשור הרג ח"ע וחב"ח, וז"ל המית מי שחציו עבד וחציו בן חורין נותן חצי הקנס לרבו והחצי ראוי ליתן ואין לו מי יקחנו עכ"ל. הרי הרמב"ם פסק כרבא במסקנת הסוגיא בגיטין (מג.) דראוי ליטול ואין לו, דאין לח"ע וחב"ח יורשין. ובגמ' שם, הדין דרבא קשור לצד באיבעיא דאין לח"ע וחב"ח קידושין דמורה דאין לא ייחוס ויורשין כדלעיל. וא"כ יש להקשות למה פסק הרמב"ם מצד אחד דיש לח"ע וחב"ח ספק קידושין אם מצד שני

[364] עיין במאירי (גיטין מג. ד"ה ומעתה) דגדולי הדורות פסקו דח"ע חב"ח הוי בר קידושין כמו ח"ש חב"ח, נגד שיטת הרמב"ם דחילק ביניהם ופסק ח"ע וחב"ח הוי קידושי ספק.

בודאי אין לו יורשים, דהרי שני הדינים האלו תלויים באותו איבעיא בגמ'. אבל אין זה קשה באמת, דהרי אפשר לומר דהרמב"ם הבין הגמ' בגיטין כאיבעיא דלא איפשטא, ולכן יש ספק קידושין בח"ע וחב"ח. ולגבי ירושה י"ל דמכיון דבנו רק הוי יורש ע"פ דין מספק, ממילא בעל השור פטור מלשלם מדין המוציא מחבירו עליו הראיה.

אבל כל זה סותר למה דפסק דח"ע וחב"ח עושה ממזרות בודאי, דאם קידושיו רק הוי קידושי ספק ובנו רק מתייחס אחריו בהלכות ירושה מספק, וכל זה מפני הפקעה בגברא, אזי למה ביאתו יוצרת ממזר ודאי. דהרי מבואר בגמ' יבמות דכדי ליצור ממזרות צריך להיות בר תפיסת קידושין. וצ"ע בפסקי הרמב"ם.

ג

שיטת הרמב"ם בחצי אשה וחצי איש

הרמב"ם פירש את הסוגיא דידן דלא כהראב"ד ודלא כהרשב"א. דעיין בלשונו דהבאנו לעיל (פרק ג מהלכות אישות הל"ט) וז"ל האומר לאשה התקדשי לחציי הרי זו מקודשת, הא למה זה דומה לאומר לה תהיי אשתי את ואחרת שנמצא שאין לה אלא חצי איש אבל אם אמר לה חצייך מקודשת לי אינה מקודשת שאין אשה אחת ראויה לשנים, וכן האומר הרי את מקודשת לי ולזה אינה מקודשת עכ"ל. לשון הרמב"ם "שאין לה אלא חצי איש" משמע דאפי' אם המקדש מפרש בהדיא דהיא רק מקודשת לחציו ממש דהקידושין חלין, ודלא כהרשב"א. ולגבי ח"ע וחב"ח הרמב"ם פסק דהויא ספק קידושין, דלא כהראב"ד. והנה ביארנו לעיל בדעת הרמב"ם דהצד לומר דאין חלות קידושין בח"ע וחב"ח הוי מדין הפקעה דחלות עבד שבו ולא מדין חצי איש. וא"כ צ"ע על הרמב"ם, דבשלמא הדרשא דחצי אשה מלמד דא"א לקדש חצי אשה, אבל איזה דין נלמד מהדרשא דחצי איש.

וצריך לומר דהרמב"ם הבין מסקנת הסוגיא באופן אחר. דבשקלא וטריא הגמ' הביאה את הדרשא דחצי אשה כמקור לדברי רבא ד"חצייך מקודשת לי אינה מקודשת" אבל כל זה הוא רק בהו"א. ואילו לפי המסקנא אין דיני רבא נלמדים מגזה"כ אלא מסברא. דכשהמקדש אמר "התקדשי לי לחציי" מסברא הקידושין חלין, וכשהוא מנסה לקדש חצי האשה אזי מסברא אין הקידושין חלין. וזה מדוייק בלשון הרמב"ם (שם) דהשווה את הדין דחצי אשה לאומר לה "הרי את מקודש לי ולזה". וכוונת הרמב"ם בזה, דכשהוא רוצה לקדש רק חצי אשה אין החסרון משום שיור בקנין – דהוא רוצה לקנות רק חצי "החפצא" – ואז יש גזה"כ דמלמד דאין קידושין כאלו חלין וכמו שנתבאר לפי הראב"ד והרשב"א. אלא דחצי אשה, פירושו דהוא רוצה לעשות שינויים בעצם האיכות דחלות

הקידושין, דהיינו דהיא תהא מותרת לשני. ופשיטא מסברא דזה אינו מהני כי האיסור לכל העולם הוא יסוד היסודות דחלות הקידושין, והמקדש אינו יכול ליצור חלות קידושין דמשאיר מקום לתפיסת קידושין דשני.[365]

וזה דומה לדין דמתנה ע"מ שכתוב בתורה, דפירושו דאי אפשר ליצור חלות קידושין דלא נזכר בתורה.[366] אלא דבנוגע למי דמקדש אשה ע"מ שאין לה עליו שאר כסות ועונה הדין הוא דהתנאי בטל והיא מקודשת, לעומת מי שרוצה לקדש חצי אשה, כלומר דהיא תהא מותרת לשני, דאז כל הקידושין בטל. והביאור בזה הוא, דהדין תלוי בעד כמה המקדש רוצה לשנות עצם מהות חלות הקידושין. דמי דרוצה לקדש אשה בלי החיובים דשאר כסות ועונה אינו מנסה לשנות את עצם היסוד של חלות הקידושין, אבל מכיון דהוא עדיין רוצה ליצור קידושין בלי חיובי שאר כסות ועונה הו"ל מתנה ע"מ שכתוב בתורה והתנאי בטל והמעשה קיים. אבל בסוגיא דידן, דהוא רוצה ליצור חלות קידושין ולהשאיר מקום לאדם שני, אזי חסר עצם המהות דחלות הקידושין ומשו"ה כל המעשה בטל לגמרי.

גמ'. אמר ליה מר זוטרא בריה דרב מרי לרבינא וניפשטו לה קידושי בכולה וכו' אבל מקדיש דבר שהנשמה תלויה בו הויא כולה עולה.

ביאור קושיית הגמ' תלוי בשיטות הנ"ל בחסרון דחצי אשה. דבשלמא לפי הראב"ד והרשב"א דהגזה"כ דחצי אשה בא למעט היכא דיש שיור בקנין הבעל, דהיינו היכא דהוא רוצה לקדש רק חציה, אזי שפיר מובן הקשר לדין פשטה. אבל לפי הרמב"ם דהדין דחצי אשה אינו דין בשיור הקנין, אלא דהוא רוצה לשנות איכות חלות הקידושין שהיא תהא מותרת לשני, אזי לכאורה קושיית הגמ' אין לה ביאור. דמהי השייכות של הדין פשטה קדושה דהוי דין בהתפשטות החלות בכמות החפצא לדין חצי אשה דהוי נסיון ליצור חלות אישות מחודשת.

ונראה לבאר דהרמב"ם פירש התפשטות הקדושה בסוגיא דידן לא רק כדין דחל בכמות קדושת החפצא אלא גם דין דחל באיכות קדושת החפצא. ובזה דומה פשטה הקדושה לדין דגמרי קידושי הראשון בגיטין (מג:), דלעיל ביארנו (ו. בענין דלשון חרופתי) בדעת הרמב"ם דמהווה דין בשינוי איכות חלות הקידושין. ושני הדינים האלו דדין פשטה קיימים היכא דאמר רגלה של זו עולה. דבאמת שם יש שני חסרונות בחלות הקדושה: א) בכמות הקדושה שבחפצא מפני דהקדושה חלה רק על הרגל, ב) באיכות חלות הקדושה,

[365] אבל עיין באבני מילואים (סימן לא סקכ"ג) דהקשה מהגמ' לקמן (סז:) דרק ידעינן דאין קידושין תופסין באשת איש מהיקש לכל העריות ולא מסברא פשוטה, עיי"ש בדבריו ובפנ"י (גיטין מג. ד"ה אמר).

[366] עיין לקמן בשיעורים (סא. בענין מפשטי התנאים אות ו').

דקדושת הרגל אינה קדושת הגוף להקרבה אלא קדושת דמים להקרבה.[367] והדין דפשטה קדושה בכל הבהמה חל לתקן שני החסרונות, דהיינו דהקדושה תתפשט בכמות על כל הבהמה, וגם שהקדושה תשתנה מקדושת דמים להיות קדושת הגוף למזבח. ולכן שפיר מובן ההו"א דהגמ' גם לפי הרמב"ם, דהדין פשטה ראוי להשלים פגם באיכות חלות הקידושין.[368]

גמ'. אמר ליה מר זוטרא בריה דרב מרי לרבינא וניפשטו לה קידושי בכולה.

ויש להקשות דלכאורה כל השוואת הגמ' בין הקדשת בהמה לקידושי אשה היא תמוה. דהרי צ"ע למה הגמ' הניחה דמכיון דיש דין פשטה קדושה לגבי בהמה דגם נאמר דין פשטה לגבי קידושין. ונראה לבאר ע"פ חילוק הגר"ח זצ"ל בין קדושת דמים לבין קדושת המזבח.[369] דביאר הגר"ח זצ"ל דקדושת דמים חל כדין בדיני ממונות דהבעלים מקנים את החפץ להקדש, ומאידך הקדשה למזבח לא הויא הקנאה כלל אלא דהבעלים מחילים חלות קדושה על החפץ. ומבואר בגמ' (ערכין ה.) דהדין דפשטה קדושה בכולה קיים רק לגבי קדושת המזבח, אבל אם אמר ראש בהמה זו עלי לדמי עולה אזי לא אמרינן פשטה קדושה בכולה. ומוכח מזה דפשטה קדושה אינה שייכת לדיני הקנאה ודעת מקנה, אלא להיכא דבעינן דעת להחיל חלות איסור קודש. והביאור הוא דבדיני ממונות שפיר אפשר להיות הבעלים על חצי חפצא ולכן לא אמרינן דחלות הבעלות תתפשט מחצי החפצא לכולו, אבל חלות איסור קודש תמיד תופס כל החפצא. וי"ל דלכן הגמ' נקטה דפשטה שייכת גם לקידושי אשה דקידושין מהווה חלות איסור קודש דחל בחפצא של האשה.[370]

[367] רבינו זצ"ל רק ביאר דיש הבדל איכותי בין חלות הקדושת דמים דחל על הרגל לבין חלות קדושת קרבן להקרבה דחל ע"י הדין דפשטה. ולכאורה הגדר המדוייק של החילוק הזה תלוי במחלקות ראשונים לפי השיטות דלא אמרינן פשטה מהרגל. דעיין בגמ' תמורה (יא:) וז"ל תמכר לצרכי עולות ודמיה חולין חוץ מדמי אבר שבה עכ"ל. ונחלקו הראשונים בפשט הברייתא. דרש"י (חולין סט: ד"ה חוץ מדמי אבר) נקט דאותו אבר אינה נמכרת כלל דהרי אינו שלו. אבל רבינו גרשם (ערכין ה. ד"ה חוץ) סבר דגם אותו אבר נמכר אלא דהמוכר צריך להשתמש בדמי אותו אבר לקרבן. והמאירי בסוגייתנו (ז. ד"ה האומר) הביא שתי הדעות והסתפק לפי הדעה השניה אם האבר יצא לחולין במכירה. ועיין בחידושי הגרי"ז (זבחים יב. ד"ה אמנם) דהוכיח מרש"י בחולין דיש קדושת הגוף על האבר ולכן אין האבר נמכר. אבל מהדעה המובאת במאירי מוכח דרק חל קדושת דמים על הבהמה ולכן האבר נפדה בלי מום ויצא לחולין בפדיון. ועיין באבן האזל (פרק טו מהלכות מעשה קרבנות הל"ב) דביאר ברמב"ם דרק חל קדושת דמים על האבר ולא יותר מזה.

[368] ועיין בחידושי הגרי"ז (זבחים יב. ד"ה דאמר) דחולק על רבינו זצ"ל ונקט דפשטה וגמרי הוו ב' דינים שונים לגמרי, עיי"ש, ובברכת שמואל (סימן ז סק"א).

[369] ע"ע בזה ברשימות שיעורים לב"ק (סב. ד"ה רמב"ם פ"ב מהל' גניבה הל"א) ובעוד כמה מקומות.

[370] ועיין בשיעורים לעיל (הקדמה למסכת אות ג') דרבינו זצ"ל ביאר את שיטת התוס' (ד"ה וניפשטו) דהגמ' קס"ד דאמרינן פשטה בקידושין רק היכא דקידש בלשון מקודשת. אבל אם אמר לה הרי את מאורסת לי או לשון אחר אזי פשיטא דלא אמרינן פשטה. ורבינו זצ"ל ביאר דרק בלשון מקודשת אז חלות הקידושין חל בעיקר כאוסרה אכו"ע, ולכן שייך בה דין דפשטה.

גמ'. מי דמי התם בהמה, הכא דעת אחרת.

עיין ברשב"א דהביא מחלוקת בינו לבין הר"ח לגבי גדר העיכוב דדעתה. דכתב הרשב"א וז"ל תמיהא לי הכא נמי כבהמה היא דהא כיון דאיהי מקבלה קדושי דעתה שיפשטו קדושין בכולה ומי מעכב, וניחא לי דכיון דאלו בעיא איהי לעכובי מעכבא ואינה מקודשת מכח דבריו בלבד השתא דבעיא דליפשטו בכולה הו"ל כמקחת את עצמה עכ"ל. לפי הרשב"א הקידושין אינן חלין אפי' אם היא רוצה שהקידושין תפשטו בכולה משום דהו"ל כמקחת את עצמה. אבל לאח"כ הרשב"א הביא שיטת הר"ח, וז"ל אבל ר"ח ז"ל נראה שנשמר מקושיא זו ופירש כיון דשמעה ליה דאמר לה חציך לא גמרה ומקניא נפשה כלל, ע"כ עכ"ל. ונראה דהר"ח נקט דדעתה רק מעכבת הדין פשטה אם היא אינה רוצה שהקידושין תפשטו בכולה, אבל אם היא מסכימה דהקידושין תפשטו בכולה אזי היא מקודשת לגמרי.

ויש לדייק דרש"י ותוס' נקטו כהר"ח. דעיין ברש"י (ד"ה התם בהמה) וז"ל והכא דעת אחרת יש חשובה כמותו המעכבת בדבר שאם אין אשה רוצה אינם קידושין וזו לא נתרצה אלא לחציה עכ"ל. ומפורש בדבריו דהיא אינה מקודשת רק משום דאינה רוצה בקידושין. ועיין לקמן בגמ' (ז:) דהגמ' נסתפקה היכא דאמר חצייך בפרוטה וחצייך בפרוטה. והתוס' כתבו (ד"ה חצייך) וז"ל ואם תאמר אמאי לא יועיל והא לא אמר לעיל דלא פשטו קידושין בכולה אלא משום דאיכא דעת אחרת ואינה מתרצה אלא למה ששומעת אבל אם היינו יודעים שמתרצה בכולה פשטו קידושין בכולה והכא גלי דעתה שמתרצה בכולה וי"ל דאי הוי מיירי דאמר לה בלשון קידושין אין ה"נ דהוו פשטו קידושין בכולה אבל הכא איירי דאמר לה הרי את מאורסת לי או בחד מהני לישני דלעיל עכ"ל. ומבואר בדבריהם דאם היא רוצה שהחלות קידושין תתפשט בכולה אזי היא מקודשת לגמרי.

ולכאורה צ"ע בשיטת הרשב"א, דבשלמא לפי הר"ח, רש"י ותוס', שפיר מובן דהדין דפשטה שייכת גם לגבי דעת המקדש וגם לגבי דעת האשה המתקדשת, ויש עיכוב דדעת אחרת רק היכא דהיא באמת אינה רוצה להתקדש לו לגמרי. אבל לפי הרשב"א דדעתה מעכבת גם אם היא רוצה בקידושין, צ"ע מאי שנא דעתה דמעכבת הדין דפשטה, מדעת האיש בקידושין או דעת המקדיש בהמה דלגביהם יש דין דפשטה. וגם צ"ע בביאור סוף דברי הרשב"א דהתפשטות הקידושין בהסכמתה דומה ללקיחת עצמה.

ונראה לבאר, דאם היא באמת מקבלת הקידושין עם דעת דכולה תתקדש לו בלא הדין דפשטה, אזי פשיטא דאפי' להרשב"א הקידושין חלין, כי יש לה דעת להתקדש בכולה. אבל נחלקו הרשב"א ושאר הראשונים היכא דיש לה דעת שחציה תתקדש לו (כמו שהוא

אמר) אבל היא רוצה שהקידושין תתפשט בכולה מדין פשטה. ונראה לבאר את שיטת הרשב"א דקידושין כאלו לא מהני ע"פ החידוש דהגר"ח זצ"ל (עיין בשיעורים לקמן ז. ד"ה הא לא דמיא) דיש ב' דינים בפשטה קדושה: א) דין בחלות קדושה עצמה, דהיינו דהחלות מתפשטת מחציה לכולה, ב) דין בדעת המקדיש, דהיינו דבהקדשת בהמה למזבח בעינן דעתו להקדיש כל הבהמה ודין פשטה מחדשת דדעתו ע"פ דין היתה לכל הבהמה. והוא הדין לגבי קידושין, בעינן שמעשה הקידושין תהיה בכל החפצא דהאשה, והדין דפשטה מחדשת דע"פ דין יש למקדש דעת על כולה.[371]

ובדין פשטה בדעת יש לחלק בין דעת מקנה לדעת קונה. דכמו דדין דזכין לאדם שלא בפניו שייך רק לדעת קונה ולא לדעת מקנה, הכא נמי בדין פשטה מסתבר דהחידוש דע"פ דין הדעת מתפשטת לכל החפצא חל רק בדעת הקונה ולא בדעת מקנה. וגם דעת להקדיש קדושת מזבח הויא יותר דומה לדעת קונה מלדעת מקנה, דהרי הקדשה למזבח אינו הקנאה בדיני ממונות להקדש כמש"כ לעיל.[372] ומוכח דדעת להקדיש לקדושת מזבח שונה במהותו מדעת מקנה מהדין דמופלא סמוך לאיש. דמצד אחד פסקינן דהקדשו הקדש (נדה מה:), והרמב"ם (פרק יא מהלכות נדרים הל"ד) פסק דהויא מדאורייתא. ומאידך, פשיטא דקטן בן י"ב שנים אינו יכול למכור דחסרה לו דעת מקנה. ומוכח מזה דדעת להקדיש שונה באיכותו מדעת להקנות, ומובן למה הדין דפשטה שייך לדעת להקדיש אבל אינו שייך לדעת מקנה.[373]

ולפי זה יש לתרץ שיטת הרשב"א, דהרי כשהמקדש אומר לאשה חצייך מקודשת לי והיא מקבלת הקידושין בדעת דחציה תתקדש לו ושהחלות הקידושין תתפשט בכולה מדין פשטה, אע"פ דאמרינן פשטה לגבי חלות הקידושין מחציה לכולה, אבל לא אמרינן פשטה בדעתה. דהרי דעת האשה בקידושין הוי דעת מקנה ולא חל דין פשטה

[371] ועיין בזה בברכת שמואל (סימן ז סק"א) בשם הגר"ח זצ"ל.

[372] ורבינו זצ"ל הוסיף בזה דהמהרי"ט (חלק א סימן קכז) נסתפק אם אפשר למנות שליח להקדיש כי אולי הקדש נחשב כמילי דלא מימסרן לשליח. אבל רבינו זצ"ל העיר דלפי דעתו השאלה האם אפשר להקדיש ע"י שליח תלוי בנקודה אחרת – אם המקדיש נחשב כבעלים או לא. דהרי רק בעלים יכול להשוות שליח (עיין בתוס' כתובות עד. ד"ה תנאי) ובהקדשה דאין דעת מקנה יש להסתפק אם המקדיש הוי הבעלים על ההקדשה או לא. וע"ע בשיעורים לקמן (מא: ד"ה סד"א הואיל).

[373] לכאורה קשה, דלא מצינו חילוק בדין מופלא סמוך לאיש בין קדושת מזבח לקדושת בדק הבית. ועיין בחזון יחזקאל לתוספתא נדה (פרק ה הלכה ז) דהעיר דמסתבר לומר דאין מופלא סמוך לאיש יכול להקדיש לבדק הבית כי הויא בעיקר הקנאה להקדש בדיני ממונות, אבל הוא הוכיח מהתוספתא שלא כסברתו ומסיק דמופלא סמוך לאיש יכול להקדיש לבדק הבית. וכמו"כ עיין בתורת זרעים למסכת תרומות (פרק א משנה ג) דגם הסיק כהחזון יחזקאל וביאר דצ"ל דיש גזה"כ דמופלא סמוך לאיש יכול להקדיש לבדק הבית אע"פ דמסברא היינו פוסקים דאינו יכול. אמנם משמע משיעורי רבינו זצ"ל דהוא חולק על האחרונים הנ"ל ונקט דבאמת מופלא סמוך לאיש יכול להקדיש רק למזבח ולא לבדק הבית.

בדעת מקנה. וא"כ מעשה הקידושין שייך רק לחציה, וזה פוסל את מעשה הקידושין. וזוהי כוונת הרשב"א דפשטה פסולה בדעת האשה בקידושין בדומה לאשה דמקחת את עצמה. דהדין דאין אשה לוקחת את עצמה בקידושין קובע דהאשה הויא רק דעת מקנה ולא דעה קונה בכלל. ומכיון דהדין דפשטה שייך רק לדעת קונה ולא לדעת מקנה, וידעינן מהפסול דמקחת את עצמה דהאשה רק יכולה להיות דעת מקנה בקידושין ולא דעת קונה, אזי פשיטא להרשב"א דלא אמרינן פשטה בדעתה וחסר כאן מעשה קידושין בחציה השני.

אבל הר"ח רש"י ותוס' חולקים על הרשב"א וסבורים דאמרינן פשטה גם לגבי דעת מקנה. וא"כ, אם היא מקבלת הקידושין בדעת דחציה תתקדש לו ושהקידושין תתפשט בכולה, הדין דפשטה חל לגבי דעתה כמו לגבי דעתו, ומעשה הקידושין מתייחסת לכולה והקידושין חלין. אבל לכאורה קשה כי פשיטא דאם היא מקבלת הקידושין בדעת דחציה תתקדש לו והיא אינה רוצה בדין פשטה, דהקידושין אינן חלין כדמבואר בגמ' דהתם דעת אחרת. אבל לפי הביאור שביארנו בדעת הראשונים הנ"ל צ"ע למה הקידושין באמת אינו חל, דהרי לכאורה יש דין פשטה בדעתה כמו בדעתו, ולמה אי-הסכמתה דכולה תתקדש לו מעכבת את הדין דפשטה בדעת. וצ"ל דאע"פ דמדין פשטה יש לה דעת ע"פ דין למעשה קידושין בכולה, עדיין עצם זה דהיא אינה רוצה שכולה תתקדש לו מעכבת את הקידושין. דהרי בעינן דעת האשה בקידושין לב' דברים: א) לחלות שם מעשה קידושין, ב) כדי שחלות הקידושין תחול. ומשל לב' דינים האלו מצינו בשיטת הרמב"ם לגבי ייעוד. דלפי הרמב"ם (פרק ד מהלכות עבדים הל"ח) בעינן רצונה ליעוד אע"פ דלא בעינן דעתה להיות דעת מקנה למעשה הקידושין כמו שביארנו בשיעורים לעיל (ה. בתוד"ה שכן ישנן בעל כרחה). וא"כ מוכח מזה דבעינן דעת האשה לא רק למעשה הקידושין עצמה אלא דיש עוד דין דבעינן את דעתה לחלות הקידושין, דהיינו דהקידושין לא תהא בע"כ. ומסתבר דבעינן דעתה על כל חלות הקידושין דהרי כמש"כ לעיל החלות חל עליה ולא על הבעל.

ולפי זה שפיר מובן לפי רש"י תוס' והר"ח למה הקידושין אינן חלין כשיש לה דעת שחציה תתקדש לו. דאע"פ דמדין פשטה יש לה דעת מקנה בכולה ע"פ דין ויש דעת משני הצדדים כדי להיות מעשה קידושין בכולה, מ"מ מכיון דבמציאות היא רוצה דרק חציה תתקדש לו אין כאן דעת לחלות הקידושין וחסר הדין השני דדעת האשה לחלות הקידושין. אבל אם היא רוצה שהקידושין תחול בכולה מדין פשטה אזי יש כאן

מעשה קידושין בכולה וגם דעתה ורצונה שבפועל חלות הקידושין תתפשט בכולה והיא מקודשת לגמרי.

גמ'. הא לא דמיא אלא להא דאמר רבי יוחנן בהמה של שני שותפין, הקדיש חציה וחזר ולקחה והקדישה קדושה ואינה קריבה, ועושה תמורה ותמורתה כיוצא בה.

השוואת הגמ' בין דעת האשה בקידושין לבהמה של שני שותפין לכאורה תמוה. כי בבהמה של שני שותפין פשיטא דלא אמרינן פשטה הקדושה בכל הבהמה דהרי יש כאן ב' בעלים שונים ואין אדם מקדיש דבר שאינו שלו. ואם שותף אחד בלבד מקדיש את חלקו, מסברא אין לזה שום חלות לגבי החלק דשייך לשני ואין כאן הקדשה במקצת בחלק השני כדי לומר פשטה קדושה ממקצת לכולה. אולם באשה המתקדשת החסרון הזה לא קיים כלל, כי הקידושין ראויין לחול במקצתה, אלא דדעתה מעכבת התפשטות החלות.

ונראה לומר דרבא באמת עונה על שתי שאלות שונות. דבמשפט הראשון "התם בהמה הכא דעת אחרת" רבא מלמד דאין דעת מקנה על קידושין בכולה, כדברי הגר"ח זצ"ל דהדין דפשטה שייך לדעת המקדיש. אבל עדיין יש לשאול דאולי יסודו של הגר"ח זצ"ל אינו נכון והדין דפשטה אינו מחדש דע"פ דין יש דעת להקדיש את כל הבהמה או לקדש את כל האשה. אלא דבאמת כשאדם מקדיש חצי בהמה, מעשה ההקדשה חל רק על חצי הבהמה וחלות הקדושה חלה רק על החצי הזה. אלא, דמאחר דחלות הקדושה חלה על חצי הבהמה, חל הדין דפשטה דהקדושה מתפשטת מאליה על כל החפצא. וא"כ גם במי שמקדש חצי אשה י"ל דבאמת לא היתה לה דעת מקנה שכולה תתקדש, אבל הדין דפשטה אינו שייך למעשה ודעת הקידושין כלל, אלא דהחלות דחלה רק בחציה מתפשטת ממילא לכולה. ואם הדין דפשטה אינו שייך כלל לדעתה, אזי הדרא קושיא לדוכתא דתתפשט קידושין בכולה.

ולזה רבא הביא את הדין דבהמת שני שותפין. דאם פשטה באמת אינה שייכת לדעת ולמעשה ההקדשה אלא דהוא דין דחלות דחלה מלכתחילה רק בחצי הבהמה מתפשטת ממילא לכולה, אזי חלות הקדושה ראוי להתפשט גם לחצי השני דבהמה אע"פ דיש לו בעלים אחרים. דהרי אין כאן חסרון דאין אדם מקדיש דבר שאינו שלו, דהרי השותף הראשון רק הקדיש חציו דשייך לו ולאח"כ חל הדין דפשטה, דהיינו דחלות הקדושה ראויה להתפשט ממילא בכל החפצא. אבל מכיון דר' יוחנן חידש דחצי השני דבהמה אינו קדוש, רואים מזה דפשטה אינה דין דהתפשטות החלות ממילא אלא דהוי דין בעיקר מעשה ההקדשה כנ"ל, דע"פ דין היה לו דעת להקדיש את כל הבהמה. ולכן

שפיר מובן שאין דין פשטה חל בבהמה של ב' שותפין דהרי השותף האחד אינו יכול להקדיש את החלק השני דאינו שייך לו. ורבא אמר דהוא הדין לגבי קידושין, דמכיון דפשטה מהוה דין דחל בעיקר המעשה ודעת דקידושין, אין לומר פשטה אצלה כמו שביארנו לעיל לפי הר"ח והרשב"א.

דף ז:

גמ'. וש"מ יש דחוי בדמים.

נחלקו הראשונים בגדר הקדושה דחצי הבהמה דנתקדשה. דרש"י (ד"ה יש דיחוי בדמים) הבין את הגמ' כפשוטה דחצי הבהמה קדוש רק בקדושת דמים, וז"ל יש דיחוי בדמים - יש תורת דיחוי בדבר שאינו קדוש אלא לדמיו כגון זו שמתחלה לא הקדישה אלא לדמיה שתמכר ויקדשו דמי חציה שהרי ליקרב לחצאין לא היתה ראויה עכ"ל. ומשמע מרש"י דאפשר לפדות חצי הבהמה אפי' בלי מום, כדין קדושת דמים.[374] אבל התוס' בגיטין (מג: ד"ה גמרו) נקטו בהדיא דהבהמה תרעה עד שתסתאב ובעי מום כדי לפדותה. ולפי התוס' צ"ל דאין כוונת ר' יוחנן דהחצי רק קדוש בקדושת דמים, אלא דקדושת דמים הויא משל לחלות הקדושה דחלה כששותף הקדיש חציה. כלומר, דהטעם דאין מקריבים את הבהמה הזאת של ב' שותפין הוא דומה לטעם דאין מקריבים בהמה עם קדושת דמים. והביאור בזה הוא, דבקדושת דמים לא מקריבים אותו למזבח מכיון דלא חל על הבהמה קדושת הקרבה למזבח, אבל לא חל עליה חלות פסול. וכמו"כ י"ל לגבי שותף דהקדיש חציו, דאין כאן פסול בקדושת הבהמה אלא דבגלל החצי השני דאינו ברשותו אין בבהמה מספיק קדושה כדי להקריבה. וזה הוי החידוש דר' יוחנן דאע"פ דלא היה פסול בהקדשה הראשונה, אלא דלא חל עליה מספיק קדושה כדי להקריבה, אעפ"כ חל בה דין דיחוי וא"א להקריב את הבהמה אפי' אם לאח"כ החצי השני נעשה קדוש.

גמ' בעי רבא חצייך בחצי פרוטה וחצייך בחצי פרוטה, מהו וכו' שני חצייך בפרוטה מהו, הכא ודאי בחד זימנא קאמר לה או דילמא אין אשה מתקדשת לחצאין כלל, תיקו.

רהיטת לישנא הגמ' מורה דהספקות האלו תלויים בהבנת לשון בני אדם, כלומר, מהי כוונתו כשהוא אמר "חצייך בחצי פרוטה וחצייך בחצי פרוטה". וכן משמע מפירוש

[374] ועיין גם ברש"י (ז. ד"ה ואינה קריבה) דנמי משמע דהחצי יכול להמכר בלי מום. והאבנ"מ (סימן לא סקכ"ב) כבר דייק מלשון הרש"י בסוגייתנו דרק חל על החצי דין קדושת דמים. אבל הגרי"ז (מכתבים בסוף חידושי מרן רי"ז הלוי על הרמב"ם עמוד עח) חולק על הפשט הזה ברש"י ונקט דגם לפי רש"י חל על החצי קדושת הגוף שלא להקרבה ובעינן מום כדי לפדות החצי. ועיין בקובץ שיעורים (קידושין סימן עא) שהביא ראיות דהביטוי "קדושת דמים" פירושו, קדושת הגוף שלא להקרבה, וכדברי הגרי"ז זצ"ל.

רש"י.[375] אבל מפסקי הרמב"ם (פרק ג מהלכות אישות הל"י) נראה דהוא הבין דהאיבעיות בגמ' אינן תלויות במשפטי הלשון בלבד אלא בהלכות קידושין, וז"ל אמר לה הרי חצייך מקודשת לי בפרוטה וחצייך בפרוטה, או שאמר לה הרי חצייך מקודשת לי בחצי פרוטה וחצייך האחר בחצי פרוטה הרי זו מקודשת, אמר לה חצייך מקודשת לי בפרוטה היום וחצייך בפרוטה למחר, שני חצייך בפרוטה, שתי בנותיך לשני בני בפרוטה, בתך מקודשת לי ופרתך מכורה לי בפרוטה, או בתך וקרקעך לי בפרוטה, בכל אלו מקודשת בספק עכ"ל. בשתי האיבעיות הראשונות הרמב"ם פסק דהיא ודאי מקודשת, אבל הוא נשאר בספק לגבי שני הספיקות האחרונים. והראב"ד השיג על הרמב"ם דחילוקו אינו מובן, וז"ל שני חצייך בפרוטה, א"א אם זו ספק מפני שאין האשה מתקדשת לחצאין אותן של מעלה למה היא מתקדשת ודאי אלא כולן בספק עכ"ל. כלומר, דאם שני חצייך בפרוטה הויא קידושי ספק כי יש בזה צד דחצי אשה, לכאורה פשיטא דחצייך בחצי פרוטה וחצייך בחצי פרוטה ג"כ לא הוו קידושי ודאי כי לכל חצי אשה יש לו כסף קידושין אחר. וכן הקשה הרשב"א (ד"ה או דלמא) על הרמב"ם, וז"ל ואינו מחוור דשני חציך בפרוטה טפי עדיף מכולהו מדקאמר בחד זימנא ואפ"ה סלקא בתיקו וכ"ש אידך, ועוד דלישנא דקאמר שאין אשה מתקדשת לחצאין כלל משמע דכל היכא דקאמר לה חצי כלל אינה מקודשת עכ"ל.

ויש להעיר דפסקי הרמב"ם מדוייקים היטב בלשון הגמ', כמו שהעיר הרשב"א (שם), דבשתי האיבעיות הראשונות הגמ' אומרת את"ל, אבל בשתי האיבעיות האחרונות אין את"ל. ולכן הרמב"ם פסק דספיקות הראשונים נפשטו אבל האחרונים נשארו בספק. אבל לכאורה פסקי הרמב"ם עדיין קשה מצד הסברא, דמהי הסברא לחלק בין האיבעיות הראשונות להאיבעיות השניות.

ונראה לבאר ע"פ שיטת הרמב"ם (עיין לעיל בשיעורים ז. ד"ה אמר רבא התקדשי לי לחציי, אות ג') דחלות הקידושין לחצי אשה הויא שינוי בעצם חלות קידושין, דהיינו דהוא רוצה לקדשה ושתהא מותרת לשני. אבל באיבעיות דגמ' כאן, אין זו כוונתו וכל הדיון בגמ' הוא האם אפשר לצרף ב' מעשי קידושין או ב' חלויות קידושין למעשה וחלות אחת שלימה. והרמב"ם הבין דבב' האיבעיות הראשונות דעת המקדש הוא ליצור חלות אישות גמורה, אלא דהוא עושה ב' מעשה קידושין בשני חצייה ורוצה לצרפם ביחד כדי ליצור חלות אישות שלימה. ובזה פסק הרמב"ם (פרק ג מהלכות אישות הל"י) ד"מונה והולך

[375] עיין ברש"י (ד"ה כיון דאמר בפרוטה) דכתב וז"ל וטעה לומר שמקדשין לחצאין עכ"ל. ומבואר דהקידושין פסולים בגלל דעתו המוטעית.

הוא", דהיינו דהוא יכול לצרף שני מעשיו ביחד כדי להחיל חלות אחת גמורה, והיא ודאי מקודשת. אבל כשהוא אומר שני חצייך בפרוטה הרי יש כאן רק מעשה קידושין אחד והוא רוצה ליצור חלות אישות שלמה מכח שתי חצי חלויות. והגמ' נסתפקה האם קידושין כאלו מהני כי סוף כל סוף יש כאן חלות אישות גמורה, או"ד א"א לצרף החלויות ביחד ונשאר בשתי חצי חלויות ויש בזה החסרון דחצי אשה. וזה מדוייק בלשון הגמ' וז"ל "אין אשה מתקדשת לחצאין כלל" דהיינו, אפי' אם בסופו של דבר יש מעשה קידושין אחד וחלות אישות על כל האשה, מכיון דהוא רוצה ליצור החלות הגמורה ע"י צירוף דשתי חצי חלויות, גם זה נחשב לחצי אשה.

ולגבי האיבעיא השלישית – חצייך בפרוטה היום וחצייך בפרוטה למחר – הרמב"ם גם פסק דהיא ספק מקודשת. והטעם דלא אמרינן כאן דשני מעשי הקידושין מצטרפים יחד כמו בחצייך בפרוטה וחצייך בפרוטה, הוא בגלל דשני המעשים סותרים זה את זה. דבשלמא אם יש שני מעשי קידושין אבל המקדש אינו מפרט מתי הם חלין, אזי אפשר לומר דמצטרפים למעשה אחד.[376] אבל באיבעיא השלישית הרי מעשה הקידושין דהוא רוצה שיחול היום סותר למעשה קידושין דהוא רוצה שיחול למחר, וזהו הביאור בצד הספק דקידושין כאלו אינו חל. והצד דקידושין כאלו מהני, הוא כדמבואר בגמ' דהקידושין מתחיל עכשיו ונגמר למחר, כלומר, דמכיון דדבריו הוו תרתי דסתרי ע"פ דין אמרינן דהקידושין מתחילים מעכשיו ונגמרים לאחר זמן. והביאור בזה הוא ע"פ שיטת רבי יוחנן לקמן (ס.) דמי שקידש אשה מהיום ולאחר ל', אפי' מאה תופסין בה דשוו נפשיה כי שרגא דלבני. ותוס' (ד"ה אפילו) ביארו וז"ל מעכשיו יתחילו הקידושין ולאחר ל' יום יגמרו עכ"ל. וגם הרמב"ם (פרק ז מהלכות אישות הלי"ב) ס"ל הכי ולכן יש כאן ספק ע"פ דין אם בא אחר וקידשה תוך ל' יום (עיין בשיעורים לעיל ו. בענין קידושי חצי שפחה וחצי בת חורין). ולפי זה י"ל דהגמ' כאן נסתפקה אם אפשר לצרף את שני מעשיו לקידושין אחד דמתחיל מיד ורק נגמר לאחר ל' כדי שלא יהיו דבריו תרתי דסתרי.

גמ'. בעי רבא חצייך בחצי פרוטה וחצייך בחצי פרוטה מהו, כיון דאמר לה חצי פרוטה פסקה, או דילמא מונה והולך הוא.

וקשה, דאפי' אם נאמר דלפי הצד דמונה והולך הוא ליכא חסרון דחצי אשה, אבל עדיין יש חסרון של חצי פרוטה, דהרי לכל מעשה קידושין יש רק חצי פרוטה דאינו כלום

[376] לכאורה לפי ביאור רבינו זצ"ל היום ולמחר הם לאו דוקא והאיבעיא גם שייך היכא דאמר בבוקר ובערב, כי בכל ב' זמנים התרתי דסתרי קיים. וזוהי שיטת הר"ן. אבל רש"י (ד"ה כל ביומיה) משמע דיש חשיבות לדוקא היום ולמחר וכל זמן דהמקדש רוצה לגמור הקידושין היום ולא למחר הוי חלק דהאיבעיא השניה.

והאיך אפשר לצרפם ביחד.[377] ונראה להוכיח מזה יסוד בגדר שו"פ לקידושין. דשוה פרוטה אינו דין בקנין הקידושין עצמו, דהיינו דכסף דהמקדש נותן לאשה צ"ל שו"פ. אלא דהאשה המתקדשת צריכה לקבל כסף דשו"פ. ולכן, בנידון דידן, אע"פ דהמקדש לא נתן פרוטה שלימה לכל מעשה הקידושין, מכיון דלגבי קבלתה יש לצרף שתי החצי פרוטות לפרוטה שלימה יש צד לומר דהקידושין חלין.

והביאור בזה הוא ע"פ יסוד הגדר דכסף קידושין. דבקנין כסף דעלמא, הממון דהקונה מעביר למקנה מחיל את הקנין, ולכן יש דין דהכסף עצמו צ"ל שו"פ. אבל בקידושין אין הפשט דהעברת הממון גורמת את חלות הקידושין אלא דקבלת האשה בתורת דעת מקנה גורמת את הקנין. ולכן הכסף צ"ל שו"פ רק בקבלתה ולא בשעת עצם ההעברה מהמקדש אל האשה. ועיין לעיל (ז. בד"ה וכן לענין ממונא) דביארנו ע"פ זה למה הרמב"ם פסק הדין דעבד כנעני רק לגבי קידושין ולא במקח וממכר.[378]

ונראה גם להוכיח היסוד הזה מהאיבעיא לקמן בגמ', וז"ל שתי בנותיך לשני בני בפרוטה מהו, בתר נותן ומקבל אזלינן והאיכא ממונא, או דילמא בתר דידהו אזלינן והא ליכא עכ"ל. אם יש דין דהכסף דהמקדש נותן לאשה בתורת כסף הקונה צ"ל שו"פ אזי פשיטא דבציור כזה בעינן שתי פרוטות מכיון דיש שני קניני קידושין בשתי נשים. דהרי במקח וממכר נראה פשיטא מסברא דכדי לקנות ב' שדות דשייכות לב' בני אדם בעינן ב' פרוטות, כי כסף הקנין הוי דין בקנין עצמו. אלא מוכרח דהצד דבתר מקבל אזלינן נקט דהצורך לשו"פ הוא דין בקבלת דעת המקנה לקידושין, ומכיון דבציור כזה יש רק דעת מקנה אחד (האב), אזי בעינן רק פרוטה אחת לשתי הבנות. ואפי' הצד דבתר דידהו אזלינן אינו חולק על היסוד הזה, אלא הביאור הוא דמכיון דיש שתי נשים המתקדשות אזי ע"פ דין יש ב' דעת מקנה שונות אע"פ דבפועל האב מקבל לשתיהן וא"כ בעינן שתי פרוטה.[379]

---

[377] והשווה לתוס' ר"י הזקן דביאר הצד דהיא אינה מקודשת על פי קושיית רבינו זצ"ל דיש כאן רק חצי פרוטה וז"ל פסקא למילתיה והואיל ואמר חצי פרוטה לא כלום הוא עכ"ל. אך עיין ברש"י דמשמע דאם מונה והולך אזי יש רק מעשה קידושין אחד.

[378] וע"ע בשיעורים לעיל (ב. בא"ד מיהו בהקדשות, ג. בענין חליפין אות ח', ו. בענין נתינת הגט בתורת גירושין אות ד').

[379] ויש להעיר דלשון הספק בגמ' כולל הנותן ביחד אם המקבל - "בתר נותן ומקבל אזלינן" - ומשמע דלא כרבינו דקפדינן רק על קבלת הדעת מקנה. אלא דהר"י (תוד"ה שתי בנותיך) כבר נקט דבתר נותן דנקט לאו דוקא, עיי"ש בתוס'. וגם יש לעיין בשו"ת רדב"ז (חלק ז סימן לו, מובא במשנ"ל ריש פרק ה דהלכות אישות) דהוכיח משיטת הר"י דבתר מקבל אזלינן בקידושין ולכן אם המקדש זרק לה חצי פרוטה ונתיקרו לשו"פ לפני שהגיע לידה דהיא מקודשת. אבל התוס' רי"ד (ד"ה בתר נותן) פירש הלשון "בתר נותן" בדוקא.

ולפי זה מבואר גם למה הרמב"ם סבור דמתנה ע"מ להחזיר וחליפין אינם מועילין בקידושין מדאורייתא. דהרמב"ם (פרק ה מהלכות אישות הלכ"ד) נימק הפסול במתנה ע"מ להחזיר, וז"ל ואם החזירתו הרי לא נהנית ולא הגיע לידה כלום עכ"ל. ואם שו"פ נצרך כדי לפעול קנין הקידושין עצמו, לכאורה אינו מובן למה היא צריכה ליהנות מהכסף. אבל לפי היסוד הזה דבקידושין קפדינן רק דהיא תקבל שו"פ, מכיון דזה דין בקבלתה מובן למה היא צריכה לקבל הנאה דשווה פרוטה.

גמ'. בעי רב פפא בתך ופרתך בפרוטה מהו וכו' בעי רב אשי בתך וקרקעך בפרוטה מהו וכו' תיקו.

בפשטות נותן הכסף רוצה להשתמש בפרוטה אחת לב' דברים שונים: לקדש הבת וגם לקנות הפרה או הקרקע. והצד דקידושין כאלו אינו מועיל מובן, דהרי אי אפשר להשתמש בפרוטה אחת כדי לעשות שני קניינים שונים דיש כאן רק פרוטה אחת וכל קנין סותר את השני. ולגבי הצד דהקידושין חלין עיין בתוס' (ד"ה בתך) וז"ל כיון דפרה אין נקנית בכסף שדינא להו בתר בתו עכ"ל. ומבואר מהלשון "שדינן להו" דאין הפשט דבמשפטי הלשון משערינן כוונתו דבאמת הוא רק רצה לקדש בפרוטה ולא לקנות הפרה. אלא דבאמת הוא נתכוון לשני קניינים דהוו תרתי דסתרי דא"א לעשות, ועל פי דין הפרוטה שלו משתייך לבתו מכיון דאין קונין פרה בפרוטה.

ולכאורה צ"ל דזה גם הפשט בספק השני דהגמ', דהיינו מה לעשות ע"פ דין כשהוא התכוון לעשות שני דברים דתרתי דסתרי. דמצד אחד י"ל דרק שדינן בתר בתו היכא דכוונתו לקנות החפץ בפרוטה הוי טעות כמו לגבי פרה, אבל בקרקע דבאמת נקנית בכסף אזי אין טעם ע"פ דין לומר דהפרוטה שייכת להקידושין יותר מלהקרקע. ובכן הצד השני דשדינן הכסף בתר הקידושין צ"ע, כי קרקע וקידושי אשה לכאורה שווין לגבי קנין כסף דהרי כסף קונה לגבי קנין קרקע כמו דקונה בקידושין, ובשני הדברים יש גם עוד דרכים לעשות את הקנין. וא"כ צ"ב, מה הצד לומר דע"פ דין שדינן הפרוטה לקידושין ולא לקנין השדה.

וצ"ל ע"פ מה דייסדנו בשיעורים לעיל (ז: ד"ה בעי רבא חצייך) דבקידושין השו"פ הוי דין בקבלת האשה ואילו בקנין קרקע יש דין דהקונה צריך לתת פרוטה למקנה. וי"ל דכסף דמוגדר ככסף דדעת המקנה מקבלת לקידושין אינו יכול להיות גם כסף דפועל קנין קרקע ע"י נתינה מהקונה אל המקנה. אמנם הסתירה הזאת קיימת רק אם מתחילים בחלות שם כסף קידושין דהאשה מקבלת. אבל בכוון השני אין סתירה, כלומר דזה דהכסף מוגדר ככסף דפועל קנין קרקע אינו סותר הגדרת הכסף כדבר דהאשה מקבלת

כדי לגרום חלות הקידושין. ומכיון דהגדרת קבלת הכסף בתורת קידושין סותרת להגדרת הכסף כגורם קנין הכסף דקרקע ואמנם בכוון השני אין סתירה, יוצא דמסתבר להגדיר הכסף כקידושי כסף.

אבל לכאורה כל זה צ"ע, דלמה לן לומר דחלות כסף הקידושין סותר חלות כסף הקנין, אבל חלות שם כסף קנין לקנין כסף אינו סותר חלות כסף קידושין, וצ"ע.

גמ'. ההוא גברא דאקדיש בשיראי, רבה אמר לא צריכי שומא, רב יוסף אמר צריכי שומא.

נחלקו הראשונים בדעת רב יוסף דצריכי שומא מה הדין אם לא שמאום לפני הקידושין אך שמאום אח"כ. מרש"י (ד"ה צריכי שומא) משמע דהיא אינה מקודשת וצריכה מעשה קידושין חדש, וז"ל וכיון שלא שמאום תחלה אינה מקודשת כדמפרש ואזיל עכ"ל. אבל עיין בלשון הרמב"ם (פרק ז מהלכות אישות הלי"ח) שהוא פסק כרבה, וז"ל אמר לה הרי את מקודשת לי בבגדים אלו שהן שוין חמשים דינרים והיו של משי וכיוצא בהן שהאשה מתאווה להן, אם היו שוין חמשים הרי זו מקודשת משעת לקיחה, ואינן צריכין שומה בשוק ואחר כך תהיה מקודשת כדי שתסמוך דעתה אלא הואיל והן שוין כמו שאמר לה הרי זו מקודשת משעה ראשונה, ואם אינן שוין אינה מקודשת עכ"ל. והר"ן (ד. בדפי הרי"ף) והמגיד משנה דייקו מלשון הרמב"ם "ואינן צריכין שומה בשוק ואחר כך תהיה מקודשת" דלפי רב יוסף אם שמאום אח"כ בשוק היא מקודשת ולא בעינן מעשה קידושין חדש. וצ"ב במאי פליגי.

ונראה לבאר דפליגי בגדר הסברא דרב יוסף דהיא לא סמכא דעתה. דרש"י הבין דלפי רב יוסף היא אינה חושבת דהשיראי, דהוי כסף הקידושין, שוה חמשין וחסרה עצם דעת דקידושין. ומכיון דטעותה היא בשוויות כסף הקידושין ובדעתה, אין אומרין דהיא מקודשת אח"כ ע"י השומא, דהרי הטעות שלה היתה בעצם כסף הקידושין בשעת הקידושין. אבל הר"ן נקט כי היא יודעת דכסף הקידושין הוי רק שוויות דפרוטה של השיראי ושהוא נותן לה שאר השיראי בתורת תנאי בנוסף לכסף הקידושין. וא"כ יש לומר, דמכיון דהיא אינה חושבת דהשיראי שווה חמשין היא אינה מקודשת מיד כי דעתה היא דהתנאי דחמשין מקויים כשיודעת ששווה השיראי חמשין. וכשמאוה אח"כ ונמצא דהשיראי שווה חמשין נמצא דהתנאי מקויים והיא מקודשת.[380]

[380] לפי ביאור רבינו זצ"ל, רש"י והר"ן נחלקו רק לפי הלישנא קמא דהגמ' דשיטת רב יוסף יסודה באומדן דעת האשה. אבל משמע דלפי הלישנא בתרא דלפי רב יוסף היא אינה מקודשת מגזה"כ דקיי"ל אזי פשיטא דשומא אח"כ לא מהני. וכן העיר הלחם משנה (שם).

גמ'. איכא דאמרי בכל דהו נמי פליגי, רב יוסף אמר שוה כסף הרי הוא ככסף, מה כסף דקיץ אף שוה כסף נמי דקייץ.

משמע דנחלקו שתי הלשונות ביסוד שיטת רב יוסף. דלפי הלישנא קמא, יש חסרון בדעת האשה דהיא לא סמכא דעתא. אבל לפי הלישנא בתרא יש דין דנלמד מפסוק דשוה כסף צ"ל קייץ כמו כסף עצמו. ולפי זה כשרב יוסף הביא ראיה לשיטתו מהברייתא דעגל זה לפדיון בני אין בנו פדוי, לכאורה פשיטא דהראיה רק הויא ללישנא בתרא, דכמו דבפדיון הבן בעינן שוה כסף דקייץ כמו"כ בקידושין בעינן שו"כ דקייץ. אבל הלישנא קמא דרב יוסף לא צריך ראיות מברייתות, מכיון דמקור הפסול הוי אומדנא בדעת האשה.[381]

אבל עיין בתוס' (ח. ד"ה מנא אמינא) דהבינו הגמ' באופן הפוך, וז"ל ללישנא קמא מייתי ראיה עכ"ל. ומבואר בדבריהם דרב יוסף הביא ראיה מהדין דאין בנו פדוי לזה דיש חסרון בסמיכות דעת האשה בלי שומא. ולכאורה כל זה צ"ב, כי בשלמא לגבי קידושין האשה מהווה דעת מקנה ובעינן סמיכות דעתה כדי שהקידושין יחולו. אבל לגבי פדיון הבן לכאורה אין הכהן דמקבל הכסף פועל בתורת דעת מקנה, ולמה בעינן סמיכות דעת דכהן כשהוא מקבל השו"כ דפדיון הבן. וצ"ל ע"פ הגמ' בגיטין (עד: - עה.) דרבא פסק דנתינה בע"כ לא שמה נתינה בנוגע לכמה הלכות: א) נתינת מעות בפדיון בתי ערי חומה, ב) קיום התנאי כדי להחיל חלות גירושין. וא"כ גם לגבי פדיון הבן י"ל דנתינה בע"כ לא שמה נתינה ובעינן סמיכות דעת הכהן כדי שהפדיון יחול. ולפי"ז י"ל אע"פ דאין הכהן מקבל את הכסף בתורת דעת מקנה כמו האשה בקידושין, עדיין יש להשוות אותם לגבי סמיכת הדעת הנצרכת בשווי הממון שהם מקבלים.

אבל לכאורה זה קשה, כי על פי פשטות פדיון הבן הוי חלות פריעת חוב לכהן. ובנוגע לפריעת חוב, אע"פ דהויא מצוה, פשיטא דפריעת בע"ח בע"כ דמלוה מהני וכדמבואר בתוס' בגיטין בסוגיא שם (עה. ד"ה מכלל) וז"ל דוקא בעלמא פשיטא דהוי נתינה שאין המלוה מפסיד בקבלת הפרעון אבל הכא דע"י הפרעון צריך להחזיר הבית וכן ע"י קבלתו הוי הגט גט לא הויא נתינה עכ"ל. וא"כ הדרא קושיא לדוכתא דהיאך יכולים התוס' לנקוט דבעינן סמיכות דעת דכהן בפדיון הבן כמו דבעינן סמיכות דעת האשה בקידושין. **וצ"ל** דהתוס' סברי דפדיון הבן לא סגי בדיני פריעת בע"ח, אלא דמצות הנתינה דפדיון מצריכה חלות שם נתינה כדי לקיים את המצוה. ובדיני נתינה, נתינה בע"כ לא שמה

[381] ועיין ברשב"א (ז: ד"ה אי דאמר) דביאר כמו רבינו זצ"ל דראיית הגמ' היא כפי הלישנא בתרא.

נתינה ובעינן רצון הכהן.[382] ומכיון דבעינן רצון הכהן בקבלת דמי הפדיון שייך החסרון דלא סמכא דעתיה כמו בנוגע לאשה בקידושין. וא"כ מבוארת שיטת התוס' דהגמ' רוצה להוכיח מזה דאין סמיכות דעת לכהן בלי השומא, דג"כ אין סמיכות דעת להאשה בקידושין בלי שומא.

אמנם לולא דברי התוס' היה נראה לפרש דאפי' אם נאמר דפדיון הבן מתחיל כחיוב מצוה והחוב נוצר ממנה, עדיין קיום המצוה בא ע"י סילוק החוב. ולכן מסתבר דדיני פריעת בע"ח אכן שייכים לפדיון הבן, ולא דיני נתינה דמצוה. ומסתבר דנתינה בע"כ מהני בפדיון הבן כמו דמהני בפריעת בע"ח.[383]

ועוד צ"ע בביאור דידן בתוס', דהרי אפי' אם נאמר דדיני נתינה דמצוה שייכים לפדיון הבן ולכן נתינה בע"כ לא מהני, לכאורה עדיין מסתבר לומר דלא בעינן סמיכות דעת גמורה דכהן כדי לקיים מצות הפדיון. דהרי רק בעינן שהנתינה לא תהא בע"כ דכהן, אבל אין כאן גדר של דעת מקנה וכדומה כדי להצריך סמיכות דעת גמורה. וזה בניגוד לקידושין דדעת האשה הויא דעת המקנה ולכן פשיטא דבעינן סמיכות דעת גמורה להקנות את עצמה, וצ"ע.[384]

דף ח.

תוד"ה ומאי ניהו.

לפי התוס' עבד כנעני קונה את עצמו בחליפין אבל עבד עברי אינו קונה את עצמו בחליפין, והחילוק הזה צ"ב. ונראה לבאר דחלוק קנין האדון בעבד כנעני מקנינו בעבד עברי. דעבד כנעני הוי כשורו וחמורו של האדון ולכן כדי שעבד כנעני ישתחרר האדון צריך להקנות את העבד כנעני לעצמו, והאדון הוי הבעלים על הקנין כמו בהקנאה דעלמא. אבל עבד עברי אינו כשורו וחמורו דאדונו ולכן אע"פ דבעינן דעת האדון כדעת מקנה, עדיין האדון אינו בגדר הבעלים על הקנין.

וע"פ זה מובן למה חליפין מהני בעבד כנעני אבל לא בעבד עברי. כי כבר ביארנו (לעיל ג. בענין שיטת הרמב"ם בחליפין לקידושין) דחליפין מהני במקח וממכר בכלי פחות משו"פ

[382] עיין בשיעורים לעיל (ו: בענין מתנה ע"מ להחזיר) בביאור רבינו זצ"ל לדין דמתנה ע"מ להחזיר מהני בפדיון הבן אע"פ דפשוט דאינו מהני לפריעת בע"ח.

[383] עיין בזה בקצוה"ח (סימן רמג סק"ד) דנקט דנתינה בע"כ דכהן מהני בפדיון הבן. והשווה לדברי רבינו זצ"ל לעיל (ג. בענין חליפין בקידושין, אות ד')

[384] עיין בספר עצמות יוסף דתירץ דלכהן יש קצת זכות בבכור וצריך דעתו להעביר את הבכור לאביו. ופעם אמר רבינו זצ"ל שבכך מבואר הלשון שהנהיגו הגאונים בפדיון הבן, "מאי בעית טפי – הבכור או ה' סלעים" דמשמע שיש לכהן זכות בעצם גוף הבכור.

כי המקנה הוי הבעלים על הקנין והוא יכול לוותר על הצורך לשו"פ. אבל בקידושין, דהאשה אינה הבעלים על הקנין אין לה את הכח הזה ולכן תמיד בעינן חלות שם כסף מעיקר הדין, דהיינו שו"פ. והסברות האלו גם שייכות לשיחרור עבדים. דבנוגע לעבד כנעני האדון הוי הבעלים על הקנין ולכן הוא יכול לוותר על הצורך לשו"פ וחליפין אמנם מהני. אבל לגבי עבד עברי, האדון דומה להאשה בקידושין דאע"פ דבעינן דעתו בתורת דעת מקנה מ"מ הוא אינו הבעלים על הקנין, ולכן אין מי שיכול לוותר על הצורך לשו"פ וא"א להקנות בקנין סודר.

גמ'. לא מיבעיא קאמר, לא מיבעיא כסף דאי אית ביה שוה פרוטה אין אי לא לא אבל תבואה וכלים, אימא מדמקרבא הנאתייהו גמר ומקני נפשיה, קא משמע לן.

הבאנו לעיל (ב. תוד"ה בפרוטה ובשוה פרוטה אות א) את שיטת הרמב"ם (פרק ז מהלכות מעילה הל"ו) דפודין הקדשות בכלי פחות משו"פ, וגם את ספיקת הרשב"א (שבועות לט:) דכלי פחות משו"פ אולי מהני לקנינים ולקידושין. וקשה טובא על השיטות האלו מגמ' דידן, דמבואר להדיא דכלים פחות משו"פ לא מהני לקנות בעבד עברי.

ויש לתרץ לכל שיטה בפני עצמה. לפי הרמב"ם י"ל דכלי פחות משו"פ מהני כשו"פ לכל דבר חוץ מקידושין. וביארנו (עיין לעיל ג. חליפין בקידושין אות ז'; ו. בענין מתנה ע"מ להחזיר) דהחלות שם כסף הקונה במקח וממכר תלוי בחשיבות החפצא משא"כ החלות שם כסף של קידושין דתלוי בשווי שמגיע לידה. וזה גם הטעם דמתנה ע"מ להחזיר וחליפין לא מהנין בקידושין, כי האשה אינה מקבלת שווי ולכן חסר חלות שם כסף קידושין. ולפי זה שפיר מבואר למה לפי הרמב"ם כלי פחות משו"פ לא מהני לגאול עבד עברי. דהרי הרמב"ם פסק (עיין במשנה למלך לפרק ב מהלכות עבדים הל"א) דאין עבד עברי נקנה בחליפין ואינו קונה את עצמו בחליפין, ומבואר מזה דגם לגבי עבד עברי החלות שם כסף תלוי בשווי דהאדון מקבל ולא רק בחשיבות החפצא בלבד. וא"כ גם כלי פחות משו"פ לא מהני בקניני עבד עברי.

אבל לפי הרשב"א עדיין קשה דהרי הרשב"א צידד לומר דכלי פחות משו"פ מהני אפי' בקידושין. וכבר ביארנו (ג. בענין חליפין אות ז') יסוד שיטת הרשב"א בזה, דהיינו דשווי הכלי ע"פ דין באמת הוי שו"פ בגלל המלאכה דאפשר לעשות בכלי. וא"כ לפי הצד בספיקת הרשב"א דכל כלי מועיל בקידושין מכיון דכל כלי ע"פ דין נחשב כשוה פרוטה צ"ע, מאי שנא קידושין מגאולת עבד עברי דמפורש בגמ' דכלי פחות משו"פ לא מהני.

ונראה דיש לחלק בדעת הרשב"א בין קידושין לבין גרעון כסף דעבד עברי. דכל חידוש הרשב"א דכלי דמחירו בשוק פחות משו"פ יש לו השווי ע"פ דין דשוה כסף, הוא רק

לגבי קנינים וכדומה. אבל פשיטא דאפי' הרשב"א מודה דא"א לפרוע חוב דפרוטה בכלי ששווה פחות מפרוטה, כי לגבי פרעון חוב הולכין בתר השוויות של החפצא בשוק. וכבר ביארנו לעיל (עיין בשיעורים ב. בתוד"ה שוה פרוטה) דאע"פ דנחלקו הראשנים לגבי כמה דיני גרעון כסף, מ"מ כו"ע מודי דהיסוד דגרעון כסף הוי פריעת חוב לאדון. וא"כ י"ל דלרשב"א כלי פחות משו"פ לא מהני בגרעון כסף דעבד עברי, כי גרעון כסף בעצם הוי חלות דין פריעת חוב.

גמ' לעולם דלא שוי וכו' אמר ליה לדידי חזי לי חמש סלעים.

בענין לדידי שוה לי

א

לדידי שוה לי בפדיון הבן ובמקח וממכר

עיין בתוס' (ד"ה אבל כולי עלמא) דהבינו דכל השו"ט בהסוגיא הוא בנוגע לפדיון הבן. דבהו"א הגמ' סברה דכל כהן בכל ענין יכול לומר לדידי שוה לי ה' סלעים, אבל רב אשי הסיק דלדידי שוה לי מהני רק היכא דהכהן הוי גברא רבה דיש לו צורך מיוחד בסודר. ולכן התוס' הקשו וז"ל וא"ת מאי טעמא דלא מהני מי גרע ממתנה ע"מ להחזיר דאמרינן לעיל (ו:) דשמה מתנה עכ"ל. כלומר, למה סודר לסתם כהן יותר גרוע ממתנה ע"מ להחזיר דלא נשאר כלום אצל הכהן, ועיי"ש מה שתירצו. אבל עיין ברמב"ם (פרק יא מהלכות ביכורים הל"ז) וז"ל נתן לו כלי שאינו שוה בשוק ה' סלעים וקבלו הכהן בה' סלעים הרי בנו פדוי עכ"ל. ומבואר ברמב"ם דכל כהן יכול לומר לדידי שוה לי ולקבל חפץ פחות מה' סלעים לפדיון הבן. והקשו עליו (ר"ן ד. בדפי הרי"ף, הכס"מ שם) מסוגיא דידן דמשמע דרק גברא רבה יכול לקבל דבר פחות מה' סלעים ולא סתם כהן.[385]

ובהגהות הגר"א פירש דהיה להרמב"ם גירסא אחרת בסוגיא, וז"ל נ"ב וידע למחולי אבל כ"ע לא כי הא דמר בר רב אשי כו', כ"ה גירסת בה"ג ורמב"ם ומפרשים לענין שאין בו משום אונאה עכ"ל. דהיינו, דלפי ביאור הגר"א בדעת הרמב"ם, הגמ' מיירי בשני דינים שונים. דלגבי פדיון הבן הברייתא נשאר כפשוטו דכל כהן יכול לקבל עגלה פחות מה' סלעים והפדיון חל. ורב אשי בא לחדש הלכה אחרת, דבמקח וממכר הלוקח יכול לשלם הרבה יותר משווי החפץ בלי איסור אונאה היכא דדומה לגברא רבה בסודר, דהיינו דיש לו צורך מיוחד לחפץ זה ובאמת לדידיה זה שוה יותר מהמחיר בשוק.

ודברי הגר"א דהגברא רבה "ידע למחולי", אין כוונתו דהוא ת"ח ויודע למחול על הכסף דיותר מהמחיר בשוק כדי לסלק את האיסור דאונאה. דהרי מבואר בגמ' ב"מ (נא.- נא:)

[385] עיי"ש בכס"מ מה שתירץ בזה.

דאם באמת הלוקח רוצה לשלם יותר מדמי החפץ בעינן לשון תנאי דעל מנת שאין לך עלי אונאה וזה נכנס לסוגיא דמתנה ע"מ שכתוב בתורה. אלא הגר"א התכוון לדין אחר, דהיינו דהיכא דהגברא רבה באמת צריך לסודר, הסודר שוה לו יותר משאר העולם ולכן אין בו אונאה כלל. ויוצא מזה דלפי הרמב"ם חלוק פדיון הבן ממקח וממכר. דלגבי אונאה במקח וממכר יש ב' דינים: א) דאם הלוקח משלם יותר מדמי החפץ אזי כדי לסלק את האיסור דאונאה בעינן תנאי דע"מ שאין לך עלי אונאה, ב) דאם הלוקח באמת צריך את החפץ ולדידיה שוה לו יותר מהמחיר בשוק, אזי אין כאן חלות אונאה כלל. ורואים מזה דאונאה תלויה במחיר המיוחד ללוקח זה ולא רק במחיר בשוק.[386]

ולגבי פדיון הבן יש דין מיוחד דכל כהן יכול לקבל שוה כסף דפרוטה בתורת ה' סלעים אע"פ דאין זה המחיר בשוק וגם אין לו צורך מיוחד בחפץ כדי לומר דשוויות החפץ בשבילו הוי ה' סלעים. וכל זה שלא כהתוס' דסבורים דסוגייתנו איירי רק בפדיון הבן, והכהן יכול לומר לדידי שוה לי רק היכא דהוא צריך את החפץ כמו סודר לגברא רבה.

ב

לדידי שוה לי בקידושין

ביארנו דלפי הרמב"ם יש ב' דינים בגמ' לגבי לדידי שוה לי, דין בפדיון הבן ודין במקח וממכר. אבל לגבי קידושין משמע דאין האשה יכולה לומר לדידי שוה לי.[387] ולכאורה יוצא מזה דלשיטת בית שמאי דכסף קידושין צ"ל דינר, דאם הוא נתן לה פרוטה והיא אומרת לדידי שוה לי דינר, אין הקידושין חלין כי אין לה הכח הזה להעלות את השווי. אבל נראה דהר"ן (ד. בדפי הרי"ף ד"ה גרסי') חולק על זה. דהרי הר"ן הסתפק אם אמרינן לדידי שוה לי בקידושין אפי' בפחות משו"פ, וז"ל אני מסתפק במקדש בדבר שאינו שוה פרוטה אי מציא אמרה לדידי שוה דאפשר דכיון דלא שוה מידי לאו כל הימנה לתת עליו תורת כסף והכא שאני דכיון דודאי ממונא הוא כי אמר לדידי שוה לי מהני עכ"ל. ואם הר"ן נסתפק לגבי פחות משו"פ בגלל דהוא לא נותן לה כסף כלל, לכאורה פשיטא דלפי בית שמאי אם הוא נתן לה פרוטה דבודאי יש בו תורת כסף, דהיא יכולה לומר לדידי שוה לי דינר.

[386] והשווה לדברי הריטב"א כאן (ד"ה לעולם) דגם נקט דבאיסור אונאה הולכין בתר המחיר המיוחד לו וז"ל ושמעינן מהכא שהמוכר חפץ לחבירו בשית ובשוק לא שוו אלא חמשה, אי להאי לוקח שוי שיתא אין בו אונאה דבתר דידיה אזלינן כי היכי דחשבינן ליה הכא דשוי חמש סלעים עכ"ל. ועיין בקצוה"ח (סימן רכז סק"א) דהביא דברי הריטב"א והקשה עליו.

[387] ונראה דביאור הדבר הוא דהאשה אינה הבעלים על קנין הקידושין, ועיין לשיעורים לעיל (ג. בענין חליפין בקידושין אות ד'; ח. תוד"ה ומאי ניהו) לסברא דומה.

גמ'. אמר רבי אלעזר התקדשי לי במנה, ונתן לה דינר הרי זו מקודשת וישלים, מאי טעמא כיון דאמר לה מנה ויהב לה דינר, כמאן דאמר לה על מנת דמי.

נחלקו המפרשים בגדר הדין דמקודשת וישלים. דעיין ברשב"א (ד"ה ואמר) דהבין את הגמ' כפשוטה דיש כאן דין דקידושין על תנאי. דהרי הרשב"א הקשה מהצורך לתנאי כפול, וז"ל ואמר רב הונא אמר רב כל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי, יש מדקדקין מכאן דבע"מ א"צ לתנאי כפול ולהן קודם ללאו דהא הכא סתמא יהיב לה אלא דאנן הוא דקאמרינן דכמאן דאמר לה על מנת דמי וכן דעת רבינו אלפסי ז"ל, וכבר הארכתי בענין זה בפרק מי שאחזו בס"ד עכ"ל.[388] ולפי זה הדין דישלים הוי ככל תנאי בעלמא, דאם המקדש אינו משלים המנה אזי הקידושין אינן חלין. אבל האבנ"מ (סימן כט סקי"ד) העיר דיש ראשונים דחולקים על הרשב"א וסבורים דבדרך כלל תנאי כזה בעי תנאי כפול, ומזה דהמקדש לא כפל דבריו בסוגיא דידן מוכח דאין כאן גדר של תנאי. אלא דביארו את הסוגיא דהמקדש חייב להשלים המנה מדין התחייבות חדשה דקיבל על עצמו בלי קשר לחלות קידושין, וז"ל דע"כ לא בעינן דיני תנאי ב"ג וב"ר אלא שיבוטל המעשה ע"י תנאי דאז אם אין התנאי כדיני תנאי אע"ג דלא נתקיים התנאי המעשה קיים, אבל שיתחייב בתנאו לא בעינן דיני תנאי וכמו קנה שדה במנה ונתן דינר שקנה לו השדה צריך להשלים דמי השדה ונתחייב בדמי השדה אחר שקנה השדה אלא דאם לא נתן דמי השדה לא נתבטל הקנין עכ"ל. ולכן האבנ"מ הסיק דהמקדש חייב להשלים המנה אבל הקידושין חלין אפי' אם אינו משלים.[389]

ולכאורה צ"ע בדעת האבנ"מ דבמה התחייב לתת לה מנה שלם. דהרי א"א להתחייב בדיבור בעלמא דיתן לה מנה, ולמה הוא חייב להשלים לה את המנה. וצ"ל דכמו במקח וממכר דאפשר לקנות קרקע בפרוטה, כשפוסקין סכום מסויים אזי הקנין עצמו דחל בפרוטה מחייב את הקונה לתת יותר מפרוטה, הוא הדין לגבי קידושין. דהיינו דאפשר לקדש אשה בפרוטה, וע"פ הדין קנין הקידושין בעצמו מחייב את המקדש לתת יותר מהפרוטה, וזה חידוש.

והנה בסיפא דברייתא איתא, וז"ל אמר לה התקדשי לי במנה זו ונמצא מנה חסר דינר או דינר של נחשת אינה מקודשת, דינר רע הרי זו מקודשת ויחליף עכ"ל. והגמ' ביארה דדינר רע היינו דנפיק ע"י הדחק. ולכאורה יש להקשות על הדין דמקודשת ויחליף,

[388] ועיין ברא"ש (סימן ט) וז"ל ואע"פ שלא הזכיר שום תנאי דייניגן ליה כאילו התנה וכפליה לתנאיה עכ"ל.
[389] ועיין באבנ"מ (סימן כט סק"א) ובקצוה"ח (סימן רמא סק"ט).

דממ"נ - אם "מנה זו" כולל דינר רע אז למה הוא חייב להחליף, ואם "מנה זו" אינו כולל דינר רע אז למה היא מקודשת.

ועיין בר"ן (ד. בדפי הריי"ף ד"ה אמר ר' אלעזר) דנסתפק האם חלות הקידושין תלויה בזה שיחליף הדינר הרע בדינר היוצא בקלות, וז"ל האי דינר רע היכי דמי אי דלא נפיק היינו דינר של נחושת אמר רב פפא כגון דנפיק ע"י הדחק, כלומר דכיון דנפיק הרי זו מקודשת דמסתמא לא קפדא כל שהחליפו ואפשר שאין הקידושין תלויין בכך ואע"פ שלא החליפו מקודשת אלא שיש לו להחליפו לה מדין חוב בעלמא עכ"ל. וכמו"כ יש להסתפק בדעת הרמב"ם (פרק ז מהלכות אישות הלי"ז) שכתב וז"ל האומר לאשה הרי את מקודשת לי במאה דינרין ונתן לה אפילו דינר אחד הרי זו מקודשת משלקחה הדינר והוא שישלים לה את השאר, שזה כמי שאמר לה הרי את מקודשת לי בדינר זה על מנת שאשלים ליך מאה דינרים שהיא מקודשת לו מעכשיו וכו' וכן אם נמצא מנה חסר דינר או נמצא מהן דינר נחשת אינה מקודשת, נמצא בהם דינר רע אם יכולה להוציאו על ידי הדחק יחליפנו ואם לאו אינה מקודשת עכ"ל. ולא ברור על מה קאי סוף דברי הרמב"ם "ואם לאו אינה מקודשת". דיש לומר דקאי על המלה "יחליפנו", כלומר דאם הוא אינו מחליף אז היא אינה מקודשת כצד הא' בר"ן, או"ד י"ל דקאי על המלים "אם יכולה להוציאו ע"י הדחק", כלומר דאם לאו ואינה יכולה להוציאו ע"י הדחק אז היא אינה מקדושת. וא"כ לא ברור באיזה צד של ספיקת הר"ן הרמב"ם נקט.

והנה לפי הצד דחלות הקידושין אינה תלויה בהחלפת הדינר הרע בטוב, שפיר אפשר לפרש הצורך להחליף כהאבנ"מ. דהיינו, דדינר היוצא ע"י הדחק מהני לקידושין אבל הוא גם התחייב לתת לה דינר טוב בלי קשר לחלות קידושין כ"חוב בעלמא" כלשון הר"ן. אבל לפי הצד הא' של ספיקת הר"ן דחלות הקידושין תלויה בזה שיחליף הדינר הרע בדינר הטוב, עדיין קשה כל הענין דהחלפה.

ונראה לבאר דכשאמר "התקדשי לי במנה זו" בעצם יש ב' דינים בכל המנה יתר על הפרוטה: א) תורת כסף קידושין, וב) תורת כסף תנאי. ולכן המנה דהוא נותן לה צ"ל כסף מנה ע"פ גדרי כסף קידושין וגם על פי גדרי כסף שניתן בתורת קיום התנאי. והנה בכהת"כ כסף דיוצא ע"י הדחק יש לו שם כסף כדמוכח מפסק הרמב"ם (פרק ד מהלכות מע"ש הל"י, והלי"ט) דפודין מעשר שני עליו, וז"ל אין פודין במטבע שאינו יוצא באותו זמן ובאותו מקום וכו' היתה הסלע חסירה שתות או פחות משתות אם היתה יוצאת ע"י הדחק מחלל עליה לכתחלה בשוה סלע ואינו חושש עכ"ל. ונמצא דכסף היוצא ע"י הדחק שפיר מועיל לכסף קידושין דתלוי בשם כסף ע"פ דין. אבל אם נתן לה כסף

כזה היא עדיין אינה מקודשת כי הקידושין נעשו על תנאי דהוא יתן לה "מנה זו" ולגבי התנאי הזה היא התכוונה לכסף טוב דיוצא בקלות. ובזה שפיר מובן לשון הברייתא הרי זו מקודשת ויחליף, דהיינו דכבר נתן לה כסף הקידושין אבל כדי לקיים התנאי הוא צריך להחליף את הדינר היוצא ע"י הדחק בדינר היוצא בקלות.

דף ח:

גמ'. אמר רבא אמר רב נחמן אמר לה התקדשי לי במנה, והניח לה משכון עליה אינה מקודשת, מנה אין כאן משכון אין כאן.

בענין קידושין במשכון

יש כמה ענינים בגמ' הטעונים בירור. א) המקדש רוצה להתחייב לאשה ע"י העברת המשכון, ויש לעיין האם ההתחייבות באופן הזה חלה או לא חלה. ב) אם ההתחייבות אינה חלה אזי פשיטא דהקידושין אינן חלין כי אין כאן במה לקדשה. אבל אם מסירת המשכון מהני ליצור התחייבות והמקדש באמת מתחייב לה, יש לעיין למה היא אינה מקדושת. ונשנה בזה כמה שיטות.

א

שיטת רש"י

כתב רש"י (ד"ה מנה אין כאן) וז"ל הלכך משכון אינו שוה (כאן) כלום שאין המשכון מתנה עכ"ל. ומשמע מלשונו "אינו שוה כלום" דהעברת החפצא לאשה לא פעל שום דבר, לא כמתנה ולא כמשכון על התחייבות. ונמצא דרש"י נקט דמסירת משכון אינו דרך ליצור התחייבות מדעת, ולכן אין לו במה לקדשה.[390] ונראה דרש"י אזיל לשיטתו, דעיין לעיל (דף ה. רש"י ד"ה שטר שאין פודין בו הקדשות) דנקט דבכהת"כ התחייבות דינו ככסף אלא דיש גזה"כ דא"א לפדות בו הקדש.[391] ולכן רש"י היה מוכרח לפרש בסוגיא דידן דאין ההתחייבות חלה כלל, דאילו חלה ההתחייבות אזי מכיון דההתחייבות קונה ככסף בכהת"כ היה אפשר לקדש את האשה בחלות ההתחייבות דחלה בנתינת המשכון.

ב

שיטת הרשב"א

[390] רבינו זצ"ל הודה דמי שרוצה להתעקש יכול להבין רש"י כשיטת הרמב"ן דיש כאן התחייבות, אבל הפשטות בדברי רש"י מורה דאין כאן התחייבות. עיין בבית הלוי (חלק א סימן כג) דגם ביאר שיטת רש"י כדמבואר בפנים מרבינו זצ"ל.

[391] עיין לעיל בשיעורים (ה. בענין אין פודין הקדש ומע"ש בשטר וגדר שטר התחייבות) לביאור המח' בין רש"י והרשב"א בזה באריכות.

הרשב"א (ד"ה מנה אין כאן) פירש וז"ל מנה אין כאן משכון אין כאן, כלומר מנה שהוא מקדשה בו אינו כאן ומשכון שהניח לשעבוד על המנה אינו שוה כאן כלום שלא נתן לה גופו של משכון לקדושין אלא לשעבוד המנה ובמה תתקדש עכ"ל. ר"ל דאין כאן חלות חוב כלל דא"א להתחייב ע"י מסירת המשכון וכדפרש"י. ואז הרשב"א הוסיף וז"ל ואפי' א"ל הריני חייב לך מנה בקנין והתקדשי לי בו אינה מקודשת שאין כאן מנה אלא מלוה ולא קנה ואפילו כתב לה שטר עליו אינה מקודשת וכמו שכתבתי למעלה גבי מה לכסף שכן פודין בו הקדשות ומעשרות (ה.) עכ"ל. כלומר, דאפי' אם התחייב בקנין דמועיל והוא באמת מתחייב לה מנה, עדיין א"א לקדשה בהתחייבות וכמו שפירש הרשב"א לעיל, דאין דין התחייבות ככסף קנין. ונמצא דרש"י והרשב"א לשיטתם לסוגיא דלעיל לגבי אם התחייבות דינו ככסף קנין או לא.[392]

ג

שיטת הרמב"ן

עיין בר"ן (ד: בדפי הרי"ף ד"ה מנה) וז"ל כתב הרמב"ן ז"ל דאפי' היכא דאמר לה קני משכון זה בשעבוד מנה והתקדשי לי בו ומשכתו אינה מקודשת דנהי דקניא ליה משכון להההוא שעבודא אינה מקודשת בכך דמנה אין כאן כלומר דעיקר שעבודא דמנה גבי לוה הוא ולא גבי אשה ומש"ה משכון נמי אע"ג דגבי אשה הוא הרי הוא כאילו משכון אין כאן שאין המשכון אלא להבטחת השעבוד וכיון דמנה אין כאן גבי אשה משכון נמי אין כאן, וכי תימא נהי דשעבודא גבי לוה למה אינה מקודשת באותו שעבוד והא אמרי' בפרק האיש מקדש (מז:) המקדש בחוב דאחרים בין במלוה בשטר בין במלוה על פה מקודשת מדינא אי לאו משום טעמא דלא סמכא דעתה דלמא מחיל ליה וכדשמואל דאמר חזר ומחלו מחול והכא ודאי לא שייכא ביה מחילה וכיון שכן היכי אמרינן דמנה אין כאן, איכא למימר דלא דמי דבשלמא מקדש במלוה דאחרים לא שייכי [כסף] קידושין גבי מקדש כלל שכיון שקדש את האשה באותה מלוה אין כאן [אצלו ממנה] כלום משא"כ במקדש במלוה דידיה דמנה אין כאן כלומר דאותו מנה שהוא מקדש בה אכתי אגיד גביה וכסף קדושין דאגיד גבי בעל לא כסף קדושין הוא עכ"ל. לפי הרמב"ן בציור הגמ' כשהמקדש אמר "התקדשי לי במנה" ומסר לה המשכון, אז ההתחייבות אינו חל. אבל אם אמר "קני משכון זה בשעבוד מנה", נוצר התחייבות וחל שם משכון על החפץ. ולשון הרמב"ן משמע דכל השעבוד חל רק על המשכון והאשה רק יכולה לגבות מהמשכון

[392] ולכאורה יסוד מחלקותם לגבי קנין כסף הוי האם כסף קנין חל בתורת פרעון (כסמ"ע) או כחפצא של מעשה קנין כסף (כהט"ז), דהתחייבות מהוה פרעון אבל חסר לה חפצא של כסף. ובקידושין מסתבר דכסף קונה מדין חפצא של כסף ולא מדין פרעון (כטענת הט"ז).

ולא משאר נכסיו. ואע"פ דבלשון הנכון אפשר ליצור התחייבות ושעבוד ע"י מסירת המשכון, עדיין הקידושין אינן חלין כי כסף הקידושין (ההתחייבות) אגידא גביה.

ויש בשיטת הרמב"ן ב' חידושים: א) חידוש בהלכות יצירת התחייבות, דמסירת המשכון הויא דרך ליצור התחייבות ושעבוד חדש דחל רק על המשכון, ב) חידוש בהלכות קידושין, דיש חסרון דאגידא גביה בקידושין. ועלינו לעיין בכל חידוש בפני עצמו.

והנה בהא דמשיכת המשכון יוצרת התחייבות עם שעבודים על המשכון יש כמה חידושים, ונפרטם אחד אחד:

א) בדרך כלל אין שעבוד נכסים חל בלי שעבוד הגוף. דהרי הגמ' בב"ב (קעד.) מגדירה את השעבוד דחל על נכסי הלוה דהוי כערב ללוה עצמו וז"ל נכסיה דבר איניש אינון מערבין יתיה עכ"ל. וזה גם היסוד דשיטת ר"ת (הובא דבריו ברשב"א לב"ב קמז: ובעוד מקומות) בביאור הדין במכירת שט"ח דאם חזר המוכר ומחלו, דהחוב מחול והלוקח אינו יכול לגבות מנכסי הלוה. ור"ת ביאר דיש למלוה ב' שעבודים, שעבוד הגוף על הלוה ושעבוד נכסים על נכסיו, ורק שעבוד הנכסים נתפס בקנין. ומאחר דהמלוה מחל את שעבוד הגוף, אזי שעבוד הנכסים ממילא פקע.

ובדרך כלל כשיש חוב עם משכון, יש חלות שעבוד הגוף על הלוה או על המתחייב, והמשכון הוא החפצא דחל עליו שעבוד הנכסים. אבל במקרה דידן לפי הרמב"ן אין חוב קדום כדי לומר דיש שעבוד הגוף על הלוה עצמו, אלא החוב והשעבוד על המשכון נוצרים ביחד ע"י משיכת המשכון עצמו. וזה דין מחודש דאפשר ליצור שעבוד נכסים רק על המשכון לבדו בלי שעבוד הגוף לשלם משאר נכסים.[393]

ב) ועוד חידוש מבואר ברמב"ן דיש חלות שעבוד נכסים דכל כולו חל רק על חפצא אחד (המשכון) ולא על כל נכסי הלוה.

דהרי לכאורה אחד מהחילוקים בין שעבוד נכסים לבין קנין גמור בחפצא הוא היכולת לחלק בין חפץ לחפץ. דפשיטא דאם אחד הוי הבעלים על שני חפצים דהוא יכול למכור אחד ולהשאיר את החפץ השני בבעלותו. אבל לכאורה הלוה או מי שמתחייב בחוב

[393] וכן ביאר באבנ"מ (סימן כט סק"י) דלפי הרמב"ן יש ציור של שעבוד נכסים בלי שעבוד הגוף. וע"ע לקמן (ח: בענין בע"ח קונה משכון אות ד') דרבינו זצ"ל ביאר את דעת התוס' בענין משכון בשעת הלוואה ע"פ החידוש דהרמב"ן. וע"ע בזה ברשימות שיעורים לב"מ (פא: בענין משכון אליבא דר' יצחק, אות ב). ויש להעיר דלכאורה הרא"ש (סימן י) חולק על הרמב"ן וסבור דמשכון שייך רק כשיש שעבוד הגוף לשלם חוב וז"ל וליתא דאין חילוק בין מתנה לקידושין וטעם אחד לכולם לפי שאין המשכון משועבד לכלום משום דאדם יכול לשעבד נכסיו לדבר שנתחייב בו אבל בדבר שלא נתחייב לא חל שיעבוד על נכסיו ובמתנה שאמר ליתן לו לא נתחייב בה ולא יתחייב בה לעולם לפי שיכול לחזור בו לפיכך לא נשתעבד לו המשכון במשיכתו עכ"ל.

אינו יכול לשעבד רק חצי נכסיו עבור החוב ולהשאיר חצי נכסיו בלי חלות שעבוד, דדבר זה לא שמענו מעולם.

ועוד דאם יש למלוה שעבודים על נכסי הלוה, שמענו שהמלוה יכול למכור את החוב עם כל השעבודים לאחר, אבל לא מצינו דהמלוה יכול למכור רק חצי מהשעבודים לאחר ולא כל השעבודים. ובפשיטות זה מבואר בלשון השטר דמכירת שט"ח (לקמן מז:) וז"ל דאמר רב פפא האי מאן דזבין שטרא לחבריה צריך למיכתב ליה קני לך הוא וכל שעבודיה עכ"ל. והפשט בזה דהשעבוד דחל על כל נכסי הלוה נחשב כחפצא אחד דא"א לחלקו לשנים.

אבל לרמב"ן יש יוצא מן הכלל לדינים האלו והוא דין המשכון. דהחידוש דין דמשכון הוא דחל שעבוד נכסים על חפץ אחד דהיינו המשכון, בלי חלות שעבוד הגוף על המתחייב, וגם בלי שעבוד נכסים על שאר נכסי המתחייב. ונראה דזהו גם יסוד הדין דר' יצחק דבע"ח קונה משכון, דא"א לפרש כפשוטו וכדמבואר להלן, אלא הביאור הוא דיש למשכון כמה מדיני קנין גמור לעומת דיני שעבוד רגיל. ואחד הדרכים דמשכון דומה לקנין גמור הוא היכולת לחלק בין השעבוד דחל על החפצא דמשכון לבין השעבודים דחלין על שאר נכסי הלוה.

ונראה לבאר ע"פ זה מה דפליגי הראשונים (הובאו בהר"ן שבועות יז: בדפי הרי"ף) אם יש לנתינת משכון הדין של הילך, וז"ל ולענין מי שמודה במקצת הלואה ורוצה ליתן משכון למלוה באותן מקצת אי מיקרי הילך או לא, הרב בעל העיטור כתב דכהילך דמי אבל ה"ר יוסף הלוי ז"ל אומר דבכה"ג לא מיקרי הילך והביא ראיה מדאמרינן בפ"ק דקדושין (ח.) אמר רבא אמר רב נחמן התקדשי לי במנה והניח לה משכון עליה אינה מקודשת מנה אין כאן משכון אין כאן עכ"ל. והר"ן שם ביאר דלפי הר"י מגא"ש אין לנתינת משכון דין הילך במקרה דמודה במקצת כי הדין דמשכון חל רק כשיש מעשה קנין, וזה רק יכול להיות באחד משני דרכים. אחד - במשכון בשעת הלוואה דנתינת המעות מהמלוה ללוה משעבד את המשכון למלוה, ושני - במשכון שלא בשעת הלוואה דהמשכון נקנה בתורת גביית ב"ד וכלשון הר"ן וז"ל קני ליה משום דבגוביאנא דבי דינא אתו לידיה עכ"ל. אבל בין שעת ההלואה לזמן הגבייה, מסירת המשכון מהלוה למלוה אינו מהני כי אין דרך לקנות המשכון, וז"ל אבל כשנתן לוה למלוה משכון שלא בשעת הלואתו כיון שמלוה אינו קונה [במכר] במה קנאו מלוה למשכון, שמא תאמר [אע"פ] שהמלוה אינו קונה לה קנאו במשיכה לשעבודו שכשם שאילו הקנהו לוה למלוה לגמרי נקנה במשיכה כך כשהקנהו לו בתורת משכון משיכה קונה לו זו היא שלמד הרב רבי יוסף ז"ל

מההיא דקדושין שאין המטלטלין נקנין במשיכה למשכון בעלמא כיון שאין כח במעות הראשונים לקנות עכ"ל. והביאור בהר"י מגא"ש דכל דרכי הקנין נלמדים מגזה"כ, ולא מצינו בשום דוכתא גזה"כ דמשיכה שקונה במטלטלין לקנין גמור גם קונה מטלטלין לחלות שעבודים. ומאידך הרמב"ן לפנינו חולק על הר"י מגא"ש ונקט דמשיכה הוי מעשה קנין גם ליצור חלות התחייבות ושעבודים דמשכון.[394]

ונראה דהרמב"ן מודה דבדרך כלל קנין משיכה שייך רק לחלות קנינים ובעלות גמורה ולא ליצירת חלות התחייבות ושיעבודים בעלמא. אמנם כבר ייסדנו דחלות השעבוד דחל על המשכון חלוק ביסוד דינו מהתחייבות ושעבוד רגיל, דדומה יותר לקנין גמור וכדר' יצחק. ומכיון דמשכון דומה לקנין גמור, נקט הרמב"ן דאפשר ליצור חלות התחייבות עם שעבוד על המשכון גם ע"י משיכה ואע"פ דבעצם משיכה הוי קנין לבעלות גמורה. ולפי"ז נראה דהרמב"ן מודה להר"י מגא"ש בשעבודים אחרים חוץ מבמשכון, דהדרכים ליצור קנין גמור לחוד והדרכים ליצור התחייבות ושעבוד נכסים לחוד. ולכן פשיטא דהרמב"ן סבור דא"א לעשות קנין חזקה בתוך שדה של אחר כדי ליצור חלות התחייבות ושעבוד נכסים. אך שאני משכון כי חל מקצת קנין ולא רק שעבוד בעלמא.

ובנוסף לחידושים דיש ברמב"ן בהלכות התחייבות ושעבודים, מבואר מדבריו גם חידוש בהלכות קידושין. דהרמב"ן ביאר דאע"פ דהשעבוד חל על המשכון והסברא נותנת דאפשר לקדש בו אשה כמו דאפשר לקדש אשה במלוה דאחרים, עדיין הקידושין אינן חלין במשכון כי כסף הקידושין אגידא גביה. ולכאורה הטעם הזה תמוה מפני שתי קושיות: א) היכן מצינו דיש חסרון דאגידא גביה אצל כסף קידושין. דהרי הלשון דאגידא גביה לקוח מהלכות נתינת הגט (גיטין עח:) ושם יש גזה"כ דספר כריתות דבעינן דבר שכורת האישות לגמרי. אבל בקידושין אין גזה"כ כזה ולמה יש חסרון דאגידא גביה.[395] ב) גם במלוה דאחרים הכסף עדיין לא הויא ברשות האשה לגמרי והויא אגידא גביה דהמקדש, דהרי פסקינן דהמוכר שט"ח חוזר ומוחל את החוב. וא"כ, מאי שנא מלוה דידיה דלפי הרמב"ן הקידושין אינו חל בגלל החסרון דאגידא גביה, ממלוה דאחרים דהקידושין אכן חל.

[394] אך יתכן דהר"י מגא"ש מודה לרמב"ן דהא המשיכה בציור דהרמב"ן יוצר שעבוד על המשכון בו בשעה דחל החיוב לשלם את החוב מהמשכון, ודומה איפוא למשכון בשעת הלוואה, ואילו באופן דהר"י מגא"ש כבר היה החוב ורוצה לקנות המשכון אח"כ שלא בשעת ההתחייבות ומשו"ה לא חל.

[395] עיין במחנה אפרים (הלכות קנין מעות סימן ה) דביאר ברמב"ן דיש היקש בין הויה ליציאה ולכן גזה"כ דכריתות גם שייך לקידושין. אך ביאורו תמוה דהא הגמ' אומרת פריטי אין כאן נסכא אין כאן, ומשמע דהוי דין בקנין ולא בכריתות.

ונראה לבאר את כוונת הרמב"ן ע"פ מה שכתבנו לעיל בשיעורים (ה: בענין ידות אות ב) דנתינת כסף קידושין צ"ל בתורת קידושין. ולגבי הקנאה מצינו דהמקנה והקונה יכולים להגדיר את מטרת ההקנאה. דהיינו, מעשה נתינת כסף מהקונה למקנה יכול להיות בתורת מכר, בתורת פרעון, או בתורת קידושין, והכל תלוי בדעתם. ובכן בקידושין הרי הם קובעים חלות "תורת קידושין" בנתינת הכסף. אבל ע"פ דין, התחייבות חדשה אינה יכולה להיות "בתורת" מטרה מסויימת, אלא שהמתחייב מתחייב באופן סתם לבעל חוב. וא"כ אע"פ דלפי הרמב"ן מסירת המשכון יוצרת חוב עם שעבוד על המשכון ובזה הוא רוצה לקדשה, עדיין הקידושין אינו חל כי חסר כאן חלות שם נתינה בתורת קידושין לשם קידושין. אבל כשהמקדש מקנה לאשה חוב דאחרים שיש הקנאת חוב קדום מהאיש לאשה ולא יצירת התחייבות חדשה, הקנאה כזאת יכולה להיות בתורת קידושין.[396]

ד

שיטת הראב"ד

עיין בהמשך דברי הר"ן שם דהביא את שיטת הראב"ד, וז"ל אבל הראב"ד ז"ל פירש דה"ק מנה אין כאן שהרי לא נתחייב לה בו דמילי בעלמא נינהו וכיון דמנה אין כאן משכון נמי אין כאן דלא קניא ליה למשכון במידי דמאי יהבה ליה דקניא לה משכון ודכוותה נמי הא דאמרי' בסמוך פריטי אין כאן נסכא אין כאן כלומר דכיון שלא נתחייב בפריטי אין השעבוד נתפס על הנסכא שהוא משכון אבל היכא שנתן לה משכון ואמר לה קני במשכון זה שעבוד מנה והתקדשי לי בו מקודשת עכ"ל. ונראה דהראב"ד מסכים עם הרמב"ן דכל זמן דהשתמש בלשון הנכון אפשר ליצור התחייבות ושעבוד במשיכת המשכון. אלא דחולק על הרמב"ן לגבי חידושו בהלכות קידושין, דהראב"ד סבר דאין חסרון דאגידא גביה בקידושין ולכן אפשר לקדש בשעבוד דחל על המשכון.[397]

[396] ביאור רבינו זצ"ל ברמב"ן הוא דלא כדברי הקצוה"ח (סימן לט סק"ט) דנקט דהחסרון דאגידא גביה לפי הרמב"ן שייך גם למכירת קרקעות. ועוד דאין זכר לדין "תורת קידושין" ברמב"ן וצע"ג. ופשטות הרמב"ן לכאורה מורה דצריך חלות שם "נתינה" לאשה בכסף קידושין כמו דין "נתינה" בגט אשה, ובהתחייבות חדשה חסרה "נתינה" דהא האיש חייב לשלם את החוב והממון עדיין אצלו ואין בהתחייבות שלו חלות "נתינה" גמורה. משא"כ בחוב דאחרים דאע"פ דיכול למחול אך אין הוא זה שחייב לשלם החוב ויש כאן "נתינה." אך לפי"ז לכאורה טלי כסף קידושיך מע"ג קרקע פסול מדחסרה "נתינה." ועיין בזה לעיל בשיעורים (ב. ד"ה בא"ד בא"ד מיהו בהקדשות נמי אפשר דדרשינן כלל ופרט וכלל). אך גם ע"ז קשה מדין מכירת אמתא. אלא י"ל אחרת דיש דין נתינה בכסף קנין וכדכתיב "ונתן הכסף וקם לו" ובהתחייבות דידיה שכסף התשלומין עדיין אצל הקונה יש חסרון בנתינת כסף קנין בהתחייבות דידיה. משא"כ במלוה דאחרים שכסף התשלומין אצלם, הקונה נתן כסף קנין למקנה או לאשה.

[397] וכן כתב המהרי"ט (הובא דבריו באבנ"מ סימן כט סקי"א) בביאור דברי הראב"ד. אבל האבנ"מ עצמו חולק על זה ונקט דהראב"ד סבר לגמרי כמו הרא"ש דאין משיכת המשכון דרך ליצור התחייבות ושעבוד עיי"ש בדבריו.

ה

שיטת התוס' ור"ת

עיין בתוס' (ד"ה מנה אין כאן) דנקטו דמסירת המשכון אינו יוצר התחייבות, וז"ל פי' ואינה מקודשת לפי שהאשה נקנית בכסף והכסף אינו בעין היאך יקנה שאין המשכון תחת הכסף כיון שלא ישאר ביד האשה ודאי אי אמר לה התקדשי לי במשכון זה והמשכון יהיה שלך פשיטא דמקודשת וכמו כן אם אדם אומר לחבירו אתן לך מנה במתנה והניח לו משכון עליה לא קנה המנה במשיכת המשכון ואין לחלק בין מתנה לקידושין עכ"ל. ומבואר מלשונם וגם מזה דלא חילקו בין מתנה לקידושין דהתוס' סברי דאין כאן התחייבות כלל. ונראה דהתוס' אזלי לשיטתם דהוכחנו לעיל (ה. בענין אין פודין הקדש בשטר וגדר שטר התחייבות) דסברי כרש"י דהתחייבות דינו כממון, וכנ"ל (אות א) בשיטת רש"י.

אבל ר"ת חולק על שיטת התוס' וסובר דמסירת המשכון בלשון הנכון מהני ליצור התחייבות, וז"ל ורבינו חיים כהן בשם ר"ת אומר שאם אמר אדם לחבירו אתן לך מנה במתנה והילך משכון עליו ואל תחזיר לי המשכון עד שאתן לך המנה דאז ודאי יכול לעכב המשכון עד שיתן לו המנה עכ"ל. ובזה ר"ת דומה לשיטת הרמב"ן דמשיכת המשכון מהני ליצור התחייבות ושעבוד. אבל נראה דר"ת חולק על החידושים האחרים של הרמב"ן. דהיינו, דלפי הרמב"ן ביארנו דההתחייבות והשעבוד דנוצר ע"י מסירת המשכון שונה מסתם התחייבות ושעבוד בזה דאין במשכון שעבוד הגוף, וגם דהשעבוד נכסים חל רק על החפצא דמשכון לבדו ולא על שאר נכסי המתחייב. אבל נראה דר"ת נקט דהחוב דנוצר ע"י מסירת המשכון דומה לגמרי לחוב דנוצר ע"י מסירת סודר וכדומה, דיש כאן שעבוד הגוף ושעבוד נכסים על כל נכסי הלוה. ובזה ר"ת לשיטתו דלגבי מכירת שט"ח וחזר ומחלו, דנקט דא"א להיות שעבוד נכסים בלי שעבוד הגוף.

ולכאורה צ"ע בגדר הדברים. דבשלמא לפי הרמב"ן ביארנו דשעבוד על המשכון דומה לקנין גמור בכמה אופנים (אליבא דר' יצחק) ולכן מובן למה משיכה דמהני בקנין רגיל גם מהני ביצירת שעבוד על המשכון. אבל לפי ר"ת קשה, היכן מצינו דמסירת משכון הויא דרך ליצור התחייבות.

ונראה לבאר ע"פ המשך דברי התוס' דהקשו על הדעה הראשונה שבתוס' מגמ' דמשמע דפועל משתעבד לבעל הבית כשהוא מוסר לו כלי אומנתו, וז"ל ותימה מהא דאמר בהשוכר את האומנין (ב"מ עה:) גבי השוכר את הפועלים להעלות פשתן וכל דבר שהוא אבוד מקום שאין שם אדם וחזרו בהן שוכר עליהן או מטען וקאמרינן עד כמה שוכר

עליהן א"ר נחמן עד כדי שכרן איתיביה רבא לרב נחמן עד ארבעים וחמשים זוז התם כשבאת חבילה בידו פירוש שבאו כלי אומנות של פועל ליד בעל הבית והשתא כי באת חבילה בידו מאי הוי הא מנה אין כאן משכון אין כאן עכ"ל. והתוס' תירצו בשני דרכים, וז"ל וי"ל דלא דמי דהתם גרמו לו הפסד ועוד שאין החבילה בתורת משכון אלא קנוייה לו לשכור פועלין עכ"ל. לפי התירוץ השני הסוגיא בב"מ בכלל לא קשור למשכון. אבל לפי התירוץ הראשון של התוס' מדובר במשכון אלא דבמקום הפסד מסירת המשכון גורם התחייבות מצד הפועל. וקשה, דפשיטא דהתוס' לא איירי בהלכות נזקין מדין גרמי, דא"כ הפועלים ראויים להיות חייבים רק על הפסד דגרמו ולא יותר מזה כדמבואר בגמ'. אלא כוונת התוס' היא חידוש בהלכות יצירת התחייבות ע"י המשכון, דבדרך כלל מסירת המשכון לא מהני לגרום התחייבות אבל במקום הפסד מסירת המשכון מהני. וצ"ע למה הפסד גורם שהתחייבות הזאת תחול.

וגם קשה על סוף דברי התוס' בענין התחייבות לשידוכין, וז"ל ושמא בשדוכין לא אמרינן מנה אין כאן משכון אין כאן כיון שכשהאחד מהן חוזר בו השני מתבייש בדבר עכ"ל. הסברא הזאת גם נמצא בתוס' ב"מ (סו. ד"ה ומניומי) דעוסק בהלכות אסמכתא לא קניא וז"ל ומיהו קנס שעושין בשעת שידוכין מהני אפילו לא קנו בב"ד חשוב כיון שנוהגין בו כל העולם מידי דהוי אסיטומתא דלקמן (עד.) דקניא ועוד דבדין הוא להתחייב כל החוזר בו כיון שמבייש את חבירו עכ"ל. ושם הפשט בתוס' מבואר, דהחסרון דאסמכתא הויא בסמיכות דעת המתחייב, ומכיון דבשידוכין החוזר בו מבייש את חבירו יש כאן גמירת דעת. אבל בתוס' דידן החסרון במסירת המשכון לכאורה לא הוי בסמיכות דעת המתחייב אלא בדין, דאין מסירת המשכון דרך ע"פ דין ליצור התחייבות. וא"כ קשה טובא, מהי השייכות של בושה ליצירת התחייבות.

ונראה לתרץ את כל הקושיות הנ"ל ע"פ הבנת היסוד דהתחייבות מדעת. דנראה לומר דבדרך כלל בהלכות קנינים מעשה הקנין הוי הגורם דמעביר את הבעלות מאחד לשני, אלא דיש תנאי דגם בעינן דעת מקנה וקונה. אבל בהתחייבות מדעת אע"פ דבעינן מעשה קנין כמו מסירת סודר כדי להתחייב, מעשה הקנין אינו העיקר, אלא דמעשה הקנין גורם לגמירת דעת גמורה היוצרת את ההתחייבות. והראיה לזה שהתחייבות חלה ע"י גמירת דעת אלימתא ולא ע"י מעשה קנין הוי הדין דשטרי פסיקתא (לקמן ט:) דאפשר להתחייב בלי מעשה קנין, וז"ל דאמר רב גידל אמר רב כמה אתה נותן לבנך כך וכך, לבתך כך וכך, עמדו וקדשו קנו, הן הן הדברים הנקנים באמירה עכ"ל. ובגמ' בכתובות (קב:) איתא

וז"ל בההיא הנאה דקמיחתני אהדדי גמרי ומקני להדדי עכ"ל. ומבואר בזה דגמירת דעת אלימתא מועילה כדי להתחייב בלי מעשה קנין.[398]

ובזה מתורץ שיטת ר"ת, דהקשינו עליו דהיכן מצינו דמשיכת המשכון הוי דרך ע"פ דין ליצור התחייבות. ונראה דרק לגבי הקנאה גמורה בעינן מקור לכל מעשה קנין בנפרד כי מעשה הקנין הוי הדבר שגורם לחלות הקנין. משא"כ לגבי התחייבות דרק בעינן מעשה דמורה על גמירת דעת אלימתא, ולפי ר"ת גם במסירת משכון יש מעשה דמורה על גמירת דעת אלימתא. והתוס' דחולקים על ר"ת וסברי דמסירת משכון אינה יוצרת חלות התחייבות, בעצם מודים לר"ת ביסוד של חלות התחייבות מדעת, אלא דסבורים דמסירת המשכון אינה מורה על סמיכת דעת אלימתא כמו קנין סודר. וכל זה במסירת משכון במקרה רגיל. אבל כשיש הפסד ממון או שיש בושה לצד השני אזי גם התוס' מודים דיש גמירת דעת אלימתא ע"י מסירת המשכון ולכן נוצרה התחייבות. ולפי"ז מובן למה התוס' בב"מ ובקידושין פירשו דיש סברא דבושה כדי לסלק את החסרון דאסמכתא וגם את החסרון דמעשה קנין ליצור ההתחייבות, כי שניהם תלויים בכח גמירת הדעת דיש למתחייב.[399]

ו

התם במשכון דאחרים וכדרבי יצחק, דאמר רבי יצחק מנין לבעל חוב שקונה משכון וכו'

ונראה דנחלקו הראשונים מה הוי כסף הקידושין בציור דמשכון דאחרים.[400] דכתב רש"י (ד"ה במשכון דאחרים) וז"ל שהיה בידו וקדשה בחוב שיש לו עליו הלכך מקודשת שהמשכון עצמו קנוי לה עכ"ל. ומבואר בהדיא דלפי רש"י הקידושין נעשו בחוב דהוא מקנה לה ע"י הקנאת המשכון. וא"כ הגמ' בסוגיין דומה לסוגיא לקמן (מז.) דהוא יכול לקדשה בחוב דאחרים. מאידך עיין ברמב"ם (פרק ה מהלכות אישות הלכ"ג) דהבין דכסף הקידושין הוי המשכון עצמו, וז"ל היה בידו משכון על חוב שיש לו אצל אחרים וקידש בו אשה אע"פ שאינו שלו הרי זו מקודשת, מפני שבעל חוב יש לו מקצת קנין בגופו של משכון עכ"ל.

---

[398] וע"ע לקמן בשיעורים (ט:) דרבינו זצ"ל נסתפק בדעת הרמב"ם אם הגמ' דדברים הנקנים באמירה מיירי בהתחייבות או בקנין גמור.

[399] והשווה למש"כ לעיל (ג.) בענין שיטת הגר"ח ביסוד קנין חליפין. וע"ע ברשימות שיעורים לב"מ (דף תנ"ד-תנ"ו) דרבינו זצ"ל הציע פירוש אחר בתירוץ התוס' דגרמו לו הפסד דהיינו דחל חיוב מזיק מיוחד בפועל כמו דחל חיוב מיוחד דמזיק בשומר אליבא דהרמב"ם, עיי"ש.

[400] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לשבועות (מד. בענין משכון אליבא דר' יצחק, אות ג).

ושתי השיטות טעונות בירור. דהרי קשה על רש"י דמצינו בש"ס דיש שני דרכים להקנות חוב לאחר: א) בכתיבה ומסירה, ב) במעמד שלשתן, והיכן מצינו דחוב גם נקנית ע"י מסירת המשכון. ונראה לבאר דכתיבה ומסירה ומעמד שלשתן הויין דרכים להקנות חוב באופן ישיר. אבל מסירת המשכון הויא הקנאת המשכון ולא החוב. אלא דלפי רש"י א"א להקנות את המשכון בלי החוב, דהרי המשכון משועבד דוקא לשם פרעון החוב ורק בעל חוב יכול להיות הבעלים על המשכון ולא אדם אחר. ולכן כשמקנה לה את המשכון הוא בעצם מקנה לה נמי את החוב לפי שאינה יכולה לקנות את המשכון אא"כ יש לה זכות דבעל החוב.[401]

גם שיטת הרמב"ם דהמשכון הוי כסף הקידושין צ"ע, דהא המשכון עומד לחזור ללוה ע"י פרעון החוב, וא"כ איך המשכון יכול להיות כסף הקידושין אם הוא לא ישאר אצלה.[402] ונראה לבאר גדר כסף הקידושין לפי הרמב"ם בשני אופנים:

א) יתכן שהרמב"ם מודה דאין המשכון עצמו כסף הקידושין אלא דע"י מסירת המשכון מקבלת האשה זכות הגבייה בחוב כולו או לכל הפחות בחוב שכנגד המשכון. וזכות הגבייה שוה כסף היא דע"פ דין הוי כסף הקידושין. וא"כ המחלוקת בין רש"י והרמב"ם היא דלפי רש"י הוא מקנה לה את עצם החוב ע"י מסירת המשכון ולפי הרמב"ם הוא מקנה לה את זכות הגבייה בחוב ע"י מסירת המשכון.

ב) הרי בשעת גביית החוב, הלוה יסרב לשלם למלוה את החוב בלי שהמלוה יחזיר לו את המשכון שנתנו. ואזי המלוה יצטרך לבקש את המשכון מהאשה, והיא לא תתן לו את המשכון וגם לא תחזירנו ללוה אם לא שתקבל מדמי תשלומי החוב, ובהכרח שהמלוה יצטרך לתת לה מדמי תשלומי החוב כדי שיוכל להחזיר את המשכון ללוה כדין. וזוהי עיקר הנאת האשה שמקבלת מהמשכון ואע"פ שלא קנתה את החוב עצמו בקניית המשכון.

---

[401] ולכאורה גם אפשר לבאר רש"י ע"פ דברי הגר"ח זצ"ל המובאים בספר יונת אלם (סימן יד) וז"ל דהמשכון הוא עצם החוב עכ"ל.

[402] ועיין בזה בריטב"א (ח: ד"ה איתיביה) דכן הקשה על הגמ' ותירץ דבקידושין לא קפדינן על מה שאולי יקרה בעתיד, וז"ל וכיון דאית ליה למלוה קנין וזכות במשכון זה מקדש בו את האשה, ולא מבעיא לאחר שהחליטוהו לו בית דין בפרעון חובו או שהרהינו אצלו ולא פדאו דהא פשיטא דדידיה הוא, אלא אפילו קודם לכן, דאע"ג דקיימא לן בפרק כל שעה (פסחים ל:) כרבא דאמר מכאן ולהבא הוא גובה ואי אקדיש מלוה או זבין לא עביד כלום ואפילו החליטוהו לו בית דין לזמנו, שאני הכא במשכון דאית ליה קנין בגויה מדרבי יצחק ובדידיה אי זבין מלוה או אקדיש דבריו קיימין למפרע כשיחליטוהו לו בית דין, הלכך באשה מקודשת מעתה ואפילו פדאו לוה בזמנו, דשאני קדושין מזביני והקדש, דכל היכא דבשעת קדושין איכא הנאת פרוטה וסמכה דעתה עליה מיקדשא ביה עכ"ל. וגם עיין בזה ברמב"ן וברשב"א.

ולפי פירוש זה יוצא דלרש"י עם קניית המשכון האשה קונה את החוב עצמו והיא נעשה לבעלת החוב לגבות ישיר מהמשכון את כל דמי החוב. ואילו לפי הרמב"ם האיש המלוה עדיין הוי בעל החוב אלא שבהקנאת המשכון לאשה בהכרח יצטרך לתת לה לבסוף מדמי החוב כדי שתסכים להחזיר את המשכון ללוה ומקדשה בהנאה זו. אמנם האיש המלוה עדיין הוי בעל החוב לבדו ולא האשה.

והנ"מ ביניהן הוא דלפי רש"י גם אם היא אובדת את המשכון היא עדיין גובה את החוב, משא"כ לפי הרמב"ם כל זכותה בחוב היא דרך המשכון, וא"כ אם היא אובדת את המשכון אינה יכולה לגבות. וגם יתכן נ"מ לגבי האמירה שלו בקידושין, די"ל דלפי רש"י הוא אומר "הרי את מקודשת לי בחוב זה" ואילו לפי הרמב"ם הוא צריך לדבר על זכות הגבייה דיש לו ע"י המשכון או על ההנאה דהיא מקבלת מזה דהוא צריך לשלם לה כדי לגבות חובו.

וגם יש עוד נ"מ בין רש"י והרמב"ם לענין מחילת החוב. די"ל דלרש"י האשה יכולה למחול את החוב שהרי קנתה אותו בקניית המשכון. ואילו להרמב"ם זה תלוי בשני הפירושים. דלפי הפירוש הראשון דהיא קיבלה זכות הגבייה מהמלוה יש להסתפק אם יש לה היכולת למחול. אבל לפי הפירוש השני דהיא רק קיבלה המשכון ולא החוב אז פשוט דהיא אינה יכולה למחול את החוב.

והנה כ' הר"י מגא"ש (מד. בשבועות) דהבע"ח אינו הבעלים הגמורים על המשכון וז"ל וא"ת דכיון דלא מקנא גופה ממש קאמר, ההוא דאמרינן התם בפרק האשה נקנית (ח:) קדשה במשכון מקודשת דאוקימנא במשכון דאחרים כדר' יצחק במאי קא מיקדשה ליה, הא אמרינן דאע"ג דלא מקנא ממש קא קני ליה לגופיה, מכל מקום הא קני ביה זכותא בעלמא משום דהא קא משתעבד ליה, והוה ליה כמאן דקני גופיה להיא זכותא, ולאו למיהוי הגוף קנוי קנין גמור, כדאמרינן התם קנה דקל לפירותיו שהוא קנין הגוף הדקל לפירותיו, ולא שיהא הגוף קנוי מעיקרו קנין ממש, הילכך כיון שקנה גוף המשכון להיא זכותא שהוא השעבוד כי מקדש ביה איתתא מיקדשה ליה עכ"ל. ומבואר דשיטת הר"י מגא"ש היא כהרמב"ם שמקדשה בגוף המשכון, ומדמהו לדקל לפירותיו כלומר גוף המשכון קנוי לענין גבייה. והוא כפירוש הראשון שביארנו ברמב"ם.

ע"כ ענין קידושין במשכון

גמ'. אמר רבי יצחק מנין לבעל חוב שקונה משכון, שנאמר ולך תהיה צדקה, אם אינו קונה צדקה מנין, מכאן לבעל חוב שקונה משכון.

בענין בע"ח קונה משכון

א

הגמ' תולה את הדין היכא דקידש במשכון דאחרים בדין של רבי יצחק דבע"ח קונה משכון. ובשלמא לפי הרמב"ם דהוא מקדש לה בזכות גבייה דהיא מקבלת ע"י המשכון שפיר מובן השייכות לדין דרבי יצחק, דס"ל דיש למקדש "מקצת קנין בגופו של משכון" כלשון הרמב"ם (פרק ה מהלכות אישות הלכ"ג). אבל צ"ע על שיטת רש"י דפירש דהוא מקדשה בחוב דאחרים, דלמה דין דהקנאת החוב ע"י מסירת המשכון קשור לדין של רבי יצחק. וצ"ל דבלי דין דר' יצחק א"א להקנות את המשכון ורק לר' יצחק אפשר להקנותו. ובקניית המשכון ממילא נמי נקנה החוב דהחוב נגרר אחרי המשכון.

ונראה לבאר שיטת רש"י דאין הביאור בדין דרבי יצחק דיש למלוה קנין גמור במשכון. דהרי פליגי הראשונים בחיוב האחריות דהבע"ח במשכון. דהא התוס' כאן (ד"ה מנין) והרמב"ם (פרק י מהלכות שכירות הל"א) נקטו דבע"ח חייב באחריות המשכון כשומר שכר, ופשיטא לפי זה דאין לבע"ח קנין גמור במשכון. ואפי' לרש"י (ב"מ פב. ד"ה שקונה משכון) דסובר דהבע"ח חייב באונסין, נראה לכאורה דיש לו דין כשואל[403] ולא דהבע"ח הוי הבעלים הגמורים של המשכון. וגם מבואר דהלוה יכול לסלק את הבע"ח בממון ולקבל את המשכון בחזרה, ולכאורה מוכרח מזה דאין לבע"ח קנין גמור במשכון.[404] אלא הביאור בבע"ח קונה משכון הוא דיש לו שעבוד מיוחד על החפצא דמשכון דדומה לקנין גמור.[405] דבדרך כלל לגבי שעבודים א"א לחלק בתוך נכסי הלוה מכיון דהשעבוד חל על כולם בשוה, שרק בקנינים בגוף החפצא אפשר להיות הבעלים על חפצא אחד

[403] כדמבואר בתוס' כאן. אבל הש"ך (חו"מ סימן עב סק"ט) הבין דלפי רש"י הבע"ח קונה המשכון בקנין גמור. ועיין לקמן (אות ה') דרבינו זצ"ל דן בחיוב אחריות דיש לבע"ח על המשכון.

[404] וכן הוכיח הר"י מגא"ש (שבועות מד. ד"ה נקיטינן) דאין קנין גמור לבע"ח במשכון וז"ל ואם תאמר והא א"ר יצחק מנין לבעל חוב שקונה משכון קאמר אלמא לגופיה הוא דקני ליה וכיון שכן היכא דמשכנו שלא בשעת הלואתו דסבירא לן כותיה כדאמרי' בשמשכנו שלא בשעת הלואתו דכולי עלמא אית להו דרבי יצחק אפילו איתניס נמי נימא אבד משכון אבדו מעותיו דהא מקנה קנה ליה גופיה ולדידיה הוא דאיתביד לדידיה הוא דאיתניס הא ליכא למימר דאס"ד רבי יצחק מקנה ממש קאמר אלא מעתה היכא דקא בעי לוה למיפרקיה למשכוניה הכי נמי דלא מצי פריק ליה אם כן המלוה על המשכון קרית ליה קונה הוא אלא לאו ש"מ מדקא קרי ליה מלוה מכלל דאי בעי למיפרקי למשכוניה מצי פריק וכיון דמצי פריק ממילא שמעת דהא דקאמר ר' יצחק מנין לבעל חוב שקונה משכון לאו מקנה גופיה ממש הוא אלא לאשתעבודי ליה בחוביה הוא דקא קני ליה דהוה ליה מקנה זכותא בעלמא עכ"ל. ורבינו זצ"ל הוסיף דלפי זה אפי' לשיטות דסברי דבע"ח חייב באונסין זה אינו משום דיש לו קנין גמור במשכון אלא דהוי כמו שואל עליו.

[405] אולם עיין ברשימות שיעורים למסכת שבועות (מד.) דרבינו זצ"ל ביאר שיטת הבעה"מ שם דהחיוב אונסין של הבע"ח על המשכון נובע "מדין קנין" ולא "מדין אחריות כשואל", עיי"ש (באות ו) לכמה נ"מ. ובשיעוריו למסכת פסחים רבינו זצ"ל הביא לשון התוס' בפסחים (לא: ד"ה בדרבי יצחק) וז"ל דהכי פירושו כיון דשלא בשעת הלואה קונה לגמרי כדרבי יצחק עכ"ל, והעיר דמשמע דיש לבע"ח קנין גמור במשכון. והתוס' שלפנינו גם כתבו בלשון הזה דקנין לגמרי. אבל בשיעוריו למסכת קידושין ביאר רבינו זצ"ל את לשון התוס' בסוגיין דס"ל דהשעבוד דחל על המשכון דומה לקנין גמור אך אינו קנין גמור ממש.

בלי להיות הבעלים על חפצא אחר. ומשכון הוי היוצא מן הכלל של שעבודי נכסים דעלמא, דהשעבוד כולו מרוכז וחל רק על המשכון. וביארנו לעיל (אות ג) דזה הטעם דלפי הרמב"ן השעבוד על המשכון נוצר בקנין משיכה דהוי מעשה קנין של קנין גמור. ואפי' הראשונים דחולקים על הרמב"ן וסבורים דא"א ליצור התחייבות ושעבוד על המשכון בקנין משיכה מודים שיש שעבוד מסוים על המשכון דאפשר להקנותו לאחר בלי שאר נכסי הלוה ע"י משיכת הקונה במשכון. וזהו היסוד בגמ' דבע"ח קונה משכון, דהיינו דהשעבוד דיש לבע"ח על המשכון דומה לקנין גמור בכמה אופנים, ולמשל דהבע"ח יכול להקנות רק את המשכון לבדו לאחר ע"י משיכה. ולפי רש"י יש לבאר כנ"ל, דמכיון דהשעבוד על המשכון לבדו נקנה לאשה גם החוב נגרר עם המשכון וכל החוב הוי שלה. דרק בעל החוב יכול לקנות ולתפוס במשכון ושעבוד על החוב. ולכן בקניית המשכון ממילא קונה נמי את החוב.

ב

שיטות הראשונים מתי חל הדין דרבי יצחק

הגמ' בב"מ (פב.) קובעת דהדין דרבי יצחק דבע"ח קונה משכון קאי רק במשכנו שלא בשעת הלואה ואילו במשכנו בשעת הלואה לא חל דין דבע"ח קונה משכון. ועיי"ש בסוגיא דהנ"מ היא דהבע"ח חייב באחריותו של המשכון רק במשכנו שלא בשעת הלואה בלבד. אולם בסוגיות אחרות דמשכון לא נמצא החילוק הזה, ולכן נחלקו הראשונים במסקנא מתי חל הדין דרבי יצחק.[406]

הרמב"ם (פרק י מהלכות שכירות הל"א) והרמב"ן (ב"מ פב. מלחמות ה' פסחים ט: ושבועות כו. בדפי הרי"ף) ס"ל דדין דרבי יצחק שייך בין במשכנו שלא בשעת הלואה ובין במשכנו בשעת הלואה, והרמב"ן ביאר דלא פסקינן כהסוגיא בב"מ. לעומת זה, הבע"מ (גיטין יט: בדפי הרי"ף) פסק כהחילוק שמוזכר בגמ' ב"מ דבע"ח קונה משכון רק שלא בשעת הלואה. ונראה אליביה דגם היכולת לקדש אשה במשכון דבסוגייתנו שייך רק במשכון שלא בשעת הלואה.[407] והתוס' כאן (בד"ה משכון דאחרים) ביארו דרבי יצחק איירי רק שלא בשעת הלואה ולכן חיוב האחריות דבע"ח על המשכון חל רק במשכון שלא בשעת הלואה. אלא דהדין דמשכון שלא בשעת הלואה מורה דגם בשעת הלואה יש לבע"ח שעבוד אלים על המשכון, וז"ל כיון דבעל חוב קונה משכון שלא בשעת הלואה קנין גמור

[406] וע"ע בכל הסוגיא הזאת ברשימות שיעורים לשבועות (מד. בענין משכון אליבא דר' יצחק, אות א) וברשימות שיעורים לב"מ (פב. בענין משכון אליבא דר' יצחק).

[407] עיין בלשון הבע"מ דדומים קצת ללשון התוס', דהדין דקנין שלא בשעת הלואה משפיע על אלימות השעבוד דמשכון בשעת הלואה. עיי"ש בבע"מ בגיטין ובפסחים (ט: בדפי הרי"ף).

עד שיפדה, בשעת הלואה נמי אלים שיעבודיה לחשב ממון לקדש בו האשה ולקנות בו עבדים וקרקעות עכ"ל. ונמצא דלפי התוס' במשכון שלא בשעת הלואה הבע"ח קונה את המשכון ולכן הוא חייב באחריותו, ובמשכון בשעת הלוואה הבע"ח אינו קונה את המשכון ולכן אינו חייב באחריות המשכון אבל עדיין אין שביעית משמטת החוב, והבע"ח דתופס המשכון עובר בבל יראה ובל ימצא וגם יכול הבע"ח לקדש אשה במשכון. ויתכן דבנוסף לחיוב אחריות יש עוד נ"מ דמשכון שלא בשעת הלואה לגבי מצות החזרת המשכון ביום או בלילה, דשלא בשעת הלואה הרי זו מצוה בפני עצמה בלי איסור גזילה, דהא בע"ח קונה משכון ומשו"ה אין באי-החזרתו איסור גזל. משא"כ בשעת הלואה דקנין הבע"ח קלוש, ובכן אם אינו מחזיר את המשכון ביום או בלילה עובר אף על איסור גזילה. וגם נראה דבמשכון בשעת הלואה, אפי' אם לבסוף הבע"ח באמת גובה מהמשכון אמרינן דמכאן ולהבא משעת גבייה הוא קונה. אבל במשכון שלא בשעת הלואה, אע"פ שאינו שלו לגמרי, כיון דאתא לידיה בתורת גבייה אם לבסוף הלוה אינו מסלקו בזוזי והמשכון נשאר אצל הבע"ח, אמרינן דלמפרע הוא גובה מהזמן דהגיע המשכון לידיה.[408]

ודעת התוס' צ"ב, דאם עיקר הדין דרבי יצחק אייריי במשכנו שלא בשעת הלואה, מהי הסברא לומר דזה משפיע על השעבוד של משכון בשעת הלואה.

ג

ב' דינים במשכון

ונתחיל בביאור החילוק שבגמ' בב"מ בין משכון בשעת הלואה לבין משכון שלא בשעת הלואה. דהבאנו לעיל (בענין קידושין במשכון אות ג') דברי הר"ן דביאר בדעת הר"י מגא"ש דיש חילוק מהותי בין שני סוגי המשכון, וז"ל כי אמרי' בב"ח דקונה משכון ה"מ או בשמשכנו בשעת הלואתו משום דקני ליה מעותיו וכו' ואי נמי שמשכנו שלא בשעת הלואתו קני ליה משום דבגוביאנא דבי דינא אתו לידיה וגזה"כ הוא דקני ליה כדר' יצחק דהרי הוא כאלו הגביהו לו ב"ד וכו' אבל כשנתן לוה למלוה משכון שלא בשעת הלואתו כיון שמלוה אינו קונה במה קנאו למשכון, שמא תאמר אע"פ שהמלוה אינו קונה לה קנאו במשיכה לשעבודו שכשם שאילו הקנהו לוה למלוה לגמרי נקנה במשיכה כך כשהקנהו לו בתורת משכון משיכה קונה לו זו היא שלמד הרב רבי יוסף ז"ל מההיא דקדושין שאין המטלטלין נקנין במשיכה למשכון בעלמא כיון שאין כח

[408] החידוש דרבינו זצ"ל דאמרינן למפרע הוא גובה במשכון שלא בשעת הלואה, הרי הוא נמי החידוש של הנתיבות (סימן עב ס"ק ה).

במעות הראשונים לקנות וכו' עכ"ל. הר"ן קובע דלדעת הר"י מגא"ש קיימים שני דיני משכון: א) משכון בשעת הלואה הנקנה ע"י כסף ההלואה; ב) משכון שלא בשעת הלואה הנקנה ע"פ גביית ב"ד. אמנם קנין משיכה בעלמא אינו קונה משכון. ולפי"ז נראה לבאר את הגמ' בב"מ, דהיינו משכון בשעת ההלואה חל ע"פ קנין מעות של החוב דמעיקרא, ומשו"ה דין המשכון הריהו כדין שאר הנכסים המשועבדים המשתעבדים בשעת הלואה. ובדומה לשאר הנכסים המשועבדים שאין למלוה בהם חלות קנין הגוף כי אם זכויות שעבוד ה"ה במשכון. ואילו משכון שלא בשעת הלואה נקנה ע"פ גביית בי"ד ומועלת להקנות למלוה קנינים בגופו של המשכון. אמנם נ"ל דאין כוונת הר"ן דיש לבע"ח קנין גמור במשכון שלא בשעת הלוואה כמו שיש לו אילו היה גובה את החוב עצמו. אלא גדר דין המשכון דשלא בשעת הלואה הוא דכבר יש כאן מעשה גבייה בלי חלות גבייה, בדומה לקידושין לאחר ל'. וא"כ מצד א' הלוה יכול לשלם את החוב ולקבל את המשכון בחזרה מכיון דאין כאן חלות גבייה. אבל מצד שני מאחר שכבר יש מעשה גבייה מובן הדין (ב"מ קד:) דבע"ח גובה את המשכון מיורשי הלוה ולא אמרינן מטלטלי דיתמי לא משתעבדי, וגם את הדין דאין שביעית משמטת את החוב דיש עליו משכון.

ועכשיו נחזור לבאר את ג' השיטות הנ"ל לגבי דין דרבי יצחק. לפי הבע"מ דהדין דבע"ח קונה משכון חל רק שלא בשעת הלואה, וי"ל דהוא סבור דיש רק דין א' של משכון, דהיינו משכון בתורת גבייה דחל רק שלא בשעת הלואה. אבל משכון של שעת הלואה א"א להיות בתורת גבייה דהרי החוב רק התחיל, ולכן אין לבע"ח קנין בו ואין לו חלות שם משכון אלא שעבוד בעלמא דחל ע"י נתינת המעות. והחילוק היחיד בין משכון דשעת הלואה וסתם שעבוד הוא דהמשכון כבר נמצא ברשות המלוה וזה נותן לו דרך לגבות החוב כשצריך כמו בצררי אתפסיה. ומפני זה אין שביעית משמטת חוב עם משכון דשעת הלואה (גיטין לז.), כי המשכון כבר תפוס ביד המלוה.

והרמב"ם והרמב"ן דהשוו משכון שלא בשעת הלואה עם משכון בשעת הלואה גם מודים לבע"מ דחלות שם משכון שייך רק כשהבע"ח עושה מעשה גבייה. אלא דנקטי דמעשה הגבייה יכול להתחיל משעת נתינת המעות דההלואה. דהיינו, דכשהמלוה נותן המעות ללוה ולוקח את המשכון, הוא קונה את המשכון בתורת גוביינא דהחוב, וכמו המשכון שלא בשעת הלואה דב"ד לוקח מהלוה בכוונה מפורשת לגוביינא. דבשניהם יש מעשה גבייה בלי חלות פרעון ולכן בשניהם י"ל דבע"ח קונה משכון.

ד

ביאור שיטת התוס' – דמשכון שלא בשעת הלואה חל כשעבוד אלים

אמנם שיטת התוס' לכאורה עדיין צ"ע, דלפי מה שייסד הר"ן דיש שני דינים שונים במשכון, דהיינו משכון שלא בשעת הלואה החל מדין קנין ופרעון מחמת גביית ב"ד, ועוד דין משכון בשעת הלואה החל מחמת קנין מעות דההלואה דחלין מחמתו חלות שעבודים במשכון, אזי יש להקשות ב' קושיות על התוס': א) מה גדר הדבר דיש שעבוד יותר אלים במשכון בשעת הלואה מסתם שעבוד על נכסי הלוה, ב) איך תוס' יכולים להוכיח מדיני משכון שלא בשעת הלואה דחל בתורת מעשה גבייה לדיני משכון בשעת הלואה דחל בתורת שעבוד.

ונראה לבאר דהנה קיי"ל מטלטלין דיתמי לא משתעבדי לבע"ח, "שהמטלטלין אינם תחת שעבוד בע"ח מה"ת" (רמב"ם פרק יא הל' מלוה ולוה הל"ז), והוא משום דלאו בני אחריות הן. והביאור בזה דרק נכסים דלא ניידי, דהיינו קרקע, ערבאין ואחראין הן,[409] דהרי הן מוכנים לגביית המלוה, ונותנים לו בטיחות לגבות את החוב. משא"כ מטלטלין בידי הלוה דיכול להעלימם ולא ערבאין ואחראין הן בעד החוב ומשו"ה אינם משתעבדים.[410] משא"כ משכון דהוי מטלטלין בידי המלוה המבטיחים לו את החוב, ומדהוויין ערבאין ואחראין משו"ה בני שעבוד הן, ובכן גובין מהמשכון לשלם את החוב ואפילו מיתמי הלוה. ולפי זה נראה דהתוס' סברי דהשעבוד על המשכון גם עדיפא מהשעבוד דחל על קרקע הלוה כי הקרקע עדיין נמצא ברשות הלוה ואין כאן שעבוד של תפיסה. ולכן התוס' נקטו דיש חלות מיוחדת לשעבוד דמשכון מפני שתפוס בידי המלוה.

וכעין חילוק זה מצינו אף בהלכה אחרת ברמב"ם. שהרי הרמב"ם פסק (פרק כ מהל' מלוה ולוה הל"א-ד) שדין שבע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה לא גבה חל רק בגביית קרקע אך לא בגביית מטלטלין. ובפשטות סברתו הוא משום דעל קרקע חלין שעבודים, ומשו"ה חלה זכות קדימה לבע"ח מוקדם ולשעבודיו בקרקעות הלוה מכיון דבני שעבוד הן. משא"כ במטלטלין דלאו בני שעבוד הן דמשו"ה לא חלה עליהן זכות קדימה לבע"ח מוקדם ולכן אצל מטלטלין בע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה.

אמנם מאידך כתב הרמב"ם (פ"ג מהל' ערכין הלי"א) וז"ל האומר ערכי עלי וחזר ואמר ערכי עלי והיו בידו עשר סלעים ונתן תשע לשניה וסלע לראשונה יצא ידי שתיהן, שהערכין לאו כחובות הן, שאע"פ שכל מה שבידו משועבד לראשונה, הקדש מאוחר שגבה גבה

[409] וכמו"כ כ' הראב"ד בהשגותיו על הרי"ף לריש פ' הנזקין וז"ל מפני שהלקוחות כמו ערבים הם עכ"ל.

[410] עיין בזה ברש"י (ב"מ סז: ד"ה אין בע"ח גובה הימנה) וז"ל אבל מטלטלי - אפילו דין ערב ליכא, דלאו עלייהו סמיך מלוה, הואיל ובידו להצניען ולאבדן עכ"ל. ועיין עוד בשיעורים לקמן דף יג.

עכ"ל. וצ"ע דל"ל לומר דבהקדש מאוחר מה שגבה גבה, הרי מיירי במטלטלין דהא שלם סלעים, ובמטלטלין אפילו בהדיוט בע"ח מאוחר מה שגבה גבה מדאינם בני שעבוד.

ונראה דשאני בהקדש דאף מטלטלין תחת שעבוד הקדש מדאורייתא דאמרי' בהן כל מקום דאיתא בי גזא דרחמנא איתא, ולכן אף מטלטלין נחשבין בני ערבות ואחריות להשתעבד להקדש, משא"כ בהדיוט דמטלטלין לאו בני אחריות ושעבוד הן, חוץ ממטלטלין שהן משכון בידי המלוה דהויין בני אחריות וערבות, דבני שעבוד הן.

ובזה נמי מבואר את ההבדל בין מלוה בשטר דחל שעבוד נכסים אקרקע, לבין מלוה בע"פ דלא חל שעבוד נכסים, והוא משום דצריך המלוה שטר כדי ליצור לו בטיחות ואחריות אנכסים המשועבדים - דכשיש שטר הלוה אינו יכול להכחישו. ואילו במלוה בע"פ יש ללוה כח הכחשה, ואזי הנכסים אינם ערבאין ואינם מבטיחים את גביית המלוה, ולכן לאו בני אחריות נינהו, ולא חל שעבוד אפילו אקרקע. ואין חילוק בין אם זה מדין דאורייתא או מדרבנן דמ"מ עיקר יסוד החילוק בין מלוה בשטר לבין מלוה בע"פ בדין שעבוד נכסים הוא משום חלות האחריות על הנכסים במלוה בשטר, וחסרון אחריות וערבות דנכסים במלוה בע"פ.

ועוד נראה לבאר הגדר דשעבוד אלים דמשכון בשעת הלואה ע"פ מה דייסדנו לעיל (ח: בענין קידושין במשכון, אות ג) בדעת הרמב"ן דבמשכון יש יסוד דשעבוד נכסים בלי שעבוד הגוף. אלא דברמב"ן ביארנו דהשעבוד המחודש הזה חל רק כשהחוב והשעבוד נוצרו ע"י משיכת המשכון. וי"ל דלפי התוס' בכל משכון שלא בשעת הלוואה השעבוד על המשכון חל כשעבוד נכסים בפני עצמו דלא שייך לשעבוד הגוף. ויש להביא ראיה לזה מהפסק בשו"ע (חו"מ סימן סו סעיף ל) וז"ל המוכר שטר חוב לחבירו, ויש משכון בידו, מסרו ביד הלוקח, שוב אינו יכול למחול ללוה מה שכנגד המשכון עכ"ל. דהיינו, דבדרך כלל המוכר שט"ח לחבירו ע"י כתיבה ומסירה, המוכר עדיין יכול למחול את החוב. והבאנו לעיל דר"ת ביאר דהוא מפני דהמלוה רק מוכר שעבוד הנכסים ללוקח אבל שעבוד הגוף עדיין שייך לבע"ח עצמו, וכשהוא מוחל את שעבוד הגוף אז שעבוד הנכסים פקע ממילא. ולפי זה נראה לבאר את הפסק דשו"ע דאם הבע"ח מסר את המשכון ללוקח ומחל את החוב, אזי הלוקח גובה את החוב כנגד המשכון והוא משום דחל על המשכון שעבוד נכסים בפני עצמו דאינו תלוי בשעבוד הגוף. ולכן הלוקח יכול לגבות דמי החוב כנגד המשכון, ואע"פ שהמלוה המוכר מחל את שעבוד הגוף, מ"מ נשאר השעבוד על המשכון.

ולפי זה יש לבאר את שיטת התוס', דאע"פ דבע"ח קונה משכון קאי רק על משכון שלא בשעת הלואה, עדיין במשכון בשעת הלואה אין שביעית משמטת, הוא עובר על ב"י וב"י, וקידושין חלין והוא מפני דיש שעבוד נכסים על המשכון דחל בלי שעבוד הגוף. שהרי השמטת שביעית שייך רק היכא דיש שעבוד הגוף וכלשון הפסוק (דברים פרק טו פסוק ב) "לא יגוש את רעהו ואת אחיו". ולגבי משכון בשעת הלואה, אע"פ דהבע"ח לא קנה את המשכון בקנין הגוף, מ"מ מכיון דיש שעבוד נכסים בלי שעבוד הגוף אין שביעית משמטת. וגם נראה דשעבוד נכסים דאינו תלוי בשעבוד הגוף אלים משעובד נכסים רגיל. ולכן בע"ח דיש לו משכון בשעת הלואה עובר בבל יראה ובל ימצא וגם יכול לקדש אשה במשכון, דלא כשעבוד נכסים רגיל.

ומבואר דיש ב' ביאורים בגדר השעבוד האלים דחל על משכון בשעת הלואה לפי התוס': א) שעבוד עם תפיסה דנותן יותר בטחון למלוה, ב) שעבוד נכסים בלי שעבוד הגוף. אבל לכאורה כל זה רק מתרץ את הקושי הראשון בדברי תוס', דהיינו מה יסוד גדר השעבוד האלים של משכון בשעת הלואה מסתם שעבוד על נכסי הלוה. אבל עדיין קשה הקושיא הב', דהיאך השוו התוס' משכון בשעת הלואה דחל מדין חלות שעבוד למשכון שלא בהלוואת דהוי חלות גבייה וקנין אליבא דר' יצחק. כי לפי ב' הפירושים הנ"ל עדיין א"א לדמות משכון שלא בשעת הלואה דחל מתורת גבייה, למשכון בשעת הלואה דחל מתורת שעבוד, ועדיין צ"ע.

ה

ביאור שיטת התוס' – דמשכון שלא בשעת הלואה חל כתחילת גבייה

ונראה לבאר את הגדר דמשכון בשעת הלואה לפי התוס' באופן אחר, דהתוס' סברי שאף במשכון בשעת הלואה מתחילה גביית החוב במידת כל שהיא, ועקב כך חלין קניינים למלוה בנוגע למקצת דברים. כי במשכון שלא בשעת הלואה ב"ד גובים את המשכון עם כל הכח של גביית ב"ד, והמלוה קונה את המשכון שלא בשעת הלואה ע"י מעשה גביית ב"ד. אולם גם תפיסת המלוה במשכון בשעת הלואה אינה חלה רק בתורת נכסים המשועבדים דעלמא אלא שגביית החוב כבר מתחילה עם תפיסת המשכון של המלוה, ולפיכך אף במשכון בשעת הלואה חלין מקצת קניינים למלוה לדברים מסוימים - כגון לענין קידושי אשה ולענין השמטת כספים. אמנם שיטתם עדיין מחוסרת ביאור, דמ"ש קנין זה מזה.

ונראה לבאר דבריהם עפ"י דברי המאירי (שם ד"ה כבר ביארנו וכו') שכתב וז"ל אלא שגדולי המפרשים פירשו זו שבגיטין שאני משכון דזימנין דקני ליה לגמרי כדר' יצחק ומאחר

שכן אף בשעת הלואה יש שם קנייה כל שהיא לגבות ממנה את חובו ושלא להשמט עכ"ל. ומבואר מדבריו דר' יצחק חידש שיש קנין במשכן שלא בשעת הלואה, ואע"פ שאינו שלו לגמרי ואינו יכול להשתמש בו עכ"ז קונה אותו בקנין גבייה. ובדומה לכך חל נמי קנין אך קלוש יותר במשכון בשעת הלואה שהוא הוי שעת התחלת הגבייה. ונראה דר"ל כי בשעת הלואה המלוה קונה את המשכון במקצת כדי לגבות ממנו בשעה שהלוה לא ישלם, דכשהלוה לא ישלם אח"כ ויגבה עפ"י ב"ד מהמשכון אז יהפך המשכון להיות משכון שלא בשעת הלואה הנקנה לו בקנין חזק. ובכן בשעת הלואה קנה את המשכון בקנין כ"ש כדי לגבות ממנו בב"ד לאחר זמן, ואינו שעבוד בעלמא אלא חלות קנין בגופו של המשכון. ויתכן לפי"ז דלתוס' חלות דין משכון חל רק מפאת דין דר' יצחק דסבורים דאי אפשר ששעבוד יחול על מטלטלין מדליכא קנין בהלואה להחיל עליהן חלות שעבוד – דלא שטר ולא כסף קונים בהן. ומשו"ה ס"ל דמשכון חל רק מדין גבייה בלבד וכשיטת ר' יצחק.

והנה התוס' שלפנינו ביארו כמה דינין דחלין במשכון בשעת הלואה משום דכבר התחילה הגבייה ולפי' יש למלוה קנין כ"ש בחפצא: א) שמיטה אינה משמטת חוב שיש עליו משכון, מכיון דכבר התחילה הגבייה. ב) אם עכו"ם משכנו לחמצו אצל ישראל שהישראל עובר על ב"י וב"י, וז"ל וכיון דקני ליה כרבי יצחק שלא בשעת הלואתו בשעת הלואתו קני ליה נמי לענין דקרינן ליה שלך אי אתה רואה עכ"ל. ולכאורה הביאור בזה הוא דהמחייב דב"י וב"י הוא שהחמץ מצוי אצל ישראל והוי ברשותו, ומכיון דהגבייה התחילה ע"י תפיסת המלוה הישראל במשכון, אזי הוא עובר בב"י וב"י.[411]

ועל פי זה גם נראה הפסק דשו"ע (חו"מ סימן סו סעיף ל) דהבאנו לעיל, דאם בע"ח מכר חוב עם משכון דאינו יכול למחול את החוב. ולעיל ביארנו דזה משום דשעבוד על המשכון חל כשעבוד נכסים דאינו תלוי בשעבוד הגוף. אבל גם יש לבאר הפסק על פי היסוד הזה דאפי' משכון בשעת הלואה לפי תוס' אינו חל בתורת שעבוד בכלל אלא כתחילת גבייה. ועכשיו דהמשכון נמצא ביד הלוקח נמצא דהלוקח כבר התחיל לגבות החוב, וכשמהלוה מוחל על השעבוד הגוף שלו, אין לזה שום נ"מ על גביית החוב ע"י הלוקח.

ועל פי כל הנ"ל נראה לבאר את הדין שפסק הרמ"א (אה"ע סימן כח סעיף יב) דהמלוה יכול לקדש אשה רק במשכון דישראל אבל לא במשכון דגוי. וצ"ע מאי שנא משכון דגוי דאין מקדשין בו. ונראה לבאר דהמקור דבע"ח קונה משכון, דהיינו דיש תחילת

[411] ועיין בתוס' בגיטין (לז. ד"ה שאני משכון) שנקטו ג"כ שאם הישראל נתן חמצו לעכו"ם כמשכון בשעת הלואה שפטור על ב"י וב"י.

גבייה ע"י המשכון, הוא הפסוק "ולך תהיה צדקה" דקאי רק בישראל. וא"כ כל הדינים המיוחדים דמשכון שחלין מחמת הדין דרבי יצחק שייכים רק היכא דהלוה הוא ישראל. אבל משכון דגוי הוי שעבוד נכסים דעלמא דתפוס אצל המלוה ולא סגי בזה לקדש אשה. **ויש** להעיר דשיטת התוס' מובאת בעוד מקומות בש"ס בשינוי קצת מהתוס' כאן. דהרי התוס' בגיטין (לז. ד"ה שאני משכון) ובב"מ (פא: ד"ה והא אידי ואידי, פב: ד"ה אימור) סבורים כמו התוס' כאן דרבי יצחק קאי רק על משכון שלא בשעת הלואה, אלא דזה מורה דיש לבע"ח שעבוד אלים גם על משכון בשעת הלואה. אלא דהתוס' כאן בקידושין סברי דיש בזה ג' נ"מ – דאין שביעית משמטת, דהבע"ח עובר על ב"י וב"י, וגם דאפשר לקדש אשה במשכון. אבל התוס' בגיטין ובב"מ מודים לשני הנ"מ הראשונים, אלא דחולקים לגבי קידושי אשה, וסברי דאין מקדשין בו אשה. ונראה דלתוס' בגיטין מעשה הגבייה דחל במשכון בשעת הלואה מהווה חלות שם תפיסה בחפצא דמשכון בתורת גבייה, דעכשיו המשכון תפוס ברשותו, ונ"מ לענין שמיטה ולענין ב"י וב"י. ומ"מ לית ליה למלוה מספיק בעלות בחפצא דמשכון בתורת שלו להקנותו לאדם אחר,[412] ומשו"ה אינו יכול לקדש בו אשה. משא"כ להרמב"ם ולתוס' בקדושין דס"ל דקונה את המשכון בשעת הלואה להיות שלו בקנין הגוף ושיכול להקנותו לאדם אחר, ולכן ס"ל דיכול אף לקדש בו אשה.

ו

תוד"ה מנין לבעל חוב

הבאנו לעיל (באות א') דנחלקו הראשונים אליבא דר' יצחק האם הבע"ח חייב באחריות דאונסין או רק בגניבה ואבידה בלבד.[413] ומבואר בתוס' כאן שחלוקים בכך רש"י ותוס'. אך שיטת התוס' דפטור על אונסין טעונה הסבר, דהרי אם המשכון קנוי לו למה לא יתחייב באונסין בדומה לשואל. ונראה שיש לבאר את ההבדל בין בעל חוב לשואל בנוגע לאונסין בשתי דרכים: א) י"ל דשאני משכון כי יש זכות ללוה לפדותו מידי המלוה בכל עת שירצה ולשלם לו את החוב, ובכן קנין המלוה מצומצם ואינו קנין גמור המחייבו באונסין. ב) א"נ לשואל יש רשות השתמשות ואילו בעל חוב אסור להשתמש במשכון, ועקב כך קנין בעל חוב קלוש מקנין השואל ולכן הבע"ח פטור מאונסין. ומסתבר ששני החילוקים האלה תלויים זה בזה, זאת אומרת דמכיון שברשות הלוה לפדות את המשכון בכל עת שירצה לכן אין למלוה זכות השתמשות במשכון.

[412] בדומה לגזלן דיש לו מקצת קנין בהחפצא הגזול דברשותו הוא לכמה דינים אך אינו שלו להקנותו.
[413] וע"ע בכל זה ברשימות שיעורים לב"מ (פא: בענין משכון אליבא דר' יצחק אות ה-ו).

והנה גם נחלקו הרמב"ם והראב"ד בדין זה. דכתב הרמב"ם (פרק י מהלכות שכירות הל"א) וז"ל המלוה את חבירו על המשכון בין שהלוהו מעות בין שהלוהו פירות בין שמשכנו בשעת הלואתו בין שמשכנו אחר שהלוהו הרי זה שומר שכר וכו' עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל אין אנו מודים לו ולרבותיו בזה שאם משכנו אחר הלואתו קונה אותו אף לאונסין כרבי יצחק עכ"ל. והנה הרמב"ם פסק כר' יצחק בפ"ט מהל' שמיטה ויובל (הלי"ד) וז"ל המלוה על המשכון אינו משמיט והוא שיהיה החוב כנגד המשכון וכו' עכ"ל. וכן בנוגע לקידושי אשה (פ"ה מהל' אישות הלכ"ג) פסק כר' יצחק, וז"ל היה בידו משכון על חוב שיש לו אצל אחרים וקידש בו אשה אע"פ שאינו שלו הרי זו מקודשת לפי שבעל חוב יש לו מקצת קנין בגופו של משכון עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם פסק כר' יצחק בשמיטה ובקידושי אשה, ומסתימת לשונו משמע שפסק כמותו בין בשעת הלואה בין שלא בשעת הלואה כדפסק בהל' שכירות לענין אחריות כמ"ש למעלה. אולם יש לעיין בשיטת הראב"ד דבהל' שכירות צמצם הראב"ד את הדין ר' יצחק למשכון שלא בשעת הלואה (לחייבו באונסין), ואילו בקידושין ובשמיטה אינו משיג על הרמב"ם ומשמע דס"ל כוותיה אפילו במשכון שבשעת הלואה, וצ"ע.

וי"ל דהראב"ד סובר שדין האונסין תלוי בקנינים החלין דוקא ע"י גביית בי"ד שלא בשעת הלואה. ואילו בנוגע לקידושי אשה ושמיטה סגי במקצת קנין בגופו של המשכון (כלשונו של הרמב"ם) שחלה אף בשעת הלואה. ויתכן שדעת הראב"ד היא כהתוס' בקידושין ושבסוגיין דס"ל דיש התחלת גביית החוב במשכון בשעת הלואה, ולפיכך חלין מקצת קנינים.

ועיין בבעה"מ ובמלחמות ה' (בשבועות מג:) שגם הם חלוקים בדין בעל חוב במשכון. אליבא דהרמב"ן בע"ח חייב בגניבה ואבידה כמו ש"ש דעלמא, ואילו לבעה"מ בע"ח חייב באונסין כי המשכון הוא שלו שכן קנה אותו לגביית חובו. ויוצא שלדעת הרמב"ן החיוב בגניבה ואבידה הוא מדין שומר שכר, והשכר הוי שיכול לקדש בו אשה או הפרוטה דרב יוסף. ולפי המבואר בגמ' כתובות (לד:) ע"פ הרבה ראשונים ששומר משלם משעת פשיעה ולא משעת משיכה עולה לכאורה שהוא הדין לרמב"ן בבעל חוב במשכון. מאידך אליבא דבעה"מ דבע"ח חייב באונסין מדין בעלים ומשום הקנין שעשה בשעת קבלת המשכון מסתבר שחייב באונסין מאותה שעת משיכת המשכון.

ועיי"ש ברמב"ן במלחמות ד' שמבאר את פלוגתתו עם הבעה"מ בחיוב אונסין, וז"ל דאע"ג דקני ליה כדר' יצחק אין כל הנאה שלו ואדרבא יש ממנו הנאה גדולה לחבירו שהוא מחזירו אצלו, ועוד שאינו משתמש בו, ומעותיו של זה בטלות אצלו, ולא מצינו

שואל שיהא אסור בשאלתו וכו' כיון שאין כל הנאה שלו אינו נעשה עליו אלא שומר שכר עכ"ל. לשיטת הרמב"ן בעלות לענין גבייה ולענין הקנאה שיש למלוה במשכון אינה מספיקה לחייבו באונסין, ורק בעלות של השתמשות כמו שיש לשואל דעלמא קובעת חיוב אונסין. מאידך רש"י ובעה"מ והראב"ד ס"ל שבעלות לגבייה ולהקנאה מחייבת באונסין בלי בעלות של השתמשות.[414]

ועיין ברמב"ן במלחמות שם שהביא ראייה לשיטתו מאומן, וז"ל והם אמרו אומן קונה בשבח כלי ומקדשין את האשה ואינו אלא שומר שכר דתנן כל האומנין שומרי שכר הן עכ"ל. ועיין ב"ק (צח:) למ"ד אומן קונה בשבח כלי אם נתן לחרש עצים לעשות שידה ועשה מהן שידה ושיברו האומן פטור. וצ"ע שאם אומן פטור מלשלם על היזק שעשה בידים לשבח שהשביח כי השבח הריהו שלו ק"ו שפטור מלשלם על אבידת השבח מדין ש"ש. ובע"כ שהרמב"ן לא קאי על אבידת השבח שהרי האומן קנאו ופטור, אלא קאי על גופן של העצים כי האומן קונה רק את השבח. ומשמע שהרמב"ן סובר שאם אומן קונה בשבח כלי קונה נמי קנין בגופו של הכלי ולא רק בשבח. ועיין בקצות החושן (חו"מ סימן שו סק"ב) שדן בשיטת הרמב"ן באריכות. ויוצא דלפי הרמב"ן אומן קונה קנין גם בגופו של הכלי ולא רק בשבחו והוי ש"ש על גוף הכלי ואע"פ שיש לו בו קנין. ולפי"ז מבואר הדמיון דהרמב"ן למשכון, דהיינו דקנין בלי זכות השתמשות אינו מחייב באונסין. שקנין אומן בגוף הכלי הוי קנין שאינו גמור בלי זכות השתמשות ומשו"ה פטור מאונסין והוי רק ש"ש. ולכאורה מסתבר לומר כשיטת הרמב"ן באומן דהיאך שייך לומר דקנה את השבח בלי לקנות גוף הכלי, דהא השבח מונח בצורת הכלי ומשתייך לגופו של הכלי. ובהכרח שחל לאומן קנין בגופו של הכלי עצמו עם הקנין שיש לו בשבחו. וחייב כש"ש על שמירת גוף הכלי ואילו על השבח אינו שומר כלל דהא השבח הוי לגמרי של האומן.

ז

בענין הילך במשכון

הבאנו לעיל (ח: בענין קידושין במשכון, אות ג) את המחלוקת בין העיטור לבין הר"י מגא"ש אי אמרינן דנתינת משכון הוי כהילך או לא. והר"ן ביאר דגם הר"י מגא"ש מודה דיש דין הילך במשכון אלא שסובר שמשכון של שעת הלואה נקנית ע"י נתינת המעות ושלא בשעת הלואה נקנית בתורת גוביינא, אבל לא אמרינן הילך במשכון באמצע ההלואה כי אין שם קנין שניתן לקנות את החפץ בתורת משכון ואפילו לא חל דין משכון כלל.

[414] ואין להקשות לשיטתם למה שוכר אינו חייב באונסין, די"ל דקנין שוכר אינו אלא קנין פירות בלי קנין הגוף, ואילו מלוה קונה קנין בגוף המשכון. ועוד שהשוכר אינו קונה אותו להקנות דשוכר אסור להשכיר ואילו המלוה יכול להקנותו וקנינו עדיף בכך משוכר. ואע"פ שהשוכר משתמש בחפצא מ"מ ע"ז משלם שכירות.

ובענין הזה נחלקו גם הרמב"ם והראב"ד (פרק ד מהלכות טוען ונטען הל"ו). דכתב הרמב"ם וז"ל מנה לי בידך על משכון זה אין בידי עליו אלא חמשים הרי זה מודה וישבע, אין המשכון שוה אלא חמשים או פחות הרי זה נשבע ומשלם החמשים שהודה בהן, היה המשכון שוה מאה או יתר הואיל והמלוה יכול לטעון עליו עד כדי דמיו הרי המלוה נשבע ונוטל מדמי המשכון, היה שוה שמונים נשבע המלוה שאין לו פחות משמונים ונוטלן מן המשכון, ונשבע הלוה מן התורה על העשרים שכפר בהן עכ"ל. והראב"ד שם השיג פעמיים, וז"ל מנה לי בידך על וכו' עד שהודה בהם. א"א ואם שוה החמשים מה ישבע הילך הוא עכ"ל, וגם היה המשכון שוה וכו' עד על העשרים שכפר בהם. א"א אף זה הילך הוא עכ"ל. ונראה דהראב"ד נקט כשיטת העיטור דיש דין הילך במשכון והרמב"ם חולק ונקט דאין דין הילך במשכון, דלא כהעיטור ודלא כביאור הר"ן בהר"י מגא"ש.

אלא דיש להסתפק במחלוקת הרמב"ם והראב"ד במאי קאי. די"ל דפליגי רק במשכון שלא בשעת הלואה, דהראב"ד סבור דכיון דהבע"ח קבל את המשכון בתורת גוביינא יש לזה דין של הילך, והרמב"ם חולק. אבל במשכון בשעת הלואה דהוי רק חלות שעבוד אז גם הראב"ד מודה דאין בזה דין הילך. או"ד י"ל שהמחלוקת היא רק במשכון של שעת הלואה, דרק שם נקט הרמב"ם דאין דין הילך במשכון שחל בתורת שעבוד. אבל במשכון שלא בשעת הלואה דהבע"ח קיבל אותו בתורת גוביינא אז גם הרמב"ם מודה דיש לזה דין של הילך. או י"ל דפליגי לגמרי, דהרמב"ם סבור דבכל משכון אין דין של הילך והראב"ד סבור דלעולם יש דין של הילך.[415]

ע"כ ענין בע"ח קונה משכון

גמ'. ת"ר התקדשי לי במנה נטלתו וזרקתו לים או לאור או לכל דבר האבד אינה מקודשת וכו' אבל זרקתו לים או לאור אימא כיון דמיחייבא בהו קדושי קדיש נפשה, והא דקא עבדא הכי סברא איבדקיה להאי גברא אי רתחנא הוא או לא, קמ"ל.

א

כיון דמחייבא בהו

מבואר בגמ' דיש הו"א דהיא מקודשת "כיון דמחייבא בהו". וצ"ע דהרי היא לקחה את הכסף כדי לזרקו לים והיכא הוי הקנין שלה בכסף הקידושין. ויש לפרש את ההו"א בב'

[415] יתכן לבאר יסוד מחלוקתם בחקירה בדין הילך – האם הילך מחלק את הדין תורה לשנים דמה שפרע בהילך כבר אינו חלק מהדין תורה דאזי י"ל דמשכון אינו הילך דהא עדיין הוי חלק של הדין תורה מדלא פרע לגמרי את חלק החוב אפי' כנגד המשכון, מאידך אם הילך חל כפוטר משבועה, י"ל דגם משכון פוטר דהא החזיר הנתבע את המשכון לתובעו ומפני זה חל לו פטור שבועה.

אופנים: א) אע"פ דהיא קיבלה את הכסף ממנו בדעת לזרוק לים, עדיין נחשב כמעשה קנין והיא קונה הכסף. ולפי זה צ"ל דקנין ע"מ לאבד הוי קנין. ב) באמת קנין ע"מ לאבד לא הוי קנין, ולפי ההו"א הקידושין חלין בזרקתו לים מדין ערב.[416] ושני הצדדים האלו תלויים במחלוקת בין הראשונים, וכדלהלן.

ב

קנין ע"מ לאבד

בענין האם קנין ע"מ לאבד מהני לקנות או לא, עיין במשנה ריש פרק הכונס (ב"ק נה:) וז"ל הכונס צאן לדיר ונעל בפניה כראוי ויצאה והזיקה פטור וכו' הוציאוה לסטים, לסטים חייבין עכ"ל. והתוס' שם (נו: ד"ה פשיטא) הביאו מהירושלמי (ב"ק פרק ו הל"א) דהלסטים חייבין רק אם היה דעתם לגוזלה וז"ל א"ר הושעיה כשהוציאוה לגוזלה אבל אם הוציאוה לאבדה הליסטין פטורין עכ"ל. ויש לעיין בגדר דברי הירושלמי – למה הגזלן חייב בנזיקין רק כשהיה דעתו לגוזלה ולא כשהיה דעתו לאבדה. ואפשר לפרש דגזלן נכנס תחת הבעלים לחיובי נזיקין רק אם יש לו קניני גזילה בבהמה, ונדרי קניני גזילה תלויים בגדרי הלכות קנינים דבכל התורה כולה. ומכיון דקנין ע"מ לאבד לא הוי קנין בכתה"כ לפיכך אין לגזלן קניני גזילה אם הוציאוה לאבדה ולכן הוא אינו נכנס תחת הבעלים לנזיקין. או"ד י"ל דאין הדין דהוציאוה לאבדה תלוי בהלכות קנינים דבכהת"כ אלא הוי דין מיוחד בחלות שם גזלן, דחל רק בגזלן שמוציא החפצא מרשות הבעלים כדי להכניסו לרשותו. ולפי זה אין להוכיח מהירושלמי דקנין ע"מ לאבד לא הוי קנין בכהת"כ.

והנה יש לעיין האם הבבלי חולק על הירושלמי בגוזל ע"מ לאבד. דהרי איתא בב"ק (צח.) וז"ל אמר רבה הזורק מטבע של חבירו לים הגדול פטור, מאי טעמא אמר הא מנח קמך אי בעית שקליה וכו' והני מילי דאדייה אדויי אבל שקליה בידיה מיגזל גזליה השבה בעי מיעבד עכ"ל. ומבואר בגמ' דמי ששקל המטבע בידו ואז זרקו לים חייב להשיב מדין גזילה, ומוכח מזה דיש שם גזלן בגוזל ע"מ לאבד. ויוצא דזה בודאי נגד הפירוש השני שביארנו בירושלמי דאין חלות שם גזלן היכא דגוזל ע"מ לאבד. אמנם לפי הפירוש הראשון שביארנו בירושלמי דאין קניני גזילה בגוזל ע"מ לאבד, נקט הגר"ח זצ"ל דהבבלי והירושלמי אינם חולקים. דהרי הירושלמי איירי בקניני גזילה דאינן חלין

[416] ורבינו זצ"ל גם צידד לומר דאפי' בלי הדין דערב יש לומר דהקידושין חלין מדין חיוב מזיק. דהיינו, דהיא חייבת לו המנה כמזיק בזריקתה לים, וביארנו לעיל בסוגיא דרבית (ו:) דאם שעבוד או חיוב ממון ראוי לחול מפני מעשה קנין וכדומה, המקדש והאשה יכולים להשתמש בחיוב הזה ככסף קידושין. וגם כאן, החיוב ממון דחל עליה כמזיק בשעת הזריקה יכול להיות במקום כסף הקידושין.

בגוזל ע"מ לאבד כמו בקנין דעלמא. אמנם הבבלי איירי בחיוב השבה וי"ל דאע"פ דאין לגזלן קניני גזילה, מ"מ חל עליו שם גזלן כדי להתחייב בהשבה. והחילוק הזה מבואר בש"ך (סימן שצו סק"א) דאפי' לפי התוס' (ב"ק נה:) דהלסטים אינם חייבים בנזקין, הם עדיין חייבים בהשבה.[417]

ויוצא מזה דלפי הגר"ח זצ"ל הבבלי והירושלמי בב"ק אינם חולקים, ויתכן דשניהם סבורין דקנין ע"מ לאבד לא מהני לקנות אבל הגוזל ע"מ לאבד עדיין חייב בהשבה. וא"כ אם ננקוט דקנין ע"מ לאבד לא הוי קנין, אזי צ"ל דבסוגיא דידן כשהיא זרקה את כסף הקידושין לים, דהקידושין היו ראויין לחול בהוי"א מדין ערב ולא מדין קנין.

ג

דין ערב בזרוק מנה לים

הראשונים פליגי אם הדין ערב חל רק כשמקבל הכסף הוי בר דעת. דעיין ברמב"ן (ד"ה היתה סלע) וז"ל אבל הדברים מראין שאם אמרה לו השלך מנה לים ואתקדש אני לך וזרק מקודשת, וכן בדין ערב מיחייב בקבלן עכ"ל. אבל הרשב"א (ד"ה ומסתברא) חולק על זה ומצריך דהמקבל יהא בר דעת כדי שהיא תהא מקודשת מדין ערב, וז"ל ומסתברא דלעולם אינה מקודשת אלא בשפשטה ידה וקבלתו, או שאמרה ליתנו לבן דעת שהיא מתקדשת מדין ערב כאלו קבלתו היא עכ"ל.[418] ונמצא דלפי הרמב"ן ההו"א דנטלתו וזרקתו לים מהני לקידושין הוי מדין ערב, אבל לפי הרשב"א הים אינו יכול להיות "המקבל" בדין ערב כי צריך בר דעת. וא"כ לפי הרשב"א צ"ל דבהו"א הקידושין ראויין לחול מכיון דהיא קנתה את הכסף, אע"פ דהוי קנין ע"מ לאבד.

ונראה לבאר דהרמב"ן והרשב"א נחלקו ביסוד המחייב דערב. דלפי הרשב"א, ערב משתעבד באופן דומה לכל לוה, דהיינו דנתינת המעות מהמלוה ללוה הוי מעשה קנין כדי שהמלוה יקנה שעבודים אצל הלוה. והחידוש דערב הוא דקבלת הלוה יכול להיות מעשה קנין לשעבד אדם אחר (הערב) בחיוב של הלוה. וא"כ, כשהממון ניתן לים דאינו בר דעת, בודאי אין כאן מעשה קנין לשעבד הערב. אולם לפי הרמב"ן צ"ל דערב הוי

[417] ועיין עוד בזה ברשימות שיעורים לב"ק (נו:, צח.) דהגר"ח זצ"ל גם חילק בין הבבלי והירושלמי באופן אחר. דהגוזל כדי לזרוק בים מאבד החפצא של גזילה בידים ובזה יש לו שם גזלן. אבל בירושלמי כשגוזל ע"מ לאובדה, הגזלן אינו הורג הבהמה בידים אלא דהוא נותן לה ללכת בעצמה והיא נאבדת, ובציור כזה אין לו שם גזלן. וכן איתא בחידושי הגר"ח על הרמב"ם (פרק ז מהלכות חובל ומזיק הל"ד) וז"ל והכי איתא בירושלמי בב"ק פ' הכונס על הא דתנן הוציאוה לסטים חייבין, וקאמר על זה בירושלמי אמר רב הושעי' בשהוציאוה לגוזלה אבל אם הוציאוה לאבדה הליסטים פטורין, והיינו משום דנתכוונו רק שתיאבד ממילא ולא שיזיקוה בידים, וע"כ אין זה חשוב גזילה עכ"ל. ועיין שם להסבר הדברים באריכות.

[418] ועיין בשיעורים לעיל (ז. ד"ה אמר רבא תן מנה לפלוני ואקדש אני לך מקודשת מדין ערב) דרבינו זצ"ל דייק דהרמב"ם סבור כמו הרשב"א.

דין אחר לגמרי משעבוד רגיל ואין הפשט דמעשה קנין דהלוה מחייב הערב בחיוב הלוה, דהרי בזרוק מנה לים אין בכלל מי שמקבל את הכסף. אלא צ"ל דערב הוי דין חדש בשעבודים, דהערב מחייב את עצמו ע"י הפסד המלוה. ולכן לגבי קידושין, מכיון דהמקדש הפסיד ממונו ע"פ האשה, היא משתעבדת לו מדין ערב ובזה היא מתקדשת לו. וכל זה מבואר בלשון הרמב"ן שם שכתב, וז"ל כיון דמפיק ממון אפומא עכ"ל. ונראה להוכיח כדעת הרמב"ן דערב מתחייב ע"י הפסד המלוה בלבד מהסיפור דיהודה ובנימין דהוי המקור לדין ערב (ב"ב קעג:). דיהודה התחייב ליעקב אם בנימין נאבד אע"פ דיעקב לא נתן שום כסף לאף אדם ולא היה מעשה קנין דלוה. ורואים מזה דהפסד דיעקב היה גורם לחיוב דיהודה מדין ערב, וכדעת הרמב"ן.[419]

וגם יש להעיר דמוכרחים לומר דגם לפי הרמב"ן בנוסף לחיוב דערב מדין הפסד המלוה, יש דין אחר דערב דחל כחיוב לשלם בעד החוב דאחר. דהרי ערב יכול להשתעבד לאחר חיתום שטרות (משנה ב"ב קעה:), היכא דאין עוד הפסד למלוה. ובמקרה כזה צ"ל דע"י מעשה קנין דסודר הערב לוקח על עצמו לשלם החוב דהלוה.

ד

חלות חוב דהלוה והערב

ועוד נראה לבאר המחלוקת בין הרמב"ן לבין הרשב"א באופן אחר. דהרי יש לעיין בגדר החיוב דהלוה והערב להמלוה, האם יש חלות חוב אחד דחל על הלוה ועל הערב, והערב משלם את החוב הזה למלוה, או"ד יש כאן ב' חובות שונות למלוה, אחד מהלוה להמלוה, ואחד מהערב להמלוה דחל רק כשאין הלוה יכול לפרוע את חובו. ויתכן דבזה נחלקו הרמב"ן והרשב"א. דהרמב"ן נקט דבערב יש ב' חובות שונות להמלוה ולכן אפי' בלי לוה, כמו בזרוק מנה לים, הערב יכול ליצור את החוב שלו למלוה. אבל הרשב"א נקט דהערב רק יכול להצטרף לחלות חוב דהלוה ולכן אם אין כאן לוה בר דעת דחייב למלוה ממילא אי אפשר להיות חלות ערבות.[420]

[419] עיין בריטב"א (ב"ב קעג: ד"ה הא קבלנות היא) דדן בגדר ערבות דיהודה, וז"ל האי לשון קבלנות אינו כי למי נכנס יהודה קבלן, לוה עצמו היה, תירץ לי מורי דלא דק תלמודא דכל מאי דאמרינן הכא אינו אלא אסמכתא, ולי היה נראה דתלמודא משמע ליה כי יעקב נתנו לראובן ושאר אחיו על קבלנות יהודה, וכך אמר ליעקב תנה אותו להם על ערבותי עכ"ל. לפי דעת הריטב"א יש כאן מתחייב (האחים) ולכן מובן איך יהודה יכול להיות הערב.

[420] ונראה דיש לתלות החקירה הזאת האם יש חלות חוב אחד ללוה ולערב או דחלין ב' חובות שונים, לבין החקירה דרבינו זצ"ל לעיל (ז. ד"ה אמר רבא תן מנה לפלוני) לגבי המחייב של הערב, האם אמרינן דע"פ דין קבלת הלוה נחשבת כקבלת הערב או לא. דלכאורה אם ע"פ דין הערב קיבל כסף כמו הלוה, מסתבר לומר דשניהם השתתפו והתחייבו באותה קבלת כסף ויש להם חלות חוב מאוחדת. אבל אם לא אמרינן דע"פ דין הערב קיבל הכסף ויש דבר אחר דגורם חיוב הערב, אזי מסתבר דיש לערב חלות חוב שונה מהלוה עצמו דהתחייב ע"י קבלת הכסף.

והמחלוקת הזאת נוגעת לגדר הדין דערב ששילם יכול לחזור ולתבוע את הממון מהלוה (רמב"ם פרק כו מלהכות מלוה ולוה הל"ו). דהרי יש לעיין האם החוב הראשון פרוע וחל חוב חדש על הלוה לשלם להערב עבור מה ששילם למלוה, או"ד דהחוב הראשון בין המלוה ללוה עובר מעתה לחול בין הערב ללוה, דהיינו דהערב עומד מעכשיו במקום המלוה וגובה את החוב הראשון מהלוה במקום המלוה. ונראה דזה תלוי בגדר החוב דהערב מתחילה. דאם נקטינן כהרמב"ן דיש לערב חלות חוב בפני עצמו למלוה, אזי אין קשר בין הערב והלוה בחיובם למלוה, ואי אפשר לומר דהחוב שחל בין המלוה והלוה עובר עכשיו לערב. אלא, צ"ל דכשהערב משלם למלוה אז חל חוב חדש על הלוה לשלם לערב. משא"כ לפי הרשב"א דסובר דמתחילה חל רק חוב אחד - דגם הלוה וגם הערב ביחד חייבים לשלם למלוה, אזי יתכן לומר דכשהערב משלם למלוה, הוא בעצם ממלא את מקום המלוה כלפי הלוה, והחוב דהלוה היה חייב לשלם למלוה הוא עכשיו חייב לשלם לערב.[421]

ונראה דגדר החוב דהלוה חייב לשלם אותו לערב תלוי בפירוש הסוגיא בב"ב (לב:) וז"ל ההוא ערבא דא"ל ללוה הב לי מאה זוזי דפרעתי למלוה עילוך והא שטרא, א"ל לאו פרעתיך, א"ל לאו הדרת שקלתינהו מינאי, שלחא רב אדא בר אבין לקמיה דאביי כה"ג מאי, שלח ליה אביי מאי תבעי ליה, הא איהו דאמר הילכתא כוותיה דרבה באראע והלכתא כוותיה דר' יוסף בזוזי דהיכא דאוקמי זוזי לוקמו עכ"ל. כלומר, דהערב דפרע את החוב חזר ותבע את הדמים מהלוה והראה לו שטר. ומבואר בגמ' דבדרך כלל הלוה חייב לשלם לערב את הממון, אבל כאן הערב הודה דהלוה כבר שילם ועכשיו הוא תובע חוב חדש ולכן הדין הוא דהממון נשאר אצל הלוה.

ונחלקו הראשונים איזה שטר היה מועיל לערב לגבות בו. דהרשב"ם כתב (ד"ה והא שטרא) וז"ל שטר שהיה לו למלוה עליך והחזירו לי לפי שפרעתי חובו והרי אתה משועבד לי בשטר זה כמו שהיית משועבד לו עכ"ל. דהיינו, דהערב יכול לגבות בשטר חוב דהיה למלוה, אע"פ דהערב כבר שילם את החוב הזה בעד הלוה. אולם עיין בשיטה מקובצת שם שכתב בשם הרשב"א, וז"ל והא שטרא, כלומר הא שטרא שנתחייבת לו למלוה ושאני ערב בו, וכשכתב לו המלוה התקבלתי ונתן לו זכותו, הא לאו הכי אע"פ ששטר החוב יצא מתחת ידי הערב אינו גובה בו וכמלוה על פה דמי שהלוה לא נשתעבד בשטר זה לערב אלא למלוה וכיון שפרע ערב למלוה כבר נמחל שעבודו של שטר, וכ"כ מורי

[421] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לב"מ (מו. ד"ה נעשה כאומר הלויני אות ב'), לב"ק (ט. תוד"ה ורב) וברשימות שיעורים למס' שבועות (מח: ד"ה אטו ערבא אות א').

הרב ז"ל עכ"ל. כלומר, דהרשב"א נקט דאין הערב יכול לגבות מן הלוה בשטר חוב דמלוה דהרי נמחל שעבודו, ובעי שטר חדש והקנאה חדשה מהמלוה לערב כדי שהערב יכול לגבות את החוב מן הלוה.

ונראה דהרשב"ם והרשב"א נחלקו בגדר החיוב של הלוה לשלם לערב. דלפי הרשב"ם הערב נעשית לבעל השטר של השטר הראשון דהיה למלוה על הערב. והנה אי נימא דכשהערב פרע את החוב בעד הלוה דהחוב הראשון פרוע הוא וחל חוב חדש בין הלוה והערב, אזי השטר מהמלוה הראשון על הלוה בודאי הוי שטר שנמחל שעבודו ולא היה הערב יכול לגבות בו. אלא מוכרח דהרשב"ם נקט דהערב קם במקום המלוה והוא גובה את החוב הראשון מן הלוה במקום המלוה, ולכן שטר של המלוה עדיין מועיל לערב לגבות מן הלוה. והרשב"א נקט דהחוב הראשון בין הלוה והמלוה מסולק לגמרי ע"י פריעת הערב, ולכן הערב אינו יכול לגבות בשטר דהמלוה. וא"כ צ"ל דפריעת הערב מחילה חוב חדש על פה מהלוה לערב, ובגמ' דהשטר מועיל לערב צ"ל דאיירי בהקנאת החוב מהמלוה אל הערב ובכתיבת שטר חדש, כדמבואר בדברי הרשב"א.

ולכאורה יש נמי נ"מ בנוגע לחלות השעבוד שבין הלוה לערב. דאי נימא דהערב קם במקום המלוה וגובה את החוב הראשון אזי השעבוד הראשון עדיין קיים והערב גובה למפרע מזמן ההתחייבות של ההלוואה הראשונה. משא"כ אי נימא דהחוב הראשון פרוע, וחל חוב חדש בין הלוה להערב בשעה שפרע הערב את החוב הראשון עבור הלוה, אזי גם השעבוד הראשון בטל, והערב גובה רק מנכסים משועבדים שנשתעבדו לו משעת הפרעון ולא מנכסים משועבדים מזמן ההלוואה הראשונה.

ועוד יתכן דיש נ"מ בנוגע לחיוב שכר שכיר דאין שמיטה משמטתו. כלומר, היכא דיש ערב על חוב של משכיר לשוכר, ושילם הערב את החוב לשכיר בעד המשכיר ועכשיו המשכיר חייב לשלם לערב, האם נאמר דשביעית משמטת את חוב המשכיר לערב או לא. דהרי אם נאמר דהערב קם במקום השכיר הראשון והחוב דהמשכיר לערב הוי המשך של החוב הראשון אזי י"ל דאין שביעית משמטתו כמו חיוב השכירות. אולם אם נאמר דהחוב הראשון נגמר ועכשיו חל חוב חדש של המשכיר אל הערב אזי דין החוב החדש הוי כמו מלוה על פה דעלמא ואזי שביעית משמטתו. ולפי הביאור הנ"ל, זה תלוי במחלוקת בין הרשב"ם לבין הרשב"א בנוגע להאם שטר דמלוה מועיל לערב או לא.[422]

[422] אך לפי"ז צ"ע דהא למעלה ביארנו דהרשב"א מצריך קבלת הלוה לחייב הערב דהוי חוב אחד על שניהם ואז כשמשלם הערב עומד במקום המלוה לגבות חובו מהלוה, וצ"ע.

גמ'. תנו רבנן התקדשי לי במנה, תנם לאבא ולאביך אינה מקודשת, על מנת שיקבלום לי מקודשת.

מבואר בגמ' דכשהאשה אומרת "על מנת שיקבלום לי" היא מקדושת אע"פ דהיא לא קיבלה את הכסף בעצמה. ויש להסתפק ביסוד הדין, דהרי י"ל דהקידושין חלין מדין ערב כמו היכא שהיא אומרת למקדש "תן מנה לפלוני ואקדש אני לך", או"ד י"ל דאין כוונתה לדין ערבות אלא דהיא ממנה את אביה או את האב של המקדש להיות שליח שלה לקבלת כסף הקידושין. ויש בזה כמה נ"מ: א) כשהמקדש נותן כסף הקידושין לשליח לקבלה הוא צריך לומר לשליח "הרי פלונית ששלחה אותך מקודשת לי" (רמב"ם פרק ג מהלכות אישות הלי"ח). כלומר, דאמירת המקדש הוא לשליח ולא לאשה ובכך היא מקודשת. מאידך עיין ברש"י (ז. ד"ה ואקדש) דבקידושין מדין ערב אע"פ דאדם אחר מקבל הכסף, מ"מ האמירה צ"ל לאשה עצמה. ב) לפי הרמב"ם כשאשה ממנה שליח לקבלה צריך עדות לקיום הדבר, וז"ל כל העושה שליח לקבל הקידושין צריך לעשותו בפני שני עדים עכ"ל. אבל כשאשה רוצה להתקדש מדין ערב אין צורך עדים כשהיא אמרה לתת הכסף לאדם אחר.

ומרש"י (ד"ה סמכה עליה) מבואר דכשהיא אומרת "על מנת שיקבלם לי" היא ממנה אותם להיות שליח שלה לקבלה. וא"כ לפי רש"י המקדש אינו צריך לדבר עם המתקדשת בשעת הנתינה או אחרי הנתינה, וגם בעינן עדות לקיום הדבר בשעת המינוי.[423]

גמ'. ת"ר התקדשי לי במנה, תנם על גבי סלע אינה מקודשת, ואם היה סלע שלה מקודשת, בעי רב ביבי סלע של שניהם מהו, תיקו.

בענין קבלת קידושין וגיטין ע"י חצר, קביעת מקום וד' אמות

א

שיטת רש"י בענין קבלת קידושין וגיטין ע"י חצר, קביעת מקום וד' אמות

נחלקו הראשונים מאיזה דין היא מקודשת כשהסלע שלה. דעיין ברש"י (ד"ה ואם היה סלע שלה) דהיא קונה את הכסף מדין קנין חצר, והתוס' (ד"ה אם היה סלע שלה) הקשו עליו דא"כ מה הספק בסלע של שניהם, דהרי מבואר בגמ' (ב"ב פד:) דאם אחד מהשותפין רוצה להקנות חפץ לשותף אחר, נתינת החפץ על הקרקע דשייך לשניהם לא מהני כדי לקנות. ועיין ברשב"א (ד"ה הא דתניא) דיישב אליבא דרש"י דרב ביבי נסתפק אולי הוא

[423] אמנם עיין בתוס' רי"ד (ד"ה על מנת) דנקט דזה לא הוי שליחות ומהני מדין קביעת מקום. עיין בשיעורים לקמן (דף ח: ד"ה ת"ר התקדשי לי במנה, תנם ע"ג סלע).

משאיל לה מקומו בסלע כדי לקנות הכסף קידושין, וז"ל י"ל דהכי קא מיבעיא ליה כיון דאית לה שותפות בגויה הכי קאמרה ליה הניחהו על הסלע שתקבלהו לי ואיהו כיון דמחזר לקדשה מושיל לה מקומו וקנתה ומיקדשא או דלמא תנהו על הסלע שלך קאמרה לומר שאינה רוצה בהן עכ"ל. ולכאורה ביאור הרשב"א בשיטת רש"י צ"ב, דהרי כדי להשאיל קרקע בעינן מעשה קנין כדמבואר בגמ' לגבי שכירות (ב"ק עט.) וז"ל וכשם שהקרקע נקנית בכסף בשטר ובחזקה כך שכירות נקנית בכסף בשטר ובחזקה. שכירות דמאי וכו' אמר רב חסדא שכירות דקרקע עכ"ל.[424] וא"כ קשה, דבגמ' דידן לכאורה אין האשה עושה מעשה קנין בחלק הסלע דשייך למקדש, ואיך היא שואלת הקרקע ממנו כדי להיות הבעלים לקנין חצר.[425]

ונראה לבאר ע"פ מחלוקת הראשונים בגדר קנין חזקה בקרקע. דבדרך כלל קנין חזקה חל בנעל גדר ופרץ (כו.). ונחלקו הראשונים בנוגע לקרקע דא"א לעשות בו המעשים האלו האם יש עוד דרך לקנותה בחזקה. דאיתא ברמב"ם (פרק א מהלכות מכירה הלט"ו) וז"ל היתה הקרקע צחיח סלע שאין בה לא גדר ולא פרצה ואינה בת זריעה, הרי החזקה שקונה אותה שטיחת פירות או העמדת בהמה שם וכיוצא בזה משאר התשמיש עכ"ל. כלומר, דלפי הרמב"ם בקרקע צחיח דא"א לעשות בו מעשה דנעל גדר ופרץ, קונין את הקרקע ע"י כל מעשה תשמיש בשדה. אבל הראב"ד השיג עליו דחזקה כזה מועיל רק לחזקת ג' שנים ולא לקנין חזקה, וז"ל א"א הא מילתא לא מיחוורא דהא חזקה אכילת פירות היא ואכילת פירות לא מהני אלא כנגד טענה אבל למיקנא בה ארעא לא קני אלא מידי דמהניא לארעא כעין נעל וגדר עכ"ל. ויוצא דלפי הראב"ד שטיחת פירות אינה מועילה לקנין חזקה אלא צריך מעשה דמהניא לקרקע כמו נעל גדר ופרץ.

ונראה דכל מחלוקתם קאי רק בנוגע לחלות קנין גמור בקרקע. אבל מסתבר דכדי לשכור קרקע גם הראב"ד מודה דכל תשמיש יכול להיות מעשה קנין דחזקה כדי ליצור חלות קנין שכירות. ונראה דתשמיש בשדה מהני לשכור קרקע אפילו היכא דהיה אפשר לעשות חזקה דנעל גדר ופרץ. וטעם הדבר הוא דכל יסוד קנין שכירות הוא קנין לתשמיש בלבד ולכן מסתבר דבעינן רק מעשה תשמיש בשדה כדי לקנות שכירות.[426] ולפי זה גם

[424] ועיין בשו"ע (סימן קצה סק"ט) דהשווה דיני שאילה בקרקע לשכירות בקרקע ובביאור הגר"א שם (סקל"ב) למקור הדברים.

[425] וכן הקשה המחנה אפרים (הלכות קנין חצר סימן ו).

[426] ובשיעוריו למסכת פסחים (מובא בהררי קדם חלק ב' סימן ו') רבינו זצ"ל ביאר דזה הפשט ברש"י (פסחים ד. ד"ה מסירת מפתח) דמסירת מפתח ממשכיר לשוכר הויא קנין שכירות. והקשו עליו בתוס' (ד"ה אם משמסר) דמפורש בגמ' דמסירת מפתחות לא הויא קנין חזקה. ורבינו זצ"ל ביאר ע"פ היסוד בפנים דקנין חזקה לשכירות הוי דין אחר מקנין חזקה כדי לקנות קנין גמור. ורבינו זצ"ל גם ציין לקצוה"ח (סימן קנג סק"ג) דחידש דאפי' לראשונים

דברי הרשב"א אצלנו מובנים. דמכיון דהיא רק צריכה לעשות קנין שאילה בסלע ולא קנין גמור, הא גופא דהיא משתמשת בחלק שלו בסלע כדי לקנות בכסף קידושין סגי להיות מעשה קנין דשואל בסלע.

ונראה דזהו גם הביאור בגמ' בגיטין לגבי גירושין ע"י חצר האשה. דהמשנה (עז.) קבעה דכשבעל זורק גט לחצר אשתו היא מגורשת. והגמ' הקשה וז"ל חצרה מה שקנתה אשה קנה בעלה עכ"ל, כלומר דיש לו קנין פירות בחצר שלה והגט עדיין נמצא ברשות הבעל והיאך היא מגורשת. ואחרי שו"ט הגמ' הסיקה, וז"ל גיטה וחצרה באין כאחד עכ"ל. ולכאורה תירוץ הגמ' צ"ע דהרי סוף כל סוף איזה מעשה קנין עשתה כדי לקנות את חצרה ומה הפשט בזה דגיטה וחצרה באין כאחד. ונראה לבאר ע"פ הנ"ל דאע"פ דהיא לא עשתה מעשה קנין דנעל גדר ופרץ בחצר מ"מ היא קונה את חצרה ע"י הא גופא דהיא משתמשת בחצר שלה כדי לקנות את הגט. וזה הפשט דגיטה וחצרה באין כאחד, דעצם השימוש בחצר לקניית הגט קונה לה את החצר דמאפשר לה לקנות את הגט.[427]

ב

שיטת הרמב"ם בקבלת קידושין וגירושין מדין קביעת מקום

הרמב"ם (פרק ד מהלכות אישות הלכ"א) הביא הספק דרב ביבי כדלהלן, וז"ל המקדש את האשה בכסף או בשטר אינו צריך שיתן הקידושין לתוך ידה אלא כיון שרצת לזרוק לה קידושיה וזרקן בין לתוך ידה בין לתוך חיקה או לתוך חצירה או לתוך שדה שלה הרי זו מקודשת, היתה עומדת ברשות הבעל צריך שיתן לתוך ידה או לתוך חיקה. היתה עומדת ברשות שהיא של שניהן וזרק לה קידושיה מדעתה ולא הגיעו לידה או לחיקה הרי זו מקודשת קידושי ספק, ואפילו אמרה לו הנח קידושי על מקום זה ואותו המקום של שניהם הרי אלו קידושי ספק עכ"ל. ובמושכל ראשון הדין הראשון בההלכה דהיא מקדושת ע"י זריקה לתוך חצירה או שדה שלה חל מדין קנין חצר. וא"כ לכאורה גם בהמשך ההלכה, דהיא ספק מקדושת היכא דאמרה הנח קידושי על מקום של שניהם, ג"כ י"ל דהצד לומר דהיא מקודשת הוי מדין קנין חצר. וזה כמו דפירש רש"י בסוגיא כנ"ל.

דחולקים על הרמב"ם (פרק א מהלכות מכירה הלט"ו) וסבורים דמעשה תשמיש לא מהני לקנין חזקה בקרקע, מודים לו אם כל הקנין רק הוי לתשמיש מסויים, עיי"ש בדבריו.

[427] וזה דלא כדברי הקצהו"ח הידוע (סימן ר סק"ה) דגיטא וידה באין כאחד רק מועיל מכיון דלא בעינן מעשה קנין בגט ודו"ק. אך לכאורה תירוץ דרבינו זצ"ל ניחא לפי הרמב"ם דסובר דתשמיש מהווה קנין חזקה, אך לראב"ד דסובר דתשמיש אינו חזקה מה הפשט בגמ'. ונראה דמכיון דרק צריכא לקנות קנין פירות מהבעל אזי לכו"ע מועיל תשמיש לקנין חזקה כמו דתשמיש מועיל לחזקה בשכירות קרקע, כנ"ל.

אבל מכמה טעמים נראה דהרמב"ם לא איירי כלל בקנין חצר בין בתחילת ההלכה בין בסופה. דהרי כבר העיר הכסף משנה (וביותר אריכות בבית יוסף אה"ע סימן ל) דבהלכות זכייה ומתנה הרמב"ם פסק דבעינן או חצר משתמרת או שהקונה עומד בצדו כדי לקנות בו, וכאן לגבי קידושין הרמב"ם השמיט את זה לגמרי.[428] ועוד יש להעיר דהרמב"ם לא הזכיר קנין חצר בכלל, בין בתחילת ההלכה ובין בסוף ההלכה כשהוא פסק את הדין דרב ביבי.

ונראה לדייק מלשון דסוף ההלכה, וז"ל הנח קידושי על מקום זה עכ"ל, דהרמב"ם נקט דהקידושין חלין בזה דהמקדש נתן את כסף הקידושין במקום דהיא קבעה. דהיינו, דכשהאשה קובעת מקום להנחת כסף הקידושין והמקדש מניח את הכסף במקום ההוא, אזי נחשב ע"פ דין כאילו היא תופסת את כסף הקידושין אע"פ דהיא לא עשתה שום מעשה קנין.[429] ובנוגע להדין החדש הזה יש חילוק בין המקומות. דהיא תמיד יכולה לקבוע רשות שלה כמקום הנחת הקידושין ובזה היא מתקדשת, אע"פ דהיא לא קונה בקנין חצר.[430] אבל היא לא יכולה לקבוע מקום ברשות הבעל כי עצם זה דכסף או שטר הקידושין עדיין נמצא ברשותו מפקיע את תפיסתה ע"פ דין. ובמקום של שניהם יש ספק אם קביעת מקום על ידה מועיל או אינו מועיל.[431]

וע"פ הביאור הזה בשיטת הרמב"ם יש לתרץ קושיא בדברי הרמב"ם בפרק ד' מהלכות אישות. דלכאורה הרמב"ם הביא את הספק דרב ביבי פעמיים. דבפ"ד מהל' אישות (הלכה כ"א) הרמב"ם הביא את הספק דרב ביבי, שכתב וז"ל אמרה לו הנח קידושי על

[428] עיי"ש דהכס"מ תירץ בב' אופנים וז"ל ואע"ג דלענין מתנה כתב בפ"ד מהלכות זכיה דבחצר שאינה משתמרת בעינן שיהא עומד בצד חצרו אפשר דקידושין עדיפי ממתנה וכך הם דברי הרב המגיד שם. ויותר נראה לומר שקיצר פה וסמך על מה שכתב בהלכות זכיה עכ"ל.

[429] והשווה לדברי התוס' רי"ד (ח: ד"ה על מנת שיקבלם לי) וז"ל היה סלע שלה מקודשת. פירש המורה דחצירה קונה לה ואינה נרא' דאמאי נקט סלע. אלא הכין פירושו כשאמרה תנם על גבי סלע משמע שבכעס אמרה לו אבל אם היה סלע שלה משמע שבכל לב אמרה לו וכאילו שם בידה דמי כיון שנתרצת בכך ודומה זה לתנהו לכלב עכ"ל. אבל יש להעיר דהתוס' רי"ד בהמשך הבין הספק דרב ביבי הוא לגבי דעתה אם היא באמת נתרצית או לא, ומשמע מדבריו דאם ידעינן דהיא באמת נתרצית אז הקידושין חלין אפי' בסלע של שניהם וז"ל ואם היה סלע של שניהם שואל אם בדרך כעס אמרה לו או בכל לב. ובכולן אם אמרה ואקדש אני לך נראה לי דהיא מקודשת דבכל לב קאמרה ליה ובכל מקום שיתנם בציוויה כאלו שם בידה דמי עכ"ל. אבל לפי ביאור דרבינו זצ"ל בדעת הרמב"ם במקום של שניהם יש ספק ע"פ דין אם קביעת מקום מהני או לא.

[430] ורבינו זצ"ל הוסיף דקבלת קידושין ע"י קביעת מקום שונה מהרמב"ן בזרוק מנה לים דהקידושין חל מדין ערב. דביארנו בשיעורים לעיל (ח: ד"ה דין ערב בזרוק מנה לים) דלפי הרמב"ן הדין דערב חל ע"י הפסד ממון דהמקדש דיוצר התחייבות. אבל לפי הרמב"ם, אפי' בלי הפסד כלל הקידושין חלין מדין קביעת מקום דגורם לתפיסה ע"פ דין.

[431] רבינו זצ"ל העיר דזה דומה לקנין חצר בגניבה, דלא בעינן כל הכללים דקנין חצר במקח וממכר ובמציאה אלא בעינן דין רשות בעלמא. ולגבי ההבדלים בין דיני קניינים דעלמא לבין דיני מעשה גניבה כדי שהגנב יקנה קנייני גניבה. ועיין בזה ברשימות שיעורים לב"ק (עט. תוד"ה או).

מקום זה ואותו המקום של שניהם הרי אלו קידושי ספק עכ"ל. אולם גם בתחילת הפרק (פרק ד מהלכות אישות הל"ד) הרמב"ם הביא את ההיכי תמצי דסלע של שניהם ופסק דהיא מקודשת בספק, וז"ל אמרה לו הניחהו על הסלע אינה מקודשת ואם היה סלע שלה מקודשת, היה הסלע של שניהם הרי זו מקודשת בספק. אמר לה התקדשי לי בככר זה אמרה לו תנהו לעני אפילו היה עני הסמוך עליה אינה מקודשת, תנהו לכלב אינה מקודשת ואם היה הכלב שלה מקודשת, ואם היה רץ אחריה לנשכה ואמרה לו תנהו לכלב זה הרי זו ספק מקודשת עכ"ל. וצ"ע למה פסק את ההלכה פעמיים.

ונראה לבאר דבתחילת הפרק הרמב"ם איירי בדיני דעת האשה לקידושין, מתי היא נתרצית ומתי היא אינה מתרצית. ובהקשר הזה הרמב"ם הביא דבסלע של שניהם יש להסתפק בדעתה.[432] אבל בסוף הפרק הרמב"ם איירי היכא דבודאי יש כאן דעתה לקידושין, אלא דצריכים לדון מצד עצם קבלת הכסף מדין קביעת מקום, האם זה מהני במקום דשייך לשניהם או לא. ונמצא דיכול להיות ב' ספיקות שונות בהנחת כסף הקידושין במקום של שניהם.

ויש לעיין האם הדין הזה דתפיסה ע"פ דין ברשות שלה שייך גם לגירושין. דהיינו, דאיתא במשנה (עז.) וז"ל הזורק גט לאשתו והיא בתוך ביתה או בתוך חצרה הרי זו מגורשת עכ"ל. ויש להסתפק האם זה רק באופן דהיא קונה את הגט בקנין חצר או"ד כמו דמצינו דבקידושין שיש דין דכסף קידושין בחצר שלה נחשב כתפיסה ע"פ דין גם בלי קנין חצר כמו"כ י"ל דגט בחצרה נחשב ע"פ דין כבידה גם בלי קנין חצר. ומסתבר דהדין החדש דתפיסה אינה קיימת בגירושין אלא דצריך קנין חצר דוקא. דהרי בנתינת הגט התורה קובעת ד"ונתן בידה", דהיינו מסירה מיד ליד. ולכן בעינן או בידה ממש או קנין חצר דנתרבה מהמלה "ונתן" כדמבואר בגמ' שם, וז"ל דתנו רבנן ונתן בידה אין לי אלא ידה, גגה חצרה וקרפיפה מנין ת"ל ונתן מכל מקום עכ"ל. אבל תפיסה ע"פ דין אינה מועילה היכא דבעינן דין נתינה בידה.[433]

[432] כמו דביארו התוס' (ד"ה אם היה סלע שלה).

[433] ויש להוסיף דלגבי גירושין (פרק ה מהלכות גירושין הל"א-ב) הרמב"ם התייחס לחצר משתמרת ואינה משתמרת, מה שלא עשה בהלכות אישות. ויש להעיר דהתוס' רי"ד (ח: ד"ה ואם היה סלע) כתב דקביעת מקום מהני בגירושין כמו בקידושין וז"ל ונראה לי דהוא הדין לגבי גט אם היה בעלה נותן לה גטה ואמרה לו שים אותו על גבי סלע זה או על גבי קרקע ואתגרש מגורשת היא וכאילו שם בידה דמי ולא דמי לטלי ניטיך מעל גבי קרקע דהתם אין שם נתינ' בעל שלא מדעת האשה נתנו על גבי קרקע אבל היכא דאמרה ליה תנהו על גבי קרקע כאילו נתנו בידה דמי עכ"ל. התוס' רי"ד מעלה הו"א דיש פסול בנתינה כמו דרבינו זצ"ל אמר ברמב"ם, אבל בסוף דחה אותו. ולכאורה הפשט בתוס' רי"ד הוא דהתפיסה דחלה ע"י קביעת מקום הויא ממש כאילו נתנו בידה ולכן הגזה"כ ד"ונתן בידה" מקויים.

ועוד יש להסתפק בדין הזה דקביעת מקום ע"י האשה מחיל חלות דין תפיסה, האם הוא חל רק בקידושין בלבד, או"ד דחל גם בקנין כסף בדיני ממונות. דהיינו, אם המקנה קובע מקום להנחת הכסף בחצר דאינה משתמרת ואינו עומד בצדה, האם הכסף קונה או לא, וצ"ע.[434]

ג

זריקת קידושין והגט ברה"ר במקום דקרוב לה

ונראה להוסיף דהנה הדין דחלה תפיסת האשה ע"פ דין בקידושין ע"י קביעת מקום אינו קיימת רק בחצר שלה או בסלע של שניהם, אלא גם ברשות הרבים ובמקום דאינו של שניהם. דהרי מיד אחרי הספק דרב ביבי הרמב"ם פסק, וז"ל היו עומדים ברשות הרבים או ברשות שאינה של שניהם וזרק לה קידושיה קרוב לו אינה מקודשת קרוב לה הרי זו מקודשת, מחצה למחצה או שהיו ספק קרוב לו ספק קרוב לה ואבדו קודם שיגיעו לידה הרי זו מקודשת בספק, כיצד הוא קרוב לו וקרוב לה, כל שהוא יכול לשמור אותן והיא אינה יכולה זה הוא קרוב לו, היא יכולה לשמור אותן והוא אינו יכול זה הוא קרוב לה, שניהן יכולין לשמור אותן או שניהן אינם יכולים לשמור אותן זה הוא מחצה למחצה עכ"ל. ולכאורה כל הדין הזה דהיא מקודשת ע"י זריקה למקום קרוב לה ברה"ר קשה להולמו. דהרי בדיני ממונות פשיטא דקונין חפצא רק בתוך ד' אמות, ומה גדר הדברים דבקידושין היא קונה אפי' במאה אמה כל עוד דרק היא יכולה לשומרו. וצ"ל ע"פ הנ"ל דאע"פ דהיא אינה עושה מעשה קנין בכסף, אעפ"כ יש דין מיוחד דהיא מקודשת ע"י זה דהכסף קידושין נמצא במקום דרק היא יכולה לשומרו, דנחשב הכסף בתפיסתה לקידושין.

וגם כאן יש להסתפק האם הדין הזה דזריקה למקום דקרוב לה ברה"ר דנחשב כאילו היא תופסת בקידושין חל נמי בגירושין. דהרי מצינו בגמ' גיטין (עח:) הלכה דומה בגיטין אבל יש עוד שיעור שם דעד שתשוח ותטלנו דאינה קיימת בקידושין לפי הרמב"ם. דאיתא במשנה שם (עח.) וז"ל היתה עומדת ברשות הרבים וזרקו לה, קרוב לה מגורשת, קרוב לו אינה מגורשת, מחצה על מחצה מגורשת ואינה מגורשת, וכן לענין קדושין עכ"ל. והגמ' שם הביאה כמה דעות לגבי גדר השיעורים האלו, וז"ל היכי דמי קרוב לה, והיכי דמי קרוב לו, אמר רב ארבע אמות שלה זהו קרוב לה, ארבע אמות שלו זהו קרוב לו וכו' רבי

[434] ועיין לעיל בהערות דדעת התוס' רי"ד לכאורה דומה לביאור רבינו זצ"ל ברמב"ם לגבי חלות תפיסה ע"י קביעת מקום. ועיין באבנ"מ (סימן לז סק"ג) דהביא שיטת התוס' רי"ד וכתב דהחידוש שלו גם שייך למקח וממכר וז"ל ולפ"ז במקח וממכר נמי כל שאומר המקבל מתנה או הלוקח שים אותו ע"ג סלע אפי' אינו שלו ה"ל כאלו מטי לידי' ממש עכ"ל.

יוחנן אומר קרוב לה שנינו אפילו מאה אמה, וקרוב לו שנינו אפילו מאה אמה, היכי דמי מחצה על מחצה אמר רב שמן בר אבא לדידי מיפרשא לה מיניה דרבי יוחנן הוא יכול לשומרו והיא אינה יכולה לשומרו זהו קרוב לו, היא יכולה לשומרו והוא אינו יכול לשומרו זהו קרוב לה, שניהם יכולין לשומרו, שניהם אין יכולין זהו מחצה על מחצה וכו' אמר ליה שמואל לרב יהודה שיננא, כדי שתשוח ותטלנו, ואת לא תעביד עובדא עד דמטי גיטא לידה עכ"ל.

ולכאורה השאלה האם דיני גירושין שווין לקידושין (ע"פ הרמב"ם) תלוי בשיטות הנ"ל. דהרי לפי רב יוחנן דהיא מגורשת לגמרי אם היא יכולה לשומרו, נמצא דגירושין שוה לקידושין. וכמו דביארנו לעיל, שתי ההלכות מיוסדות על הדין החדש דתפיסה ע"פ דין אע"פ דהיא לא עשתה מעשה קנין בדיני ממונות.[435] אבל לפי שמואל דבגירושין בעינן עד שתשוח ותטלנו, לכאורה חלוק קבלת הגט מקבלת הקידושין.

והרמב"ם (פרק ה מהלכות גירושין הלי"ג-יד) לכאורה עירב בין השיטות דרב יוחנן ושמואל, שכתב וז"ל זרקו לה ברשות הרבים או ברשות שאינה של שניהם, קרוב לו אינה מגורשת, היה הגט מחצה למחצה וממחצה למחצה עד שיהיה קרוב לה הרי זו ספק מגורשת, היה קרוב לה כדי שתשוח ותטלנו הרי זה פסול עד שיגיע הגט לידה ואחר כך תנשא בו לכתחלה עכ"ל. ומשמע מזה דכדי להתגרש מדאורייתא בעינן שהגט תגיע קרוב לה עד שתשוח ותטלנו וכשיטת שמואל ולא סגי בהיא יכולה לשומרו כמו בדין קידושין. אבל הרמב"ם המשיך, וז"ל כיצד הוא קרוב לו היה הוא יכול לשמרו והיא אינה יכולה לשמרו זה הוא קרוב לו, שניהם יכולין לשמרו או שניהם אין יכולין לשמרו זה הוא מחצה למחצה, בא הוא תחלה ועמד ואחר כך עמדה היא כנגדו וזרקו לה אם היה הגט בתוך ארבע אמות שלו אינה מגורשת אע"פ שאם תשוח תטלנו, עמדה היא תחלה ובא הוא ועמד כנגדה וזרקו לה אע"פ שהוא מחצה למחצה הואיל והוא בתוך ארבע אמות שלה הרי זה פסול עד שיגיע הגט לידה עכ"ל. הרמב"ם כתב דאם שניהם יכולים לשומרו אזי היא ספק מגורשת. ומשמע דאם רק היא יכולה לשומרו אזי היא ודאי מגורשת, כמו שיטת רבי יוחנן וכמו דמצינו לגבי קידושין.

ונחלקו המפרשים בדעת הרמב"ם בנוגע לקבלת הגט. דהרשב"א (הובא במגיד משנה שם) השווה בדעת הרמב"ם בין קידושין לבין גיטין ונקט דבאמת אם הבעל זרק גט לאשה במקום דהיא יכולה לשומרו ולא הוא דהיא מגורשת גמורה. וזה דהרמב"ם הזכיר עד

[435] לכאורה זה כמו ביאור התוס' רי"ד בגמ' שם דדיני קבלת הגט חלוקין מדיני קנין מדאורייתא. אבל רוב הראשונים ס"ל דהגירושין היכא דהיא יכולה לשומרו חל מתקנת חכמים. למשל, עיי"ש ברמב"ן (עח. ד"ה ארבע אמות) דהוא מדין אפקעינהו.

שתשוח ותטלנו קאי רק היכא דהגט נמצא בתוך ד' אמות דהבעל, דאזי היא מגורשת מדאורייתא רק בשיעור דעד שתשוח ותטלנו, ומדרבנן בעינן עד שהגט תגיע לידה. אבל המגיד משנה חלק עליו, דהרי הרמב"ם לא הזכיר כלל דהיא מגורשת אם יכולה לשמור הגט. והמגיד משנה נקט דלגבי גירושין הרמב"ם פסק דאפי' אם היא יכולה לשומרו והוא אינו יכול לשומרו, זה עדיין הוי בגדר דמחצה על מחצה והיא רק ספק מגורשת עד השיעור דכדי דתשוח ותטלנו. ונמצא דלפי הרשב"א אין חילוק בין דיני תפיסה בקבלת קידושין לבין דיני תפיסה בקבלת הגט מדאורייתא. אבל לפי המגיד משנה יש חילוק מדאורייתא בין הדינים, דלגבי קידושין היא מקודשת לגמרי אם המקדש זרק כסף הקידושין למקום דרק היא יכולה לשומרו, אבל לגבי גירושין היא רק מגורשת מדאורייתא בשיעור דעד שתשוח ותטלנו. וצ"ב ביסוד ההבדל בין דין תפיסה לגבי קידושין לבין דין תפיסה לגבי גירושין.[436]

ונראה לבאר דדין זה נלמד מהגזה"כ ד"ונתן בידה". דמכיון דליכא לגזה"כ הזה בנוגע לקידושין, סגי בדין תפיסה דחל כשהיא יכולה לשומרו. מאידך, בגיטין דחל בו הדין ד"ונתן בידה", בעינן דהיא תוכל לתפוס בגט בפועל, דהיינו עד שתשוח ותטלנו. ונמצא דב' הדינין דחלות תפיסה חלוקין הן בקידושין וכבגירושין מפאת הגזה"כ ד"ונתן בידה".

ד

עוד בדיני תפיסה וקנין

הבאנו לעיל שיטת רב (גיטין עח.) דפירש את המשנה דאם הגט קרוב לה היא מגורשת, דאייריבד' אמות שלה. והקשו הראשונים על שיטת רב מהגמ' בב"מ (י:) דקנין ד' אמות קונה רק בסימטא ובצידי רה"ר אבל לא ברה"ר עצמו, וז"ל רב ששת אמר כי תקינו רבנן בסמטא דלא דחקי רבים, ברשות הרבים דקא דחקי רבים לא תקינו רבנן עכ"ל. וא"כ מכיון דהמשנה איירי דהיא עומדת ברה"ר, צ"ע היאך היא זוכה בגט ע"י קנין ד' אמות.

והתוס' (גיטין עח: ד"ה רבי יוחנן) תירצו בב' אופנים, וז"ל וי"ל דהתם באין יכול לשומרו והכא ביכולה לשומרו א"נ י"ל דהכא לאו דוקא נקט רה"ר אלא בסמטא או בצדי רה"ר עכ"ל. לפי התירוץ השני דהתוס' אין דין ד' אמות ברה"ר בכלל וגם הסוגיא בגיטין איירי במקום דקנין ד' אמות מועיל. אבל מהתירוץ הראשון של התוס' יוצא דיש ב' דינים בד' אמות: א) ד' אמות בתורת קנין, דהיינו דחז"ל הקנו לאדם ד' אמות כדי לקנות בהם חפצים, ב) ד' אמות מדין תפיסה, דדבר שנמצא אצלו נחשב כאילו הוא תופס בו. והתוס' חידשו דד' אמות מדין קנין אינו שייך ברה"ר כי חז"ל לא הקנו לאדם ד' אמות במקום

[436] ועיין בר"ן (מ: בדפי הרי"ף) דפירש הרמב"ם כמו המ"מ, וביאר דהכל הוי תקנות דרבנן, עיי"ש בדבריו.

דרבים. אבל הדין תפיסה שייך אפי' ברה"ר, אבל בתנאי דהוא יכול לשומרו דאז יש לו תפיסה בהחפצא. אבל אם אינו יכול לשומרו, א"א לומר דיש כאן דין תפיסה והד' אמות רק קונים בסימטא או בצידי רה"ר מדין קנין.

ועיין ברמב"ם (פרק ה מהלכות גירושין הלי"ג-הלט"ו) דהבאנו לעיל דפסק דד' אמות קונות בגט אפי' ברה"ר, אבל היא רק מגורשת גמורה אם הוא אינו בתוך ד' אמות דהגט. אמנם אם הגט גם נמצא בד' אמות שלו, תלוי מי הגיע ראשון - אם הוא הגיע ראשון אזי היא אינה מגורשת בכלל, ואם היא הגיעה ראשון אזי מדאורייתא היא מגורשת אבל חז"ל החמירו עד שיגיע הגט לידה. וצ"ע בגדר הדין דרבנן להחמיר בקנין ד' אמות שלה אפי' אם היא הגיעה ראשון, למה כשהוא גם כן נכנס למקום ד' אמות מפקיע הוא את קנינה והיא צריכה לתפוס את הגט בידה.[437]

ונראה לבאר ע"פ ב' הדינים בד' אמות. דהיינו, דכל ההלכה ברמב"ם בהלכות גירושין איירי כשעומדת ברה"ר, ובדיני ממונות פסק הרמב"ם (פרק ד מהלכות זכייה ומתנה הל"ט) דאין קונין בד' אמות ברה"ר. ונמצא דהדין דד' אמות בגט הוי חידוש דין מיוחד דחל מדיני תפיסה ולא מדיני קנין. ולגבי ההלכה החדשה הזאת יש נ"מ בזה דהוא נכנס לתוך ד' אמות שלה. דבד' אמות דחל מדין קנין, הד' אמות נקנות לזה דנכנס ראשון ולכן לא קפדינן אפי' מדרבנן אם הוא נכנס אח"כ לתוך ד' אמות שלה. אבל בד' אמות ברה"ר דחל מדין תפיסה, אזי חז"ל תיקנו דאין אומרין דהיא תופסת בגט אם גם הבעל עומד בתוך ד' האמות שלה ולכן בעינן עד שתגיע הגט לידה.

גמ. התקדשי לי בככר, תנהו לכלב אינה מקודשת.

הבאנו לעיל (דף ח: ד"ה ת"ר התקדשו לי במנה, אות ג') דפליגי הרמב"ן והרשב"א האם דין ערב חל רק כשהמקבל הוי בר דעת או דהוא חל ע"י הפסד דמלוה. ואזלי לשיטתייהו בביאור החסרון ב"תנהו לכלב". דהרשב"א (ד"ה ומסתברא) ביאר דאין כאן דין ערב כלל כי אין המקבל בר דעת, ולכן היא אינה מקדושת. ומאידך, הרמב"ן (ד"ה היתה סלע) דנקט דערבות חל ע"י הפסד דמלוה ביאר דיש כאן חסרון באומדן דעת האשה לקידושין כי היא רק אמרה "תנהו לכלב" ולא אמרה "ואתקדש לך". אבל אם באמת אמרה "תנהו לכלב ואתקדש לך" אז הקידושין חלין מדין ערב.

[437] יש להטעים את קושיית רבינו זצ"ל דבנוגע לקנין מציאה בד' אמות, המציאה נקנית לזה דהגיע למקום ראשון. ורק אומרים דשניהם קונין את המציאה אם הגיעו ממש בבת אחת (עיין בחו"מ סימן רסח סעיף ב' ברמ"א ובנתיבות שם).

גמ'. בעי רב מרי כלב רץ אחריה מהו, בההוא הנאה דקא מצלה נפשה מיניה וכו' תיקו התקדשי לי בככר, תנהו לעני אינה מקודשת, אפילו עני הסמוך עלה מאי טעמא, אמרה ליה כי היכי דמחייבנא ביה אנא, הכי מחייבת ביה את.

רהיטת לשון הגמ' משמע דהספק דרב מרי תלוי באומדנא בדעת האשה, האם היא גמרה ומקניא נפשה, או"ד מכיון דהוא חייב להצילה היא אינה מקנה את עצמה לו. ולפי זה מובן למה במקרה הבא דתנהו לעני דהיא אינה מקודשת כלל ואין אפי' ספק קידושין. דהרי האשה המתקדשת לא נהנית בגופה מהככר דהוא נתן לעני, ולכן יש אומדנא דמוכח דהיא לא הקנה נפשה לו. ורק היכא דהיא נהנית מהככר בזה דהכלב אינו שוב רץ אחריה ולכן היא מקודשת מספק.

אבל לפי הרמב"ן דיש דין ערב ע"י הפסד המלוה לבד, נראה לבאר את האיבעיא בכלב רץ אחריה כספק בהלכות ערב. דרב ביבי נסתפק האם הדין דערב דחל ע"י הפסד דמלוה קיים בכל מקרה דהמלוה הפסיד ממונו בגלל הערב, או"ד הפסד דמלוה גורם לדין ערב רק היכא דהמלוה לא היה מפסיד ממונו בלי הערב. אבל אם בלאו הערב המלוה היה בכל מקרה מפסיד את הממון אזי אין ההפסד הזה גורם להתחייבות דערב. וי"ל דבזה תלוי הספק דרב מרי. דמצד אחד המקדש הפסיד ממונו בגלל האשה ואולי בזה היא מקודשת מדין ערב, אבל מצד שני "מדאורייתא חיובי מחייבת לאצולן" ולכן בלאו בקשת האשה לתת את הככר לכלב הוא היה חייב להפסיד הממון ולכן אולי הדין דערב אינו חל.

אבל אם זה ביאור הספק לגבי כלב רץ אחריה, אזי צ"ע בשלב הבא שבגמ', דלמה פשיטא לגמ' דהיא אינה מקודשת היכא דהאשה אומרת למקדש לתת את הכסף קידושין לעני כצדקה.[438] הלה לכאורה גם שם יש אותו ספק, דהיינו אם הדין דערב חל כל היכא דהוא מפסיד ממון על פיה, או"ד רק אם בלאו הכי הוא לא היה חייב להוציא הממון.

ונראה לחלק בין המקרים לגבי האם יש חיוב על האשה לשלם דמי הככר בחזרה למקדש. דהרי בכלב רץ אחריה, אע"פ דהוא היה חייב להוציא ממון כדי להצילה משום מצות הצלה, אחר כך הוא יכול לתבוע את הממון ממנה. וכן איתא בב"ק (קטז.) דמי שברח מבית האסורים והיתה מעבורת לפניו ואמר לו טול דינר והעבירני, דהבורח חייב לשלם לו דמי שכרו. ומוכח מזה דאע"פ דבעל הספינה היה מחוייב להצילו, מכיון דהניצול ביקש ממנו להעבירו בספינה, בעל הספינה יכול לתבוע את שכר פעולתו מהניצול. וכמו"כ י"ל בסוגיא דידן, מכיון דהאשה ביקשה מהמקדש לתת הככר לכלב,

[438] וכן הקשה בר"ן (ד: בדפי הרי"ף ד"ה כלב הרץ אחריה).

היא חייבת לו את הממון. וא"כ מובן למה יש צד לומר דהיא מקודשת מדין ערב. די"ל דבאמת פשיטא לגמ' דהפסד דהמקדש מחמת מצוה דאינו קשורה לאשה אינו יכול להחיל קידושין מדין ערב. אלא דבכלב יש צד לומר דאע"פ דהמקדש היה חייב להוציא את הממון אפי' בלי בקשת האשה כדי להצילה, עדיין אמרינן שהפסיד ממון דוקא מחמתה, דהרי המקדש היה יכול לתבוע ממנה את הממון דהוא הוציא והפסיד בעדה, אלא שהוא החליט שלא לתבוע ממנה את הממון ולקדש בההפסד. ובכן הפסיד ממון מחמתה כי בלי הקידושין היא היתה משלמת עבור ההפסד, ויש להסתפק איפוא אם היא מקודשת מדין ערב או לא.[439]

מאידך בציור דנתינת צדקה לעני פשוט דהמקדש אינו יכול לתבוע את הכסף מהאשה. דאע"פ דהאשה ביקשה ממנו לתת הככר לעני והוא נתן על פיה, מכיון דהיא לא נהנית בגופה היא אינה חייבת לשלם לו את הככר. ולכן המקדש לא הפסיד ממון כלל בגללה מכיון דבלאו הכי הוא אינו יכול לתבוע הממון ממנה, ואין כאן דין ערב אפי' לפי הרמב"ן. ונראה דהחילוק הזה מדוייק בלשון הגמ'. דלגבי כלב רק אחריה הגמ' אומרת דאולי הקידושין חלין כי "בההוא הנאה דקא מצלה נפשה מיניה" דהיינו דהיא בעצמה נהנית וניצלת ממנו. אבל בהיכי תמצא דככר לעני היא לא נהנית בגופה ממנו ולכן הוא אינו יכול לתבוע ממנה את הממון שהפסיד.

ונמצא דמי שמוציא ממון להציל אחר רק יכול לתבוע הכסף בשני תנאים: א) הניצול ביקש ממנו לעשות המעשה הצלה ב) מי שביקש ממנו לעשות את המעשה הוא בעצמו נהנה מהמעשה ולא אדם אחר.

גמ'. ההוא גברא דהוה קא מזבין חומרי פתכייתא וכו' איבעיא להו הב אשקי ושדי, מהו וכו' והלכתא אינה מקודשת.

מסקנת הגמ' דהיא אינה מקדושת בין אם אמרה הבה מיהבה בין אם אמרה רק הב. ויש לעיין אם הוו בעצם דין אחד עם אותו חסרון, או"ד דהוו ב' דינים שונים. ועיין בר"ן (ה. בדפי הרי"ף ד"ה תגא דמלכא) דכתב וז"ל ואיכא מ"ד דטעמא דאינה מקודשת משום דאדבורה קמא קא סמכא דקאמרה ליה מעיקרא הב שלא לשם קידושין אבל אי אמר לה איהו מעיקרא אי יהיבנא מיקדשת לי ואמרה הבה אי נמי הבה מיהבא כדאמר איהו קאמרה ומקודשת עכ"ל. לפי המ"ד הזה דמובא בהר"ן, כל החסרון בגמ'

[439] החילוק בין היכא דהמציל עשה את המעשה ההצלה בעצמו לבין היכא דהניצול אמר לו לעשות המעשה נמצא בריטב"א (ד"ה כלב) וז"ל והכי מוכח בפרק הגוזל (ב"ק קטו:) דכי עבד מנפשיה אינו משתלם כלום, אבל הכא דעבד מדעתה שאמרה לו תנהו לכלב משתלם ממנה עכ"ל. ועיין במאירי (ד"ה היה) דהביא שתי דעות אם בדרך כלל המציל חבירו ע"י הוצאת ממון יכול לתובע הממון מהניצול או לא.

הוא משום דאדיבורה קמא קא סמכא, דהיינו דמתחילה היא ביקשה השוכא שלא לשם קידושין. אבל אם בתחילה הוא אמר לה התקדשי לי בשוכא ואז היא אמרה "הב" או "הבה מיהבה" הרי היא מקודשת. ומבואר דלפי הדעה הזאת בהר"ן דהטעם דהיא אינה מקודשת בשני המקרים הוא דאדיבורא קמא קא סמכא, ולכן היכא דהחסרון הזה אינו קיים כמו אם הוא דיבר תחילה אזי הקידושין חלין.

אבל יש לדייק דהתוס' חולקין על המ"ד המובא בהר"ן וחילקו בין הדינים. דהתוס' (ט. ד"ה הב אשקי ושדי אינה מקודשת) הקשו וז"ל וא"ת מי גרע מתן מעות לפלוני דמקודשת כ"ש כשאומרת תן לי וי"ל דשאני הכא דמעיקרא היתה שואלת שלא בתורת קידושין ומשום הכי איכא למימר כשאומרת הב אדעתא דמעיקרא קאמרה עכ"ל. התוס' העלו אותו החסרון דהר"ן, דהיינו דאדעתא דמעיקרא קאמרה, אבל כל התוס' קאי בדין השני דהגמ' היכא דאמרה רק הב אשקי ושדי. ומזה דהתוס' המתינו עד הדין השני ולא הקשו בכלל על הדין הראשון של "הבה מיהבה" משמע דשם לא בעינן הטעם דאדיבורא קמא סמכא, אלא דהיא אינה מקודשת מטעם יותר יסודי, דהיינו דכל הלשון דהבה מיהבה הוי שחוק בעלמא. וזה מדוייק בלשון דרב חמא "הבה מיהבה לאו כלום הוא". ולפי זה מסתבר לפי התוס' דאם הוא אמר לה בתחילה "התקדשי לי בשוכא" אזי יש לחלק בין אם היא אמרה "הב" או אמרה "הבה מיהבה". דאם היא אמרה "הב" היא מקודשת כמו שאמר הר"ן דהרי אין כאן דיבורא קמא שלא לשם קידושין. אבל אם היא אמרה "הבה מיהבה" אזי היא אינה מקודשת כי לשון כפול הוי שחוק בעלמא ואין כאן דעת לקידושין כלל.

דף ט.

תוד"ה והלכתא. בא"ד. מיהו קשיא אמאי לא קאמר בהדיא הלכתא כוותיה דרבה כדאמר הלכה כר' אלעזר והלכתא כרבא אמר רב נחמן.

ועיין במגיד משנה (פרק ז מהלכות אישות הלי"ח) דהרמב"ם תירץ את קושיית התוס' באופן אחר. שהרי כתב הרמב"ם, וז"ל אמר לה הרי את מקודשת לי בבגדים אלו שהן שוין חמשים דינרים והיו של משי וכיוצא בהן שהאשה מתאווה להן, אם היו שוין חמשים הרי זו מקודשת משעת לקיחה, ואינן צריכין שומה בשוק ואחר כך תהיה מקודשת כדי שתסמוך דעתה אלא הואיל והן שוין כמו שאמר לה הרי זו מקודשת משעה ראשונה, ואם אינן שוין אינה מקודשת עכ"ל. ונראה מדברי הרמב"ם דהפסק דלא בעינן שומא שייך רק בדבר כמו שיראי דהאשה מתאווה להם, אבל כל דבר אחר צריך שומא. ומקור

דברי הרמב"ם הוא מלשון הגמ' כאן דפסק "הלכתא שיראי לא צריכי שומא" ולא סתם ד"הלכתא כרבה".

בא"ד. ואומר ר"ת דאתא לאשמועינן דדוקא שיראי הוא דלא צריכי שומא וכו' ולפיכך נהגו העולם לקדש בטבעת שאין בה אבן.

הגר"מ זצ"ל ומרן הגר"ח זצ"ל לא הקפידו כ"כ בחומרת ר"ת. דהרי ר"ת הויא דעה יחידאה בראשונים ורוב הראשונים חולקים עליו. וגם כשרב יוסף אומר (ז:) וז"ל צריכי שומא כיון דאיתתא לא בקיאה בשומא לא סמכא דעתה עכ"ל, אין הכוונה דבעינן דהיא עצמה עכשיו תדע השומא כדי שתהא סמיכות דעת. אלא סגי אם יש בקיאים דידעו השומא מיד והיא יכולה לשאול אותם על ערך השיראי. וא"כ, בזה"ז דיש בקיאים בערך אבנים טובות, אפי' אם האשה עצמה אינה יודעת את ערך האבן היא יכולה לשאול אותם ומיד לידע על שווי האבן ולכן אפי' לפי ר"ת אין חסרון דסמיכות דעת.

גמ'. ת"ר בשטר כיצד, כתב לו על הנייר או על החרס אע"פ שאין בו שו"פ וכו'.

עיין ברמ"א (סימן לב סעיף ד) דהביא ב' דעות בדין כתב שטר קידושין על איסורי הנאה וז"ל כתבו על דבר המחובר לקרקע או על איסורי הנאה, י"א שהוא פסול (המ"מ פ"ג דאישות), ויש מכשירים (הרשב"א סי' תר"ג) עכ"ל. ונראה לבאר דהמחלוקת תלויה בב' נקודות: א) לפי הדעות דאין זכייה באיסוה"נ י"ל דנחלקו האם בעינן שהאשה תזכה בשטר הקידושין או"ד בעינן רק שהיא תתפוס השטר אפי' בלי קנין,[440] ב) אפי' אם נאמר דלכו"ע בעינן שהיא תקנה השטר, י"ל דנחלקו האם יש זכייה באיסוה"נ.[441]

גמ'. ואמר רבא אמר רב נחמן כתב לו על הנייר או על החרס אע"פ שאין בו שוה פרוטה בתך מקודשת לי, בתך מאורסת לי, בתך לי לאינתו, בין ע"י אביה בין ע"י עצמה מקודשת, מדעתו והוא שלא בגרה.

נחלקו הראשונים בדינא דרב נחמן דבת יכולה לקבל שטר קידושין ע"י עצמה, האם איירי רק בנערה או גם בקטנה. דעיין בר"ן (ה. בדפי הרי"ף ד"ה וכתב הרמב"ן) דהביא שיטת הרמב"ן דגם קטנה יכולה לקבל שטר קידושין מדעת אביה וזה דומה לדינא דרב נחמן (יט.), וז"ל אומר אדם לבתו קטנה צאי וקבלי קידושיך עכ"ל, ואע"פ דקטנה לאו בת שליחות היא מ"מ כשהאב אמר לה צאי וקבלי קידושיך הקידושין חלין, וז"ל דנהי דלית לה שליחות הוה ליה כאילו אמר האב כל המקדש בתי מקודשת לו כאילו נתן לי ממון שהרי אמרו תנם לפלוני שיקבלם לי מקודשת וכן נמי תנהו לכלב שלי מקודשת עכ"ל.

[440] בדומה למחלוקת בין קצוה"ח והגר"ח זצ"ל לגבי גט – עיין בשיעורים לעיל (ו. ד"ה בענין נתינת הגט בתורת גירושין).

[441] עיין בזה בקצוה"ח (סימן תו סק"ב).

והר"ן עצמו חולק על הרמב"ן ונקט דצאי וקבלי קידושיך מהני רק בקידושי כסף כי האב נהנה בזה דבתו קיבלה את הכסף, אבל הנאה אינה מעלה ואינה מורידה לגבי שטר, וז"ל [ואיכא למימר] בכסף למדנו אבל בשטר לא למדנו דבשלמא בכסף לא גרעה בת מכלב דקי"ל תנהו לכלב שלי מקודשת משום דאכילת כלב הנאה הוא לדידה הכא נמי קבלת הבת כסף קדושיה הנאה הוא לדידיה אבל גבי קידושי שטר דלאו מתורת הנאה הוא גבי קטנה דאין לה יד לא למדנו עכ"ל. ולכן הסיק הר"ן דבת קטנה אינה יכולה לקבל שטר קידושין בעד אביה, והדין בגמ' דקידושי שטר ע"י עצמה חל רק לגבי נערה דמקבלת את שטר הקידושין כשליח של האב.

ונראה לבאר דהרמב"ן והר"ן נחלקו בביאור הגר"ח זצ"ל בדין צאי וקבלי קידושיך. דהגר"ח זצ"ל חידש דמהדין דצאי וקבלי קידושיך משמע דיש לקטנה יד לעשות מעשה קידושין.[442] והא דאמרינן קטנה אינה בת קבלת קידושין הוא רק משום שאין לה דעת לקידושין. ולכן כשהאב אומר לבתו קטנה צאי וקבלי קידושיך, מעשה הקידושין נעשה ע"י הבת אך דעת הקידושין הויא דעת האב, וזה מועיל להחיל חלות קידושין. ונראה דהרמב"ן נקט כמו הגר"ח זצ"ל דיש לקטנה יד לעשות מעשה קידושין, ולכן יש לה יד לקבל גם את שטר הקידושין כמו דיש לה יד לקבל את כסף הקידושין.[443] אבל הר"ן חולק על יסוד הגר"ח זצ"ל ונקט דאין לבת קטנה יד לפעול אפי' מעשה קידושין, ולכן הר"ן ביאר את הדין דצאי וקבלי קידושיך ע"פ ההנאה דמגיע להאב בזה דבתו מקבלת את הכסף. וא"כ כל הדין דצאי וקבלי קידושין חל רק בקידושי כסף ולא בקידושי שטר.

ועיין עוד שם בר"ן דנחלקו הרמב"ן והר"ן אף לגבי לשון שטר הקידושין היכא דיהיב לה את השטר. דהרי בגמ' מבואר דלשון "הרי בתך מקודשת לי" מהני. והרמב"ן נקט דהיכא דהמקדש נותן לה את השטר מדעת אביה, דגם הלשון ד"הרי את מקודשת לי" מהני בין בנערה ובין בקטנה. ומאידך הר"ן חולק עליו וסובר דבקידושי שטר כל היכא דהיא לא בגרה לשון השטר צ"ל "הרי בתך מקודשת לי" וכלשון הגמ'. והר"ן ביאר וז"ל אבל בקידושי שטר כיון שהשטר הוא שקונה צריך שלשון השטר ידבר עם מי שהוא מקבל הקדושין עכ"ל. ונראה שהמחלוקת השניה דומה למחלוקת הראשונה לגבי נתינת שטר קידושין לקטנה עצמה. דלפי הרמב"ן, מכיון דכשקטנה או נערה מקבלת את הקידושין

[442] לכאורה שיטת הגר"ח זצ"ל בזה רמוזה בדבריו (פרק ד הלכות יבום וחליצה הלט"ז) וז"ל דאומר אדם לבתו קטנה צאי וקבלי קידושיך, דגם שם לא מהניא דעתה רק למעשה הקידושין, ועיקר הקידושין הם מדעת האב עכ"ל. וע"ע בתוס' (יט. ד"ה אומר) דס"ל דיש לקטנה יד לקבל קידושין, ובשיעורים לקמן (יט. ד"ה אמר רבא אמר רב נחמן אומר אדם לבתו קטנה צאי וקבלי קידושיך, אות א)

[443] אך קשה מהרמב"ן דמדמה צאי וקבלי קידושיך לתנהו לכלב שלי שמקודשת שא"א לומר שלכלב יש יד לקידושין ופשיטא דכלב אינו מועיל לשטר וצ"ע.

היא עושה את מעשה הקידושין והאב מהווה רק את הדעת דקידושין, אפשר לכתוב השטר לאחד משניהם. אבל הר"ן נקט דקטנה אינה יכולה לקבל קידושי שטר כלל, וגם בנערה האב הוא דעושה את מעשה הקידושין ולכן סיפור הדברים צ"ל אך ורק אל האב. **אמנם** יתכן לומר דכו"ע לא פליגי דע"פ דין דגם מעשה הקידושין נעשית ע"י האב ואפי' כשנותן את השטר לקטנה, ואעפ"כ לפי הרמב"ן אפשר לכתוב הרי את מקודשת לי. דהרי יתכן דהרמב"ן נקט דנוסח שטר הקידושין יכול להתייחס לאחד מב' אנשים: א) לדעת המקנה, ב) למי שהחלות שייכת לו. ומכיון דחלות הקידושין סוף כל סוף חלה עליה, אפי' אם היא אינה משתתפת במעשה הקידושין ע"פ דין, לשון השטר אפשר להיות גם עליה. אבל זה רק אם הוא נותן את השטר לבת הקטנה עצמה. אמנם אם נתן את השטר אל האב, אזי אפי' להרמב"ן לשון ד"הרי את מקודשת לי" אינו מהני, מכיון דהאב הוא דמקבל את השטר והלשון אינו שייך לו כלל, ולכן הוא אינו יכול לקבל את השטר ולהיות בעל השטר והקידושין אינן חלין.

ועוד נחלקו הרמב"ן והר"ן לגבי נוסח האמירה כשהמקדש נותן את השטר או את כסף הקידושין לקטנה או לנערה מדעת אביה. דהר"ן הביא את דברי הרמב"ן, וז"ל וכן מה שכתב ז"ל דבתך מקודשת לי בע"י עצמה לאו דוקא דודאי כי יהיב לה לדידה בין בתורת שליחות דאב בין שנתן לה רשות לקבל קידושין אי אמר לה הרי את מהני וגמר לה להא מילתא מקידושי כסף וכו' עכ"ל. כלומר, דהרמב"ן נקט דמי דמקדש את הבת ונותן את הכסף לבת יכול לומר לה או "הרי את מקודשת לי" או "הרי בתך מקודשת לי". אבל הר"ן עצמו חולק על זה וסבור דנוסח האמירה צריך להתייחס דוקא למי דמקבל את הכסף או את השטר, וז"ל לפי שהכסף הוא שקונה ואמירה אינה צריכה אלא לגלות שנתינה זו לשם קידושין היה ולפיכך כשלא בגרה ומקבלת קידושין מכח אביה בדין הוא שיאמר לה הרי את ואין צריך שידבר עם אביה אף על פי שהוא מקדשה, כשם שהנותן גט לשליח קבלה בשעה שנותנו לידו אינו מדבר עם האשה אלא לשליח אומר התקבל גט זה לפלונית ובקדושי כסף נמי בדין הוא שיאמר הרי את מקודשת לי כלומר קבלי קידושין הללו לעצמך עכ"ל. ומבואר מסוף דברי הר"ן דנקט דכשהמקדש נותן את הכסף אל הבת האמירה שלו צריך להתייחס אליה. ונמצא דנחלקו הרמב"ן והר"ן בנוסח האמירה היכא דהמקדש נותן את הכסף אל הבת - דלפי הרמב"ן הוא יכול לדבר או על האב או אל הבת, ולפי הר"ן בדין הוא דהוא צריך לדבר רק עם הבת. וצ"ב במאי פליגי.

ונראה לבאר, דהרמב"ן הולך לשיטתו לפי הביאור שכתבנו לעיל. דהיינו, דכמו דנוסח השטר יכול להתייחס או לדעת המקנה (האב) או למי דעושה מעשה הקידושין (הבת),

הו"ה לגבי האמירה. אבל הר"ן נקט דאע"פ דנוסח השטר תמיד מתייחס אל האב ולא אל הבת, לשון האמירה צריך להתייחס למי דמשתתף במעשה הקידושין. דהרי לפי דעתו, האמירה אינה חלק של הקנין עצמו אלא היא מחילה למעשה נתינת הכסף חלות שם תורת קידושין.[444] ולכן אם הבת מקבלת את הכסף, האמירה צריכה להתייחס אליה בדוקא.

והר"ן שם המשיך וכתב דגם בגט המגרש צריך לכתוב "הרי בתך מגורשת ממני" ולא "הרי את מגורשת ממני", וז"ל ולפי זה אף בקטנה המתגרשת על ידי אביה צריך לכתוב בגט בתך פלונית זהו מה שאני חוכך בזה להחמיר עכ"ל. וזה צע"ג דהרי לגבי קידושין אפשר לומר כדלעיל דאין לקטנה מעשה קידושין והכל נעשית ע"י האב. אבל לגבי גט, הכל נעשית ע"י המגרש ולא בעינן דעת ומעשה גירושין מהאב כלל. ומכיון דסוף כל סוף היא המתגרשת, מסתבר דלשון הגט צ"ל "הרי את מגורשת ממני",[446] וצ"ע.[445]

גמ'. דבעי ר"ל שטר אירוסין שכתבו שלא לשמה מהו, הויה ליציאה מקשינן מה יציאה בעינן לשמה אף הויה נמי בעינן לשמה, או דלמא הויות להדדי מקשינן מה הויה דכסף לא בעינן לשמה, אף הויה דשטר לא בעינן לשמה.

לכאורה קשה להבין את הצד השני של ריש לקיש דלומדים מהויה דכסף דלא צריך לשמה בשטר קידושין. דלכאורה אין דנין אפשר משאי אפשר ובכסף קידושין אין אפשרות כלל שיהיה לשמה.[447] ונראה לבאר דהספק דריש לקיש הוא לאיזה חלות דין שטר יש להשוות שטר אירוסין. דמצד אחד יש להשוות שטר קידושין לשטר גירושין כי מקשינן הויה ליציאה, אולם מצד שני יש להשוות שטר קידושין לשטר קנין דעלמא דלא צריך לשמה. והא דהויות להדדי מקשינן, פירושו דכמו דהויה דכסף הוי קנין כמו"כ שטר קידושין נידון כשטר קנין ולא בעי לשמה. ואז ר"ל הסיק דהויה ליציאה מקשינן וצריך לשמה בשטר קידושין.

---

[444] וע"ע בזה בשיעורים לעיל (ה: בענין ידות).

[445] ועיין בזה בשו"ת מהרלב"ח (סימן נה) דבתחילה ביאר שיטת הר"ן על פי היקש הויה ליציאה אבל בסוף דחה שיטת הר"ן מטעם רבינו זצ"ל וז"ל והטענה שהבאתי דאיתקש הויה ליציאה. נלע"ד דאינה ראיה כלל. ויש לחלק דבשלמא גבי קדושין דבעי שיהיו לדעתה ובקטנ' או נערה הם לדעת אביה צרי' שלשון השטר יהבר עם האב עצמו דבו ובדעתו הדבר תלוי. וצריך שיוכיח לשון השטר שהאב הו' המקנה אותה לבעל כיון שהיא מתקדשת בשטר ההוא. ולא די בקבלתו השטר לבד אמנם בגרושין שהם בע"כ ובבעל הכל תלוי אף על פי שקבלת הגט אי אפשר כי אם על ידי האב. אינו צריך שלשון הגט יוכיח על זה כלל. ודי בקבלת האב הגט עכ"ל. ועיין לקמן בשיעורים (מג: שם) דרבינו זצ"ל ביאר דלפי הרמב"ן שם דאפי' נערה רק מקבלת גיטה בתורת שליח דהאב, מסתבר דהלשון צ"ל "הרי בתך מגורשת ממני".

[446] ועיין בשיעורים לקמן (מג: ד"ה תנן התם אות א') דרבינו זצ"ל ציין דיש ב' דעות בשו"ע (אה"ע סדר הגט סעיף צו) האם לשון הגט מתייחס אל האב או אל הבת.

[447] ויש להעיר דבגמ' נדה (לז:) נחלקו האמוראים בדעת רבי עיקבא האם דנין אפשר משאי אפשר בהיקש.

גמ'. בעי ר' שמעון בן לקיש שטר אירוסין שכתבו שלא לשמה מהו וכו' בתר דבעיא הדר פשטה הוייה ליציאה מקשינן דאמר קרא ויצאה והיתה.

לגבי גט יש ג' דינים דלשמה – לשם האיש המגרש, לשם האשה המתגרשת, ולשם גירושין. וכל זה מבואר במשנה ריש פרק ג' דגיטין. ועל פי פשטות, מכיון דהדין לשמה דשטר קידושין נלמד מהדין לשמה בגט, גם בשטר קידושין בעינן לשם האיש המקדש, לשם האשה המתקדשת ולשם קידושין.[448] אמנם עיין בלשון הרמב"ם (פרק ג מהלכות אישות הל"ד) שכתב וז"ל וצריך שיכתוב אותו לשם האשה המתקדשת כגט, ואינו כותבו אלא מדעתה, כתבו שלא לשמה או לשמה ושלא מדעתה אע"פ שנתנו לה מדעתה בפני עדים אינה מקודשת עכ"ל. ומתחילת לשון הרמב"ם "שיכתוב אותו לשם האשה המתקדשת" משמע דרק בעינן לשם האשה ולא לשם האיש או לשם קידושין. אבל מזה שהרמב"ם הוסיף "כגט" משמע דבעינן כל ג' הדינין דיש בהלכות גיטין, וא"כ יש סתירה מיניה וביה בדברי הרמב"ם, וצ"ע.[449]

ואם ננקוט דלפי הרמב"ם בשטר קידושין צריך לשמה לשם קידושין ולשם האשה אבל לא צריך לשם האיש אזי צ"ב מהי הסברא לחלק בין שטר גירושין דצריך לשם האיש לבין שטר קידושין דלא צריך לשם האיש, דהרי לשמה בקידושין נלמד מלשמה בגט. ונראה לבאר דבעצם יש רק ב' דיני לשמה בגירושין – לשם גירושין ולשם האשה. דהיינו בעצם אין דין לשמה של לשם האיש בגט, דהרי התורה אמרה רק וכתב לה לשמה. אלא דבגט הדין דלשם האיש הוי חלק מלשם גירושין, דהרי הגט הוי ספר מקנה דמחיל חלות קנין ומסתבר דלשם גירושין כולל בתוכו לשם הדעת מקנה, ובגט רק האיש הוי הדעת מקנה ולא האשה. מאידך בשטר קידושין האשה הוי הדעת מקנה ולכן אפשר לקיים שני הדינים דלשמה – לשם קידושין ולשם האשה – בלי כוונה מיוחדת לשם האיש.

ומסתבר לומר כנ"ל - דלשם האיש בגירושין הוי דין בדעת מקנה דשטר קנין. דהרי רואים דהאיש יכול לבטל את הלשמה דבגט אחרי הכתיבה. ולכאורה הביאור הוא דחלות לשמה בגט הוי בתורת שטר קנין ולכן עד דהקנין חל הדעת מקנה יכול לבטל את הגט. לעומת זה, בס"ת הסופר אינו יכול לבטל את חלות הלשמה אחרי הכתיבה דהרי בס"ת יש רק דין דצריך לשמה במעשה הכתיבה דמחיל חלות מסוים בחפצא אבל מהרגע דחלות לשמה חלה בס"ת אין לסופר כח על החלות לשמה.

[448] עיין בלשון המאירי (ד"ה וכל) וז"ל וכל דינין האמורים בענין לשמה בגט אנו דנין כן בקדושין עכ"ל.

[449] ועיין בשו"ת שבט הלוי (חלק ו סימן רט) דהביא מח' אחרונים בביאור שיטת הרמב"ם אם בעינן לשם המקדש בשטר קידושין.

דף ט:

גמ'. איתמר כתבו לשמה ושלא מדעתה, רבא ורבינא אמרי מקודשת, רב פפא ורב שרביא אמרי אינה מקודשת.

לכאורה מחלוקת האמוראים תלוי במי הוי בעל השטר דשטר קידושין. דלפי רבא ורבינא רק המקדש הוי בעל השטר ולכן לא בעינן דעתה, ורב פפא ורב שרביא סבורים דגם האשה הוי בעל השטר ולכן בעינן דעתה. אבל הגר"ח זצ"ל[450] ביאר דפשיטא דבשטרות יש רק בעל השטר אחד דדעתו עושה את השטר, ובשטר קידושין המקדש הוי בעל השטר. אלא דרב פפא ורב שרביא סבורים דבנוסף לדעת המקדש כדי לעשות השטר, גם בעינן דעת האשה לדין דלשמה. ואע"פ דלגבי גט לא בעינן דעתה כדי לכתוב את הגט לשם האשה, זהו רק משום דנתינת הגט נעשית בע"כ ולכן מובן דגם בכתיבת הגט לא בעינן דעתה כדי ליצור חלות הלשמה. אבל בקידושין דבעינן דעת האשה לגרום חלות הקידושין, מסתבר דגם בעינן דעתה בכתיבה כדי להחשב שנכתב לשם האשה.[451]

והגר"ח זצ"ל הוכיח כדבריו דחלוק דעת המקדש מדעת המתקדשת לגבי כתיבת שטר הקידושין, מדברי הרמב"ם (פרק ג מהלכות אישות הלי"ח) וז"ל ואם קידש בשטר אינו כותבו אלא מדעת האב או מדעת השליח עכ"ל. ומבואר מדבריו דכשאב מקדש בתו קטנה בעינן דעת האב או שלוחו בכתיבת שטר הקידושין. ועיי"ש במגיד משנה דהרמב"ן הקשה דהיאך שליח האב יכול להיות הדעת בכתיבת שטר הקידושין הרי לגבי גט זה הוי חסרון דמילי לא מימסרן לשליח, ואם הדין דדעת המתקדשת בשטר קידושין נלמד מגט למה דעת דשליח האב מהני. והגר"ח זצ"ל תירץ דאומר אמרו הויא חסרון רק בדעת של מי דעושה את חלות שם שטר ולכן הוא שייך לדעת הבעל בכתיבת הגט ולדעת המתחייב בשטר מתנה. ובשטר קידושין הפסול דאומר אמרו חל לגבי המקדש מכיון דדעתו עושה את השטר. אבל בדעת המתקדשת דרק נצרכת מדין לשמה ולא מדין החלת חלות שם שטר, אין חסרון דאומר אמרו ולכן דעת שליח האב סגי כדי ליצור דעת המתקדשת בכתיבת השטר. ולפי זה יוצא דהרמב"ן דנקט דיש חסרון באומר אמרו בדעת האשה בשטר קידושין, סבור דבעינן דעת האשה מדין בעל השטר ולא רק מצד הלשמה.

ויש עוד שיטה בנוגע לדעת האשה בשטר קידושין. דהרי בין לרמב"ם ובין לרמב"ן דעת האשה בשטר קידושין חל בשטר עצמו, או כבעלת השטר או בדיני לשמה. אבל עיין

[450] וכל זה איתא בחידושי הגר"ח על הרמב"ם (פרק ג מהלכות אישות הלי"ח).

[451] ולכאורה זה נגד דברי האבנ"מ (סימן לב סק"ד) דנקט דדעת האשה הויא דעת המתחייב דשטר דקידושין ולכן כו"ע מודים דבעינן דעתה בשעת עשיית השטר.

בבית שמואל (אה"ע סימן לח סק"ג) וז"ל והנה בש"ס י"ל הא דבעינן דעתה היינו לאפוקי דא"י לכתוב שטר קידושין קודם שתתרצה לקדש לו דבעינן דעת המקנה אבל אם מתרצה להתקדש אפילו שלא התנה אם לקדש בכסף או בשטר יכול לכתוב שטר בלא דעתה עכ"ל. ומשמע מדבריו דלא בעינן דעתה כלל לגבי כתיבת השטר, אלא דהבעל אינו יכול לכתוב את השטר עד שהיא תתרצה לקידושין עצמן. דבדרך כלל מוכר יכול לכתוב שטר הקנאה לפלוני אע"פ דהלוקח עדיין לא הסכים לקנין, וכשהוא יסכים לקנין אזי השטר כשר. אבל לפי הבית שמואל החידוש דדעת האשה בשטר קידושין הוא דרק ניתן לכתוב את השטר לאחר דהיא הסכימה להתקדש, אבל השטר עצמו ניתן להכתב בלי דעתה כלל.

והביאור בזה הוא דסתם שטר מכירה רק מעיד על זה דהבעלים רוצים להקנות הקרקע, דהיינו על דעת המקנה, אבל לא על דעת הקונה. אבל בשטר קידושין, אע"פ דהמקדש הוי בעל השטר, אעפ"כ השטר מעיד לא רק על דעתו לקדש אלא גם על דעתה להתקדש. כי מסברא האשה הוי המקנה והיא צריכה לכתוב השטר כמו שאמר ר' זירא בר ממל בתחילת הסוגיא (ט.), אלא דיש הילכתא גמירי לה או גזיה"כ דהמקדש כותב השטר אע"פ דהוא יותר דומה לקונה. אבל מכיון דבאמת האשה המתקדשת הוי המקנה, אפי' לאחר דהתורה חידשה דהמקדש הוי בעל השטר, עדיין בעינן שהשטר תעיד על דעתה ולכן כותבין את השטר רק לאחר שהסכימה להתקדש.

גמ' דאמר רב גידל אמר רב כמה אתה נותן לבנך כך וכך, לבתך כך וכך, עמדו וקדשו קנו, הן הן הדברים הנקנים באמירה.

א

התחייבות או קנין

מבואר בזה דאפשר להתחייב בגמירת דעת בלבד בלי מעשה קנין כל עוד דיש גמירת דעת מעליא. אמנם כבר ביארנו בשיעורים לעיל (ח: בענין משכון אין כאן בשיטת התוס'), דעל פי פשטות כל זה שייך רק ליצירת התחייבות, אבל כדי לגרום חלות קנין גמורה בחפצא בעינן מעשה קנין. דהרי בתורה עצמה כתובה "או קנה מיד עמיתך" וזה גזה"כ דתמיד בעינן מעשה קנין כדי ליצור בעלות גמורה. אבל עיין ברמב"ם (פרק ו מהלכות זכייה ומתנה הלי"ז) וז"ל כבר ביארנו בנשואין ששנים שהיה ביניהם שדוכין ופסק זה על ידי בנו וזה על ידי בתו ואמרו כמה אתה נותן לבנך כך וכך, וכמה אתה נותן לבתך כך וכך, ועמדו וקדשו קנו באמירה, ואין קונין באמירה זו עד שעת נשואין שכל הפוסק דעתו לכנוס, וצריכין שיהיו הדברים שהן פוסקין מצויין ברשותו, שאין אדם מקנה דבר שלא

בא לעולם כמו שביארנו, ודברים אלו לא ניתנו להכתב, לפיכך אינן כשטר עד שיטרוף בהן עכ"ל.

ויש לפרש את דברי הרמב"ם בשני אופנים.

א) מרהיטת לשון הרמב"ם משמע דהוא איירי בהקנאה גמורה ע"י האמירה. דהרי מבואר בדבריו דהן הן דברים הנקנין באמירה חלה על חפץ מסויים. ואחד מהחילוקים בין הקנאה לבין התחייבות הוא דהקנאה חלה על חפץ מסויים לעומת התחייבות דחלה על הגברא ועל כל נכסיו בשוה.[452] ויוצא מזה, דהרמב"ם נקט דהדין דהן הן דברים הנקנין באמירה הוי הקנאה גמורה ולא רק התחייבות, אע"פ דאין מעשה קנין. ומוכרח לומר דהרמב"ם סבור דלא בעינן מעשה קנין להקנאה. והביאור בזה הוא דהא דבעינן מעשה קנין בקנין דעלמא הוא רק כדי לגרום גמירת דעת מעליא, כמו דביארנו לעיל לגבי חליפין.

ב) באמת גם הרמב"ם מודה דבעינן מעשה קנין בחפצא להחיל הקנאה גמורה, וא"כ מוכרח לומר דכאן הרמב"ם איירי רק בהתחייבות מדעת. ולפי"ז יוצא חידוש גדול בדיני התחייבות, דהיינו דאע"פ דבדרך כלל התחייבות הוי סכום מסויים דממון דחלה על כל נכסי המתחייב ולא על חפצא בעין, לפי הרמב"ם יש מושג של התחייבות לתת חפצא מסויים, והוא חידוש.[453]

ב

כתיבת שטר על דברים הנקנים באמירה

ועיין בגמ' (כתובות קב:) דלאחר דהביאה את הדין דהן הן דברים הנקנים באמירה יש ספק לגבי כתיבה בשטר, וז"ל א"ל רבינא לרב אשי דברים הללו ניתנו ליכתב או לא ניתנו ליכתב, א"ל לא ניתנו ליכתב עכ"ל. ונחלקו הראשונים בביאור צדדי הספק. דרש"י ביאר דרבינא נסתפק האם אפשר לכתוב שטר בכלל על התחייבות כזאת ולטרוף ממשעבדי וז"ל דלא ליטרוף ממשעבדי וכיון דליכא קנין לא משתעבדי נכסי עכ"ל. כלומר, דלפי הצד דלא ניתנו ליכתב, א"א להפוך את החוב הזה דנוצר ע"י אמירה בעלמא להיות התחייבות בשטר. ואילו התוס' (ד"ה ניתנו) חולקים על רש"י וביארו דאם שני הצדדים הסכימו בודאי ניתן לכתוב שטר ולטרוף ממשעבדי. אלא דבדרך כלל אמרינן דסתם קנין לכתיבה עומד ואין צורך לשאול המתחייב לפני שכותבים שטר, והכא רבינא נסתפק

[452] ורק משכון הוי היוצא מן הכלל דיש התחייבות ושעבוד דחל על חפץ מסויים. עיין בזה לעיל (ח: בענין קידושין במשכון אות ג').

[453] ובשיעור אחר רבינו זצ"ל אמר דמשמע מהרמב"ם (פרק כב מהלכות מכירה הלט"ז) דבדרך כלל א"א להתחייב לתת חפצא מסויים.

היכא דלא נעשה מעשה קנין האם גם כן אמרינן דסתם קנין לכתיבה עומד ואפשר לכתוב שטר בלי רשות המתחייב.

וצ"ע בשיטת התוס', דלכאורה סתם קנין לכתיבה עומד הויא אומדנא בדעת המתחייב, ומאי שנא התחייבות ע"י מעשה קנין לבין התחייבות ע"י גמרי ומקני בנוגע לאומדנא הזאת. ונראה לבאר ע"פ מה דייסדנו לעיל (ג. בענין חליפין אות ה'), דלפי הרמב"ם סתם קנין לכתיבה עומד אינו אומדנא אלא הלכה דדעת המתחייב דנוצר ע"י קנין סודר גם מהני להיות דעת המתחייב לאשווי שטרא. וא"כ י"ל דההלכה הזאת שייכת רק כשיש מעשה קנין חליפין, אבל בדעת המתחייב בעלמא בלי מעשה קנין דסודר כמו בדברים הנקנים באמירה ליכא דעת המתחייב ומשו"ה אין לכתוב את השטר. כי דעת המתחייב דשטר זקוק לדעת אלימתא וגמורה דחלה רק בהדי מעשה קנין דחליפין ולא ע"י אמירה בעלמא.

וגם קשה על שיטת רש"י דלמה א"א להפוך את החוב הזה לחוב בשטר אם שני הצדדים מסכימים. ונראה לבאר, דמבואר בגמ' ב"ק (ח.) דניזק גובה מנכסים משועבדים אצל לקוחות. והראשונים הקשו דלכאורה אין שטר בחיוב נזקין ורק גובין מהלקוחות במלוה בשטר ולא במלוה על פה, ולמה הניזק בלי שטר יכול לגבות מלקוחות. ועיי"ש בתוס' (ד"ה כולן) דתירצו דנזקין הוי מלוה הכתובה בתורה והסוגיא הולך לפי המ"ד דמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא. אבל הנ"י (ב: בדפי הרי"ף ד"ה כולן) יישב באופן אחר, וז"ל דמשכחת לה בדכתב ליה מזיק שטרא בנזקיה עכ"ל. ומבואר דהנ"י נקט דאפשר להפוך חיוב דנזקין ממלוה על פה למלוה בשטר ע"י כתיבת שטר. ומזה דהתוס' הוכרחו לאוקים הסוגיא כמחלוקת אמרואים ולא תירצו באופן יותר פשוט כהנ"י משמע דחולקין עליו וסבורים דא"א להפוך חוב דנזיקין להיות מלוה בשטר אפי' ע"י כתיבת שטר. ונראה דהתוס' בב"ק סברי דרק אפשר לכתוב שטר על חוב דנוצר ע"י דעת המתחייב, דזה מה דמשווי השטר, לאפוקי חוב כמו נזיקין דאין צורך לדעת המתחייב כדי ליצור החוב.[454] ואולי לפי זה יש לבאר את הצד בגמ' כתובות לפי רש"י דא"א לכתוב שטר על דברים הנקנים באמירה. די"ל דרש"י סבור כמו התוס' בב"ק דרק כותבין שטר על חוב דנוצר ע"י דעת המתחייב, ורש"י גם הולך צעד נוסף דרק כותבין שטר על חוב דנוצר ע"י דעת המתחייב דנגרם ע"י מעשה קנין. דאזי חלה דעת אלימתא דדעת המתחייב ולא באמירה דאין הדעת אלימתא כל כך. אבל התוס' בב"ק דנקטו דאין כותבין שטר על חיוב נזיקין יכולים לנקוט כמו התוס' בכתובות דכותבים שטר על דברים

[454] וע"ע בזה ברשימות שיעורים למסכת ב"ק (ח. תוד"ה כולן) ביתר אריכות.

הנקנין באמירה, דהרי יש לחלק בין היכא דאין דעת המתחייב בכלל כמו בנזיקין, לבין היכא דיש דעת המתחייב אבל בלי מעשה קנין כמו בדברים הנקנים באמירה.

קונטרס בענין עדי חתימה כרתי או עדי מסירה כרתי

א

הגדרת שטר ראיה לפי ר"מ ור"א

מבואר בכמה מקומות דנחלקו רבי מאיר ורבי אלעזר האם עדי חתימה כרתי או עדי מסירה כרתי (גיטין ג:, כב:, פו:). וכהקדמה לסוגיא יש לבאר דפשיטא דנחלקו רק לגבי שטרי קנין, אבל בשטר ראיה כו"ע לא פליגי דבעינן עדי חתימה. ואפילו אם יש עדים על המסירה, והעדים האלו העידו בב"ד דהשטר נכתב כדת וכדין ונמסר בתורת שטר ראיה, עדיין אין לכתיבה הזאת חלות שם שטר. דהרי הראשונים הקשו דלכאורה כל שטר הוי עדות בכתב דפסול מדין מפיהם ולא מפי כתבם. ותירצו (תוס' כתובות כ. ד"ה ור' יוחנן, בעה"מ יבמות ט. בדפי הרי"ף) דשאני שטר דנכתב מדעת המתחייב. וביאר בזה הגר"ח זצ"ל דאין הפשט דדעת המתחייב מהווה מכשיר של מפי כתבם, אלא דשטר הוי חלות עדות בפני עצמה ודין אחר לגמרי מהגדת עדות בע"פ.[455] כי יסוד החלות החדש של שטר ראיה הוא עדות בכתב מפי דעת המתחייב. ולכן יש לעדות שבשטר דינים שונים לגמרי מהגדת עדות בע"פ, וכדהלן:

א) הגדת עדות בע"פ בפני ב"ד בעי דרישה וחקירה. אבל בעדות שבשטר אין צורך לדרישה וחקירה כדמבואר בגמ' (גיטין ג.) וז"ל אמר ריש לקיש עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד עכ"ל. והביאור בזה הוא דעדות שבשטר הויא חלות אחרת לגמרי מעדות בע"פ ואין צורך לכל דיני קבלת עדות בבי"ד כמו דרישה וחקירה של הבי"ד לעדים.[456]

ב) הגדת עדות בע"פ צ"ל בפני ב"ד. מאידך בודאי ניתן לחתום על השטר שלא בפני ב"ד והעדות חלה מיד משעת החתימה. דהרי אם העדים החתומים על השטר עברו על איסור לאו לאחר שחתמו ונפסלו לעדות מכאן ולהבא, אפי' אם נעשו לפסולים לפני דבעל השטר הוציא את השטר בב"ד, מ"מ השטר עדיין כשר ואפשר לגבות בו (ב"ב קנט.).

ג) הגדת עדות בע"פ צ"ל דוקא ביום, אבל מבואר בגמ' (גיטין יז.) דחותמים על השטר בלילה.

---

[455] עיין בחידושי הגר"ח על הרמב"ם (פרק ג מהלכות עדות הל"ד). ועיין ברשימות שיעורים לב"ק (ח. בענין שטרות אות א')

[456] עיין בפנ"י (גיטין ג. ד"ה בדין הוא) דביאר בדעת רש"י דהדין דר"ל מבוסס על צירוף של החזקה דלא חציף איניש לזיופי וגם דהעדות הוא מילתא דעבידא לאגלויי.

ד) בדרך כלל עדים רק יכולים להעיד על מה שראו בעיניהם. אבל בעדות שבשטר מבואר דהשטר הויא עדות אפי' על דברים דהעדים החתומים לא ראו בכלל. דהרי אם המלוה תופס בשטר, אזי הלוה אינו יכול לטעון פרעתי את חוב, דהמלוה יכול לטעון שטרך בידך מאי בעי (ב"ב ע.). והביאור בזה הוא דהשטר ביד המלוה מעיד דהלוה עדיין לא פרע החוב, אע"פ דהעדים החתומים עצמם בודאי אינם יודעים כלום על הפרעון.[457] וגם איתא במשנה (ב"ב קסז:) דכותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו, דהיינו דיש חלות עדות שבשטר אע"פ דהעדים אפי' לא ראו ההלואה.

ב

הגדרת שטר קנין לפי ר"א ור"מ

ומכל זה מבואר דשטר ראיה הוי דין מיוחד דעדות בכתב מדעת המתחייב, ופשיטא דבעינן עדי חתימה כדי להחיל העדות המיוחדת הזאת. אבל נחלקו התנאים בגדר שטר קנין. דלפי ר"מ דע"ח כרתי, הפשט הוא דמסירת שטר ראיה מהמקנה לקונה קובע ומחילה את הקנין.[458] אבל לפי ר"א דלא בעינן ע"ח, אי אפשר לומר דגדר קנין שטר הוא מסירת שטר ראיה מהמקנה להקונה, דהרי בלי עדים החתומים על השטר אין כאן חלות שטר ראיה אלא ספירת דברים בעלמא על נייר. וצ"ל דר"א נקט דגדר קנין בשטר הוא מסירת ספירת דברים בכתב לקונה בנוכחות עדי מסירה. ויוצא, דלפי ר"מ יש רק דין אחד של שטר – שטר ראיה - ולפי ר"א שטר ראיה ושטר קנין הוו שני דינים שונים לגמרי.

ובזה אפשר להבין היאך ר"מ ור"א ביארו את הפסוק בירמיה (פרק לב פסוק מד) "שדות בכסף יקנו וכתוב בספר וחתום והעד עדים". ולכאורה פשטיה דקרא כר"מ דהשטר קנין הוא ע"י העדים החתומים על הספר. אמנם לפי ר"א דיש ב' דינים בשטרות וחלוק שטר ראיה משטר קנין ביסודם, נראה לבאר דהפסוק איירי בשני סוגי שטרות. "וכתוב בספר וחתום" איירי בשטר ראיה ו"העד עדים" איירי בשטר קנין ובעדי מסירה.

(**פעם** כשהיה מרן רבינו זצ"ל רך וצעיר בימים הלך עם אביו הגר"מ הלוי זצ"ל לבקר אצל מרן רשכבה"ג בעל החפץ חיים זצוק"ל. ביקש הח"ח זצ"ל לשמוע איזה דבר תורה מרבינו זצ"ל ואמר לו אז דבר התורה הזה שאפילו לר"א רק שטר עם עדי חתימה מהוה

[457] עיין בזה ברשימות שיעורים לשבועות (לב., מה:), וב"ק (סז.). אבל עיין בחידושי הגר"ח לשבועות מא. (הוצאת מישור) דהובא יסוד בשם הגרי"ז דשטרך בידי אינו משום "ראיה והגדת עדות היא שלא נפרע עוד" אלא דבמלוה בשטר יש תנאי דזכות הנאמנות דהויא זכות ממון תהא ביד המלוה. וגם עיין בקצוה"ח (סימן פז סקכ"ח) דהבין שטרך בידי הויא "חזקה טובה דמהניא לאפקועי ממונא".

[458] ולכאורה יש להקשות על ביאור רבינו זצ"ל בדעת ר"מ דקנין שטר הויא התפסת הראיה ביד הקונה, דהרי איתא בגמ' (לקמן מח.) דהמח' בין ר"מ ור"א שייך גם לשטר קידושין. ובשטר קידושין המקדש נותן השטר למתקדשת, אע"פ דהיא אינה ה"קונה", וקשה לומר דזה הויא גדר דהתפסת הראיה ביד הקונה. וצ"ל דמסירת הראיה שבשטר לאשה מקדשה והוי דין מסוים בקידושין.

שטר ראייה, ואילו שטר עם עדי מסירה בלבד אינו אלא שטר קנין. אמנם בעל החפץ חיים לא הסכים לרבינו וטען שאף שטרות עם ע"מ אליבא דר"א חלין מדין שטרי ראייה, וכל א' וא' הביא ראיות לצדו. כל זמן המשא ומתן בין הח"ח זצ"ל לרבנו שתק הגר"מ זצ"ל, אבל אחרי עזבם את פני הח"ח זצ"ל התחיל הגר"מ הלוי לדבר לבנו ואמר ששתק בשעת מעשה משום כבודו של הח"ח זצ"ל, אך לעניות דעתו מסתבר כמוהו ששטרות עם ע"מ אינם שטרי ראייה כי אם שטרי קנין). [459]

וע"פ הגדרת שטר קנין לפי ר"א כספירת דברים דנמסר בפני עדים, נראה לבאר שיטת האמוראים (גיטין פו:) דפסקו כר"א רק בגיטין אבל בשאר שטרי קנין פסקו כר"מ דעדי חתימה כרתי וז"ל אמר רב יהודה אמר רב הלכה כר' אלעזר בגיטין, כי אמריתה קמיה דשמואל אמר אף בשטרות, ורב סבר בשטרות לא הא קתני וגובה מנכסים משועבדים רבי אלעזר תרתי אמר, ורב סבר כוותיה בחדא ופליג עליה בחדא, וכן אמר ר' יעקב בר אידי אמר ר' יהושע בן לוי הלכה כר' אלעזר בגיטין עכ"ל. והרי"ף (גיטין מז.) הביא השיטות האלו להלכה. והביאור הוא דהרי שאני גט משאר שטרי קנין בזה דיש כמה וכמה הלכות לגבי כתיבת ספירת הדברים עצמה. דבספירת הדברים של הגט בעינן צווי הבעל, כתיבת השמות, ושלא יהא תנאים דמעכבין הכריתות ועוד כמה וכמה הלכות דלא שייכות לשאר שטרות. ומכיון דכתיבת ספירת הדברים חשוב כל כך, מסתבר לומר דחפצא המגרש הויא ספירת הדברים עצמו, כשיטת ר"א דעדי מסירה כרתי. אבל בשאר שטרות, מכיון דלא מצינו דהתורה החשיבה כתיבת ספירת הדברים, מסתבר לומר דחלות שם השטר תלוי בעדים החתומים לשטר ראיה כמו שיטת ר"מ.

ובזה גם מבואר הגמ' בגיטין (ג:) דהמח' בין ר"מ ור"א שייך נמי לדין לשמה בגט וז"ל מאן האי תנא דבעי כתיבה לשמה ובעי חתימה לשמה, אי רבי מאיר חתימה בעי כתיבה לא בעי, דתנן אין כותבין במחובר לקרקע, כתבו על המחובר לקרקע תלשו חתמו ונתנו לה כשר, אי רבי אלעזר כתיבה בעי חתימה לא בעי עכ"ל. דהיינו, לפי ר"א בעינן כתיבה לשמה ולפי ר"מ אפי' מצאו באשפה וחתמו עליו עדים הגט כשר דבעינן רק חתימה לשמה. ואע"פ דהמחלוקת תלויה בפירוש המלה "וכתב" בפסוק - אי איירי בכתיבה או

[459] ועיין לקמן (אות טז) דיש שיטות בראשונים דנקטו דר"א סבר ע"מ כרתי בשטרי הלואה (תוס' גיטין כב: ד"ה ושטרות), ורבינו זצ"ל ביאר דלפי דעתם צ"ל דשטר עם שעבוד נכסים הויא שטר קנין על השעבודים. ויש להעיר דיסוד דרבינו זצ"ל מפורש להדיא בתוס' רי"ד (ב"ב עז.) וז"ל ואפי' לר"א דאמר עדי מסירה כרתי דע"כ לא אמר ר"א אלא בשטר העשוי' לקניי' כגון גט ושטר קידושין ושטר קרקע כשרוצה לקנות בשטר א"נ כשלוה ממנו וכתב לו שטר שאותו השטר קונה קרקעו של לוה לשיעבוד בההיא ודאי קאמר אע"פ שאין עליו עדים אלא שמסרו לו בפני עדים קנה אבל האי שט"ח דזבין לחברי' אינו עשוי אלא לראיה שבו וכיון שאינו מוסר לו המנה שהוא כתוב בו אלא גוף השטר אינו נקנה במסירה עד שיעשה לו שטר אחר עליו עכ"ל.

בחתימה - כדמבואר ברש"י (שם ד"ה חתימה), מ"מ נראה דזה אינו גזה"כ בלי טעם אלא דכל תנא פירש את הקרא לפי שיטתיה. דלפי ר"מ חפצא המגרש הויא העדים החתומים וספירת הדברים הויא רק כהכשר בעלמא להחתימות, ולכן מסתבר לומר דרק החתימות צריכות להיות לשמה. אבל לפי ר"א ספירת הדברים עצמו הויא המגרש ולכן מובן למה הוא פירש דהמלה "וכתב" קאי על כתיבת הספירת דברים.

אמנם התוס' בגיטין (ד. ד"ה דקיימא לן) חלקו על הרי"ף ופסקו כר"א בכל שטרי קנין. ונמצא דלפי התוס' יש חילוק יסודי בין שטר ראיה לבין שטר קנין, דבכל שטר ראיה רק ע"ח מהני ובכל שטר קנין רק ע"מ מהני, לעומת שיטת הרי"ף דבשטר ראיה ורוב שטרי קנין ע"ח כרתי, ורק פסקינן דע"מ כרתי בגט.

ובנוסף לזה, עוד נחלקו הרי"ף והתוס' בדין ע"ח לפי ר"א. דהתוס' נקטו דר"א סבר דרק עדי מסירה כרתי, והרי"ף (גיטין מז: בדפי הרי"ף) נקט דר"א סבר דאף עדי מסירה כרתי אבל גם ע"ח מהני וז"ל רבי אלעזר אומר אע"פ שאין עליו עדים אלא שנתנו לה בפני עדים כשר, אמר רב יהודה אמר רב הלכה כר"א בגיטין אבל לא בשטרות וכו' והלכתא כר"א בגיטין ומהא נמי שמעי' דלא בעינן עדי מסירה היכא דאיכא עדי חתימה דהא רב הוא דאמר אם נשאת בעד אחד וכתב ידי סופר שהולד ממזר והוא אמר הלכה כר"א בגיטין עכ"ל. ונמצא דהרי"ף והתוס' נחלקו בב' דברים בנוגע לשיטת ר"א: א) האם פסקינן כר"א בשאר שטרות, ב) האם ר"א נקט דרק ע"מ כרתי או דגם ע"מ וגם ע"ח כרתי. ומסתבר לומר דשתי המחלוקות תלויות זו בזו. דלפי הרי"ף יש מושג של קנין בשטר ע"י התפסת שטר ראיה (עדות בכתב מדעת המתחייב) דהרי הוא פסק ע"ח כרתי בשאר שטרי קנין. וא"כ מובן למה גם בגט הוא הבין דר"א לא פסק ע"מ כרתי לאפוקי עדי חתימה. אבל התוס' סברי דכל שטר קנין הויא רק ע"י עדי מסירה ולכן הם חולקין על הרי"ף בתרתי - בחילוקו בין גט לשאר שטרות, וגם בהבנתו דר"א מודה דע"ח מהני בגט.

והקשר בין המחלוקות האלו מפורש בדברי הר"ן (גיטין מז: בדפי הרי"ף) דהביא ראיה מזה דפסקינן כר"מ בשאר שטרות (כשיטת הרי"ף) דאף בגט ר"א נקט דגם ע"מ וגם ע"ח כרתי, וז"ל ועוד דאם איתא דרבי אלעזר לא מכשר אלא בעדי מסירה היכי פסקינן כוותיה בגיטין אבל לא בשטרות דכיון דעדי חתימה פסולין בגיטין היאך נכשירם בשטרות בשלמא אי אמרינן דלר' אלעזר נמי מהני עדי חתימה משום הכי אמרינן דבשטרות דקיימא לראיה אין קונין עדי מסירה אלא עדי חתימה אבל אי עדי חתימה פסולין בגיטין למה יהו כשרין בשטרות עכ"ל.

ג

עדי קיום לפי ר"מ

ועיי"ש עוד בתוס' (גיטין ד. ד"ה וקיימא לן) וז"ל ועוד דרגיל ר"ת לומר דאפילו לר"מ בעי עדים בשעת נתינת הגט דאין דבר שבערוה פחות משנים עכ"ל. כלומר, דאע"פ מדיני הגט עצמו ר"מ נקט דע"ח כרתי, מ"מ בעינן עדים לראות את המסירה מדין עדות לקיום הדבר בדבר שבערוה. אמנם מבואר בהרי"ף דלא כר"ת, אלא דאפי' לר"א לא בעינן עדי מסירה כלל ורק ע"ח. וכמו כן כתב הרמב"ם (פרק א מהלכות גירושין הלט"ז) וז"ל חתמו בו שנים ועבר ונתנו לה בינו לבינה או שנמצאו עדי מסירה פסולין הרי זה כשר הואיל ועדים שבו כשרין והרי הגט יוצא מתחת ידה, ויש שהורה מן הגאונים שהוא פסול עכ"ל. ומוכח מדבריו דלא כר"ת, דאפי' אם עדי המסירה פסולים, עדיין הגירושין חל מדין עדי חתימה. וצ"ע קושיית ר"ת על הרי"ף והרמב"ם, דאיך חלין הגירושין בע"ח לבד אם חסר עדות לקיום הדבר.

ונראה דיש לעיין בגדר הדין דבעינן עדות לקיום הדבר בדבר שבערוה. די"ל דהוא גזה"כ דבעינן ראיית שני עדים ממש ובלי זה הגירושין אינו חל. או"ד לא בעינן עדי ראייה ממש, אלא דיש דין דכל מעשה גירושין צ"ל ניתן לבירור דעדות בעתיד. וכל עוד דיש דרך לברר לאחר זמן בהגדת עדות דמעשה הגירושין נעשית כדת וכדין, זה סגי להיות עדות לקיום הדבר.[460] ובזה נחלקו הראשונים. דר"ת נקט כצד הא' דבעינן עדי ראייה ממש ולכן אפי' ר"מ בעי עדי מסירה כדי להיות עדות לקיום הדבר. אבל הרי"ף והרמב"ם סברי כצד הב' ולכן אין צורך לעדי ראייה ממש, מכיון דמעשה הגירושין ניתן לבירור לאחר זמן ע"י השטר ביד האשה. ואע"פ דהעדים שבשטר בכלל לא ראו מסירת הגט דגורם הגירושין, כבר ביארנו לעיל (אות א') דאחד מהחידושים שבשטר ראיה הוא דהעדות שבשטר מעידה על דברים דהעדים עצמם לא ראו. וא"כ העדות שבשטר סגי להיות העדות לקיום הדבר.[461]

ומוכרח דגם ר"ת מודה ליסוד הזה דהשטר ביד האשה מעיד דהגירושין נעשית כדת וכדין. דהרי מבואר בגמ' (גיטין ג:) דאפי' לר"א דעדי מסירה כרתי, עדים חותמים על הגט מפני תיקון העולם. וכתבו על זה התוס' (ד. ד"ה דקיימא לן) וז"ל ולפיכך צריך ליזהר שיהו עדי מסירה בשעת נתינת הגט דאינהו כרתי דאי ליכא שם עדי מסירה אינה מגורשת אע"ג דאיכא עדי חתימה ולא מהני עדי חתימה אלא שאם ימותו עדי מסירה או ילכו

[460] היסוד הזה דעדות לקיום הדבר הוא דיכולת לברר לאחר זמן מבואר בקצוה"ח (סימן רמא סק"א).
[461] וע"ע ברשימות שיעורים ליבמות (ל:) דרבינו זצ"ל דן בחיקירה הזאת באריכות יותר.

להם למדינת הים שתינשא ע"י עדי חתימה דמסתמא בהכשר נעשה עכ"ל. דהיינו, מצד אחד בעינן ע"מ בשעת הגירושין מדין ע"מ כרתי ובלי עדי המסירה אין בכלל חלות שם שטר קנין. ומצד שני, לאחר זמן עדי החתימה סגי כדי לברר דהגט ניתן כדת וכדין בפני עדי מסירה, אע"פ דעדי החתימה חתמו על הגט לפני הנתינה ולא יודעין על הנתינה. ומוכרח לומר דהגט ביד האשה מעיד בתורת שטר ראיה דהבעל מסר לה הגט כדת וכדין וזה כוונת התוס' "דמסתמא בהכשר נעשה".

ד

הודאת בע"ד במקום ע"מ בשטרי ממון

עיי"ש עוד בתוס' (גיטין ד. ד"ה דקיימא לן) וז"ל מיהו יש לחלק דלענין ממון דמהניא הודאת בעל דין כמאה עדים סגי בעדי חתימה במקום הודאת בעל דין אבל בקידושין וגרושין לא מהניא הודאת בעל דין משום דמחייב לאחרים דבקידושין אסר לה אקרובים ובגרושין אסר לה אכהן עכ"ל. ודברי התוס' טעונים בירור. דהרי שיטת ר"ת מאד מובן – לעולם בעינן עדי מסירה בשטר קנין כדי לאשווי שטרא (כדמבואר לעיל אות ב).[462] אבל הדעה השניה בתוס' סבורה דאע"פ דלפי ר"א בעינן עדי מסירה, מ"מ לגבי שטרי ממון אמרינן דהודאת בע"ד מהני במקום עדי מסירה, וע"ח מועילים במקום הודאת בע"ד. והשיטה הזאת טעונה בירור, דהיאך הודאת בע"ד מהני במקום ע"מ, וגם היאך ע"ח מועילים במקום הודאת בע"ד.

ונראה לבאר ע"פ הדין במשנה בגיטין (פו.) דגט בכתב ידו דבעל מהני מדאורייתא בלי עדים. ולפי מ"ד אחד בגמ' (שם) המשנה קאי בשיטת ר"מ דעדי חתימה כרתי. והראשונים הקשו על זה, איך מהני גט בלי ע"ח לפי ר"מ. ורש"י (פו. ד"ה ואם ניסת הולד כשר) הביא שני הסברים לכשרות כתב ידו בגט: א) כתב ידו הויא הודאת בע"ד דמהני כמו עדים, ב) יש גזה"כ דכתב ידו מהני מהפסוק "וכתב לה ספר כריתות ונתן בידה". ורואים מהביאור הראשון של רש"י דהגדרת שטר לפי ר"מ הוא לאו דוקא עדות בכתב מדעת המתחייב, אלא באופן יותר כללי – ראיה בשטר מדעת המתחייב. ומכיון דהודאת בע"ד הויא ראיה כמו עדות, ההודאה מהני במקום עדי חתימה לאשווי שטרא.

אלא דלכאורה קשה על הביאור הראשון דרש"י דהרי מבואר בגמ' (סה:) דלא אמרינן הודאת בע"ד כמאה עדים דמי בגיטין וקידושין משום דהוא חב לאחריני, וז"ל אמר רב

[462] עיין בשיעורי הרב לגיטין (ד. בענין עדי מסירה בשטרי ממון) ובאמרי משה (סימן טז) בשם הגר"ח דהרמב"ם חולק על זה ואינו צריך עדים כדי לאשווי שטרא. אלא דבשטר קנין בדיני ממונות הרמב"ם (פרק א מהלכות מכירה הל"ז) לא הצריך עדים בכלל, ובגט הרמב"ם קישר בין הצורך לעדים לבין היתר האשה, והגר"ח זצ"ל דייק דהעדים נצרכים לקיום הדבר ולא לאשויי שטרא.

יצחק בר שמואל בר מרתא משמיה דרב המקדש בעד אחד אין חוששין לקידושיו ואפילו שניהם מודים, וכו' מאי הוי עלה, רב כהנא אמר אין חוששין לקידושיו, רב פפא אמר חוששין לקדושיו, אמר ליה רב אשי לרב כהנא מאי דעתיך דילפת דבר דבר מממון, אי מה להלן הודאת בעל דין כמאה עדים דמי אף כאן הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, א"ל התם לא קא חייב לאחריני הכא קא חייב לאחריני עכ"ל. וא"כ, האיך רש"י ביאר דכתב ידו יכול לאשווי שטרא בגיטין אם הודאת בע"ד לא מהני בגיטין בכלל. ותירץ בזה הגר"ח זצ"ל דיש לחלק בין לפני הגירושין לבין אחר הגירושין. דהגמ' בקידושין (סה:) אייתי לאחר הקידושין ומבואר שם דהודאת בע"ד לא מהני כדי לברר דהיא מקדושת משום דחלות הקידושין הויא חב לאחריני. אבל בכתב ידו בגט הדיון הוא לפני מעשה הגירושין, דהיינו מה נצרך כדי שיחול על נייר חלות שם גט, ובזה הודאת בע"ד מהני.[463] וע"פ זה יש לבאר המחלוקת בין ב' הביאורים דרש"י. דהתירוץ הראשון דרש"י נקט כמו הגר"ח זצ"ל דהודאת בע"ד מועיל בגיטין וקידושין לפני המעשה כדי לאשווי שטרא. והביאור השני דרש"י סבר דהודאת בע"ד מופקע לגמרי מעניני גיטין וקידושין ולכן כתב ידו דבעל מהני רק בגלל גזה"כ.

ועכשיו נחזור למסקנת התוס' דידן דנקטו דהודאת בע"ד מהני לפי ר"א בשטר קנין אבל לא בגט. התוס' סברי כמו הביאור השני דרש"י דהודאת בע"ד אינו מועיל בגט לאשווי שטרא ולכן בגט תמיד בעינן עדי מסירה ממש. אבל בשאר שטרות הודאת בע"ד מהני במקום עדים כדי לאשויי שטרא.

אבל לכאורה שיטת התוס' עדיין טעונה בירור מב' צדדים: א) בשלמא במשנה בגיטין יש הודאת בע"ד ע"י זה דהגט נכתב בכתב ידו דבעל. אבל בציור של התוס' דידן אין שטר הקנין נכתב בכתב יד דמקנה, אלא דעדי החתימה פועלים במקום הודאת בע"ד. ומה הפשט בזה ד"סגי בעדי חתימה במקום הודאת בע"ד" אם אין כתב יד דהמקנה המתחייב. ב) זה דמהני הודאת בע"ד כדי לאשווי שטרא הוא אליבא דרבי מאיר דכתב ידו מהני במקום ע"ח. אבל התוס' דידן קאי בשיטת ר"א דעדי מסירה כרתי, והיאך הודאת בע"ד בשטר מהני במקום ע"מ.

ונראה לתרץ הקושיא הא' לגבי ההודאת בע"ד בלי כתב יד דמקנה, דהרי בדרך כלל עדי החתימה פועלים שני דברים שונים בשטר: א) עדות העדים על המאורע, ב) עדות על דעת המתחייב. ומכיון דחתימות עדים בשטר כוללת עדות דהיתה דעת המתחייב,

[463] ועיין ברשימות שיעורים ליבמות (ל:) דרבינו זצ"ל הציע עוד שני הסברים לשיטת רש"י: א) דגירושין אינו חב לאחריני (ועיין בזה באופן קצת שונה בריטב"א לקידושין סה: ד"ה ולענין שטר קידושין). ב) התורה עשתה את המגרש לבעל דבר בגירושין דיכול להיות הדעת המתחייב לאשווי גט. וע"ע שם באריכות.

הע"ח בשטר קנין הויא כמו הודאת בע"ד דכתב ידו. וזה הפשט בתוס' דסגי הע"ח במקום הודאת בע"ד.

ונראה לתרץ הקושיא הב' דיש מחלוקת יסודית בין ר"ת והדעה השניה בתוס' בהבנת שיטת ר"א. דכאמור לעיל, ר"ת נקט דלפי ר"א יש רק דרך א' לאשווי שטרא – עדי מסירה. אבל נראה לבאר הדעה השניה בתוס' דס"ל כשיטת הרי"ף ודעימיה דלפי ר"א יש ב' מיני שטר קנין – ספירת דברים הנמסר בפני עדים (ע"מ כרתי), וגם ראיה בכתב מדעת המתחייב (ע"ח כרתי). אלא דהרי"ף ודעימיה סברי דלפי ר"א כל ראיה בכתב מהני לאשווי שטרא ואין הבדל בין ע"ח עצמם לבין הודאת בע"ד. ואילו הדעה השניה בתוס' סברה דלפי ר"א רק ראיה דהודאת בע"ד בכתב מהני לאשווי שטרא ולא ע"ח עצמם. ולכן הודאת בע"ד ע"י עדי החתימה מהני בשטר קנין, אע"פ דעדי החתימה בתורת עדים אינם מועילים לאשווי שטרא. ולכן הדעה השניה בתוס' נקטי דבגט דלא מהני הודאת בע"ד, בעינן עדי מסירה ממש ולא סגי בע"ח לפי ר"א.

ויוצא דיש ג' שיטות לגבי גדר שטר קנין לפי ר"א: א) לפי ר"ת גדר דשטר קנין הוא אך ורק ספירת דברים הנמסר בפני עדים. ב) הרי"ף ודעימיה נקטו דיש ב' מיני שטר קנין לפי ר"א – ספירת דברים הנמסר בפני עדים וגם ראיה בכתב מדעת המתחייב דנמסר ממקנה לקונה. וראיה בכתב כולל גם ע"ח וגם הודאת בע"ד. ג) הדעה השניה בתוס' ס"ל כמו הרי"ף אלא דרק הודאת בע"ד מהני לאשווי שטרא ולא ע"ח.

ויש להביא סימוכין לדעה השניה בתוס' נגד ר"ת, דהיינו דלפי ר"א הודאת בע"ד מהני במקום עדי מסירה בשטר קנין, משיטת ר' יוחנן בגמ'. דהרי ר' יוחנן פסק כר"א בשטרי קנין (גיטין כב: ופו:). וגם פסק (כתובות קא:) דהכותב לחבירו בשטר "חייב אני לך מנה" אפי' בלי עדים, חייב ליתן לו. ולפי ר"ת (כתובות קב. תוד"ה אליבא) הסוגיא שם איירי ביצירת התחייבות חדשה בשטר. ויוצא, דלפי ר' יוחנן הודאת בע"ד מהני לאשווי שטר קנין אע"פ דפסק כר"א דעדי מסירה כרתי. ויש לדון בזה.[464]

אבל לכאורה עדיין הדעה השניה בתוס' קשה, דבשלמא לפי ר"ת בעינן ע"מ ממש ולפי הרי"ף גם ע"ח מהני בדעת ר"א. אבל לפי הדעה השניה בתוס' מאי שנא הודאת בע"ד בכתב מעדי חתימה. והרי אם התוס' סברי דיש מושג דראיה בכתב מדעת המתחייב לפי ר"א (כמו הרי"ף) למה הודאת בע"ד הויא ראיה מועילה יותר מעדי חתימה, וצ"ע.

[464] וי"ל כנ"ל בשיעורים דהתחייבות ממון יכולה לחול עפ"י דעת המתחייב בלי מעשה קנין וכדחזינן מדין כמה אתה נותן לבנך וכו' וגם בחייב אני לך מנה בשטר י"ל דההתחייבות חלה בדעת המתחייב בלבד, ובשטר בע"ח הוי שטר ראיה לקבוע שיש דעת מתחייב גמורה.

ונראה לבאר דהדעה השניה בתוס' מודה לר"ת דהגדר היחיד לשטר קנין לפי ר"א הוא ספירת דברים הנמסר בפני עדים, ועדיין הודאת בע"ד מהני לאשווי שטרא בדיני ממונות. כי אפי' בלי ע"מ, המקנה עצמו דמסר השטר בודאי ראה את המסירה ויש הודאת בע"ד כמאה עדים דמי על המסירה עצמה. כלומר, דלפי הביאור הראשון בתוס', הודאת הבע"ד הוא כתוב בשטר ויש לו דין כמו ע"ח לאשווי שטרא. אולם עוד נראה לבאר דהודאת בע"ד הויא במקום עדי המסירה. ופשט כזה מפורש ברמב"ן (הובא בר"ן גיטין מז: בדפי הרי"ף, עיין לקמן) וז"ל י"ל לענין דיני ממונות מסירת בעל דין כמאה עדים דמי עכ"ל.

והביאור בזה הוא כמו דייסדנו לעיל (אות ג') לגבי עדות לקיום הדבר בדבר שבערוה. דאע"פ דלשון הגמ' הוא "אין דבר שבערוה פחות משנים", יש ראשונים דנקטו דלא בעינן ב' עדים ממש לראות מעשה הקידושין או מעשה הגירושין, אלא רק דהמעשים האלו צריכים להיות נתפסות בבירור לאחר זמן. וכמו"כ הכא לגבי עדי מסירה כרתי לפי ר"א, אפשר לומר דלא צריך ע"מ ממש אלא רק היכולת לברר לאחר זמן. ולכן מובן למה הודאת בע"ד מהני במקום ע"מ כל עוד דיש ע"ח. דהרי הודאת בע"ד מצד עצמו הוי כמו הע"מ בשעת המסירה. אמנם הודאת בע"ד בעצמו לא ניתן לברר לאחר זמן דהרי המקנה יכול לומר להד"ם. אבל הע"ח נותנים את היכולת לברר ההודאת בע"ד לאחר זמן. ורק ע"י עדי החתימה יש לקונה התופס בשטר היכולת לברר לאחר זמן דהיה כאן בע"ד דמסר שטר כשר לקונה. ונמצא דגם ר"ת וגם הדעה השניה בתוס' סבורים דחלות שם שטר קנין חל רק בשעת המסירה, אלא דלפי ר"ת בעינן ע"מ ממש, ולפי הדעה השניה בתוס' סגי בהודאת בע"ד על המסירה דניתן לבררה לאחר זמן ע"י עדי החתימה.[465]

ה

שיטת הרי"ף בדעת ר"א

הרי"ף חולק על ר"ת ונקט דגם ר"א מודה דעדי חתימה בלי עדי מסירה מהני. והביא ראיה לשיטתו מזה דלפי ר"א (גיטין לו.) עדים חותמין על הגט מפני תיקון העולם דלמא ימותו העדי מסירה או שילכו למדינת הים ואתי בעל ומערער ליה. וכתב על זה הרי"ף (גיטין מז: בדפי הרי"ף) וז"ל והיינו דקתני שאין העדים חותמין על הגט אלא מפני תיקון העולם וכו' ואי סלקא דעתך דלא סגי לן בעדי חתימה אלא עד דאיכא עדי מסירה מאי תיקון העולם איכא אע"ג דמקיימא ליה לגיטא בעדי חתימה ליחוש דלמא לא איתיהיב

[465] ועוד יתכן דהודאת בע"ד דעלמא חלה רק בפני ב"ד או בפני ב' עדים. ולפי' צריכים ע"ח כדי שההודאת בע"ד תהיה הודאה בפני עדים דבלי זה ליכא הודאת בע"ד. וההודאת בע"ד חלה מדין ע"מ בשעת המסירה לאשוויה שטר קנין.

ליה בעדי מסירה אלא ודאי כל היכא דאיכא עדי חתימה לא בעינן עדי מסירה עכ"ל. כלומר, מזה דע"ח מהני לברר לאחר זמן דהיה כאן גירושין כשרין אע"פ דאינם יודעים אם הגט ניתן לפני עדי מסירה, מוכח דבאמת אין צורך שיהיו עדי מסירה כלל בשעת הגירושין. וכן הקשה הר"ן (שם) על שיטת רבינו אפרים דנקט כמו ר"ת דרק ע"מ כרתי. **ולכאורה** הראיה הזאת תמוה. דכבר כתב ר"ת (גיטין ד. תוד"ה דקיימא לן) דאע"פ דלפי ר"א רק עדי מסירה כרתי עדיין הע"ח יכולים לברר דהיו כאן ע"מ ובהכשר נעשית, וז"ל ולא מהני עדי חתימה אלא שאם ימותו עדי מסירה או ילכו להם למדינת הים שתינשא ע"י עדי חתימה דמסתמא בהכשר נעשה כדאמרינן בהשולח (לקמן דף לו.) לא צריכא אלא לר' אלעזר דאמר עדי מסירה כרתי תקינו רבנן עדי חתימה דזימנין דמייתי סהדי אי נמי דאזלי למדינת הים עכ"ל. והרי זה כל היסוד דשטר ראיה, דהעדים החתומים בשטר מעידים לאחר זמן על כשרות השטר, ואפי' לגבי דברים שלא ראו ולא ידעו עליהם. והרי"ף מודה דסתם שטר ביד בעל השטר מעיד על עצמו דהוא אינו מזוייף ושבעל השטר לא מצא אותו באשפה וכדומה, וא"כ למה עדי החתימה אינם יכולים להעיד דהגט ניתן בפני עדי מסירה לפי המ"ד דרק עדי מסירה כרתי. וצ"ע.[466]

ו

בענין מזוייף מתוכו בעדי חתימה לפי ר"א

והרי"ף הביא עוד ראיה לשיטתו משיטת רב (גיטין פו:) דאם יש גט דנכתב בכתב יד דסופר ועד א' חתום בו, דהגירושין אינן חלין והולד ממזר. ומשמע דאיירי בלי עדי מסירה, דאם יש עדי מסירה למה הגירושין אינו חל לפי רב דפסק כר"א. וא"כ משמע דהיכא דאין ע"מ ורק עד א' חתום בו דהגט פסול, אבל בשני ע"ח הגט כשר אע"פ דאין כאן עדי מסירה. ומוכרח מזה דלפי ר"א גם ע"ח מהני אם אין ע"מ.

ובסוף דבריו הרי"ף (מח.) הביא פירוש אחר בשיטת רב מגאון אחד, וז"ל וחזינן לגאון דאמר הוו ידעין דהאי דאר"א כתב סופר ועד הולד ממזר משום דהויא לה הא מילתא לר"א כמזוייף מתוכו שהולד ממזר. ואע"ג דהאי מילי דגאון סתרי למילי דידן חזינא למכתבינהו משום דמלאכת שמים היא עכ"ל. כלומר, דהגאון פירש דבהיכי תמצא דכתב יד דסופר ועד א' חתום בו, הדין הוא דהולד ממזר אע"פ דהיו שם עדי מסירה בשעת מסירת הגט. והטעם דהגט פסול והולד ממזר הוא דגט בעד א' הויא מזוייף מתוכו,

[466] וי"ל דהרי"ף ס"ל כר' אביגדור המובא במרדכי (סוף קידושין אות תסקט-תקע) דאין ליצור שטר ראיה בע"ח בגיטין ובקידושין מדחסרה דעת המתחייב דבעל דין כבדיני ממונות, ורק עיקר הגט עצמו יכול להעיד כשטר ראייה (ועיין בזה בשיעורים לקמן אות ו). ולפי' הרי"ף לא קבל ע"ח בגיטין כשטר ראיה בלבד בלי להיות שטר קנין. ומשו"ה הקשה קושייתו על ר"ת.

ומודה ר"א במזוייף מתוכו דהוא פסול (גיטין ד.) אע"פ דהיו ע"מ כשרים. ומוכרח מזה דהגאון נקט דמזוייף מתוכו לפי ר"א פוסל הגט מדאורייתא, דהרי בגט כזה הוולד ממזר. וגם הרמב"ם (פרק ג מהלכות גירושין הל"ח) הביא שיטה כזאת, וז"ל סופר שכתב הגט לשמו ולשמה כהלכתו וחתמו העדים שלא לשמה הואיל ומסרו לה בעדים הרי זה גט [אלא שהוא פסול ולמה אינו בטל] לפי שאין העדים חותמין על הגט אלא מפני תקון העולם, יש מי שאומר שאם חתמו העדים שלא לשמה הואיל והוא כמזוייף מתוכו הרי זה גט בטל, וכן אם היה אחד מעדיו פסול או שהיה בו עד אחד בלבד כשר אע"פ שנמסר בעדים הרי זה גט בטל, ולא יראה לי דבר זה אלא כמזוייף לא מזוייף ודאי והואיל ונמסר בעדים כשרים הרי זה פסול מדבריהם עכ"ל. ומבואר דנחלקו היש מי שאומר והרמב"ם האם לפי ר"א הפסול דמזוייף מתוכו הוא מדאורייתא או רק מדרבנן. ורש"י (גיטין י: ד"ה מודה ר' אלעזר) והתוס' (גיטין ד. ד"ה מודה רבי אלעזר) נמי נקטו כשיטת הרי"ף והרמב"ם דמזוייף מתוכו הוי פסול מדרבנן, נגד שיטת הגאון.

וקשה על שיטת הגאון מגמ' מפורשת (גיטין י:). דהמשנה שם הביאה שיטת רבי שמעון דגט עם חתימות של גוים כשר לגירושין. ואיתא בגמ' (שם) וז"ל והא לאו בני כריתות נינהו, אמר רבי זירא ירד ר' שמעון לשיטתו של רבי אלעזר דאמר עדי מסירה כרתי, והאמר ר' אבא מודה ר' אלעזר במזויף מתוכו שפסול, הכא במאי עסקינן בשמות מובהקין עכ"ל. כלומר, דרבי שמעון מכשיר גט בעדי חתימה גויים כי הוא סבר כר"א דעדי מסירה כרתי. ואע"פ דגט עם חתימות גויים הוא מזוייף מתוכו, הכא איירי בשמות מובהקין דגויים וזה מסלק החסרון דמזוייף מתוכו.

ויש בזה שתי קושיות שקשורות אחת בשניה על שיטת הגאון: א) מבואר בגמ' דאין פסול דמזוייף מתוכו היכא דאין חשש דאתי למיסמך עלייהו. וא"כ גם בעד א' חתום בשטר לא אתי למיסמך על עד א' לבד, וא"כ לא ראוי להיות הפסול דמזוייף מתוכו לפי ר"א. ב) כל השו"ט בגמ' מוכיחה דמזוייף מתוכו הוי פסול מדרבנן בעלמא מפאת חשש דאתי למיסמך עלייהו כדמבואר ברש"י ותוס'. דאל"כ, היאך שמות מובהקין דגויים יכול להכשיר פסול דאורייתא. וקשה על שיטת הגאון דגט דחתום בעד א' פסול מדאורייתא מטעם מזוייף מתוכו.

ונראה לתרץ שיטת הגאון דבגמ' יש כמה דוגמאות למזוייף מתוכו דפסול לפי ר"א – עדים דהם קרובים, פסולים או גויים, ושלא לשמה בגט. ויש להעיר דכשהרמב"ם הביא היש מי שאומר דמזוייף מתוכו פוסל הגט מדאורייתא הוא רק איירי בשני מקרים – בעדים שחתמו שלא לשמה ובעד אחד. ונראה לדייק דרק בשני המקרים האלו הגט

פסול מדאורייתא לפי ר"א, אבל שאר הציורים דמזוייף מתוכו פסולים רק מדרבנן. ובזה מתורצת הקושיא מהסוגיא דעדים גויים (גיטין י:) דשם אפי' הגאון מודה דמזוייף מתוכו הוי רק פסול מדרבנן.

והטעם דלפי הגאון דרק חתימות שלא לשמה ועד א' פסולים מדאורייתא הוא עפ"י יסוד דאפי' לר"א דעדי מסירה כרתי והע"ח לא נצרכים לחלות הגירושין, עדיין אם יש ע"ח הם נחשבים כחלק של גופו גט ולא כדבר צדדי. ומכיון דהע"ח מצטרפים לחפצא של הגט, כשחל פסול בע"ח יכול הוא לפסול את הגט מדאורייתא. ויש להוכיח דעדי חתימה הוו חלק מגופו של גט אפי' לפי ר"א משיטת רבינו אביגדור הכהן (מרדכי הגהות לפרק ראשון דקידושין אות תקע) לגבי כתיבת שטר ראיה לקידושין וגירושין לאחר המעשה. דפשיטא לרבינו אביגדור הכהן דבדרך כלל אפשר לכתוב שטר ראיה על מקח וממכר גם לאחר הקנין. אבל לגבי קידושין רק עצם שטר הקידושין יכול להפוך לשטר ראיה לאחר זמן להיות ראיה על חלות הקידושין אבל שטר ראיה דנכתב על הקידושין לאחר זמן הוא פסול מדין מפיהם ולא מפי כתבם, וז"ל אבל שטר ממון הכתוב וחתום בעדים ומסרוהו ליד בעל הדבר הוי כעדות בפה מההיא דפרק ד' אחין שטר קדושין אי מנחיא ליה גבי דידיה ודידה דלא מקרי מפי כתבם ודוקא בשטר קדושין שהאשה נקנית בו וניתן ליכתב דמקשינן הויה ליציאה אבל שטר ראיה על קדושי כסף לא ניתן ליכתב דרחמנא אמר מפיהם ולא מפי כתבם ושלום אביגדור הכהן עכ"ל. וצ"ב מאי שנא שטר הקידושין עצמו משטר ראיה חדש.

והביאור בזה הוא דגדר שטר ראיה הוא עדות בכתב מדעת המתחייב. ובדיני ממונות תמיד יש בעל דין דמוגדר כהמתחייב ולכן אפשר לכתוב שטר ראיה על קנין ממון אפי' לאחר זמן. וכן לגבי יצירת חלות גט או שטר קידושין כדי לפעול חלות הקידושין או הגירושין יש כאן דעת המתחייב לאשויי שטרא. אבל לאחר הגירושין או הקידושין, הגר"ח זצ"ל ייסד דאין עוד כלל המושג של בעל דין ומתחייב מכיון דאין הדיון על האיש והאשה כגברא שהם יהיו נחשבים כבעלי דין, אלא הדיון הוא על מעשה הקידושין או הגירושין. והגר"ח זצ"ל ביאר שזה הפשט במסקנת הגמ' (סה:) דאין דין דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי בגו"ק מכיון דהויא חב לאחריני. ופשיטא דזה אינו משום חשש קנוניא בעלמא כמו שמצינו בדיני ממונות (ב"מ יג.), דא"כ היה יוצא דבר שלא שמענו מעולם – דהיכא דאין חשש קנוניא הודאת בע"ד מהני בגו"ק. אלא בודאי הביאור בגמ' קידושין (סה:) הוא כדלעיל, דאין בכלל מושג דבעל דין ומתחייב בגו"ק לאחר המעשה. וזה גם

כוונת המרדכי דא"א לכתוב שטר ראיה לאחר הקידושין כי ע"פ דין אין דעת המתחייב כדי לכתוב השטר.[467]

אבל גם המרדכי מודה דאם האשה באה לב"ד לאחר זמן עם השטר שפעל הקידושין או הגירושין, דהשטר הזה מעיד דהיא מקודשת או מגורשת. ומוכח מזה דאע"פ דא"א לכתוב שטר ראיה על הקידושין או הגירושין, חלק מחידוש דין דגט ושטר קידושין הוא דלאחר הקנין השטר דפעל החלות הופך להיות שטר ראיה. ופשיטא דכל זה שייך רק לדברים שנחשבים כעיקר הגט ולא בדבר דהוי רק חלק צדדי של החפצא דשטר. ולפי"ז מוכח משיטת רבינו אביגדור הכהן דאפי' לר"א עדי חתימה הוו חלק מגופו של גט, דאל"כ הם לא יהיו יכולים לברר מעשה הקידושין או הגירושין לאחר זמן כי אם הם אינם מצטרפים לגופו של גט אזי הם היו נחשבים כמו כתיבת שטר ראיה לאחר המעשה על גירושין או קידושין דאינו מהני. אבל מזה דהב"ד מברר מעשה הקידושין או הגירושין לאחר זמן ע"י הע"ח, מוכח דאפי' אם נאמר דע"מ כרתי עדיין עדי החתימה הוו חלק מגוף הגט, ולכן הם כלולים בחידוש הדין דגט.

וכן נראה להוכיח דע"ח לפי ר"א משולבים לגופו של גט מגמ' (גיטין ד.), דלפי ר"א אם יש עדי חתימה דהם צריכים לחתום לשמה. ובמיוחד זה מחודש לפי ר"ת דרק ע"מ כרתי ועדי החתימה רק חותמים כדי להיות ראיה לאחר זמן, דלמה העדים האלו דחותמים רק לראיה ולא לעיקר הגירושין צריכין לחתום לשמה.[468] ומוכח מזה דהעדות דע"ח לאחר זמן הוא אינו דבר צדדי לגוף הגט, אלא דכדי להעיד לאחר זמן הע"ח צריכים להיות חלק מגוף הגט משעת החתימה.[469]

וא"כ יוצא יסוד דהע"ח הוו חלק מגוף הגט אפי' לר"א. ולפי זה נראה לבאר שיטת הגאון דדוקא עד א' חתום על השטר או חתימות שלא לשמה פוסלים את הגט מדאורייתא מדין מזוייף מתוכו, אבל קרוב או פסול וכדומה דחתום בגט רק פוסל הגט מדרבנן. דהרי כל חתימה דבדרך כלל פסול לאשווי שטרא ואינו יכול להיות עד חתום בשום שטר

[467] ע"ע בזה ברשימות שיעורים ליבמות (ל:) ולב"ק (ח:).

[468] עיין לקמן דהר"ן הביא הצורך לחתימות לשמה כראיה לשיטת הרי"ף דגם ע"ח כרתי לפי ר"א. ובתוס' תירצו דבעצם אין צורך לחתימות לשמה אלא דגזרינן חתימה לשמה אטו כתיבה לשמה.

[469] עיין בזה ברשב"א (גיטין ד. ד"ה ואי בעית אימא) דכתב דלפי ר"א בעינן חתימה לשמה אפי' לשיטת התוס' דרק ע"מ כרתי וז"ל ונראה דמשו"ה קרי ליה מזוייף מתוכו משום דלדידיה כתיבה לשמה בעי וחתימתן של עדים מכלל כתיבת הגט היא דפעמים שאין כאן עידי מסירה וגט זה מתקיים בחותמיו וכשר אף לר' אלעזר דמימר אמרינן כיון שנתקיים בחותמיו לאו מזוייף הוא ובודאי כדין נמסר ליה בפני שנים וכדין נעשה לשמה ובתלוש ובשאר תקוני הגט וכיון דעידי חתימה משוו לה גט כשר בודאי מכלל כתיבת הגט הן עכ"ל. ועיין לקמן בשיטת הר"ן דרבינו זצ"ל הסתפק אם ניתן לבאר הצורך שהחתימות תהיו לשמה לפי ר"ת באופן הזה. דאולי אין בכלל מושג דלשמה בחתימות דרק פועלות בתורת ראיה.

אינו נחשב כחלק מהגט כדי לפוסלו. וא"כ הגט כשר מדאורייתא מדינא דע"מ כרתי והפסול רק יכול להיות מדרבנן משום חשש דאתי למסמך עלייהו. אבל בעדים דחתמו שלא לשמה, יש להם שם עדות בכל שטרי ממון ובדרך כלל כשרים לאשווי שטרא, ולכן הם יכולים להיות מוגדרים כחלק של גוף הגט. אבל מכיון דחתמו שלא לשמה יש להם פסול מיוחד לגירושין, ומכיון דעדי החתימה דנחשבים כחלק מגוף הגט פסולים לגירושין, הגט פסול מדאורייתא.

וה"ה לגבי עד אחד בשטר. דהרמב"ם פסק (פרק ד מהלכות טוען ונטען הל"ח, פרק יד מהלכות מלוה ולוה הל"י) דשטר דחתום בו עד אחד מחייב שבועה מדאורייתא, ומוכח מזה דבשטרי ממון עד אחד בשטר יוצר חלות שטר,[470] אלא דיש פסול מיוחד בגירושין דבעינן שני עדים. וא"כ היכא דיש עד א' חתום בגט הריהו כשר לשאר שטרות ונחשב כחלק מגוף השטר, אבל פסול מטעם מיוחד לגירושין, ולכן יש כאן דין מזוייף מתוכו דיכול לפסול הגט מדאורייתא. ובזה מבואר שיטת הגאון דרק בע"א חתום או בחתימות שלא לשמה יש פסול דאורייתא לפי ר"א ולא בעדים פסולים כמו הסוגיא בגיטין (י:).[471]

והנה הקשה החידושי הרי"ם דלפי שיטת הישׁ מי שאומר ברי"ף לכאורה כל גט דנמסר לפני ע"מ ראוי להיות פסול לפי ר"א מדין מזוייף מתוכו. דהרי הגמ' נסתפקה אם כתב סופר ועד נחשב כעד א' מכיון דרק עד א' חתום בגט, או כשני עדים דמי כי כתב הסופר נחשב כעד. ולפי הצד דכתב סופר נחשב כעד א', אזי כל גט בלי חתימות הויא גט בעד א' דפסול מדאורייתא מדין מזוייף מתוכו לפי שיטת הישׁ מי שאומר ברמב"ם. וא"כ היאך כשר גט דנמסר לפני עדי מסירה. ונראה לבאר דהגמ' רק נסתפקה אם יש דין עד לכתב יד דסופר היכא דיש לכל הפחות חתימת עד א'. דאז יש לצדד דהתכוונו דכתב יד דסופר יהיה העד השני. אבל אם אין עוד חתימה בכלל והם סומכים על העדי מסירה, פשיטא דאין דין עד חל על כתב יד דסופר ודו"ק.[472]

ז

עוד בענין הנ"ל בדעת הר"ן והתוס'

[470] עיין בזה ביותר אריכות ברשימות שיעורים לשבועות (לב.).

[471] לפי רבינו זצ"ל יוצא דהגאון יכול לנקוט כמו ר"ת בשיטת ר"א דרק ע"מ כרתי ועדיין יש פסול דאורייתא דמזוייף מתוכו בחתימות. ורבינו זצ"ל אמר דזה מסתבר דהרי בפירושו לגמ' (פו:) דיש פסול דאורייתא דמזוייף מתוכו הרי נדחית הוכחת הרי"ף מהגמ' שם דאפי' לר"א גם ע"ח כרתי (עיין לעיל סוף אות ה). אבל עיין בברכת שמואל (גיטין סוף סימן יב) דביאר שיטת הגאון באופן דומה לרבינו זצ"ל – דהע"ח הוו חלק דגוף השטר – אבל נקט דזה שייך רק אם הגאון סובר דגם ע"ח כרתי לפי ר"א. ודו"ק.

[472] ונראה להוסיף ביאור דכשיש עד א' חתום אזי צורת השטר מוכיחה דיש בו חלות עדות וא"כ י"ל דכתב יד הסופר ג"כ נחשב לעדות, משא"כ בדליכא עד א' כלל דאזי אין מוכח כלל שכתב יד הסופר הוי עדות.

עיין בר"ן (מז: בדפי הרי"ף) דהקשה על שיטת ר"ת דלפי ר"א רק ע"מ כרתי, מהדין דמזוייף מתוכו בחתימות שלא לשמה. דהרי בשלמא אם לפי ר"א גם ע"ח כרתי, א"כ מובן למה יש פסול דמזוייף מתוכו בחתימות שלא לשמה דלמא אתי למסמך עלייהו לגבי הגירושין עצמו. אבל אם עדי החתימה רק שם לראיה לאחר זמן, אזי קשה להבין מה החסרון אם חתמו שלא לשמה. ואלו דברי הר"ן וז"ל ועוד אי איתא דכל שיש עדי חתימה אנו סומכין שבעדי מסירה נמסר מאי האי דמפרקינן בריש מכילתין וכו' בשלמא אי סגי ליה לרבי אלעזר בעדי חתימה שפיר שכיון שהם הכורתים בעינן שיחתמו לשמה אבל אם אין הכשרו אלא משום חזקה שבעדי מסירה נמסר כי לא חתמו לשמה מאי מזוייף מתוכו איכא עכ"ל. ומבואר בר"ן דהחסרון דאתי למסמך בחתימות שלא לשמה שייך רק היכא דע"ח כרתי ולא היכא דרק חתמו כדי שתהיה ראיה לאחר זמן. וכבר הבאנו לעיל (אות ה') תירוץ, דלפי ר"ת גם הראיה דע"ח שבגט נכנס לגופו של גט ולכן עדי החתימה צריכים לחתום לשמה אע"פ דהם רק שם לראיה בעלמא.[473]

ובאמת נראה דהתוס' כבר הקשו קושיית הר"ן על עצמם. דכתבו התוס' (גיטין ד. ד"ה מודה) וז"ל תימה לר"י מה ענין שלא לשמה למזוייף מתוכו שחתומים בו קרובין או פסולים דהתם בדין מיפסיל משום דלמא אתי למיסמך עילוייהו להשיאה או להוציא ממון על פיהם אע"פ שהדבר אמת אין לעשות אלא בעדות כשר וכו' אבל הכא שהעדים כשרים אלא שחתמו שלא לשמה מה תקלה יש בכך אם נסמוך עליהן, ויש לומר דמ"מ איכא למיגזר חתימה אטו כתיבה דאם אין עושין חתימה לשמה גזרינן פן לא יכתבו גם הכתיבה לשמה עכ"ל. ומשמע דהתוס' הבינו דלפי ר"א עדי החתימה רק חותמים כדי להיות ראיה לאחר זמן, וא"כ הר"י הקשה מה החסרון אם נסמוך על ע"ח שחתמו שלא לשמה. כלומר, למה בעינן שהעדים יחתמו לשמה אם כל תפקידם הוא להיות ראיה לאחר זמן, מאי שנא הראיה שבגט מכל שטר ראיה אחר דלא בעינן לשמה.

אולם עוד נראה לבאר קושיית הר"י באופן קצת אחר. דהקושיא אינו רק למה צריכים לשמה כדי להיות ראיה לאחר זמן, אלא דכל המושג דלשמה שייך רק לעדים דהוו חלק של מעשה הגירושין. דהלא, גדר לשמה בחתימות העדים הוא דהעדים חותמים על הגט בכוונה דהחתימות שלהם יהיו חלק ממעשה הגירושין של איש זה ואשה זאת. וא"כ, כל גדר הדין דלשמה בעדים שייך רק אם נקטינן דעדי חתימה כרתי. אבל לפי הבנת התוס' בדעת ר"א דרק עדי מסירה כרתי, אין לעדי החתימה שום שייכות למושג של לשמה.

[473] וכבר הבאנו לעיל דרבינו זצ"ל נסתפק אם ניתן לומר דיש צורך בלשמה בחתימות דרק נצרכות לראיה, דאולי כל המושג דלשמה רק שייך בדברים שמהווים חלק דהמעשה גירושין.

ולפי זה התוס' תירצו דאה"נ, באמת אין צורך שעדי החתימה יחתמו לשמה, אלא דיש גזירה מדרבנן של לשמה בחתימה אטו הכתיבה.

בסופו של דבר יש ג' ביאורים לזה דאפי' לפי ר"א עדי החתימה צריכים לחתום לשמה: א) הר"ן – זה מוכיח דלפי ר"א גם עדי חתימה כרתי, ב) ר"ת – לפי ר"א רק עדי מסירה כרתי ועדי החתימה רק חותמים בתורת ראיה אך החתימות נכנסות לגוף הגט וצ"ל לשמה. ג) התוס' – החיוב לחתום לשמה הוי מדרבנן בעלמא.

ח

השו"ט בר"ן בסוגיית שני שטרות

הרז"ה (הובא בר"ן גיטין מז: בדפי הרי"ף) הביא הגמ' בכתובות (צד.) להוכיח דר"א נקט דרק עדי מסירה כרתי ולא עדי חתימה, נגד דעת הרי"ף. דאיתא בכתובות (צד.) וז"ל אתמר ב' שטרות היוצאים ביום אחד רב אמר חולקין ושמואל אמר שודא דדייני, לימא רב דאמר כר"מ דאמר עדי חתימה כרתי ושמואל דאמר כרבי אלעזר דאמר עדי מסירה כרתי עכ"ל. כלומר, דלפי ר"מ דעדי חתימה כרתי שתי השטרות חלין בבת אחת בסוף היום מכיון דאיירי במקום דלא כותבין שעות. והיכא דשתי שטרות חלין בבת אחת, הדין הוא יחלוקו. אבל לפי ר"א הכל הולך בתר שעת המסירה ובודאי שטר אחד נמסר לפני השני, אלא דלא ידעינן איזה שטר נמסר ראשון. ולכן במקום ספק פסקינן שודא דדייני. והרז"ה הקשה על הרי"ף וז"ל ואם איתא דלר"א נמי עדי חתימה כרתי הוה לן למימר לדידיה נמי יחלוקו כדאמרינן לר"מ עכ"ל. כלומר דאם ר"א מודה דגם ע"ח כרתי, למה הדין לפי ר"א הוא שודא דדייני אם שני השטרות חלין בבת אחת בסוף היום. והר"ן הביא לתרץ וז"ל והרמב"ן ז"ל תירץ דאע"ג דר"א מודה דעדי חתימה כרתי מ"מ כיון שאין כותבין שעות אין קונין אלא מסוף היום וזה שמסר לו בתחלה קנה משעת מסירה דמסירה קונה לשעות ומש"ה איכא למימר שודא עכ"ל. כלומר, דאפי' לפי הרי"ף דר"א מודה דגם ע"ח כרתי, עדיין הקנין יכול לחול לפני סוף היום ע"י עדי המסירה ולכן לפי ר"א שטר אחד בודאי חל לפני השני. אבל הרמב"ן הקשה על עצמו וז"ל וכי תימא כיון דלא צריך לעדי מסירה במקום שיש עדי חתימה דלמא בלא עדי מסירה מסר, י"ל לענין דיני ממונות מסירת בעל דין כמאה עדים דמי ועוד דהיינו שודא דאמרי' הכי הוה לפי שרצה לזכות את הראשון ואת השני הטעה אלו דבריו ז"ל עכ"ל.

ולכאורה קושיית הרמב"ן על עצמו אינו מובן. למה בעינן לחוש דמסירת השטר היתה שלא בפני עדים ואז השטר חל רק בסוף היום על ידי עדי החתימה. דהרי אפי' לפי ר"ת בשיטת ר"א דרק ע"מ כרתי, עדיין לאחר זמן חתימות העדים מעידים דהשטר

כשר ונמסר בפני עדים כדמבואר בתוס' (גיטין ד. ד"ה דקיימא לן). וזה כלל גדול בשטרות, דהעדים שבשטר מעידים על כשרות השטר. וא"כ למה דוקא כאן הרמב"ן נקט דיש לחשוש דהשטר נמסר שלא בפני עדי מסירה אם עדי החתימה לכאורה מעידים דהיו כאן עדי מסירה.

ונראה לבאר באופן פשוט דהעדים שבשטר מעידים על כל דבר שנצרך לכשרות השטר. אבל כל דבר שלא נצרך לכשרות השטר אינו נכלל בחידוש של עדות בכתב בשטר. ולכן, לפי ר"ת בשיטת ר"א דרק ע"מ כרתי והשטר כשר רק אם נמסר בפני עדי מסירה, ממילא לאחר זמן העדות בכתב מעידים על הנוכחות של עדי המסירה. אבל לפי הרי"ף בשיטת ר"א דגם ע"ח כרתי, אז לא בעינן מסירה כלל לכשרות השטר. ולכן לאחר זמן כשהשטר מגיע לב"ד בחתימות עדים, אין כאן עדות שהשטר נמסר לפני עדים כי זה אינו נצרך לכשרות השטר, ומשו"כ הרמב"ן הקשה דיש לחשוש "דלמא בלא עדי מסירה מסר".

והרמב"ן תירץ כמו דמובא בר"ן לעיל, וז"ל י"ל לענין דיני ממונות מסירת בעל דין כמאה עדים דמי עכ"ל. והביאור בזה הוא כמ"ש לעיל (אות ד') בדעה השניה בתוס' גיטין (ד. ד"ה דקיימא לן) דהודאת הבע"ד מהני במקום ע"מ ממש. והר"ן הקשה על זה וז"ל ואינן נראין לי דודאי ר"א [מסירה בעדים] מיהא בעי ומסירה בינו לבינו בלא עדים לא מהניא שאם היה קונה בממון למה לא תכרות בגיטין וכו' אלא ודאי [מסירה] לרבי אלעזר בלא עדים לא מהניא מידי עכ"ל. הר"ן הקשה על הרמב"ן דאי נימא דלפי ר"א בדיני ממונות לא בעינן ע"מ ממש אלא דהודאת בע"ד מהני במקום ע"מ, אז גם בגט מסירה בינו לבינה ראוי להועיל. ועיי"ש בר"ן דהקשה על עצמו דאולי מעיקר הדין אה"נ דמסירת הגט בינו לבינה מהני אלא דאם אין עדים יש חשש זיוף ואין נאמנות על מה שכתוב בגט ולכן הו פסול. והר"ן דחה הרי מבואר בגמ' דאם יש ע"ח שחתמו שלא לשמה הגט עדיין פסול לפי ר"א. ובציור הזה אין חשש זיוף מפני דהשטר נתקיים בחותמיו, ועדיין לפי ר"א הגט פסול. ומבואר מזה דמסירת השטר בינו לבינה לא מהני לפי ר"א אפי' היכא דאין חשש זיוף.[474]

ט

שיטת הר"ן בדעת הרי"ף

[474] ורבינו זצ"ל ביאר דיש שני דרכים להבין קושיית הר"ן "שאם היה קונה בממון למה לא תכרות בגיטין". די"ל דהר"ן מקשה דכמו דהודאת בע"ד דניתן לבירור לאחר זמן ע"י הע"ח מועיל בשטר קנין דממון, כמו"כ ראוי להועיל בגיטין. ואז צ"ל דהר"ן נקט דהודאת בע"ד אינו מופקע מגירושין כמו שכתבנו למעלה בסוגיית גט בכתב ידו. אבל עוד יש לפרש ע"פ שיטת הר"ן לקמן דאפי' בלי ההודאת בע"ד, הע"ח עצמם הן הן הע"מ מכיון דלאחר זמן הם מבררים דהגט נמסר מיד האיש ליד האשה כדת וכדין.

לאחר דחיית שיטת הרמב"ן דהרי"ף סבר בדעת ר"א דגם ע"ח כרתי בתורת ע"ח, הר"ן ביאר דעת הרי"ף באופן אחר, וז"ל אבל מה שנראה לי בזה דרבי אלעזר ס"ל דעדי מסירה בלחוד כרתי ועדי חתימה לא כרתי והיינו דאמרינן בכל דוכתא דר"א ס"ל דעדי מסירה כרתי ולא אמרינן אף עדי מסירה ומיהו מאי דמודה ר"א דעדי חתימה מהני היינו משום דס"ל שהמסירה כורתת כל שיש בשעתה עדים (בדבר) בין שהם מעידים על המסירה עצמה או על גוף הדבר וכו' עכ"ל. הר"ן עצמו הבין דאין כוונת הרי"ף דלפי ר"א באמת יש ב' דינים שונים – ע"מ וע"ח. אלא דלעולם ר"א בעי ע"מ וגדר שטר קנין הוא ספירת דברים דנמסר בפני עדים או דנמסר באופן דניתן לבירור עדים לאחר זמן. והא דהגט כשר אפי' בלי ע"מ ממש, הוא מפני דכשגט בע"ח יוצא מתחת יד האשה העדים שבשטר מעידים לאחר זמן דהגט כשר ושהבעל נתן לה הגט בתורת גירושין, ומכיון דהע"ח מבררים לאחר זמן דהגט נמסר כדת וכדין, הע"ח עצמם יכולים להיות עדי המסירה ע"פ דין.

ולכאורה קושיית הר"ן על הרמב"ן גם קשה עליו. דאם הע"ח אינם הכורתים אלא דפועלים בתורת בירור עדות לאחר זמן דהגט נמסר מהמגרש למתגרשת בתורת גירושין, למה מבואר בגמ' (גיטין ד.) דהם צריכים לחתום לשמה. דהרי בשלמא אם ננקוט דלפי ר"א גם ע"ח לבד סגי בתורת עדי חתימה כרתי, אזי מובן למה בעינן חתימות לשמה כמו שהבאנו בדעת הרי"ף לעיל. אבל לפי הר"ן דבאמת אין ר"א מודה דע"ח כרתי אלא דמועלת בתורת ראיה ובירור דסגי לאשווי שטרא בתורת ע"מ (ראיה דנמסר כדת וכדין), א"כ למה הע"ח צריכים לחתום לשמה. הלא הע"ח עצמם רק הוו ראיה ובירור.[475]

ונראה לתרץ דשונה תפקיד הע"ח לפי הר"ן מלפי הרמב"ן. דלפי הרמב"ן היכא דחתמו הע"ח שלא לשמה י"ל דהם רק מבררים לאחר זמן דהיה כאן הודאת בע"ד בשעת המסירה, והדבר הכורת הוי ההודאת בע"ד דנחשב כעדי מסירה. ופשיטא דלא בעינן לשמה בחתימות דרק יוצרות בירור דהיה כאן דבר הכורת.[476] אבל לפי הר"ן, בסופו של דבר אין עדים אחרים בשעת המסירה חוץ מעדי החתימה. ונמצא, דאע"פ דהחתימות רק יוצרות הבירור לאחר זמן, מכיון דהבירור הזה הוא הדבר הגורם לכריתות, מובן למה העדים צריכים לחתום לשמה.

ונמצא דיש לנו ג' שיטות בראשונים בנוגע להיכולת לסמוך על ע"ח להיות עדים על המסירה. דלפי ר"ת לא סמכינן על ע"ח כלל – לא לגבי ע"מ כרתי ולא לגבי עדות לקיום הדבר. דהרי לגבי ע"מ כרתי, ר"ת נקט דר"א תמיד מצריך ע"מ ממש. וגם לגבי עדות

[475] וכן הקשה האבן האזל (פרק ג מהלכות עדות הל"ד ד"ה ובמה שביארנו).

[476] אמנם עיין לעיל בשיעורים דרבינו זצ"ל נסתפק דאולי אפי' לפי ר"ת דהע"ח רק הוו בתורת ראיה בעלמא, מכיון דהם משולבים בגופו של גט יש צורך בחתימות לשמה.

לקיום הדבר, ר"ת חידש דלכו"ע בעינן עדים לראות מעשה הקידושין. שיטת הר"ן היא להיפך משיטת ר"ת, דהיינו דתמיד סמכינן על הע"ח. דאפי' לר"א דרק ע"מ כרתי סמכינן על הבירור של המסירה דנוצר ע"י עדי החתימה למלא מקום עדי מסירה ממש. וגם במקרים כאלו דאין עדי ראייה ממש דרואים מעשה הקידושין, סמכינן על הבירור דנוצר ע"י עדי החתימה להיות העדות לקיום הדבר.[477]

ושיטת הרמב"ן היא הממוצעת. דלגבי הכריתות עצמה, הרמב"ן נקט דעדי החתימה פועלים מדין ע"ח כרתי ולא דהבירור דנוצר ע"י הע"ח סגי להיות במקום עדי ראייה ממש של המסירה לאשווי שטרא. אבל לגבי הצורך לעדות לקיום הדבר, בפשטות הרמב"ן מסכים עם הר"ן דסמכינן על עדי החתימה ולא בעינן עדי ראייה ממש בשעת המסירה כמו שהצריך ר"ת. ויוצא דלפי הרמב"ן הבירור דעדי חתימה סגי להיות עדות לקיום הדבר אבל לא סגי להיות במקום עדי מסירה דהשטר. ושיטת הרמב"ן בזה צ"ע, דמאי שנא הצורך לעדות לקיום הדבר מהצורך לעדי מסירה.

ונראה לבאר דמקור הרמב"ן דבעינן עדים ממש להיות עדי המסירה ולא סגי בבירור בעלמא על ידי הע"ח הוא הגזה"כ דשדות בכסף יקנו וכתוב בספר וחתום והעד עדים. דלפי הרמב"ן בשיטת ר"א יש ב' מיני שטר קנין – שטר עם ע"ח מדין "כתוב בספר וחתום" ושטר עם ע"מ מדין "והעד עדים". והמלים "והעד עדים" משמע דבעינן עדים ממש לראות המסירה ולכן לא סמכינן על הבירור דנוצר ע"י החתימות כדי להיות במקום הע"מ. אבל לגבי עדות לקיום הדבר אין גזה"כ כזה וסגי ביכולת לברר לאחר זמן ולכן סמכינן על עדי החתימה.

ויש להטעים הגזה"כ הזה על פי יסוד הגר"ח זצ"ל (הובא לעיל באות א') דעדות שבשטר הוא דין שונה לגמרי מהגדת עדות בע"פ ויש בזה כמה וכמה נ"מ כנ"ל. ולפי הרמב"ן אחד מהנ"מ הוא דכדי להיות ע"מ לאשווי שטרא ולפעול הקנין, הגזה"כ ד"העד עדים" מורה דבעינן עדות של הגדה בע"פ. מאידך הבירור דע"ח חל ע"י השטר, ואע"פ דיש לעדים שבשטר כח הבירור של עדות, עדיין עדות שבשטר הוא דין אחר של עדות מעדות על פה. ולכן, הבירור דע"ח אינו קיום של "והעד עדים" דהויא המקור לעדי מסירה כרתי, אלא בעינן עדי ראייה ממש.

ויש להקשות דהרמב"ן חידש דהודאת בע"ד מהני במקום ע"מ, ומוכח מזה דאין גזה"כ דבעינן עדי ראייה ממש. ואם הבירור דנוצר ע"י הודאת בע"ד מהני להיות ע"מ, למה

[477] ונראה להוסיף דלכאורה שיטת הר"ן מאד מובן ע"פ היסוד דהגר"ח זצ"ל בעדות שבשטר, דהשטר יכול להעיד בדין עדות על דברים שהעדים עצמם לא ראו בכלל. ולפי זה, מסתבר לנקוט כמו הר"ן, דהע"ח ע"י השטר מעידים בתורת עדות שבשטר.

הבירור דנוצר ע"י ע"ח יכול להיות במקום ע"מ. וי"ל דיש לחלק בין עדות שבשטר דהויא חלות אחר של עדות לבין הודאת בע"ד. די"ל דהחידוש דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי הויא בזה גופא דיש להודאת בע"ד חלות דהגדת עדות. וא"כ גם הודאת בע"ד הויא קיום דהגזה"כ ד"והעד עדים" ומהני להיות במקום עדי המסירה.[478]

,

גדר ע"מ בשטר חוב לפי הרמב"ם

עיי"ש בסוף דברי הר"ן, דמסקנת הרי"ף היא דהלכה כר"א בגיטין ובשאר שטרות. וכן איתא ברמב"ם (פרק יא מהלכות מלוה ולוה הל"ב) וז"ל לוה שכתב שטר בכתב ידו והעיד בו עדים ונתנו למלוה הרי זה שטר כשר, וכן אם כתב שטר אע"פ שאין בו עדים ונתנו למלוה בפני עדים הרי זו מלוה בשטר והוא שיהיה כתב שאינו יכול להזדייף ויקראו אותו העדים שנמסר בפניהם, ויש מן הגאונים שהורה שצריך לומר לעדים שמסרו בפניהם חתמו והעידו שנמסר בפניכם עכ"ל. הרמב"ם פסק דשטר חוב בלי עדי חתימה דנמסר בפני עדים גובה מנכסים משועבדים. ומבואר בזה דאפי' בשטר חוב הרמב"ם נקט דעדי מסירה מהני.

ולכאורה קשה טובא לומר דעדי מסירה מועילים בשטר חוב לפי דברינו לעיל (אות א') דבשטר ראיה גם ר"א מודה דבעינן חתימות עדים בתוך השטר כדי שיהא ראיה, ולכאורה שטר חוב צ"ל שטר ראיה. ונראה דהרמב"ם נקט דשטר חוב אינו דוקא שטר ראיה על החוב, אלא מהווה שטר קנין על השעבודים. ויש להוכיח זה מסוגיא בב"ב. דאיתא במשנה ב"ב (קעה:) דאם יש למלוה שטר חוב דנכתב בכתב יד דלוה בלי עדים חתומים בו, דהמלוה גובה בו מנכסים בני חורין אבל לא ממשועבדים. הגמ' שם (קעו.) דנה אם הוא הדין היכא דהוחזק הכתב יד בב"ד וז"ל בעא מיניה רבה בר נתן מר' יוחנן, הוחזק כתב ידו בבית דין מאי, אמר ליה אף על פי שהוחזק כתב ידו בבית דין אינו גובה אלא מנכסים בני חורין עכ"ל. והגמ' הקשה על זה מהמשנה בגיטין דלפי ר"א גובין מנכסים משועבדים בשטר דכתב ידו כל עוד דנמסר בפני עדים[479] וז"ל מתיב רמי בר חמא שלשה גיטין פסולין ואם נישאת הולד כשר, ואלו הן כתב בכתב ידו ואין עליו עדים, יש עליו עדים ואין בו זמן, יש בו זמן ואין בו אלא עד אחד הרי אלו שלשה גיטין

[478] ויש להעיר ממה שביאר רבינו זצ"ל ברשימות שיעורים לשבועות (לב.) דלפי הרמב"ם יש להודאת בע"ד כח הבירור של עדות אבל אינו חפצא של עדות. עיי"ש דרבינו זצ"ל ביאר לפי זה למה שטר בעד א' הויא חפצא של שטר לפי הרמב"ם לעומת שטר בכתב ידו דאינה חפצא של שטר לכמה נפק"מ.

[479] קושיית הגמ' משווה עדי מסירה עם הוחזק כתב ידו בב"ד ולכ' ההשוואה הזאת אינה פשוטה. ועיין בהמשך דרבינו זצ"ל ביאר את הנקודה הזאת.

פסולין, ואם נישאת הולד כשר, רבי אלעזר אומר אף על פי שאין עליו עדים אלא שנתנו לה בפני עדים כשר וגובה מנכסים משועבדים, שאני התם דמשעת כתיבה הוא דשעבד נפשיה עכ"ל.

ועיין בראשונים (ריטב"א שם, ספר הזכות גיטין מז., תוס' גיטין ג:) דיש דגורסין בתירוץ הגמ' "דמשעת כתובה הוא דשעבד נפשיה". ולפי זה תירוץ הגמ' הוא דבאמת כשר"א אמר במשנה דגובין מנכסים משועבדים בכתב הנמסר בפני עדים הוא לא איירי בשטר חוב בכלל, אלא בגט. והטעם דגובין מנכסים משועבדים בגט דנכתב בכתב ידו אע"פ דאין עליו עדים הוא בגלל דיש לה כתובה. ולפי הגירסא הזאת מבואר דאפי' לר"א אין עדי מסירה מהני בשטר חוב דעלמא. אבל הרבה ראשונים גורסין כמו דאיתא לפנינו "דמשעת כתיבה הוא דשעבד נפשיה". ולפי זה ביאור הגמ' הוא דעדי מסירה מהני בשטר חוב לגבות מנכסים משועבדים. ונראה שאם עדי מסירה מהני בשטר חוב א"כ צ"ל דשטר חוב הוי שטר קנין ולא שטר ראיה, דהיינו דמסירת שטר חוב מהלוה להמלוה הוי מעשה קנין על השעבודים. ובזה מובן דברי הרמב"ם דע"מ מהני בשטר חוב אע"פ דפשיטא דאין עדי מסירה מועילים בשטר ראיה.[480]

אבל שיטת הרמב"ם עדיין קשה. דאם באמת שטר חוב הוי שטר קנין לקנות השעובדים ומהני בעדי מסירה, למה כתב הרמב"ם (פרק יא מהלכות מלוה ולוה הל"ב) דהשטר צריך להיות כתב שאינו יכול להזדייף. דהרי רק מצינו תנאי כזה בשטרי ראיה ולא בשטרי קנין (עיין בתוס' קידושין ט. ד"ה כתב).

ועוד יש להקשות ממקום אחר בדברי הרמב"ם דלכאורה מבואר שם דהוא נקט דשטר חוב הוי שטר ראיה ולא שטר קנין. דהרי הרמב"ם (פ"כ מהל' מלוה ולוה הל"א) פסק שבע"ח מאוחר שקדם וגבה דמפקיעים ממנו וז"ל מי שיש לו חובות הרבה כל שקדם חובו גובה תחלה וכו' ואם קדם האחרון וגבה מוציאים מידו, שכל שקדם חובו זכה עכ"ל. ומבואר שם (בפ"כ מהל' מלוה ולוה הל"ג) דכל זה הוי אם יש ב' תאריכים שונים על השטרות, אבל היכא דיש יום אחד בב' השטרות אז פסק הרמב"ם דמי שקדם וגבה זכה וז"ל שטרות שזמן כולן יום אחד וכו' כל שקדם מהן וגבה בין קרקע בין מטלטלין זכה עכ"ל. ויעויין בגמ' כתובות (צד.) דהבאנו לעיל (אות ח') שהגמ' תולה דין ב' שטרות היוצאים ביום אחד במחלוקת בין ר"מ לבין ר"א. דלפי ר"א האומר ע"מ כרתי זה שקבל השטר בראשונה קנה ולכן שודא דדייני או יחלוקו. ואילו אליבא דר"מ האומר ע"ח כרתי שני השטרות קונים

[480] עיין בקצוה"ח (סימן סו סק"כ) דהוכיח מכמה מקומות דשטר חוב הוי שטר קנין. גם עיין בתוס' רי"ד (גיטין כ: בסוף העמוד).

ביחד בסוף היום ולכן יחלוקו. והנה הרמב"ם פסק (בפ"ה מהל' זכייה הל"ו) שודא דדיינא וז"ל שני שטרות שזמנן ביום אחד והן כתובין על שדה אחת בין במכר ובין במתנה וכו' הרי הדבר מסור לדיינים וכו' עכ"ל. ויפלא, איפוא, למה פסק בנוגע לשטרי מלוה ששניהם זוכים בשעבודם ביחד ולכן כל מי שקדם וגבה זכה, והרי אם ע"מ כרתי הדין ראוי להיות הוא שמי שקבל את שטרו ראשון יזכה והמאוחר לא יוכל לגבות.

ולכאורה נראה מזה דהרמב"ם סבר דכל הסוגיא לגבי ב' שטרות היוצאים ביום אחד שייך רק לשטר קנין דע"מ כרתי, אבל לגבי שטר חוב הרמב"ם פסק דעדי חתימה כרתי ולכן שני השטרות חלין בבת אחת ומי שקדם וגבה זכה. וכן משמע מהמגיד משנה (שם בהל' מלוה) שכתב וז"ל דעת רבינו וכו' דעד כאן לא אמר שמואל וכו' שודא דדייני אלא במתנות ומכירות אבל בהודאות והלוואות אפילו שמואל מודה לרב דיחלוקו ומתוך כך כתב רבינו כל שקדם וגבה זכה עכ"ל. ולכאורה טעמו כי ע"מ אין מועילים בשטרי מלוה אלא ע"ח ולפיכך זוכים השטרות את השעבודים ביחד בסוף היום ושניהם שווים בזכיית השעבודים, והקודם לגבות זוכה.

וא"כ לכאורה יש סתירה גדולה בדעת הרמב"ם. דהרי בהלכות מלוה ולוה (פרק יא הל"ב) הרמב"ם פסק דע"מ מהני בשטר חוב כדין שטר קנין. אבל באותו הלכה הרמב"ם הצריך כתב שאינו יכול להזדייף ורק מצינו דבר כזה בשטרי ראיה. וגם בסוגיית שני שטרות היוצאין ביום אחד הרמב"ם חילק בין שטר קנין לשטר חוב ומשמע דפסק דאין ע"מ כרתי בשטר חוב. וגם יש להקשות על שיטת הגאונים דהרמב"ם הביא דעדי המסירה צריכים לכתוב שטר חדש דראו המסירה. וצ"ע טובא, דלמה לא סגי בעדי מסירה לבדם כמו בשאר שטרי קנין. דהרי היכן מצינו צורך שעדי המסירה יכתבו ויחתמו על שטר חדש דראו המסירה.

ונראה לבאר דדעת הרמב"ם דשטר חוב בעצם הוי שטר קנין אבל סוג אחר משטר קנין רגיל. דבדרך כלל הנוסח דשטר קנין הוא על ההוה או על העתיד כלשון הרמב"ם ריש הלכות מכירה, וז"ל כיצד בשטר, כתב לו על הנייר או על החרס או על העלה שדי נתונה לך שדי מכורה לך עכ"ל. אבל הנוסח דשטר ראיה הוא על העבר כמו "שדי מכרתי לך".[481] ומבואר בגמ' דלשון של שטר חוב הוא על העבר, דהיינו דראובן לוה משמעון. ויוצא דיש ב' מיני שטר קנין: א) שטר קנין רגיל דספירת הדברים הויא על הקנין דחל עכשיו, ב) שטר חוב דספירת הדברים הויא של שטר ראיה על מה שקרה בעבר, אמנם מסירת ספירת הדברים כזה גם מהני לקנות שעבודים.

[481] עיין בבית יוסף (חו"מ סימן קצא סק"ג) דהביא מח' ראשונים אם שטר בלשון עבר מהני לשטר קנין או לא.

וא"כ מובן דחלוק דיני ספירת הדברים בשטר קנין רגיל מספירת הדברים של שטר חוב. דלגבי שטר קנין רגיל הקנין חל ע"י מסירת הספירת דברים לפני עדים. אבל בנוגע לשטר חוב, מכיון דלשון השטר הוא על העבר כדי שתהא חלות שם ספירת דברים בעינן דהשטר יהא בירור גמור על המקרה שכבר קרה. ובזה אפשר לתרץ הסתירות ברמב"ם. דמצד אחד שטר חוב הוי שטר קנין דקונה השעבודים ולכן הרמב"ם פסק דע"מ מהני. אבל מצד שני, מכיון דלשון השטר הוא על העבר, הרמב"ם הצריך מדרגת בירור יותר גדול ממה דבעינן בשאר שטרי קנין, אלא שהע"מ יעשו שטר ראייה, ולכן בעינן כתב שאינו יכול להזדייף.[482] ובסוגיית שני שטרות הרמב"ם פסק דהשעבוד חל רק מסוף היום ולא משעת המסירה כי בשטר דלא כתוב בו שעות הבירור מתחיל רק מסוף היום, דדינו כשטר ראייה כמו בשטר דע"ח.[483]

ובזה גם נראה לבאר את שיטת הגאונים דבעינן שהע"מ יכתבו עוד שטר על מה שראו. דהגאונים האלו גם סבורים דשטר חוב יכול להיות שטר קנין רק עם ספירת דברים דשטר ראייה דהוי בירור גמור על החוב. ובלי ע"ח אחרים על עצם השטר חוב, הדרך ליצור בירור גמור וראייה בשטר חוב הויא ע"י זה דהעדים דמסירה יכתבו שטר שני ויחתמו עליו דראו מסירת השטר חוב. וע"י זה יש בירור גמור ושטר ראייה על ספירת הדברים דבשטר הראשון ולכן אפשר לקנות בו השעבודים.[484]

וע"פ היסוד הזה בגדר קנין דשטר חוב, אפשר לתרץ עוד קושיא חזקה על המושג דשטר חוב הוי שטר קנין. דהרי פשיטא דשטר קנין צריך להזכיר הקנין שנפעל ע"י השטר, כמו דהשדה מכורה לפלוני או שאשה זו מותרת לשוק ע"י שטר זה. אבל לשיטות דנוקטות דשטר חוב הוי שטר קנין, החפצא דעובר מהלוה למלוה הוא השעבודים. וא"כ איך נחלקו בגמ' (ב"מ יד.) בנוגע לשטר בלי אחריות אי אמרינן אחריות טעות סופר או לא. הרי בלי איזכור של האחריות, כל עצם החפצא של הקנין אינו נזכר בשטר והיאך השטר מהני לקנות בו השעבודים. וגם נראה דהמ"ד דאחריות לאו טעות סופר נקט הכי רק משום אומדנא דאם לא הזכירו השעבודים בשטר מסתמא אין דעת להקנות השעבודים, אבל בלי אומדנא כזו גם הוא מודה דשטר בלי איזכור של אחריות בעצם יכול לקנות השעבודים.

[482] לכאורה משמע מזה כדעת בעל חפץ חיים (לעיל אות ב) ששטר בע"מ בלבד יכול להיות שטר ראייה כשהכתב הוי כתב שאינו יכול להזדייף והע"מ מכירים את השטר והכתב.

[483] עיין בזה בתוס' (כתובות צד. ד"ה שני שטרות) דהשטר רק מוכח מתוכו בסוף היום.

[484] והוא חידוש דהשעבודים חלים מחמת ב' שטרות – בשטר דע"מ המהווה שטר קנין ובשטר השני שחתמו עליו דהוי שטר ראייה. ולכאורה לפי רבינו זצ"ל בשעת החתימה בשטר הב' הקנין חל למפרע משעת מסירת השטר הא' בפני הע"מ.

ונראה לבאר ע"פ הנ"ל. דספירת הדברים של שטר קנין רגיל באמת צריך לכלול הקנין העומד לחול. אבל ספירת הדברים של שטר חוב הויא ספירת דברים של ראיה על עצם החוב בלבד, ויש דין דמסירת הראיה על החוב מקנה למלוה את השעבודים. וא"כ מובן דהראיה דשטר צ"ל רק על המעשה דאירע בעבר (ההלוואה) ולא על החפצא דנקנה ממקנה לקונה (השעבודים) ע"י קנין שטר ומשו"ה יתכן לומר אחריות טעות סופר הוא.

אמנם עד כאן הנחנו דלפי הרמב"ם ע"מ בלבד מהני לקנות שעבודים בשטר חוב. ודייקנו את זה מדבריו (פרק יא מהלכות מלוה ולוה הל"ב) וז"ל וכן אם כתב שטר אע"פ שאין בו עדים ונתנו למלוה בפני עדים הרי זו מלוה בשטר עכ"ל. אך יתכן לבאר דברי הרמב"ם באופן אחר. דהרי מיד לפני זה, בתחילת ההלכה הרמב"ם איירי בשטר חוב בכתב ידו דלוה, וז"ל לוה שכתב שטר בכתב ידו והעיד בו עדים ונתנו למלוה הרי זה שטר כשר, וכן אם כתב שטר אע"פ שאין בו עדים ונתנו למלוה בפני עדים הרי זו מלוה בשטר עכ"ל. ומסמיכות דברי הרמב"ם ובמיוחד מהמלה "וכן" דמחבר בין הדינין, משמע דגם הדין השני קאי בשטר בע"מ בלי ע"ח אלא שכתוב בכתב יד דלוה.

ולפי"ז יש לפרש שני הדינים שברמב"ם. דבתחילה, הרמב"ם קבע דשטר שיש כתב יד דלוה וגם עדי חתימה כשר לגבות בו שעבודים.[485] ואז הרמב"ם המשיך לבאר דגם בלי ע"ח אם יש כתב יד דלוה עם ע"מ, השטר קונה שעבודים והמלוה יכול לגבות מנכסים משועבדים. והביאור בצירוף הזה בין כתב יד דלוה וע"מ הוא ע"פ היסוד הנ"ל. דבעצם שטר חוב הוי שטר קנין וע"מ כרתי וראוי לקנות שעבודים גם בלי כתב יד דלוה. אבל מכיון דספירת הדברים דשטר חוב הוא על העבר, בעינן ביורר יותר חזק משטר קנין רגיל, וכדי להגיע לדרגת הבירור דנצרך, בעינן כתב דאינו יכול להזדייף וגם שהשטר יהיה כתוב בכתב יד דלוה. ובזה חולקים הגאונים על הרמב"ם, דכאמור לעיל הגאונים מצריכים שטר חדש כדי להחיל חלות שם ספירת דברים על השטר חוב.[486]

[485] וצ"ע למה בעינן שני הדברים – כתב יד דלוה וגם ע"ח, דלכאורה שטר חוב ראוי להיות כשר לכל הפחות בע"ח לבד. ורבינו זצ"ל ביאר דהרמב"ם איירי במקרה דהלוה כתב השטר חוב בגוף ראשון. והיינו חושבים דחתימות עדים לא מהני בשטר כזה כי הלשון "אני פלוני ליתי מפלוני" אינו יכול להיות לשון עדות לעדים שחתמו. וקמ"ל דאעפ"כ זה נחשב כשטר חוב עם עדים דגובה מנכסים משועבדים. ורבינו זצ"ל הוסיף ואמר בנוסח קצת אחר דיש הו"א דגוף השטר אינו יכול להיות ב' דברים ביחד – שטר בכתב ידו דנחשב כהודאת בע"ד וגם עדות בכתב מדעת המתחייב. והרמב"ם בא ללמד דאע"פ דכבר יש לשטר הזה דין דשטר בכתב ידו, עדיין אפשר לחול בו הדין דעדות בכתב ע"י החתימות.

[486] עיין ברשימות שיעורים ליבמות (לא: בענין שטרות אות ו) למהלך דומה אבל שונה לביאור דברי הרמב"ם. דשם ביאר דשטר בכתב ידו הוי שטר ראייה ולא שטר קנין לגבי קנין שעבודים וצריך שטר בע"מ לעשות הקנין וכתב ידו לעשות שטר ראייה. אך צ"ע מ"ש קנין שעבוד מקנין בעין דהרמב"ם פסק דשטר בכתב ידו בלבד קונה חפצא בעין (פ"א מהל' מכירה הל"ז) וצ"ע. וי"ל דשטר חוב צ"ל עם קול, ויש קול רק בעדים ולא בכתב ידו בלבד.

יא

השו"ט בענין שטר דהוחזק כתב ידו בב"ד

הבאנו לעיל (אות י') הסוגיא בב"ב (קעו.) דדנה אם שטר דהוחזק כתב ידו בב"ד גובה מנכסים משועבדים. הגמ' חשבה להביא ראיה משיטת ר"א דשטר חוב עם ע"מ גובה מנכסים משועבדים. וקשה להבין הוכחת הגמ', דהרי בשלמא דניתן לומר דע"מ כרתי לפי ר"א גם בשטר חוב כדביארנו לעיל, אבל איפה יש עדי המסירה בהיכי תמצא דהוחזק כתב ידו בב"ד, דלכאורה אין עדים בכלל על המסירה. ועיין בר"ן (גיטין מז. בדפי הרי"ף) דביאר הגמ', וז"ל ופירושה דקא מקשינן עלה דרבי יוחנן מגובה מנכסים משועבדים דר"א דאלמא כל היכא דאיכא סהדי דידעי בשטרא גובה מנכסים משועבדים ואע"ג דלא חתימי אמלוה וה"נ הא ידעי ביה בי דינא עכ"ל. לכ' לפי הר"ן הבית דין הופך להיות הע"מ. אבל לפי זה עדיין קשה כנ"ל, דהב"ד רק ידעי על השטר לאחר המסירה והיאך זה מהני להיות ע"מ להחיל חלות שם מעשה קנין על מסירת השטר מהלוה למלוה כדי לקנות השעבודים.

ונראה לבאר ע"פ גדר קנין שטר וגדר ע"מ כרתי. דכבר ביארנו דלפי ר"מ גדר קנין בשטר הוא התפסת שטר ראיה ליד הקונה. אבל לפי ר"א דשטר קנין הוי חלות אחר משטר ראיה, מסתבר דמסירת השטר קנין הוי מעשה קנין בעלמא. אבל מביאור הר"ן לגמ' ב"ב נראה לומר דאפי' לפי ר"א אין הפשט דמסירת השטר עצמה הויא מעשה הקנין ובעינן ע"מ לראות המסירה כדי לאשווי שטרא. אלא דהקנין חל ע"י זה דהקונה תופס בשטר כבעל השטר, והשטר מעיד בשבילו. וכדי שהקונה יהא בעל השטר, המסירה לקונה צ"ל מדעת המתחייב. והפשט בע"מ כרתי הוא דבעינן עדים דידעו דהשטר נמסר מדעת המתחייב לקונה ולכן הקונה הוי בעל השטר. ועל פי זה נראה דהביטוי "עדי מסירה" הוא לאו דוקא ולא בעינן עדי ראייה ממש על המסירה בתורת מעשה קנין, אלא כל היכא דהעדים יודעים דהשטר נמסר מדעת המתחייב יש חלות שם עדי מסירה ע"פ דין. ועל פי זה נראה לומר בנידון דידן דראובן תופס בשטר חוב והוחזק כתב יד דלוה בב"ד, אז הב"ד עצמם הוו הע"מ דהם יודעים דהשטר הזה נמסר מדעת המתחייב וראובן הויא בעל השטר. ולא שנא ראיית העדים בשעת מסירת השטר עצמה, מידיעת העדים ע"י הוחזק כתב ידו דלוה לאחר זמן. וזה הפשט בלשון הר"ן וז"ל כל היכא דאיכא סהדי דידעי בשטרא גובה מנכסים משועבדים עכ"ל, אע"פ דהידיעה הזאת קורה לאחר זמן.[487]

[487] ולכאורה קנין השעבודים חל למפרע משעת מסירת השטר ולא משעת שהוחזק כתב ידו בב"ד.

ועל זה תירץ הגמ' וז"ל שאני התם דמשעת כתיבה שעבד נפשיה עכ"ל. והרמב"ן (גיטין, ספר הזכות מז. בדפי הרי"ף) פירש וז"ל דמתני' לענין גט חוב כיון שכתב לו הריני חייב לך מנה שלויתי ממך בשטר זה והעמיד עליו עדים ומסרו בפניהם כדי שיהיו עדים שלוה ממנו שעבודי שעבד נפשיה למלוה בשטר ועדים אבל הוחזק כתב ידו בב"ד לא העיד על עצמו בב"ד שלוה שלא על מנה שבשטר הם מעידין אלא על חתם ידו הם מעידין עכ"ל. והביאור בזה הוא דבשטר חוב דנמסר בפני עדי מסירה יש עדות דהלוה כתב ומסר השטר עם דעת המתחייב לשני דברים – א) דעת ליצור ראיה של שטר חוב, ב) דעת לקנין השעבודים. אבל בהוחזק כתב ידו בב"ד יש רק עדות דהשטר נמסר בדעת המתחייב בתורת ראיה, אבל אין עדות שהשטר נמסר בדעת המתחייב לקנין השעבודים וא"כ אין כאן קנין על השעבודים.

אבל עיין בר"ן דהביא לשון הרמב"ן בקצת שינוי, וז"ל אבל הוחזק כתב ידו בב"ד לא העיד הב"ד על עצמו שלוה שלא על מנה שבשטר הן מעידין אלא על חתם ידו הן מעידין עכ"ל. מאידך לשון הרמב"ן בספר הזכות הוא "אבל הוחזק כתב ידו בב"ד לא העיד על עצמו בב"ד שלוה", דמשמע כנ"ל דאין עדות על קנין השעבודים אבל לכל הפחות יש עדות דהשטר נמסר בתורת ראיה והמלוה הוא בעל השטר. אמנם בר"ן משמע דהחילוק בין שטר חוב בע"מ לפי ר"א לבין הוחזק כת"י בב"ד הוא חילוק יותר גדול, דהיינו דכשהוחזק כתב ידו בב"ד אין כאן עדות על ההלואה בכלל. דהרי הע"מ באמת רואין מסירת השטר אבל בהוחזק כת"י בב"ד כל העדות הוא רק על הכתב יד דהשטר ולא על ההלואה עצמה. ומכיון דכל תוכן העדות דב"ד הוא רק דהשטר אינו מזוייף ולא יותר מזה, אין לנו עדות דהמלוה הוי בעל השטר. ואע"פ דפסקינן דאם מצא שטר מקויים יחזיר למלוה כדי לגבות בו (אם אין חשש קנוניא וכדומה - עיין ב"מ יז.), וא"כ כשב"ד מקיימים השטר לכאורה הם גם מעידים דהמלוה הוי בעל השטר ושהוא יכול לגבות בו, אבל עדיין יתכן דבאמת הב"ד רק יכול להעיד שהשטר אינו מזוייף וזה שאנו מחזירים השטר למלוה אינו משום דהשטר מעיד דהוא הוי בעל השטר, אלא דמשום דמסתבר דהשטר נפל מידו. ומכיון דאין עדות על ההלואה עצמה אין ב"ד יכולים להיות הע"מ דמעידים דהמלוה הוי בעל השטר ושהשטר נמסר בדעת המתחייב.

ונמצא דהרמב"ן והר"ן נחלקו בהבנת תירוץ הגמ' דשאני הוחזק כתב ידו בב"ד משטר דנמסר לפני ע"מ. הרמב"ן ביאר דשאני הוחזק כתב ידו בב"ד דאין עדות הב"ד על דעת לקנין שעבודים אלא על דעת המתחייב לראיה. ואילו מלשון הר"ן משמע דשאני הוחזק כתב ידו בב"ד כי ב"ד רק ידעי על חתם ידו ולא על עצם החוב. וצ"ע למה הר"ן לא פירש

כמו הרמב"ן, דהרי הר"ן הביא את כל לשונו דהרמב"ן אלא דשינה מלה אחת, שכתב "לא העיד הב"ד על עצמו שלוה", ואילו לשון הרמב"ן בספר הזכות הוא "אבל הוחזק כתב ידו בב"ד לא העיד על עצמו בב"ד שלוה" והר"ן הקדים המלה "ב"ד" למלה "על עצמו" כדי לפרש פירוש אחר בתירוץ הגמ'. ונראה לבאר דהרמב"ן חילק לגבי מסירת שטר חוב למלוה בין דעת המתחייב לשטר ראיה לבין דעת המתחייב לקנין השעבודים. אבל יתכן דהר"ן נקט דא"א לחלק כך, דאם יש לנו עדות דהיה דעת המתחייב לראיה בשעת מסירת השטר, בזה סגי לאשווי שטר קנין לאחר זמן.

ויותר נראה דלא נחלקו הרמב"ן והר"ן בכלל אלא דשניהם התכוונו לפשט אחר בתירוץ הגמ' דעולה מדברי שניהם ביחד. דהיינו, דבציור של ע"מ דרואים במוחש מסירת השטר, אזי יש עדות על זה דהמלוה התופס בשטר באמת הוי בעל השטר ובזה הוא קונה השעבודים וכנ"ל. אבל בציור דהוחזק כתב ידו בב"ד, הב"ד דראויים להיות הע"מ לא יודעים כלום על עצם ההלואה אלא רק על חתם ידו דהלוה. ואפי' אם נאמר דזה דהמלוה הוי בעל השטר כלול בעדות דב"ד על החתם ידו דלוה (נגד הביאור הראשון שכתבנו בר"ן לעיל), ועכשיו יש עדות דהמלוה הוי בעל השטר, עדיין הוא אינו יכול לגבות ממשועבדים. כי יש דין דהעדות דעדי המסירה אינו יכול לפעול יותר מהדבר שהם מעידים עליו. ומכיון דהעדות של הב"ד מתחיל בכתב ידו דלוה ולא בהלואה עצמה, תוצאת העדות שלהם מוגבל לכח של כתב יד דלוה, ולכן השטר יכול לגבות רק מבני חרי אבל לא ממשעבדי.

יב

מוכח מתוכו בסוגיית שני שטרות היוצאין ביום א'

כבר הבאנו הגמ' בכתובות (צד.) דתולה הדין דשני שטרות היוצאין ביום אחד במח' אם ע"ח או ע"מ כרתי, וז"ל אתמר ב' שטרות היוצאים ביום אחד, רב אמר חולקין ושמואל אמר שודא דדייני, לימא רב דאמר כר"מ דאמר עדי חתימה כרתי ושמואל דאמר כרבי אלעזר דאמר עדי מסירה כרתי עכ"ל. ועיין ברמב"ן (ספר הזכות גיטין מז.) דהקשה מזה על השיטות דאין ההלכה כר"א בשאר שטרות, דהרי פסקינן כשמואל דסבר שודא דדייני ולפי הגמ' שם שמואל קאי בשיטת ר"א דע"מ כרתי, וז"ל וקי"ל הלכה כשמואל דר"נ דהוה דיינא עבד בהו שודא וכשתאמר שאין הלכה כר"א בשטרות קשיא הלכתא אהלכתא וזו שאלה קשה על דעת רוב הפוסקים הגאונים שפוסקים כר"א בגיטין ולא בשטרות עכ"ל.

והרמב"ן תירץ דהגמ' בכתובות רק תולה הדין דיחלוקו בשיטת ע"ח כרתי לפי המ"ד דעדיו בחתומיו זכין לו. אבל אם לא אמרינן עדיו בחותמיו זכין לו, אז גם ר"מ דסבר ע"ח כרתי יפסוק שודא דדייני ולא יחלוקו, וז"ל ותשובת שאלה זאת שכשאמרו בגמ' דלר"מ חולקין וליכא שודא אלא לר"א לא נאמרה שיטה זו אלא לדברי האומר עדיו בחתומיו זכין לו דשמעינן ליה לשמואל דאמר הכי בפ"ק דמציעא דודאי כיון דעדיו בחתומיו זכין הרי שתיהם כאילו נחתם בשעה אחת אפי' מסר וחזר ומסר שניהן קונין משעת חתימה שהיא לשניהם כאחד ושניהם זוכין כאחד עכ"ל. ואז הרמב"ן המשיך וכתב דאפי' למ"ד עדיו בחתומיו זכין לו וע"ח כרתי הדין הוא יחלוקו רק אם הוא כתב השטר השני לפני מסירת השטר הראשון. אבל אם כתב ומסר השטר הראשון ורק אז כתב ומסר השטר השני כו"ע לא פליגי דהשטר הראשון חל לפני השני. ואם מספקינן איזה נכתב ונמסר ראשון הפסק הוא שודא דדייני אפי' למ"ד דע"ח כרתי.

אמנם עיין בתוס' שם (ד"ה לימא) דאפי' אם השטר הראשון נכתב ונחתם ונמסר לפני כתיבת השטר השני עדיין הפסק הוי יחלוקו כי בעינן דיהא מוכח מתוך השטר עצמו מתי הקנין חל, וז"ל וכיון דעיקר הוא השטר ומתוך עדים החתומים בשטר אין ניכר שקדם קנינו של זה לקנינו של זה הלכך קונין שניהם בבת אחת אפי' נכתב ונחתם ונמסר לאחד תחלה ואח"כ נכתב ונמסר לשני אע"פ שמתוך עדי מסירה ניכר דלא חשיב להו עדי מסירה עיקר וכו' עכ"ל. ומשמע דהרמב"ן והתוס' נחלקו אם בעינן מוכח מתוכו בשטר קנין אליבא דר"מ.

והתוס' והרמב"ן אזלי לשיטתם במקום אחר. דהרי איתא במשנה בגיטין, וז"ל היו לו שתי נשים ושמותיהן שוות, כתב לגרש את הגדולה לא יגרש בו את הקטנה עכ"ל. והגמ' שם מדייקת דאפשר לגרש בו הגדולה אע"פ דיש להן שמות שוות, וז"ל קטנה הוא דלא מצי מגרש ביה הא גדולה מצי מגרש ביה וכו' א"ל אביי וכו' הכא נמי בעדי מסירה ור' אלעזר היא עכ"ל. כלומר, דלפי אביי המשנה קאי בשיטת ר"א דע"מ כרתי, אבל לפי ר"מ דע"ח כרתי הוא לא היה יכול לגרש אפי' את הגדולה. ועיי"ש בתוס' (גיטין כד: ד"ה בעדי) דביארו דלפי ר"מ החסרון בשמותיהן שוות הוא דאין השטר מוכח מתוכו וז"ל אבל לר' מאיר בעינן שיהא מוכח מתוך החתימה שנכתב לשם זה האיש ואשה זו ולא מהני עדי מסירה עכ"ל. אבל הרמב"ן (גיטין כד: ד"ה אלא מאי) חולק על התוס' ונקט דלא בעינן מוכח מתוכו אפי' לר"מ, וז"ל איכא למידק למה לי למימר ר"א היא דילמא בעידי חתימה אלא דאיכא נמי עידי מסירה שלא לחוש לשני יוסף בן שמעון ודברי הכל היא, וי"מ דלר"מ כיון דמשום עידי חתימה אין גירושיה מתבררין פסול דבעינן מוכח מתוכו,

וכן מפורש בתוספות, ולאו מילתא היא דא"כ שני יוסף בן שמעון הדרים בעיר אחת אין מגרשין נשותיהם אלא אם כן כותבין דורות עכ"ל. ונמצא דנחלקו לשיטתם אי לפי ר"מ בעינן מוכח מתוכו בשטר.

ולכאורה שיטת הרמב"ן קשה טובא. דהרי כל גדר קנין שטר לפי ר"מ הוא התפסת הראיה ביד הקונה, ובלי מוכח מתוכו חסר כל הראיה. וא"כ איך הוא יכול לנקוט דבלי ראיה ברורה יש חלות דשטר קנין אליבא דר"מ. ונ"ל דגם הרמב"ן מודה דבעינן מוכח מתוכו אלא דסבר דתפיסת הקונה עצמו משלים המוכח מתוכו. דהיינו, כשאשה אחת תופסת בגט, אע"פ דמלשון הגט א"א לידע לאיזה אשה נכתב, עצם זה שהיא תופסת הגט מצטרף ללשון הגט ויוצר ראיה גמורה דלשון הגט מתייחס לה ולא לחברתה.[488] והכח דתפיסת בעל השטר להשלים הענין דמוכח מתוכו עולה מדברי הגמ' (ב"ב קעב.-קעב:) וז"ל ההוא שטרא דנפק לבי דינא דרב הונא דהוה כתיב ביה אני פלוני בר פלוני לויתי מנה ממך עכ"ל. ופסקינן שם דתופס השטר יכול לגבות בה אע"פ דלא כתוב בו שמו. ולכאורה קשה, כי כל המחלוקת בין התוס' והרמב"ן לגבי מוכח מתוכו איירי רק בשטר קנין. אבל בשטר ראיה לכאורה פשיטא דבעינן דהסיפור יהא מבורר מתוך השטר דאל"כ אין לנו עדות בכתב, וא"כ היאך שטר דלא מזכיר שם המלוה יכול לפעול בתורת שטר ראיה.[489] ומוכרח מזה דתפיסת בעל השטר יכול להשלים הראיה בדברים דלא נזכרים בתוך השטר. והחלות דמוכח מתוכו חלה ע"י הצירוף בין מה שכתוב בשטר ותפסית בעל השטר.[490]

נמצא דנחלקו התוס' והרמב"ן לגבי הצורך למוכח מתוכו בשיטת ר"מ. דלפי התוס' כדי לומר ע"ח כרתי בעינן דהשטר עצמו יהא מוכח מתוכו והרמב"ן נקט דאפי' אם השטר עצמו אינו ברור כל צרכו, הענין דמוכח מתוכו מושלם ע"י תפיסת בעל השטר.

וא"כ מובן למה הרמב"ן נקט דכשכתב ומסר לראשון ורק אז כתב ומסר לשני הדין הוא דהשטר הראשון חל, והפסק דיחלוקו שייך רק היכא דכתב וכתב, ואז מסר ומסר. כי כשהשטר הראשון כבר נמסר לקונה לפני כתיבת השני, עצם זה דהגברא תפוס בשטר הראשון גומר את החלות דמוכח מתוכו ומחיל את הקנין, ואע"פ דלשון שטר כשלעצמו רק מורה על סוף היום. ואילו כשהשטר השני כבר נמצא בעולם לפני מסירת השטר

[488] ועיין לקמן בשיעורים (אות יד) דבאמת לפי הרמב"ן בעינן מוכח מתוכו לגבי כתב שאינו יכול להזדייף כי לגבי חשש זיוף אין תפיסת בעל השטר יכול להשלים הראיה.

[489] עיין בתומים (סימן נ סק"א) דדחק לומר דהגמ' קאי רק לפי ר"א דלא בעי מוכח מתוכו.

[490] והשווה לשו"ת חתם סופר (אה"ע חלק ב סימן יב) דביאר שיטת הרמב"ן וז"ל הוה שפיר מוכח מתוכו דתפיסתו שבידו מוכיח דהוא הוא דמה שביד אדם הוא שלו עכ"ל.

הראשון, אזי תפיסת הקונה בשטר הראשון אינו משלים את החלות דמוכח מתוכו מכיון דיש שטר בעולם דסותר את התוכן של השטר דיש לו בידו. ולכן בציור דכתב כתב מסר מסר לפי ר"מ דע"ח כרתי הדין הוא דיחלוקו, כי רק במקרה כזה אין חלות מוכח מתוכו ע"י תפיסת הראשון. וכל זה רק למ"ד דעדיו בחתומיו זכין לו דסבר דהשטר קונה משעת החתימה ולכן המציאות דהשטר השני ממש סותר לשטר הראשון.[491] אבל למ"ד דלא אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו, הקנין חל משעת המסירה ולכן עצם המציאות דהשטר השני אינו סותר המוכח מתוכו דהשטר הראשון.

ונראה להביא ראיה לדעת הרמב"ן דלפי ר"מ תפיסת הקונה בשטר משלים את החלות דמוכח מתוכו וגורם את הקנין. דהרי המשמעות דסוגיית שני שטרות היוצאים ביום אחד הוא דזמן השטר הוי חלק מהחלות דין דמוכח מתוכו. דהרי לפי המ"ד דע"ח כרתי, בלי כתיבת שעות הקנין חל רק בסוף היום כשברור דהזמן הכתוב בשטר כבר עבר. אבל מאידך, מבואר במשנה (גיטין פו.) דגט אשה בלי זמן עדיין כשר מדאורייתא. ולכאורה

[491] רבינו זצ"ל ביאר דגדר הדין דעדיו בחתומיו זכין לו הוא דכיון דקנין שטר נעשית ע"י הראיה שבו (כמש"כ לעיל), הקנין חל מהזמן דהעדות שבשטר מתחיל, דהיינו משעת החתימה. אלא דבעינן לחכות עד שעת המסירה דנשלם הראיה שבשטר ע"י תפיסת בעל השטר ואז הקנין חל למפרע מתחילת ההגדה. והמ"ד דלא אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו נקט דמכיון דהראיה רק נשלם משעת המסירה הקנין חל רק מאז. ולפי זה פשיטא דלא אמרינן עדיו בחותמיו זכין לו בגט אשה כדי דהגירושין תחול למפרע משעת החתימה, דהרי הגירושין חל ע"י מעשה הנתינה עצמה ולא דהמסירה הויא רק דרך להשלים הראיה שבו. וזה בניגוד לתוס' (ב"מ יט. ד"ה וליחוש) דביארו דלא אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו בגט אשה בגלל דחוב הוא לה.

אבל יש להקשות דאם זה הפשט בעדיו בחתומיו זכין לו, למה הגמ' (ב"מ יט.) קובעת דהדין דעדיו בחומתיו זכין לו קיים רק היכא דהקנין הויא זכות בעד הקונה, אבל לפי המ"ד דחוב הוא לעבד לצאת לחרות לא אמרינן עדיו בחותמיו זכין לו. דבשלמא אם עדיו בחתומיו זכין לו קשור לדין דזכין לאדם שלא בפניו, אזי תליית הגמ' שפיר מובנת. אבל לפי הפשט הנ"ל דקנין שטר חל ע"י הראיה שבו דמתחיל משעת החתימה, למה זה תלוי בזכות או חוב.

ורבינו זצ"ל תירץ ע"פ הגמ' בב"מ (יב.) דחצר משום שליחות לא מהני בגט בע"כ דאשה משום אין חבין לאדם שלא בפניו. ולכן חצר בציור כזה מועיל רק מדין יד. והפשט בזה הוא דאם חצר מדין שליחות איתרבאי אזי האשה עצמה אינה עושה המעשה דקבלת הגט אלא דמעשה הקבלה נעשית ע"י שלוחה החצר, ואז הגירושין חלין ממילא. ובקנין דחל ממילא יש לנו הכלל דאין חבין לאדם שלא בפניו, דהיינו דבעינן דהקונה עצמו ישתתף במעשה הקנין. ולכן חצר משום שליח אינו מועיל לגט אשה בע"כ. וכמו כן יש לפרש הגמ' לקמן בב"מ (יט.) דקנין שטר לפי המ"ד עדיו בחתומיו זכין לו חל ממילא ע"י העדות דהחתימות בלי מעשה קנין של הקונה. ומכיון דהקונה אינו משתתף במעשה קנין, שייך הכלל דאין חבין לאדם שלא בפניו - לאו משום דעדיו בחתומיו זכין לו תלוי בזכין לאדם שלא בפניו, אלא משום דין יותר כללי דכל קנין דחל ממילא בעינן דהקונה בעצמו יתרצה בזה, דהיינו כשיש לו בזה זכות ולא חובה.

ורבינו זצ"ל המשיך והקשה דבעצם כל הסוגיא שם בב"מ קשה כי איך אפשר לומר דעדיו בחתומיו זכין לו שייך לשחרור עבד. הרי כבר ביארנו דלגבי גט אשה לא אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו כי הקנין חל ע"י המעשה נתינה ולא ע"י הראיה שבו. ומכיון דאנו לומדים שטר שחרור מגט אשה גם בשטר שחרור הקנין חל ע"י מעשה הנתינה ולא ע"י הראיה שבו. וא"כ היאך שייך לומר דלאחר המסירה הקנין חל למפרע משעת החתימה. ורבינו זצ"ל נשאר בצ"ע.

זה צ"ע טובא, דאם זמן השטר נצרך כדי להיות מוכח מתוכו, איך גט בלי זמן כשר מדאורייתא לפי המ"ד דעדי חתימה כרתי.[492]

והגר"מ זצ"ל תירץ בשם אביו הגר"ח זצ"ל דקושיא זו יכול להיות המקור לשיטת הרמב"ן דמוכח מתוכו נשלם ע"י תפיסת בעל השטר. ורק לגבי ב' שטרות דיוצאים ביום אחד אין תפיסת הראשון משלים החלות דמוכח מתוכו כי מציאות השטר השני סותרת את התוכן והתפיסה דהשטר הראשון. ויכול להיות דהרמב"ן דייק מזה דגם לגבי דברים אחרים כמו השמות וכדומה ר"מ לא בעי מוכח מתוך השטר עצמו אלא דתפסית בעל השטר יכול להשלים חלות מוכח מתוכו כדי ליצור הראיה. אבל גם אפשר לדחות הראייה מזמן בגט לכל דבר אחר דהרי יש לחלק בגיטין בין הצורך לזמן כדי להיות מוכח מתוכו, ודברים אחרים כמו שמות האנשים. דיתכן דלגבי השמות בגט בעינן מוכח מתוכו מתוך גופו של הגט עצמו, ורק לגבי זמן סגי בתפיסת בעל השטר להשלים את החלות דמוכח מתוכו.[493]

והר"ן (גיטין מז. בדפי הרי"ף) חולק על הרמב"ן במקרה דכתב ומסר וכתב ומסר. דהרמב"ן נקט דהשטר הראשון חל ע"י המסירה ואח"כ המקנה אינו יכול לחזור בו והשטר השני פסול מעיקרו. אבל הר"ן סבר דאע"פ דלאחר המסירה לראשון המקנה אינו יכול לחזור בו, עדיין כתיבת ומסירת השטר השני באותו יום גורם לדין דשני השטרות חלין בסוף היום ולפי ר"מ הדין הוי יחלוקו ולא שודא, וז"ל ואין הנדון דומה לראיה דאנן ודאי מודינן שהכותב שטר מתנה לחבירו ומסרו לו אע"פ שלא כתב שעות אינו יכול לחזור בו ולא בשמסרו בלבד אלא אפילו בין כתיבה למסירה אין חזרתו כלום שכיון שאין עדי חתימה מקנין אלא בשעת מסירה נמצא שההקנאה נעשית לאחר חזרתו בשעה שמסר ואעפ"כ אם הקנה לאחר באותו היום אע"פ שכבר מסר לראשון יד שניהם שוה שכיון שאין כותבין שעות ועדי חתימה המקנין הרי הוא כמשייר בקניינו שלא יקנה אלא בקנין [ברי] ומי שאינו יכול לברר אם קנה מתחלת היום או מסוף היום שדינן אותו לסוף היום ונמצא זכות חבירו שוה לו עכ"ל. ולכאורה דעת הר"ן צ"ע דאם המקנה אינו יכול לחזור בו היאך הוא יכול לכתוב ולמסור שטר הקנאה לשני.[494]

[492] וכן הקשה בקובץ ביאורים לגיטין (אות נח) ונשאר בצ"ע.

[493] ולכאורה ביאור החילוק בין הזמן לבין השמות הוא דהשמות הוו חלק מגופו של גט ולכן בעינן מוכח מתוך הגט עצמו, לעומת הזמן דאינו חלק מעצם חפצא דגט ולכן סגי במוכח מתוכו ע"י תפיסת בעל השטר.

[494] יש לעיין בדעת התוס' האם לאחר נתינת שטר קנין בלי שעות המקנה יכול לחזור בו או לא. ועיין ברשב"א (ב"ב לה. ד"ה ופרקינן) שביאר בדעת התוס' דבאמת הקנין אינו חל עד סוף היום והמקנה יכול לחזור בו, וז"ל וזו אינה קושיא כ"כ דאין הכי נמי לר"מ דלא קנה מכח השטר אלא משעה שמוכיח מתוך השטר, וזה מתברר בגיטין פ"ב (כד:) גבי היו לו שתי נשים ששמותיהן שוין דלר"מ דאמר עידי חתימה כרתי אי אפשר לגרש את אחת מהן אלא א"כ יכתוב אבות או ישלש שיוודע מתוכו של גט איזו המתגרשת ואע"פ שהעדים החתומין על הגט מעידין שזו היא שגירש ולשם זו נכתב, והטעם כמו שאמרנו דכיון דלר"מ עידי חתימה בלחוד כרתי הא אין הכל תלוי

ונראה לבאר דהר"ן בעצם סובר כמו הרמב"ן דהחלות דמוכח מתוכו מושלם ע"י תפיסת הקונה. ולכן, אם כתב ומסר שטר קנין לקונה אע"פ דהשעה המדוייקת דהקנין חל בה לא מבוארת מתוך השטר, מ"מ המקנה אינו יכול לחזור בו כי הקונה כבר תופס בשטר וזה משלים הראיה דמוכח מתוכו. אבל הדבר היחיד דהמקנה יכול לעשות כדי לקלקל את הקנין דהראשון הוא לכתוב ולמסור שטר לשני דעכשיו יש דבר דסותר התוכן דהשטר הראשון. ובנקודה הזאת נחלקו הרמב"ן והר"ן. דהרמב"ן נקט דלאחר הגעת השטר ליד הראשון והמוכח מתוכו נשלם ע"י תפיסתו, לא קפדינן אם יש שטר אחר בעולם דמכחיש התוכן דהשטר הראשון. אבל הר"ן חולק על זה וסבור דגם לאחר המסירה לראשון ונשלם הענין דמוכח מתוכו, עדיין עד סוף היום אפשר לקלקל הראיה שבשטר ע"י כתיבת ומסירת שטר שני באותו יום דסותר התוכן דהשטר הראשון.

יג

עדיו בחתומיו זכין ועדי מסירה כרתי

ועיין עוד ברמב"ן (גיטין ספר הזכות מז:) דהביא הדין דעדיו בחתומיו זכין לו להוכיח דגם ר"א מודה דע"ח כרתי, וז"ל עוד ראיה לדבר מדאשכחן לשמואל דסבר עדיו בחותמיו זכין לו אלמא עדי חתימה כרתי דאי ודאי עדי מסירה לבד כורתין חתימה אינה עושה כלום ולא נהגו בה אלא כדי לסמוך על חזקתן שבעדי מסירה נתן ושמעינן ליה הכא דאמר הלכה כר"א אף בשטרות אלא ש"מ דר"א נמי מודה בעדי חתימה הלכך קאמר דמשעת חתימה זוכין עכ"ל. כלומר, דשמואל פסק כר"א וגם פסק דעדיו בחתומיו זכין לו, ושני הדברים האלו רק יכולים לדור בכפיפה אחת אם ר"א מודה דגם ע"ח כרתי.

ואמר רבינו זצ"ל שבילדותו קודם שלמד את שיטת הרמב"ן שאל את קושייתו משיטת שמואל על שיטת ר"ת דרק ע"מ כרתי. והגר"מ זצ"ל תירץ ע"פ יסוד בע"מ כרתי לפי ר"א. דאין הפשט דבעינן עדות דוקא בשעת המסירה, אלא דבעינן עדות דוקא בשעה דהקנין חל. כי הע"מ מחילים את החלות שם שטר על הנייר בשעת המסירה, והחלות שם שטר והקנין אז תמיד חלין בבת אחת. ולכן לגבי גט דהקנין חל בשעת נתינת הגט, ר"א נקט דעדי מסירה כרתי דוקא (לפי ר"ת), כי הקנין דגירשין והשם שטר דגט חלין כאחת בשעת הנתינה. ואילו בשטרי ממון לפי המ"ד דעדיו בחותמיו זכין לו הקנין והשם שטר נמי חלין בבת אחת משעת החתימות למפרע משעת החתימות. ולכן גם זה קונה לר"א. כי

אלא במה שמוכיח מתוך השטר עכ"ל. לפי ביאור הרשב"א בדעת התוס' יוצא דהר"ן הויא דעת ממוצעת בין התוס' והרמב"ן. דלפי התוס', עצם הקנין אינו חל עד סוף היום והמקנה עוד יכול לחזור בו. לפי הרמב"ן מסירת השטר קונה כל כך דאפי' כתיבת ומסירת שטר שני אינו מגרע מהקנין דהראשון. והר"ן נקט דלאחר מסירת שטר קנין המקנה אינו יכול לחזור בו, אבל כתיבת ומסירת שטר שני מגרע הקנין דהראשון והדין הוי יחלוקו. ורבינו זצ"ל הקשה על הר"ן מאי שנא כתיבת ומסירת שטר שני מסתם לחזור בו מהקנין.

בשטרי ממון העדים החתומים על השטר גורמים שהשם שטר והקנין יחולו בבת אחת ולכן יש להם חלות דין כמו עדי מסירה לפי ר"א ומועילים.[495]

יד

תוד"ה כתב על הנייר - שטר שהוא יכול להזדייף לפי ר"מ.

עיין בתוס' דר"ת נקט דלפי ר"מ לעולם בעינן מוכח מתוכו בכל שטר קנין ולכן בעינן כתב שהוא אינו יכול להזדייף. ונחלקו בזה הראשונים. דאיתא בגיטין (כב.-כב:) דרק ר"א מכשיר גט על דבר שהוא יכול להזדייף אבל לפי ר"מ גט כזה פסול. ועיין ברש"י (כב: ד"ה ר' אלעזר היא) דביאר הטעם דלפי ר"מ בעינן דבר שאינו יכול להזדייף, וז"ל ר' אלעזר היא - דאמר חתימת הגט אינה מן התורה ולא סגי למיתביה בלא עדי מסירה דאינהו הוא דעבדי כריתות דעל כרחיך בעינן עדים דילפינן (גיטין צ.) ערוה דבר דבר מממון והלכך לא חיישינן לדלמא מזייפא דהא אמרן צריכי למיקרייה ואי הוה ביה תנאה אינהו ידעי ומ"ד עדי מסירה עיקר הבאה לינשא צריכה להביא עדים שנמסר לפניהם, אבל לר' מאיר דאמר לא בעינן עדי מסירה איכא למיחש לזיופא דמאן דסמיך אעדי חתימה אשה הבאה לינשא בגט אינה מביאה לפנינו עדים החתומים בו אם יש מכירים בחתימתן ואם יש תנאה וזייפתיה ליכא דידע עכ"ל. ומשמע מרש"י דהחסרון לפי ר"מ הוא רק משום דאין עדי מסירה נמצאים כלל ואין היא יכולה להביא את הע"ח לב"ד ולכן יש לחשוש דהיה ביה תנאה ומחקה. והתוס' (כב. ד"ה מאן חכמים) דייקו מרש"י דאי היתה מביאה עדי החתימה דידעי אם היה בגט תנאי או לא, דהגט היה כשר אפי' לפי ר"מ. והקשו התוס' על רש"י דגט על דבר שיכול להזדייף פסול מפאת דאינו מוכח מתוכו ואפי' אם היא מביאה הע"ח וז"ל ואי אפשר לומר כן דלר' מאיר בעינן שיהא מוכח מתוכו כדמשמע בריש כל הגט (גיטין כד:) ובדבר שיכול להזדייף אין מוכיח מתוכו כלום עכ"ל. ומשמע דרש"י חולק על התוס' וסבור דלא בעינן מוכח מתוכו בגט.

וכמו כן נחלקו לקמן בגיטין (כד:) לגבי אם יש לאיש אחד שתי נשים באותה שם ולא מבורר מתוך הגט לאיזה מהן נתכוון. וכבר הבאנו לעיל (אות יב) דהגמ' תולה הדין הזה במחלוקת בין ר"מ ור"א, דלפי ר"מ גט כזה פסול עד שישלש ויפרט בתוך הגט לאיזה אשה נתכוון ולפי ר"א גט כזה כשר בע"מ. והבאנו לעיל דנחלקו התוס' והרמב"ן בביאור תליית הגמ', דלפי התוס' (ד"ה בעדי מסירה) החסרון לפי ר"מ הוא דבעינן מוכח מתוכו וז"ל אבל לר' מאיר בעינן שיהא מוכח מתוך החתימה שנכתב לשם זה האיש ואשה זו ולא

[495] ולכאורה זה צ"ע דלפי ביאור רבינו זצ"ל לעיל כל הטעם דהקנין חל משעת החתימות הוא בגלל דזה גורם העדות בכתב והעדים (הראיה) גורמים את הקנין. וכל זה רק שייך לר"מ דע"ח כרתי. אבל רבינו זצ"ל ביאר למעלה דלפי ר"א קנין שטר תלוי אך ורק במעשה מסירה וצ"ע.

מהני עדי מסירה עכ"ל. אבל הרמב"ן (ד"ה אלא מאי) חולק על זה וסבור דלא בעינן מוכח מתוך לשון הגט לאיזה אשה הוא רוצה לגרש. ויש לדייק דרש"י סבור כמו הרמב"ן דאין צורך בעצם לשלש השמות אפי' לפי ר"מ דהרי רש"י (ד"ה הכא נמי) ביאר הפסול לפי ר"מ באופן אחר, וז"ל אבל בעדי חתימה לעולם אימא לך דחיישינן שמא את חברתה גירש וחיישינן לנפילה וגבי שטרי חוב נמי אין יכולין להוציא שטר חוב על אחרים דחיישינן לנפילה עכ"ל. וזה גם רש"י לשיטתו, דכמו דלא הצריך מוכח מתוכו לגבי דבר שהוא יכול להזדייף, כמו כן רש"י לא הצריך מוכח מתוכו לגבי פירוט השמות.

והרמב"ן הוי דעה שלישית בנידון. דלגבי פירוט השמות, כבר הבאנו דהרמב"ן נקט דאפי' ר"מ לא בעי משולשין. אבל לגבי דבר שהוא יכול להזדייף הרמב"ן (גיטין כב: ד"ה לא הכשיר) חילק כמו ר"ת דרק לפי ר"א שטר קנין על חרס כשר אבל לפי ר"מ הוא פסול ומשמע דהטעם משום דבדבר שהוא יכול להזדייף אינו מוכח מתוכו. וא"כ שיטת הרמב"ן קשה להולמה. דמדוע הוא מקפיד על דבר שאינו יכול להזדייף מדין מוכח מתוכו, אבל מכשיר גט בלי פירוט השמות אע"פ דאינו מוכח מתוכו.

ונראה לחלק ע"פ מה דייסדנו (לעיל אות יב) בשיטת הרמב"ן בענין מוכח מתוכו. דבאמת גם הרמב"ן מודה דבעינן מוכח מתוכו בשטר קנין לפי ר"מ אבל הוא סבור דאפי' אם אין הכל מפורט ומבאור מתוך השטר עצמו, עדיין תפיסת בעל השטר משלימה את המוכח מתוכו. וסברא זו מהניא לגבי זמן השטר וגם לגבי פירוט השמות, ולכן הרמב"ן לא הקפיד שהזמן והשמות יהיו מבוררין מתוך גוף הגט עצמו, דתפיסת בעל השטר יכולה להשלים את הראיה שחסרה. מאידך לגבי דבר שהוא יכול להזדייף ס"ל דתפיסת בעל השטר אינו יכול להשלים את הבירור, דהרי יש חשש דזייף את כל מה שכתוב בשיטה. והחשש הזה אינו מוכרע בתפיסת בעל השטר עצמו דהרי כל החשש הוא דבעל השטר זייף את שטר ומחק ממנו איזה תנאי. ובכך מבואר למה הרמב"ן נקט דעה אמצעית, דהיינו דבעינן מוכח מתוכו לגבי דין דבר שהוא יכול להזדייף אבל סגי ליה בלי מוכח מתוך השטר עצמו בפירוט שמות וזמן.

טו

מחלוקת האמוראים בשיטת ר"א לגבי דבר שהוא יכול להזדייף

נחלקו האמוראים בגמ' (גיטין כב:) באיזה שטרות ר"א הכשיר דבר שהוא יכול להזדייף, וז"ל ואמר ר"א לא הכשיר ר"א אלא בגיטין, אבל בשאר שטרות לא דכתי' ונתתם בכלי חרש למען יעמדו ימים רבים, ורבי יוחנן אמר אפי' בשטרות, והכתיב למען יעמדו ימים רבים, התם עצה טובה קמ"ל עכ"ל. ונחלקו הראשונים בביאור מחלוקת האמוראים.

ר"ת (ט. תוד"ה כתב) נקט דלכו"ע ר"א הכשיר דבר שהוא יכול להזדייף בכל שטר קנין, ונחלקו האמוראים רק אם ר"א גם הכשיר שטרות העומדים לראיה, וז"ל ואע"ג דאמר בגיטין בסוף פרק שני (דף כב: ושם) לא הכשיר ר' אלעזר אלא בגיטין אבל בשטרות לא, ה"מ בשטרות העומדות לראיה דבעינן ראוי לעמוד ימים רבים אבל זה שאינו עשוי אלא לקדש בו אשה ולקנות בו שדה כעין גיטין הוה שעשוי לגרש בו את האשה לפי שעה עכ"ל. וכן מבואר לפי דעה אחת בתוס' (גיטין כב: ד"ה אבל בשטרות). ונראה דלפי ר"ת דרב יוחנן נקט דע"מ כרתי גם שייך לשטר ראיה ולכן לא בעינן דבר שאינו יכול להזדייף, דאם המלוה תופס בשטר ויש לו ע"מ דראו מסירת השטר מהלוה למלוה, אז המלוה יכול לטעון שטרך בידי מאי בעי נגד טענת הלוה דפרעתי.

ולכאורה השיטה הזאת קשה טובא דהרי פשוט דגדר שטר ראיה הוא הגדת עדות בכתב, ועדי המסירה אינן בכתב ולכן אין יכולין ליצור שטר ראיה נגד טענת פרעתי. ומוכרח לומר דלפי רב יוחנן דר"א הכשיר אפי' "בשטרות העומדים לראיה" הכוונה היא רק לשטר שעבוד דאינו באמת שטר ראיה, אלא דהשטר קונה השעבוד בתורת שטר קנין. ונראה דכו"ע לא פליגי דשטר חוב דנכתב בלשון "ראובן לוה מנה משמעון" פסול אם הוא יכול להזדייף אפי' בע"מ דהרי אין כאן ראיה בכתב.[496] ונחלקו האמוראים בדעת ר"א לגבי שטר שעבוד בלשון "הריני חייב לך מנה ומשועבד לך" דהשטר יוצר התחייבות ושעבוד.[497] דאם שטר כזה נכתב באופן דיכול להזדייף, רב יוחנן נקט בדעת ר"א דהשטר כשר והשעבוד חל, ור"א (האמורא) נקט בדעת ר"א (התנא) דאע"פ דע"מ בשטר דיכול להזדייף מועיל בשאר שטרי קנין, אך הוא פסול בשטר שעבוד. וצ"ע לפי ר"א (האמורא) מאי שנא שטר שעבוד משטר קנין דעלמא לגבי ע"מ במקום דיכול להזדייף.

ונראה לבאר דר"א נקט דאע"פ דשטר שעבוד מהווה שטר קנין, אבל יש דין מיוחד דשטר שעבוד צ"ל אינו יכול להזדייף בשונה מכל שטר קנין אחר. דהרי כל גדר שעבוד נכסים הוא הכח לגבות בע"כ דלוה עצמו. דשעבוד נכסים הוא כדין ערב (ב"ב קעד.) וזה שייך רק אם יש למלוה הבטחון דהוא יכול לגבות בלי סיוע מהלוה. ומפני כך כל זמן דיש שעבוד נכסים מוכרח דהמלוה יכול לגבות בלי סיוע מהלוה. וראיה לזה הוא הגמ' בב"מ (יז.-יז:) דהטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום כי "כל מעשה בית דין כמאן דנקיט שטרא בידיה דמי". והרבה הראשונים פירשו את הגמ' דהרוצה לטעון פרעתי נגד מעשה ב"ד (כמו

[496] והשווה לדעת הרמב"ם (מובא לעיל אות י') דע"מ מהני בשטר חוב אבל רק בדבר שאינו יכול להזדייף.

[497] בענין גדר שטר שעבוד, רבינו זצ"ל ציין לדברי הרמב"ן (ספר הזכות מז.) בביאור הסוגיא בב"ב (קעה:) דפירש "דמשעת כתיבה הוא דשעבד נפשיה" וז"ל שכתב לו הריני חייב לך מנה שלויתי ממך בשטר זה והעמיד עליו עדים ומסרו בפניהם עכ"ל.

כתובה) אינו נאמן כי ע"פ דין זה כמו טענת פרעתי נגד שטר. ויש להקשות דהטעם דטענת פרעתי אינו נאמן נגד שטר הוא דהמלוה יכול לטעון שטרך בידי מאי בעי. ולכאורה זה אינו שייך למעשה ב"ד בלי שטר, וא"כ למה זה כמו דנקט השטר בידיה. ונראה לבאר ע"פ הנ"ל, דבכל מעשה ב"ד תיקנו שעבודים לנתחייב, למשל, דהאשה יכולה לגבות כתובתה מלקוחות דבעלה אפי' בלי שטר כתובה. ומכיון דתיקנו שעבודים לנתחייב, חז"ל גם הוכרחו לתקן דהוא אינו נאמן לטעון פרעתי נגד מעשה ב"ד, דכל גדר שעבוד הוא היכולת לגבות בע"כ דמתחייב. וזאת הסבה דהמתחייב אינו יכול לטעון פרעתי נגד מעשה ב"ד אע"פ דאין כאן שטר וליכא הטענה דשטרך בידי מאי בעי.

ובזה גם אפשר לבאר ההבדל בין שטר שעבוד לשאר שטרי קנין בדעת ר"א (האמורא). דבסתם שטר קנין לפי ר"א לא קפדינן כלל אם הוא יהא ראיה לאחר זמן אלא דמכיון דעדי מסירה כרתי ויש כאן ע"מ סגי בכתב ע"ג חרס אע"פ דיכול להזדייף. אבל בשטר שעבוד מכיון דבעינן יכולת לגבות לאחר זמן כדי שהשעבוד יחול, לא סגי בשטר דרק פועל כשטר קנין ואינו יכול להיות בירור לאחר זמן. וזה כוונת התוס' דר"א פוסל "שטרות העומדים לראייה", דהיינו שטר שעבוד דצריך חלות ראייה כדי שיוכל לגבות לאחר זמן, וכדמבואר בגמ' דר"א רק הכשיר בגיטין אבל בשאר שטרות פסול מדין "למען יעמדו ימים רבים". ורב יוחנן בודאי מודה לגבי סתם שטר הלואה דעומד לראייה, דסובר דשטר שעבוד דומה לשטר קנין דעלמא דכשר בעדי מסירה אפי' ביכול להזדייף.

והר"י (גיטין כב: תוד"ה אבל) חולק על ר"ת ונקט דנחלקו האמוראים בכל שטר קנין אליבא דר"א. דהיינו דלפי ר' יוחנן בדעת ר"א שטר קנין בע"מ כשר אפי' ביכול להזדייף, לעומת ר"א (האמורא) דנקט בדעת ר"א (התנא) דרק גט כשר ביכול להזדייף אבל כל שטר קנין אחר צ"ל באופן דאינו יכול להזדייף. ומבואר בתוס' דלפי הר"י כו"ע מודין דבעינן שטר דיכול לעמוד לימים רבים ורק נחלקו בעד כמה אנו מצפים שהעדי מסירה יזכרו תוכן השטר. דלפי ר' יוחנן מכיון דמידכר דכירי ויש אפשרות להשתמש בשטר קנין לאחר זמן בתורת ראיה, השטר כשר לקנות בו. אבל ר"א (האמורא) סבר דעדים לא מידכרי ולכן א"א לסמוך על השטר בתורת ראיה מכיון דיש חשש לזיוף. וכל זה בשאר שטרי קנין, אבל בגט כל האמוראים מודים דלפי ר"א גט עם עדי מסירה יכול להיות על דבר שהוא יכול להזדייף.

ונראה לבאר דלפי הר"י יש שני גדרים שונים לעדי מסירה לפי ר"א. בגו"ק רק בעינן עדי ראייה על המסירה. אבל בשאר שטרי קנין יש גזה"כ דהשטר צריך להיות "למען יעמדו ימים רבים", דהיינו שהעדים יהיו יכולים להיות עדי בירור לאחר זמן. ולכן לפי

ר"א (האמורא) ע"מ מהני בשטר קנין אבל אם השטר נכתב על דבר שיכול להזדייף בעינן שהעדים עצמם יזכרו כל תוכן השטר. ואם יש חשש דישכחו התנאים שבשטר אזי מכיון דהם אינם יכולים להיות עדי בירור הם פסולים מלהיות עדי מסירה והקנין אינו חל אפילו מעיקרא.[498]

גמ'. ובביאה מנא לן אמר ר' אבהו א"ר יוחנן דאמר קרא בעולת בעל, מלמד שנעשה לה בעל על ידי בעילה וכו' כעורה זו ששנה רבי ובעלה מלמד שנקנית בביאה.

מבואר בגמ' דנחלקו ר' יוחנן ורבי האם לומדים קידושי ביאה מהפסוק דבעולת בעל או מהפסוק דכי יקח איש אשה ובעלה. וי"ל דנחלקו בגדר היחס בין חלות נישואין לבין חלות קידושין.

דהרי הביטוי "בעולת בעל" מופיע פעמיים בתורה: א) בספר דברים (דברים כב:כב) אצל ההלכה דנואף כתיב "כי ימצא איש שכב עם אשה בעלת בעל ומתו גם שניהם". וזה הפסוק המובא בגמ' דידן.[499] ב) בספר בראשית (בראשית כ:ג) בסיפור דאבימלך ושרה כתיב "הנך מת על האשה אשר לקחת והיא בעלת בעל". ומשני הפסוקים אנו לומדים אותו יסוד דחלות אישות גמורה דנישואין תלויה בשם בעולה. דהגמ' בסנהדרין (נז:) לומדת מהפסוק בבראשית דאין חלות חופה באישות דבני נח, וצריך ביאה לחוד ליצור חלות אישות, וז"ל דתני רבי חנינא בעולת בעל יש להן, נכנסה לחופה ולא נבעלה אין להן עכ"ל. ומהפסוק בדברים אנו לומדים על גדר הנישואין בישראל דג"כ בעצם תלוי בשם בעולה, אלא דיש הלכה מיוחדת דחופה או מסרה האב לשלוחי הבעל דיכולים להיות ממלא מקום דביאה ממש.[500] וזה הטעם דלפי הרמב"ם (פרק י מהלכות אישות הל"א-ב) דחופה הוי יחוד הראויה לביאה ולכן חופת נדה אינה חלה, דהרי כל יסוד דחופה הוא להחיל עליה שם בעולה.

ויוצא מכל זה דהפסוק דבעולת בעל בעצם איירי ביצירת חלות נישואין ולא בחלות אירוסין. ולפי"ז י"ל דנחלקו בגמ' האם אפשר ללמוד מיצירת חלות נישואין ליצירת חלות אירוסין. כלומר, דר' יוחנן נקט דמכיון דביאה יוצרת חלות נישואין אנו לומדים

[498] פשטות הסוגיא והתוס' מורה כשיטת בעל ח"ח (לעיל אות ב) דאף שטר בע"מ יכול לשמש כשטר ראייה ולפי' יש צורך לחד מ"ד בכתב שאינו יכול להזדייף. ורבינו זצ"ל פירש הסוגיא לשיטתו דשטר בע"מ אינו שטר ראייה אלא שטר קנין בלבד.

[499] רבינו זצ"ל אזיל אליבא דפירוש רש"י (ד"ה אמר קרא) דרב יוחנן מצטט הפסוק מדברים. אבל התוס' ר"י הזקן חולק על זה וסובר דר' יוחנן לומד קידושי ביאה מהפסוק בבראשית דאבימלך. ולפי זה יש קשר הדוק בין אישות דבני נח ונישואין ע"י ביאה.

[500] רבינו זצ"ל לא ציין לגמ' אבל לכאורה הוא התכוון לסוגיא בכתובות (מח:) וז"ל מאי נשואה אילימא נשואה ממש היינו בתולה ולא בעולה עכ"ל. ולפי רבינו זצ"ל נראה דקביעת הגמ' דנשואה היינו בעולה נלמדת מהפסוק דבעולת בעל.

דכמו"כ דביאה גם מחילה חלות קידושין. וזה דומה לשיטת רב הונא לעיל (ה.) דלומד דחופה קונה לקידושין מזה דהיא קונה לנישואין. ורבי דומה לשיטת רבא שם דחולק על רב הונא ונקט דא"א ללמוד קידושין מנישואין, ולכן רבי הביא את הפסוק דכי יקח איש אשה דאיירי בקידושין עצמו. ועיין לעיל בשיעורים (ה.) דהיכולת ללמוד קידושין מנישואין תלויה בגדר הנישואין אם הוא מעשה קנין כמו קידושין או חלות אישות דעלמא דחלה ממילא בלי חלות מעשה קנין.

ונראה לבאר עוד דיש לחלק בין ר' יוחנן לבין רב הונא. דיתכן דאע"פ דלשניהם יש אותה סברא, דהיינו דאם מעשה מסויים עושה נישואין אז אפשר ללמוד דהוא גם עושה קידושין, מ"מ נחלקו בהיקף הסברא. דלפי רב הונא אפשר לעשות קו"ח כזה בכל מעשה דיוצר חלות נישואין כמו חופה, אבל ר' יוחנן נקט דלימוד מנישואין לקידושין שייך רק לביאה עצמה דמהווה עיקר הגדר דנישואין, ולא לחופה דהויא רק ממלא מקום דביאה.

גמ'. אי מהתם הוה אמינא עד דמקדש והדר בעיל, קמ"ל.

ונראה לבאר דלפי ההו"א הכסף גורם הקנין דקידושין אבל החלות שם אישות חלה רק עם ביאה.

גמ'. ור' יוחנן האי ובעלה מאי עביד ליה, ההוא מיבעי ליה זו נקנית בביאה ואין אמה העבריה נקנית בביאה, ס"ד אמינא תיתי בק"ו מיבמה.

הגמ' מעלה הו"א דאמה העבריה נקנית בביאה, ורהיטת לשון הגמ' משמע דההו"א הזאת קאי על הקנין הראשון שלה לשפחות ולא היעוד. ולכאורה קשה, דההו"א דאמה נקנה לשפחות ע"י ביאה ראוי להיות תלוי בדעות בגמ' לקמן בענין היחס בין הקנין הראשון דשפחה והיעוד. דבשלמא לפי המ"ד דמעות הראשונות לקידושין ניתנו שפיר מובן דהקנין הראשון לשפחות הוי מעשה קידושין ולכן יש הו"א דאפשר לקנותה ע"י ביאה. אבל לפי רבי יוסי ברבי יהודה לקמן (יט.) דמעות הראשונות לאו לקידושין ניתנו, אזי ההו"א דאפשר לקנות אמה העבריה בביאה קשה טובא, דהרי מהי הסברא לומר דקונין אמה לשם שפחות על ידי מעשה ביאה.[501]

וצ"ל דאפי' לפי רבי יוסי ברבי יהודה דמעות הראשונות לאו לקידושין ניתנו, עדיין מעשה הקנין לשפחות בתחילה ג"כ נחשב למעשה קידושין.[502] דהרי איתא לקמן (יט:) דנחלקו רבי יוסי ברבי יהודה והחכמים בבא אחר וקידשה כשהיא שפחה האם

[501] ועיין בפנ"י (ד"ה ולולי דמסתפינא) דבאמת מבאר דההו"א קאי רק על מעשה היעוד לבסוף ולא על הקנין דשפחות בתחילה. אבל הוא מודה דפירושו הוא מחודש.

[502] אמנם השווה לדברי רבינו זצ"ל בשיעורים לקמן (דף יח: בענין גדר יעוד, אות ה) דביאר שיטת רבי יוסי ברבי יהודה באופן אחר.

הקידושין דשני חלין או לא. דלפי החכמים דמעות הראשונות לקידושין ניתנו, אזי הקידושין דשני אינן חלין כי זה דומה לקידושין מעכשיו ולאחר ל', וז"ל משל לאומר לאשה התקדשי לי מעכשיו לאחר שלשים יום ובא אחר וקידשה בתוך שלשים יום, שמקודשת לראשון עכ"ל. אבל לפי רבי יוסי ברבי יהודה דמעות הראשונות לאו לקידושין ניתנו, אזי קידושין דשני חלין, וז"ל משל לאומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שלשים יום, ובא אחר וקידשה בתוך שלשים יום, שמקודשת לשני עכ"ל. ויש לדייק, למה הגמ' אומרת דלפי רבי יוסי אמה העבריה דומה למי שקיבלה קידושין דחלין לאחר ל', לכאורה היא יותר דומה לפנויה דהרי מעות הראשונות לאו לקידושין ניתנו כי לא היתה מעשה קידושין כלל.[503] ומוכרח מזה דאפי' לרבי יוסי ברבי יהודה הקנין לשם שפחות גם מהווה מעשה קידושין, אלא דדמי לקידושין לאחר ל' ולא לקידושין מעכשיו ולאחר ל'.

וגם איתא שם (לקמן יט:) דהמוכר בתו לאמה ע"מ שלא לייעד לפי החכמים הדין הוא דהמכירה חלה והתנאי בטל כי הוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה. ורבי מאיר רק חולק וסבור דהתנאי קיים בגלל דרשא מיוחדת. ובשלמא לפי המ"ד דמעות הראשונות לקידושין ניתנו דהקנין הראשון דאמה צ"ל לשם קידושין, אזי שפיר מובן למה המתנה ע"מ שלא לייעד הוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה. ברם לפי רבי יוסי ברבי יהודה דמעות הראשונות לאו לקידושין ניתנו, לכאורה הקנין הראשון הוי רק מעשה קנין דשפחות בלבד ולא מעשה קידושין, וא"כ קשה למה המתנה נגד הדין דיעוד פוסל את כל חלות הקנין דשפחות מדין מתנה ע"מ שכתוב בתורה. וצ"ל כנ"ל, דאפי' לרבי יוסי ברבי יהודה מעשה הקנין הראשון דשפחות גם כולל בו מעשה קידושין, אלא דצריך להצטרף עם מעשה היעוד לבסוף כדי ליצור את חלות האישות.

ועל פי זה אפשר להבין ההו"א דסוגיא דידן דאמה העבריה נקנית בביאה. דהרי לכו"ע הקנין הראשון דשפחות כולל בתוכו מעשה קידושין, והיעוד לבסוף אינו מעשה קידושין חדש לגמרי. אלא דנחלקו התנאים לגבי הגדר דמעות הראשונות, דהיינו האם מעשה הקנין הראשון בלבד סגי ליצור את חלות הקידושין לאחר שש, או"ד בעינן צירוף של

[503] ועיין ברמב"ן (יט. ד"ה ורב נחמן בר יצחק) דכבר הקשה קושיית רבינו זצ"ל על המשל אבל תירץ דהוא לדבריכם דחכמים וז"ל וקשיא לי למאן דאמר לאו לקדושין ניתנו היכי תניא לקמן משל לאומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שלשים, והרי לא קדשה מעתה כלל ולא נתן לאביה כלום אלא בתורת שפחות, איכא למימר התם ר' יוסי הוא דקאמר להו לרבנן, לדידכו דקא אמריתו אם רצה ליעד מייעד אי אפשר, שאפי' נתן לה בתורת קדושין אינו אלא כאומר לאחר שלשים יום שאם בא אחר וקדשה מקודשת לשני ולא זכתו בה תורה מעכשיו עכ"ל. אמנם לפי רבינו זצ"ל המשל הוא אליבא דשיטת רבי יוסי עצמו והמשל דמעשה קידושין לאחר ל' מדוייק מאד.

מעשה הקנין הראשון ומעשה היעוד לבסוף. אבל לכו"ע מעשה הקנין דשפחות גם חלות שם מעשה קידושין הוא ולכן מובן ההו"א דאמה נקנית בביאה.[504]

בענין ביאה לשם קידושין או ביאה לשם אישות

יש לעיין האם קידושי ביאה צריך דעת לקידושין כמו קידושי כסף ושטר או"ד סגי בביאה בתורת אישות. והנ"מ היכא דאיש ואשה סבורים דהם כבר נתקדשו והוא בא אליה בתורת אישות אבל באמת עדיין לא נתקדשו, האם מעשה ביאה כזה מהני לקידושי ביאה. דהרי מצד אחד לא היה דעת לקידושין במעשה ביאה. אמנם י"ל דסגי בכוונה לשם אישות. ומצינו דבר דומה בגמ' יבמות (מה:) דאם אשה סבורה דכבר התגיירה וטובלת לשם נדות, דמהני לטבילת גירות מכיון דהיא טבלה בתורת ישראלית.[505] וכמו"כ י"ל הכא דביאה בתורת אישות מהני ליצור חלות אישות.

ועיין בזה בכתובות (עד.) וז"ל אמר רב עולא בר אבא אמר עולא אמר רבי אלעזר המקדש במלוה ובעל, על תנאי ובעל, בפחות משוה פרוטה ובעל דברי הכל צריכה הימנו גט, אמר רב יוסף בר אבא אמר רבי מנחם א"ר אמי המקדש בפחות משוה פרוטה ובעל צריכה הימנו גט, בהא הוא דלא טעי, אבל בהנך טעי עכ"ל. ופשיטא דרב אמי נקט דקידושי ביאה צריך דעת לשם קידושין ולכן הוא חילק בין פחות משו"פ דאמדינן דעתו דהוא יודע דהם עדיין לא נתקדשו ועכשיו הוא בא אליה לשם קידושין, לבין מלוה ותנאי דהוא טועה וחושב דכבר נתקדשו. אבל יש לעיין בשיטת עולא, האם הוא בעצם מודה לרב אמי דבעינן ביאה לשם קידושין אלא דהוא סבור דיש אומדנא דהיתה להם דעת לקידושין בכל הציורים, או"ד עולא חולק על רב אמי מעיקרא דדינא ונקט דקידושי ביאה אינו צריך מעשה ביאה לשם קידושין אלא ביאה בתורת אישות.

ועיין ברמב"ם (פרק ז מהלכות אישות הלכ"ג) דפסק כעולא, ומלשונו משמע כצד הראשון דיש אומנדא דהוא עכשיו בועל לשם קידושין, וז"ל וכן אם היה התנאי מן האשה ובטלה אותו אחר כך בינה לבינו בטל התנאי, לפיכך המקדש על תנאי וכנס סתם או בעל סתם הרי זו צריכה גט אע"פ שלא נתקיים התנאי שמא ביטל התנאי כשבעל או כשכנס. וכן המקדש בפחות משוה פרוטה או במלוה וחזר ובעל סתם בפני עדים צריכה גט שעל בעילה זו סמך ולא על אותן הקידושין הפסולין, חזקה היא שאין אדם מישראל הכשרים עושה בעילתו בעילת זנות והרי בידו עתה לעשותה בעילת מצוה עכ"ל. ויש

[504] והשווה לדברי רבינו זצ"ל בשיעורים לקמן (יד: ד"ה אשכחן אמה העבריה, הואיל ומיקדשה בכסף מיקניא בכסף).

[505] וע"ע בזה ברשימות שיעורים ליבמות (מה:).

לדייק מזה דהרמב"ם ביאר דהיא צריכה גט משום דיש חזקה דנבעלו לשם מצוה מוכח דס"ל דבקידושי ביאה בעינן ביאה לשם קידושין ולא סגי בביאה בתורת אישות.

ולכאורה יש להקשות על הגמ' בכתובות מהמשנה לקמן בקידושין (נ.) וז"ל המקדש שתי נשים בשוה פרוטה, או אשה אחת בפחות משוה פרוטה, אף על פי ששלח סבלונות לאחר מכאן אינה מקודשת שמחמת קידושין הראשונים שלח, וכן קטן שקידש עכ"ל. מבואר במשנה דהיכא דקידש בפחות משו"פ ואח"כ נתן לה עוד כסף דהיא אינה מקודשת. ולכאורה קשה דהרי גם רב אמי וגם עולא סבורים דהיכא דקידש בפחות משו"פ ואח"כ בא עליה דהיא מקודשת, ומאי שנא קידושי כסף לאחר דקידשה בפחות משו"פ לבין קידושי ביאה לאחר דקידשה בפחות משו"פ. ויש להוסיף דהחילוק הזה בין קידושי כסף לבין קידושי ביאה נפסק בשו"ע (אה"ע סימן לא סעיף ט) וז"ל קדשה בכסף פחות משוה פרוטה, אע"פ ששלח לה סבלונות (פי' דורונות, כי הוא לשון סבל ומשא ונמצא משא בלשון מתנה, כמו וישא משאות (בראשית מג, לד)) אחר כך, אין חוששין ששלח אותן סבלונות לשם קדושין. אבל אם קדשה בפחות משוה פרוטה, ואח"כ בא עליה סתם בפני עדים, צריכה גט, שודאי בעל לשם קידושין עכ"ל.

ונראה דביאור החילוק תלוי בב' הצדדים הנ"ל בנוגע לדעת הנצרך לקידושי ביאה. דאם נקטינן דלפי עולא לא בעינן ביאה לשם קידושין אלא ביאה לשם אישות, אזי פשיטא דיש לחלק בין קידושי ביאה לבין קידושי כסף, כי לגבי קידושי כסף בודאי צריך נתינת כסף לשם קידושין. אבל אם נאמר דגם בקידושי ביאה באמת בעינן מעשה ביאה לשם קידושין ולא סגי בביאה לשם אישות, אזי צ"ל דיש לחלק באומדן דעתו בשעת ביאה או נתינת הפרוטה לאחר שקדשה בפחות משו"פ. דהרי אין סברא לומר דהוא למד את ההלכה דצריך שו"פ בין נתינת הפחות משו"פ לבין נתינת הסבלנות ובכן יש אומדנא דהוא סומך על הנתינה הראשונה דהיתה פחות משו"פ. מאידך, מסתבר דלפני הביאה הוא למד את הדין דבעינן שו"פ והקידושין הראשונים אינן חלין, כי הוא אינו רוצה להכנס לאיסור ביאת זנות בלי קידושין. וזה מבואר בבית שמואל (סקי"ט) בשם הר"ן, וז"ל אע"ג אם בעל קי"ל דמקדש אותה עם הביאה כתב הר"ן אדם יודע דאין קידושין פחות משוה פרוטה ואין יודע שפי' לכן בבעיל לא נחית לספיקא ומקדש כי היכא דלא יהיה שום חשש איסור בביאה אבל אם שולח סבלונות אינו מקדש אותה עכ"ל.

דף י.

גמ'. אמר רבי זירא מודה רבי לענין קנס דכולהו משלמי.

מבואר בגמ' דלפי רבי, אשה שנבעלה שלא כדרכה נחשבת כבתולה לענין קנס אבל כבעולה לענין חיוב מיתה. ונראה לבאר דביאה שלא כדרכה נחשבת למעשה ביאה, אבל מ"מ לא חל שם בעולה בגברא כיון דעדיין יש לה בתולים. ולפי"ז י"ל דחיוב סקילה תלוי באם נעשית בה מעשה ביאה ולכן גם ביאה שלא כדרכה פוטרת אותה מחיוב סקילה. ומאידך חיוב הקנס תלוי בחלות שם בתולה בגברא והיא עדיין נחשבת כבתולה ע"פ דין עד נבעלת כדרכה.

תוד"ה עד שיהיו שניהם וכו'. דאי ס"ד מסקילה ממעט לה אבל חנק חייב והא בעינן שניהם שוין כלומר באותה מיתה שאם היתה גדולה בסקילה.

נחלקו רש"י והתוס' בגדר הדרשא דעד שיהיו שניהם שוין כאחד. דרש"י נקט דהגזה"כ בא למעט היכא דגדול בא על ערוה קטנה, דהבועל פטור ממיתה מכיון דהיא לאו בת עונשין. אבל ר"ת נקט דהמיעוט מעונש מיתה הוא רק בהיכי תמצי דלולי הקטנה היתה בת עונשין היתה לה מיתה אחרת מהבועל. אבל אם היא היתה חייבת באותה מיתה כמו הבועל אם היא היתה גדולה, אזי הבא עליה חייב מיתה אע"פ דבפועל היא קטנה ולא בת עונשין.

וע"פ זה ר"ת הבין את הסוגיא בסנהדרין (סו:). דאיתא התם דר"מ סבור דחיוב סקילה דנערה המאורסה חל רק כשהיא נערה ולא קטנה. והגמ' נסתפקה בדין איש שבא על קטנה מאורסה בדעת ר"מ, וז"ל בעא מיניה רבי יעקב בר אדא מרב בא על הקטנה מאורסה לרבי מאיר מהו, לגמרי ממעיט ליה או מסקילה ממעיט ליה עכ"ל. כלומר, האם לפי ר"מ הוא פטור מסקילה אבל חייב בחנק כמו מי שבא על אשת איש דעלמא, או"ד הוא פטור ממיתה לגמרי. והגמ' הביאה את הדרשא ד"ומתו גם שניהם עד שיהו שניהן שוין" להוכיח דהוא פטור לגמרי. ור"ת ביאר דכוונת הגמ' דאנו משווים באין העונש שלו עכשיו לבין העונש שלה לולי היתה נערה, דהם צריכים להיות אותה מיתה ולכן א"א לומר דהוא חייב חנק עכשיו אם היא היתה חייבת סקילה אם היא היתה נערה. ולכן צ"ל דהוא פטור ממיתה כשבא על קטנה מאורסה.

ולכאורה פירוש דר"ת בדרשא דעד שיהיו שניהם כאחד צ"ב. דהרי לפי הבנתו, הדרשא משווה בין עונש הבועל עכשיו כשהיא קטנה לבין העונש שלה אם היא היתה נערה, אע"פ דאם היא באמת היתה נערה אזי גם עונשו ישתנה לסקילה ויהיו שניהם כאחד. וזה קשה טובא, דמהי הסברא להשוות בין העונש שלו עכשיו לבין העונש שלה כשתגדל.

ונראה לתרץ ע"פ יסוד הגר"ח זצ"ל בענין מעשה עבירה דקטן. דהרי מסברא אפשר להיות ג' שיטות בענין מעשה עבירה דקטן. דיש לומר דאין לו מעשה עבירה בכלל.

אמנם הגר"ח זצ"ל הוכיח מכמה וכמה מקומות דיש חלות מעשה עבירה לקטן, אלא דפטור מעונשין.[506] והגר"ח זצ"ל הביא כמה ראיות ליסוד זה:

א) הש"ך (יו"ד סימן א סקכ"ז) ביאר דא"א לומר דקטן פסול לשחיטה מטעם דאינו בר זביחה, וז"ל שהרי אסור לו לאכול בלא שחיטה עכ"ל. והגר"ח זצ"ל ביאר דכוונת הש"ך הוא דיש לקטן מעשה עבירה כשהוא אוכל נבילה.

ב) הרמב"ם פסק דקטן מביא אשם שפחה חרופה על ביאתו, וז"ל בן תשע שנים ויום אחד שבא על שפחה חרופה היא לוקה והוא מביא קרבן, והוא שתהיה גדולה ובעולה וברצונה כמו שביארנו, שאין האיש חייב קרבן עד שתתחייב היא מלקות שנאמר בקורת תהיה והביא את אשמו עכ"ל. הראב"ד השיג דלא מצינו עונשין לקטנים בכלל, וז"ל זה שבוש שלא מצינו קטן בר עונשין וקרבן זה מן העונשין הוא והיא כמו כן פטורה דהא מקשו אהדדי והכי איתא בכריתות עכ"ל. משיטת הרמב"ם מבואר דיש לקטן מעשה עבירה ולכן הוא יכול להתחייב בקרבן. וע"ע בזה לקמן בשיעורים (י. תוד"ה ומקבל את גיטה בא"ד רבי אליעזר).

ג) הגר"ח זצ"ל אמר דמסתבר כשיטת הרמ"ה דבעיר הנידחת הורגים רק את הקטנים שעבדו ע"ז, ומבואר מהשיטת הזאת דיש לקטן מעשה עבירה.[507]

אמנם אפי' לפי הגר"ח זצ"ל עדיין יש לחקור שוב בענין הפטור של קטן מעונשין, האם באמת יש לקטן מעשה עבירה גמורה דגורם חלות חיוב עונש אלא דחל דין פטור מיוחד הקובע דאין מענישין אותו בפועל, או"ד דעצם מעשה העבירה שלו שונה ממעשה העבירה דגדול ואין לו אפי' חלות חיוב עונש.

ובתוס' בסוגיין צ"ל דיש לקטן מעשה עבירה אבל המעשה עבירה לקויה ואין לו אפי' חלות חיוב עונש. דאם אין מעשה עבירה בכלל לקטן, אזי צ"ע בכל הדיון בתוס' לגבי השוואת המיתה דגדול למיתה דקטנה, דהרי אין לה אפי' מעשה עבירה בכלל, והאיך אפשר לומר דשניהם צריכים להיות באותה מיתה. ובקצה השני, אם יש לקטנה הזאת מעשה עבירה וגם חלות חיוב עונש, אזי קשה להבין למה התוס' השוו בין עונש של הבועל כשהיא קטנה לבין עונשה כשהיא נתגדלה, דהרי גם עכשיו בקטנותה לפי רבי מאיר יש לה חלות חיוב מיתה דחנק (כי היא אינה נערה) דהויא אותה מיתה של הבועל. אלא עכצ"ל דהתוס' נקטו דיש לקטנה מעשה עבירה, ולכן שפיר ניתן להשוות בין הבועל לבינה, אלא דאין לה חלות חיוב עונש בכלל. ולכן לגבי הדרשא דשניהם שוין

[506] והשווה לדברי הגר"ח זצ"ל בחידושיו על הרמב"ם (פרק ה מהלכות קרבן פסח הל"ז) דחשו"ק רק פטורים ממצות אבל אינם מופקעים מהדינים ונחשבים כבן מצוות, עיי"ש לנ"מ.

[507] ועיין בזה ברשימות שיעורים למסכת סוכה (כח. ד"ה וסיכך על גבי המטה בשביל הקטן).

באותה מיתה בעינן לדון לגבי העונש שלה בשלב הבא כשהיא נערה דמיתתה בסקילה. אמנם לגבי הבועל דהוא כבר גדול עכשיו, אפשר לדונו בעונש דיש לו עכשיו כשהיא קטנה, דהיינו חנק. ולכן אם הוא היה חייב חנק יש בזה החסרון דעד שיהו שניהם שוין באותה מיתה ומובנת הוכחת הגמ' דלפי רבי מאיר הוא פטור לגמרי אם בא על קטנה מאורסה, ודו"ק.

תוד"ה כל הבועל. בא"ד. ואומר רשב"א דכי אמרינן העראה קונה היינו בשלא עשה כי אם העראה ופירש מיד דמוכח שלא היה בדעתו לקנות בגמר ביאה אבל הכא מיירי שגמר ביאתו דאז לא קני בהעראה כיון שדעתו על גמר ביאה והלשון מוכיח דקאמר כל הבועל ולא קאמר כל המערה והריב"ם תירץ הא דנקנית בהעראה היינו במפרש שרוצה לקנות בהעראה אבל בסתם דעתו על גמר ביאה.

לכאורה תירוצם של הרשב"א והריב"ם בנויים על אותו יסוד, דהיינו דהגמ' ביבמות דהעראה קונה איירי בהלכה מעיקר הדין, לעומת הגמ' דידן דמבארת ההלכה למעשה דתלוי בדעתו של המקדש. אלא דנחלקו הרשב"א והריב"ם באיזה היכי תמצי אמדינן דעתו דהוא רוצה לקנות בהעראה בלבד, דלפי הרשב"א יש אומדנא דהוא רצה לקנות בהערה לבדה אם זה כל מה שהוא עשה, ולפי הריב"ם יש לו דעת לקנות בהערה אם פירש את דעתו. ולפי"ז הריב"ם והרשב"א אינם חלוקים ביסוד דינם.

אולם עוד נראה לבאר דהרשב"א חולק על הדין דריב"ם ונקט אם הוא עשה מעשה ביאה גמורה אזי אין הערה קונה אפי' אם פירש בהדיא דהוא רוצה לקנות בהערה, אלא דהקידושין חלין בגמר ביאה. וא"כ י"ל דפליגי בדין דלפי הרשב"א אין הכל תלוי בדעתו דמקדש דהרי במקרה הזה ברור דדעתו לקנות בהערה בלבדה ואעפ"כ הקנין חל רק בגמר ביאה. ולפי"ז שיטת הרשב"א צ"ב, דהרי מהו ההסבר בשיטתו, דאם הערה קונה מעיקר הדין היכא דרק הערה בה, למה הערה אינו יכול לקנות כשגמר ביאתו אם פירש את דעתו לקנות בהערה, וצ"ע.[508]

תוד"ה כל הבועל. בא"ד. ור"ת תירץ דאחרי שנתרבתה הערה כגמר ביאה אם כן כל מקום שמזכיר ביאה בהערה קאמר.

ר"ת פירש דהאיבעיא בגמ' דידן קאי לפי המ"ד דהערה פירושו הכנסת העטרה, והגמ' נסתפקה אם ביאה קונה בנשיקת האבר (תחילת הערה) או הכנסת העטרה (סוף הערה). ולכאורה צ"ע דלפי המ"ד דהערה הויא הכנסת העטרה, אזי נשיקת האבר לכאורה

[508] וי"ל דסבור דביאה קונה רק בגמר הביאה הזו, ואם פירש מיד אחרי הערה נחשבת הערה לגמר הביאה וקונה, ואילו אם ממש גמר ביאתו אזי ההערה אינה גמר הביאה ולא קונה. ויתכן דהוי דין בחלות שם "בעולת בעל" דלא נקרא "בעל" אלא כשגמר את ביאתו ואזי נקראת "בעולת בעל." אך אין זה משמע מלשון הרשב"א, וצ"ע.

לא הוי כלום ואיך הגמ' העלה צד דנשיקת האבר, דהוא השלב לפני ההעראה, קונה לקידושין. ונראה דיש לעיין לפי המ"ד דבעינן הכנסת העטרה, דמה הפשט בזה דנשיקת האבר לא מהני. דיש לומר דנשיקת האבר לא הוי מעשה ביאה בכלל, או"ד יתכן דגם נשיקת האבר הוי חלק דהמעשה ביאה אלא דחסר השיעור דדרוש למעשה ביאה ולכן בעינן הכנסת העטרה.

וצ"ל דלפי ר"ת זו הוי נקודת הספק דהגמ'. דלפי הצד הא' דנשיקת האבר לא הוי מעשה ביאה בכלל, אזי פשיטא דרק הכנסת העטרה קונה כי אין חלות כלל לנשיקת האבר. אבל לפי הצד הב' דההסרון בנשיקת האבר הוא בשיעורים בלבד, יש לומר דהמ"ד דהעראה הויא הכנסת העטרה נקט דנשיקת האבר לא סגי כשהוא עושה רק מעשה דנשיקת האבר. אבל הכא איירי דגמר ביאתו, והגמ' נסתפקה דאולי כשגומר ביאתו ויש לו שיעור מעשה ביאה, אזי למפרע ניתן לראות נשיקת האבר כתחילת מעשה הביאה דקונה לקידושין.[509]

תוד"ה כל הבועל. בא"ד. ורבינו נסים גאון תירץ דההיא דיבמות איירי אחר קדושין דע"י אותה העראה הוי כנשואה כמו חופה דלאחר קדושין.

עיין לעיל (ה. בסוגיא דחופה קונה אות ג' בענין דדעת בנישואין) דהבאנו מהגר"ח זצ"ל לבאר את החילוק שבין קידושין לנישואין.

גמ'. איבעיא להו ביאה נשואין עושה או אירוסין עושה.

נראה דהגמ' נוקטת דמעשה ביאה בפנויה עושה אירוסין ומעשה ביאה בארוסה עושה נישואין, ועכשיו הגמ' נסתפקה האם מעשה ביאה אחת יכול לגרום שתי החלויות בבת אחת. ונראה לבאר את נקודת הספק בב' אופנים: א) האם מעשה אחד יכול לגרום שתי חלויות ביחד. כלומר, האם מעשה ביאה צ"ל מוגדרת כמעשה ביאה לשם אירוסין או כמעשה ביאה לשם נישואין כדי לקנות, או"ד דמעשה ביאה אחת סגי לשניהם בבת אחת. ב) הספק אינו רק משום דהוא רוצה ליצור שתי החלויות במעשה אחד, אלא משום דהוא רוצה ליצור חלות האירוסין וחלות הנישואין בבת אחת. דאולי אירוסין ונישואין צריכים לחול בזה אחר זה.[510]

והנ"מ בין הביאורים האלו הוא היכא דהמקדש רוצה ליצור חלות אירוסין וחלות נישואין בבת אחת אבל בב' מעשים, כגון אם הוא מקדשה בכסף תחת החופה ורוצה שהקידושין והנישואין יחולו בבת אחת. דלפי הצד הראשון הציור הזה אינו קשור לספיקת הגמ',

[509] וכן מבואר בספר הישר לר"ת (חלק החידושים סימן קנג, מכון שלזינגר) דכל הדיון הוא רק היכא דגמר כל העראה דיש כאן מעשה ביאה שלם.

[510] ועיין בשיעורים לקמן (י: ד"ה ואלא בביאה שע"י חופה) עוד ביאור בספק הגמ'.

דגמ' דידן איירי רק היכא דהוא רוצה ליצור שתי החלויות במעשה אחד. אבל לפי הביאור השני, ספיקת הגמ' כולל כל היכא דהוא רוצה ליצור חלות האירוסין וחלות הנישואין בבת אחת.

גמ'. איבעיא להו ביאה נשואין עושה או אירוסין עושה.

ויש להקשות דהגמ' לקמן (יח:) מעלה אותו ספק לגבי יעוד, וז"ל בעי רבה בר אבוה יעוד נישואין עושה או אירוסין עושה, נפקא מינה ליורשה וליטמא לה ולהפר נדריה מאי עכ"ל. ושם הגמ' הסיקה דיעוד אירוסין עושה. ולכאורה הספק שם גם תלוי על הצדדים דהעלנו לעיל – אם מעשה ביאה אחד יכול ליצור ב' חלויות, והאם אפשר ליצור חלות אירוסין וחלות נישואין בבת אחת. וא"כ קשה למה הגמ' אינה מקשרת בין שני הספיקות כדי לפשוט הספק לגבי ביאה מהמסקנא לקמן דיעוד אירוסין עושה.

ונראה לבאר דהספק לגבי יעוד הוא ספק אחר לגמרי מהספק בסוגיין. דכבר הבאנו דהרמב"ם (פרק ד מהלכות מלכים הל"ד) השווה יצירת אישות ע"י יעוד ליצירת האישות דמלך עם פילגש. וביארנו (פתיחה למסכת אות ה') דשניהם הם דין מחודש של יצירת חלות אישות בלי מעשה קידושין. ומאחר דיעוד מהוה דין מחודש של יצירת אישות הגמ' מסתפקת אם יש בו השלבים הרגילים של אירוסין ונישואין, דהרי יתכן דביעוד אין ב' שלבים ביצירת האישות אלא רק חלות נישואין ע"י היעוד לבדו. ומצינו דבר כזה לגבי יבום דגם כן מהווה דרך מחודשת דיצירת אישות, ופשיטא לגמ' דביאת יבום נישואין עושה בלי השלב הראשון של קידושין בכלל, דאפי' אם היבמה היתה רק מקודשת לאח המת ולא נשואה מ"מ היבום נישואין עושה. ולגבי הספק הזה דמיוחד לחלות יעוד הגמ' פושטת דאע"פ דיעוד מהווה דרך מחודשת דיצירת אישות עדיין יעוד שונה מיבום, כי השלבים דאירוסין ונישואין אכן שייכים וחלין ביעוד. אבל אין לזה שום קשר לספק בגמ' דידן לגבי ביאה האם נישואין עושה או אירוסין עושה דמיירי במעשה קנין דקידושי ביאה דעלמא.

גמ'. איבעיא להו ביאה נשואין עושה או אירוסין עושה נפקא מינה ליורשה וליטמא לה ולהפר נדריה.

והנה אפשר ליצור חלות נישואין בארוסה ע"י כניסה לחופה או ע"י מעשה ביאה. ומסתבר לכאורה דלפי הצד דביאה אירוסין עושה הדרך היחידי ליצור חלות נישואין הוא ע"י מעשה ביאה שניה. דהרי כניסה לחופה ע"י יחוד היא בגדר ממלא מקום של

[511] ועיין בזה בשיעורים לעיל (ט: ד"ה ובביאה מנא לן).

ביאה,[511] וקשה לומר דיש משמעות ליחוד אחרי דכבר היתה מעשה ביאה ראשונה דהחילה את חלות האירוסין.[512]

ובכן יש לעיין בפסק הרמב"ם (פרק י מהלכות אישות הל"א) וז"ל הארוסה אסורה לבעלה מדברי סופרים כל זמן שהיא בבית אביה, והבא על ארוסתו בבית חמיו מכין אותו מכת מרדות, ואפילו אם קידשה בביאה אסור לו לבוא עליה ביאה שנייה בבית אביה עד שיביא אותה לתוך ביתו ויתיחד עמה ויפרישנה לו, וייחוד זה הוא הנקרא כניסה לחופה והוא הנקרא נישואין בכל מקום, והבא על ארוסתו לשם נישואין אחר שקידשה משיערה בה קנאה ונעשית נשואה והרי היא אשתו לכל דבר עכ"ל. הרמב"ם פסק דגם לאחר ביאה ראשונה לשם קידושין עדיין יש איסור ביאה עד החופה. ועיין במגיד משנה דביאר שיטת הרמב"ם בשני אופנים, וז"ל ואפילו אם קידשה בביאה וכו', פ"ק דקידושין (י.) איבעיא להו בגמרא ביאה נשואין עושה או אירוסין עושה ואמרו נפקא מינה ליורשה וליטמא לה ולהפר נדריה ולא אמרו אם מותר לבא עליה ומשמע דאפילו ת"ל נשואין עושה אסור לבא עליה דהא מיחסרה כניסה לחופה. ועוד דאע"ג דבעיא לא אפשיטא בהדיא משמע דאביי ורבא סבירא להו דאירוסין עושה וכפשט המשניות וכן דעת רבינו עכ"ל. הצד הראשון דהמגיד משנה הוא דהרמב"ם פסק דביאה נישואין עושה, אבל עדיין יש איסור ביאה עד כניסה לחופה. והצד השני במגיד משנה הוא דהרמב"ם פסק דביאה רק אירוסין בלבד עושה.

ולפי הצד השני יש לדייק דהרמב"ם כתב להדיא דלא כמש"כ דאין חופה חלה אחרי ביאה לשם אירוסין אלא רק ביאה שניה עושה נישואין. דהרי כתב הרמב"ם (שם) וז"ל ואפילו אם קידשה בביאה אסור לו לבוא עליה ביאה שנייה בבית אביה עד שיביא אותה לתוך ביתו ויתיחד עמה ויפרישנה לו, וייחוד זה הוא הנקרא כניסה לחופה עכ"ל. ומבואר בזה דאע"פ דביאה אירוסין עושה, עדיין כניסה לחופה מועיל בלי מעשה ביאה שניה, ושלא כהו"א שלנו, וצ"ע.[513]

תוד"ה ומקבל את גיטה. בא"ד. יש להסתפק אם יכול האב לקבל גט לבתו קטנה משנשאת.

[512] ועיין בשיעורים לעיל (ה. ד"ה אמר רב הונא חופה קונה מקל וחומר, אות א') דרבינו זצ"ל גם הקשה על הדין דביאה שניה מחילה חלות נישואין, דהרי מאי אולמיה האי ביאה מהאי ביאה.

[513] ולפי הרמב"ם י"ל דחופה נישואין עושה אחרי ביאה כי לחופה יש מעלה דמדהויא יחוד הראוי לביאה יש בה כניסה לרשות הבעל בחדר היחוד. ועיין בשו"ע (אה"ע סימן נה סעיף א) במחבר, רמ"א ונושא כלים, ובפתחי תשובה אות ב.

תוס' נסתפקו האם האב מקבל גט לבתו הקטנה לאחר הנישואין. ועיין בגליון הש"ס דציין לרש"י (יבמות קט. ד"ה קטנה שהשיאה) דנקט בהדיא דהאב מקבל את גיטה.[514] ולכאורה השיטה הזאת צ"ב, דהרי כו"ע לא פליגי דלאחר נישואין אין האב יכול לקדשה פעם שנית כדמבואר ברש"י שם, וא"כ היאך אפשר לומר דלאחר נישואין אין האב יכול לקדשה פעם שנית כי כבר יצאה מרשות האב, אבל הוא עדיין יכול לקבל את גיטה לאחר הנישואין, דמאי שנא קבלת הגט מקידושין חדשים.

ונראה לבאר ע"פ גדר הדין דהאב מקבל גט לבתו קטנה. דהרי נחלקו התנאים במשנה (גיטין סד:) בדין מי מקבל גט לנערה, וז"ל נערה המאורסה, היא ואביה מקבלין את גיטה, אמר רבי יהודה אין שתי ידים זוכות כאחת אלא אביה מקבל את גיטה בלבד עכ"ל. ובביאור שיטת החכמים כתב רש"י (ד"ה היא ואביה) וז"ל או היא או אביה היא יש לה יד דהא גדולה היא עכ"ל. ומבואר דרש"י סבר דהבת מקבלת הגט בעצמה רק אם היא נערה אבל בקטנה כו"ע לא פליגי דרק אביה מקבל גיטה.[515] ועיי"ש בתוס' (מג: ד"ה תנן התם) דחולקין על רש"י וסבורים דגם קטנה בחיי אביה יכולה לקבל גיטה. ולכאורה שיטת רש"י קשה, דהרי מבואר בגמ' שם דכשהאב מת לאחר הקידושין היא יכולה לקבל גיטה ולהתגרש מדאורייתא. ומכיון דיש יד לקטנה לקבל גיטה כשאין אב, א"כ צ"ע למה לפי רש"י היא אינה יכולה לקבל גיטה כשהאב קיים. דהרי מכיון דמבואר דיש לה יד לקבל גיטה, למה דינה שונה מנערה דבחיי אביה היא יכולה לקבל את גיטה.[516]

ונראה לבאר דרש"י נקט דחלוק כח האב לקבל גיטה כשהיא קטנה מכחו כשהיא נערה. די"ל דיש ב' טעמים דהאב מקבל גט בעד בתו: א) קבלת הגט הויא אחת מזכויות האב בבתו בדומה לזכות האב בהפרת נדרים ומעשיה ידיה, ב) מכיון דהאב קידש את בתו, אזי חלות הקידושין מוגדרת כחלות קידושי האב ולכן יש לו הכח לבטל את החלות ע"י קבלת הגט. ויש לחלק בין הטעמים. דהרי ריש לקיש נקט לקמן (מג:) דכמו דלפי

[514] אבל עיין ברש"י לקמן (מג: ד"ה היא ואביה) דהאב מקבל גט רק בעד בתו ארוסה אבל לא לנשואה. והב"ח ביבמות (קט.) העיר על הסתירה בדברי רש"י וציין לשו"ת מהר"ם פאדווי דתירץ דמה שכתב רש"י דהאב אינו מקבל גט בעד בתו נשואה רק איירי בנערה, אבל בקטנה נשואה האב עדיין מקבל גיטה.

[515] אבל עיין ברש"י לקמן (מג: ד"ה נערה) דנקט דגם קטנה יכולה לקבל גיטה בחיי אביה. והתוס' (מג: ד"ה תנן התם, גיטין סד: ד"ה נערה) ביארו דבתחילה רש"י נקט דקטנה אינה מקבלת הגט בעצמה ושוב חזר בו והסיק דהיא כן מקבלת גיטה.

[516] ועיין לקמן (מג:) בשיטה שלא נודע למי (ד"ה תנן התם) דהקשה כן על השיטה הזאת וז"ל וטעמיה דגאון ז"ל דאף על גב דאי לית לה אב מתגרשת בקדושי אביה, כי אית לה אב כיון דלאו בת זכיה היא, בטל ידה לגבי אביה, דכי מת אביה להכי מתגרשת בקדושי אביה משום דגירושין איתנהו בעל כרחה, וכי אית לה אב כיון דאיכא יד מעליא שהיא יד האב, לא שבקינן יד אביה ונתן לה יד אלא אבטיל לה ידה לגבי אביה, ועוד דגופה קנוי לו לגמרי דהא מצי לזבוניה אבל נערה דלדידה נמי אית לה יד מעליא וזוכה לאחרים וכו' עכ"ל. ולעיל ביאורים בשיטת רש"י עיין בשיעורים לקמן (מג: ד"ה תנן התם נערה המאורסה היא ואביה מקבלין את גיטה).

החכמים נערה מקבלת גט בעצמה, היא גם כן יכולה להתקדש בעצמה. ובמקרה כזה אין הטעם הב' קיים דהרי היא קידשה את עצמה ואין הקידושין נקראין על שם האב. וא"כ זה דהאב מקבל את הגט כשהבת קידשה את עצמה הוי רק בגלל הטעם הא', דהיינו דקבלת הגט הויא מזכויות האב בבתו.

ונראה, דשיטת רש"י דקטנה אינה מקבלת את גיטה בחיי האב תלויה בטעם הב', דהיינו דחלות הקידושין נקראין על שמו. דאילו לפי הטעם הא' דקבלת הגט הוי מזכותי האב בבתו, אזי מסתבר דגם הקטנה עצמה יכולה לקבל את גיטה דהרי יש לה יד. אבל כשהאב קידש את בתו קטנה אזי הקידושין נקראין על שמו והוא הוי בעל החלות. ורש"י נקט דכשבעל החלות קיים, רק לו לבדו יש הכח לסלק את החלות ע"י קבלת הגט ולכן רק הוא מקבל את גיטה ולא היא, ואע"פ דיש לה יד. וכל זה שייך כל זמן דהיא קטנה. אבל כשהיא נתגדלה והויא נערה ויש לה היכולת לקדש את עצמה, אזי חלות שם הקידושין משתנה מחלות שם קידושין דהאב להיות חלות שם קידושין שלה. וא"כ רק נשאר כח להאב לקבל את הגט מטעם זכויותיו בבתו ולא מצד בעלות על החלות, ואזי היא ג"כ יכולה לקבל את הגט.

ונראה דגם הרמב"ם הסכים עם רש"י, הן בפסק דקטנה אינה יכולה לקבל גט בעצמה והן בסברתו דחלות הקידושין שייכת להאב ולא להבת. דהרי כתב הרמב"ם (פרק ב מהלכות גירושין הלי"ח) וז"ל המקדש קטנה על ידי אביה וגירשה כשהיא קטנה אביה מקבל גיטה ומשיגיע הגט ליד האב נתגרשה, גירשה כשהיא נערה אם הגיע הגט לידה או ליד אביה נתגרשה עכ"ל. ומבואר בדברי הרמב"ם דהוא חילק בין קטנה ונערה, ורק נערה מקבלת הגט בעצמה, כמו שיטת רש"י. וגם הלשון "המקדש קטנה על ידי אביה" משמע דחלות הקידושין דקטנה שונה מחלות קידושין בעלמא בזה דהאב הוי הבעלים על החלות, וזהו הטעם דהיא אינה מקבלת את הגט בעצמה ואע"פ דיש לה יד.

ועל פי הנ"ל אפשר לבאר את שיטת רש"י דהאב מקבל גט בתו קטנה אפי' אחרי נישואין. דהקשינו, דאם האב אינו יכול שוב לקדשה, למה יש לו הכח לקבל את גיטה. ולפי היסוד הנ"ל דיש ב' דינים בזה דהאב מקבל את גיטה, י"ל דהנישואין מפקיע רק הדין הא' דזכות האב בבתו, כלומר דאחרי הנישואין היא יצאה מרשות אביה ואין לו בה עוד שום זכות. ולכן פשיטא דלאחר הנישואין האב אינו יכול לקדש את בתו פעם שנית מכיון דהיא יצאה מרשותו. אבל האב עדיין יכול לקבל גט בעד בתו הנשואה בגלל הדין השני, דהיינו דמכיון דהוא קידשה הרי הוא בעל החלות ולכן יש לו הכח להפקיע את חלות האישות ע"י קבלת הגט. ונמצא דהדין דבתו קטנה נשואה הוי בדיוק ההיפך מנערה דנתקדשה

בעצמה לפי ריש לקיש, דשם האב מקבל גיטה רק כאחת מזכויותיו ולא בתורת בעל החלות, ודו"ק.

ובנוגע להתוס' דנתספקו האם האב מקבל גט לבתו קטנה נשואה, י"ל דהצד דהאב עדיין מקבל גיטה הוי כמו דביארנו ברש"י. אך לכאורה קשה קצת לפרש התוס' באופן הזה דהרי התוס' חולקים על השיטה האחרת דרש"י וסבורים דקטנה ארוסה מקבלת גט בעצמה. וא"כ יתכן דהם גם כן חולקים על רש"י לגבי הגדר דחלות קידושין דקטנה וסבורין דהקטנה עצמה הוי הבעלים על חלות הקידושין ולא האב, וכל היכולת של האב לקבל גיטה הוא רק מצד הזכויות שלו בבתו ולא מצד חלות שם הקידושין. ואם התוס' אינם סבורים דהאב הוי הבעלים על חלות הקידושין דבתו, אזי הדרא הקושיא לדוכתא – איך אפשר לומר דהוא מקבל גיטה לאחר נישואין אם הנישואין מפקיעין את כל הזכויות שלו בבתו.

תוד"ה ומקבל את גיטה. בא"ד. רבי אליעזר מחייב קרן וחומש רבי יהושע פוטר וכו' והשתא מדדחיק לאוקמי כמשנה אחרונה וכגון שאמרה התקבל וכו' ולא מוקי לה בשנשאת כשהיא קטנה ואביה מקבל את גיטה.

מבואר בתוס' דקטנה האוכלת תרומה חייבת לשלם קרן וחומש. ולכאורה צ"ע היאך היא יכולה להיות חייבת לשלם על אכילת התרומה, והרי איננה בת עונשין. ועיין בפני יהושע (בא"ד ומיהו מדדחיק) דתירץ דהתוס' רצו לאוקים הירושלמי דהיא היתה קטנה כשאביה קיבלה את גיטה אבל אכלה התרומה רק אח"כ כשהיא כבר היתה גדולה. וזה קצת דחוק.

וכדי להבין את התוס' יש להקדים כמה יסודות בדין מעשה עבירה דקטן. דכבר הבאנו לעיל (י. בתוד"ה עד שיהיו שניהם) יסוד הגר"ח זצ"ל, דאע"פ דקטן לאו בר עונשין עדיין יש לו מעשה עבירה לכמה נ"מ. והגר"ח זצ"ל הוכיח יסוד זה מדברי הרמב"ם (פרק ט מהלכות שגגות הל"ג) בענין קרבן אשם שפחה חרופה, וז"ל בן תשע שנים ויום אחד שבא על שפחה חרופה, היא לוקה והוא מביא קרבן, ויראה לי שאינו מביא עד שיגדיל ויהיה בן דעת עכ"ל. ועיין בראב"ד (פרק ג מהלכות איסו"ב הלי"ז) דהשיג וז"ל זה שבוש שלא מצינו קטן בר עונשין וקרבן זה מן העונשין הוא והיא כמו כן פטורה דהא מקשו אהדדי והכי איתא בכריתות עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם סבר דיש חלות מעשה עבירה לקטן ולכן כשהוא נעשה גדול הוא חייב להביא קרבן.[517]

[517] ועיין בחידושי הגר"ח (כריתות יא. בהוצאת מישור) דהגר"ח זצ"ל חקר אם הקטן באמת חייב להביא הקרבן בקטנותו אלא דאינו יכול או דעיקר חיוב הקרבן רק חל עליו כשנתגדל. ולכאורה מה שאמר רבינו זצ"ל בשם הגר"ח זצ"ל נוטה לצד הא' של החקירה דהרי יש לקטן מעשה עבירה לחייב קרבן כדי לכפר.

ולכאורה צ"ע בדברי הגר"ח זצ"ל דמאי שנא אשם שפחה חרופה מכל קרבן אחר. דאם יש מעשה עבירה לקטן לחייבו בקרבן, למה הוא חייב להביא רק קרבן אשם שפחה חרופה כשהוא גדול אבל לא שמענו על חיוב קטן להביא קרבן חטאת או אשם אחרי דנתגדל על חטא דעבר בקטנותו. ונראה לבאר דבסתם קרבן חטאת צריך לעבור העבירה בשוגג, ולגבי קטן אע"פ דיש לו חלות מעשה עבירה, מכיון דלאו בר דעת הוא אי אפשר שהעבירה שלו תהיה על פי דין מעשה עבירה בשוגג. דהרי מי שאינו בר דעת אי אפשר לומר עליו דהוא עשה עבירה במזיד ואם אין לו מעשה עבירה במזיד גם אין למעשיו חלות שם שוגג. אבל אשם שפחה חרופה חייב על המזיד כשוגג ולכן גם קטן יכול להתחייב.

אבל הביאור הזה קשה משאר הקרבנות דדומות לאשם שפחה חרופה דמובאין על המזיד כשוגג. דהרי מצינו בקרבן עולה ויורד דשבועת העדות דחייבין עליה על המזיד כשוגג (שבועות לד:), ולא מצינו דמי שנשבע לשקר בקטנותו חייב להביא הקרבן כשיגדל. ויש לומר דהחיוב דשבועת העדות חל רק על מי דכשר לעדות (שבועות ל.), ולכן קטן דפסול לעדות מופקע מהמחייב של הקרבן.

אבל עדיין קשה מאשם גזילות דמובא על הזדון כשגגה (כריתות ט.), דמדוע קטן דנשבע לשקר על ממון דהוא חייב לאחר אינו חייב להביא קרבן כשיגדל. ויש לומר דאע"פ דיש לקטן מעשה עבירה כשנשבע שבועת הפקדון לשקר עדיין אי אפשר לחייבו בקרבן, דהרי חיוב הקרבן תלוי באם ע"י השבועה הנשבע לשקר נעשה גזלן על הממון. דהרי יש דיון בגמ' (שבועות לז.) אם מי שנשבע לשקר על קרקע חייב להביא אשם גזלות, והגמ' תולה את הדין הזה במחלוקת האם קרקע נגזלת או לא. ולכאורה צ"ע, דהרי כו"ע מודו דיש עבירה בגזילת קרקע והמחלוקת אם קרקע נגזלת היא רק לגבי חיובי גזילה כמו אונסין וכדומה,[518] וא"כ מהי השייכות של המחלוקת האם קרקע נגזלת או לא לחיוב קרבן שבועת הפקדון. וצ"ל דבנוסף למעשה עבירה דשבועת שקר, כדי לחייב קרבן שבועת הפקדון בעינן גם חלות שם גזלן דחל על הממון הגזול וזה תלוי במחלוקת האם קרקע נגזלת.[519] ולפי זה מובן למה קטן פטור מקרבן שבועת הפקדון, דאע"פ דיש לו מעשה עבירה דגזילה והקרבן מובא על הזדון כשוגג, עכ"ז אין לו חלות דין גזלן בגברא בנוגע לממון שהוא גזל ואין לו חיובי וקניני גזילה.[521] ולכן חסר לו המחייב של הקרבן.[520]

[518] ויש להעיר דמשמע מהתוס' ב"מ (סא. ד"ה אלא לאו) דאי אפשר לעבור על האיסור דלא תגזול בקרקע.

[519] ועיין בזה ברשימות שיעורים לשבועות (לז. בתוד"ה מיעט שטרות אות ב').

[520] ויתכן תירוץ אחר למה קטן פטור משבועת הפקדון, דחיוב שבוה"פ חל דוקא בכפירת ממון, וקטן שאינו בר טענה ג"כ אינו בר כפירה להתחייב ומשו"ה פטור.

ויוצא מכל זה דהיכא דיש חילוק בין שוגג למזיד אין לחייב קטן על מעשה עבירה שלו. ולפי"ז נתחזקה הקושיא על שיטת התוס' בסוגיין דקטן שאכל תרומה בשוגג חייב חומש, דהרי מבואר במשנה (תרומות פרק ו משנה א) דחייבין חומש רק אם אכילת התרומה היתה בשוגג. ובכן יש להקשות דאע"פ דיש לקטן מעשה עבירה, מ"מ האיך הוא יכול להתחייב בתשלומי חומש אם אין למעשיו חלות שם שוגג, וצ"ע בזה.

ולגבי חיוב הקרן, אע"פ דחייבין עליו על זדון כשגגה ואין לפטרו מהטעם דאמרנו לגבי חיוב חומש, עדיין יש להקשות ממשנה מפורשת בב"ק (פז.) דחשו"ק פגיעתן רעה ואין חייבין על מה שהזיקו. ולכאורה החיוב קרן דזר שאכל תרומה דומה לכל חיוב קרן אחר של מזיק, וא"כ ראוי לפטור הקטן גם מהקרן. ולפי זה שיטת התוס' קשה, דלמה הקטן חייב על הקרן.

וי"ל דחלוק הדין דתשלומי קרן דתרומה מהדין דנזק בעלמא. דאיתא במשניות תרומות (פרק ו משנה א) דזר שאוכל תרומה בשוגג חייב לשלם מחולין מתוקנים דראוי להיות קודש ויש לתשלומין האלו דיני תרומה, וז"ל האוכל תרומה שוגג משלם קרן וחומש וכו' אינו משלם תרומה אלא חולין מתוקנים והם נעשין תרומה והתשלומין תרומה אם רצה הכהן למחול אינו מוחל עכ"ל. ואע"פ דבמשנה עצמה הדין הזה מוזכר רק בפרק ו' דאיירי בדיני האוכל תרומה בשוגג דחייב קרן וחומש, ואינו מוזכר בפרק ז' דעוסק בזר שאכל תרומה במזיד, עדיין הרמב"ם פסק (פרק י מהלכות תרומות הלי"ח) דגם האוכל תרומה במזיד צריך לשלם חולין מתוקנים דראויים להיות קודש, וז"ל כל האוכל תרומה בין בשוגג בין במזיד אינו משלם אלא מן החולין המתוקנים שהוציאו מהן תרומות ומעשרות עכ"ל. והמשנה למלך (שם) תמה על הרמב"ם מנין לו דהדין הזה דראוי להיות קודש שייך גם לזר שאכל במזיד. ומדברי הרמב"ם עולה דתשלומי קרן על אכילת תרומה בין בשוגג בין במזיד הוי דין אחר מסתם תשלומי נזיקין. דבתשלומי נזיקין פסקינן דשוה כסף ככסף ואין חילוק בין תבואה הראוי להיות קודש לדין שאר שוה כסף, ואילו לפי הרמב"ם בכל תשלומי תרומה בעינן דבר הראוי להיות קודש. ומסתבר דהגדר החדש דתשלומי תרומה הוא דהוי חלות כפרה עבור מעשה העבירה דאכילת תרומה ע"י זר,

[521] ויש להעיר מרשימות שיעורים לב"ק (צה:) דרבינו זצ"ל דן אם קטן שגזל קונה בשינוי ע"י הפקעת חיוב השבה ודו"ק. וגם עיין ברמב"ם (פרק ח מהלכות גזילה ואבידה הלי"א) לגבי גזל הגר וז"ל נתן הגזלן את הכסף לאנשי משמר ומת קודם כפרה אין יורשי הגזלן יכולין להוציא מיד הכהנים שנ' איש אשר יתן לכהן לו יהיה, ואפילו היה הגזלן קטן שאין מתנתו מתנה אין יורשיו מוציאין מיד הכהנים עכ"ל. והרמב"ם משמע דגם קטן דגזל מהגר ומת הגר ואין לו יורשין דהקטן הגזלן חייב לתת הממון לכהנים שבמשמר. ולכאורה זה שייך רק אם יש לקטן דגזל שם גזלן, וצ"ע.

ולכן יש לו דין מיוחד לשלם מדבר הראוי להיות קודש.[522] ומכיון דלגבי הכפרה הזאת דתשלומי קרן עבור אכילת תרומה אין חילוק בין שוגג למזיד, דין תשלומי תרומה כדין אשם שפחה חרופה דמי דגם קטן חייב מכיון דיש לו חלות מעשה עבירה. אך כל זה רק מבאר למה הקטן דאכל תרומה חייב בקרן, לעומת החיוב דחומש דעדיין צ"ב היאך הקטן חייב בו אם אין למעשיו חלות שם שוגג, וצ"ע.[523]

תוד"ה וחייבין עליה משום אשת איש. וז"ל, פ"ה אם קיבל בה אביה קדושין ויש לתמוה אמאי איצטריך וחייבין עליה משום אשת איש וכו'.

התוס' הקשו על רש"י דכבר ידעינן על חיוב מיתה למי שבא על קטנה אשת איש מהסיפא דהברייתא ד"אם בא עליה אחד מכל עריות שבתורה מומתין על ידה", וא"כ צ"ע מהו החידוש דחייבין עליה משום אשת איש. ונראה לבאר דרש"י ותוס' אזלי לשיטתם בסוגיא לקמן (יט.). דהגמ' שם (יט.) נסתפקה האם אדון יכול ליעד האמה לבנו קטן, ורב זירא הביא ראיה מברייתא בענין אישות דקטן, וז"ל אמר רבי זירא תא שמע איש פרט לקטן, אשר ינאף את אשת איש פרט לאשת קטן, ואי אמרת מייעד אם כן מצינו אישות לקטן, ואלא מאי אינו מייעד אמאי קא ממעט ליה קרא תיפשוט מינה דמייעד, אמר רב אשי הכא ביבם בן תשע שנים ויום אחד הבא על יבמתו עסקינן דמדאורייתא חזיא ליה, מהו דתימא כיון דמדאורייתא חזיא ליה וביאתו ביאה הבא עליה מתחייב באשת איש קמ"ל עכ"ל. רב אשי הסיק דהדין דאשת איש פרט לאשת קטן בא למעט ציור דיבם קטן. ונחלקו רש"י והתוס' בגדר המיעוט. דרש"י כתב (ד"ה דמדאורייתא חזיא ליה) דהמיעוט הוי רק מחיוב מיתה, וז"ל כלומר זקוקה לו באותה ביאה לכל דבר וקנאה ליורשה כדתנן (נדה מה) בן תשע שבא על יבמתו קנאה עכ"ל. ומבואר ברש"י דיבם קטן יכול ליצור חלות אישות דאורייתא בביאתו עם רוב דיני אישות, אלא דאין חיוב מיתה על מעשה ניאוף. אבל התוס' (ד"ה ומדאורייתא חזיא ליה) הקשו על זה דהרי מבואר בגמ' דעשו ביאת בן ט' כמאמר בגדול דהיינו דקונה רק מדרבנן. ולכן התוס' הסיקו דהמיעוט דאשת איש פרט לאשת קטן מלמד דאין יבם קטן יכול ליצור חלות אישות מדאורייתא כלל, וז"ל

[522] יש ראשונים דפירשו להדיא דהקרן דזר שאכל תרומה בשוגג הויא מדין כפרה ולא מדין נזק בעלמא. עיין בתוס' (יבמות צ. ד"ה ואוכלת) דמביא רבינו יצחק וז"ל ועוד א"ר יצחק דתשלומין דתרומה לכפרה קאתו ולא שייך קם ליה בדרבה מיניה כדאמר במסכת תרומות (פ"ז משנה ד) שאפי' אם רצה הכהן למחול אינו יכול למחול עכ"ל. ורבינו זצ"ל כאן מחדש דלפי הרמב"ם גם זר דאכל תרומה במזיד דאין בו חומש והכהן יכול למחול, עדיין הויא גדר של כפרה.

[523] וי"ל דבקרבן המחייב הוי העלמה ושגגה דליתא בקטן, משא"כ בחומש דתרומה שהמחייב הוי שהאוכל אינו מזיד, דהמזיד פטור, וקטן אינו מזיד באכילה ולכן חייב בחומש. ועוד יתכן דבחטאת יש דין דשוגג חייב רק אם הוא שב מידיעתו (שבת סט.) ואילו קטן אינו בר שב מידיעתו הוא, משא"כ בתרומה דחייב על שוגג בעלמא וליכא דין שב מידיעתו דנלמד מפסוק בחטאת (שם), וקטן שפיר מקרי שוגג לענין תרומה.

כלומר אי לאו האי קרא דמעטיה ה"א מדאורייתא חשובה כאשתו קמ"ל שאינו קונה אותה אלא מדרבנן כדאמרינן בעלמא עשו ביאת בן ט' כמאמר בגדול עכ"ל.

ואליבא דרש"י דיש חלות אישות ביבם קטן אלא אשתו דזינתה אינה חייבת מיתה, יל"ע האם זה דין פטור בעלמא או"ד דהמיעוט ממיתה מורה דחלות האישות לקטן הויא חלות אישות קלושה ולקויה, ובהתאם לכך כשאשתו מזנה היא אינה חייבת מיתה. ונראה להוכיח מדברי הרב אב ב"ד דחלות האישות לקטן הויא חלות אישות לקויה. דעיין ברשב"א (יבמות נא. ד"ה והא דאמר ר"ש כו') וז"ל והרב אב ב"ד ז"ל תירץ משום דכיון דקטן הוא ואין לו אישות גמור לא מיתסרא עליה בזנות כדגרסינן בפ"ק דקדושין אשר ינאף את אשת איש פרט לאשת קטן ואוקמה אביי ביבם בן תשע עכ"ל. כלומר, דהרב אב ב"ד חידש שאשת קטן שזינתה לא מיתסרא על בעלה הקטן, אע"פ שקנאה להיות אשתו מדאורייתא. ומוכח דס"ל להרב אב ב"ד שגזיה"כ שאשת קטן שזינתה פטור ממיתה אינו פטור מיתה בעלמא, אלא דיש חסרון בעצם חלות האישות, דהאישות של הקטן אינה גמורה, ומפני כך אינה נאסרת בזנות.[524]

ועוד נראה להוסיף, דמבואר בגמ' (יבמות נא:) דביבום דקטן בן ט' יש צורך בגט ובחליצה להתירה. ועל פי פשטות מדאורייתא בעינן רק גט או חליצה והא דבעינן שניהם הוא מדרבנן. אבל לפי רש"י והרב אב ב"ד דביאת קטן מחילה חלות אישות מדאורייתא אבל אינו קונה אותה קנין גמור, יוצא איפוא דאשת קטן צריכה שניהם מדאורייתא. דהרי מחמת חלות האישות מדאורייתא היא צריכה גט, אבל עדיין צריכה חליצה להתירה מכיון דחלות האישות אינה גמורה ונשאר בה חלות הזיקה.[525]

ועל פי זה יש לבאר שיטת רש"י בסוגיא דידן. דהתוס' הקשו על רש"י דהא ידעינן דמי שבא על קטנה דערוה עליו חייב מיתה, וא"כ למה הברייתא גם צריך ללמדנו דהבא על קטנה אשת איש דחייב מיתה. ולפי שיטת רש"י בנוגע ליבם קטן הכל עולה כפתור ופרח. דכמו דמצינו דיש חלות אישות לקטן מדאורייתא ע"י יבום אלא דהוי חלות אישות קלושה ולכן אין חיוב מיתה, יש הו"א דהוא הדין לגבי אישות דקטנה. דהרי פשיטא דיש חלות אישות לקטנה מדאורייתא היכא דהאב קידש אותה, כדמבואר בקרא "את

[524] ועיין עוד במנחת חינוך (מצוה קצא סק"ג) דנסתפק אם לפי רש"י האישות דיבם קטן יוצר איסורי קרובות או לא. ונראה דהצד דאין איסור קרובים מובן לפי ביאור רבינו זצ"ל דהפטור מיתה מורה דאע"פ דיש כאן חלות אישות מדאורייתא, האישות אינה גמורה ושונה באיכותה מחלות אישות שלימה. ויש להעיר מלשון הרשב"א לקמן (יט. ד"ה מהו דתימא) דלאחר דהביא שיטת רש"י הוא הוסיף וז"ל ולפי פירושו מדינא הו"ל למימר דנתחייב עלה משום א"א אלא דגזרת הכתוב הוא דמיעטה דאע"פ שהיא אשתו גמורה וקנאה דבר תורה שאין אדם מתחייב עליה משום א"א עכ"ל.

[525] ועיין ברשימות שיעורים ליבמות (נא. ד"ה ביאת בן תשע) דדן בזה וגם בשיטות אחרות בסוגיא באריכות.

בתי נתתי לאיש הזה". אלא דמסברא ניתן לומר דאין לקטנה חלות אישות גמורה ולכן מי שמזנה עמה אינו חייב מיתה. ולכן הברייתא בא ללמד דיש לחלק בין קטנה לקטן, דהיינו דאע"פ דאין חיוב מיתה על חלות האישות דקטן, עדיין יש חיוב מיתה על חלות האישות דקטנה. דזה הוי חלק מהגזה"כ ד"את בתי נתתי לאיש הזה" דיש חלות אישות גמורה לקטנה ע"י אביה.

והתוס' דפירשו דהדין דברייתא "דחייבין עליה משום אשת איש" קאי אגדול דייבם קטנה, גם הולכים לשיטתם. דלכאורה קשה, דאם פשיטא דיש חלות אישות מדאורייתא לקטנה מהפסוק ד"ואת בתי נתתי לאיש הזה" א"כ מהו ההו"א לומר דאין חלות אישות לקטנה ע"י יבום. אלא דלפי התוס' לקמן, ההו"א שפיר מובן. דשיטת התוס' דאין קטן יכול ליצור חלות אישות מדאורייתא ע"י יבום היא שיטה מחודשת. דהרי מסברא י"ל דקטן אינו יכול לקדש אשה מדאורייתא מכיון דאין בו דעת. אבל יבום דלא בעי דעת קונה מסתבר דחל מדאורייתא גם ביבם קטן. ומזה דהתוס' לא חילקו בנוגע לקטן בין חלות אישות ע"י מעשה קידושין לבין חלות אישות ע"י מעשה יבום, מוכרח דהחסרון באישות דקטן אינו משום חסרון בדעת אלא דיש דין חדש דקטן אינו יכול ליצור חלות אישות מדאורייתא. וא"כ שפיר מובן ההו"א בסוגיא דידן דאין חלות אישות ביבמה קטנה אע"פ דהיא יכולה להתקדש ע"י אביה. די"ל דכמו דמצינו אצל קטן דאינו בר יצירת חלות אישות בעצמו, כמו"כ קטנה אינה בת יצירת אישות בעצמה ולכן יתכן דהיא מופקעת מחלות אישות דאורייתא היכא דנתיבמה. ואז באה הברייתא ללמדנו דאכן יש לה חלות אישות מדאורייתא אע"פ דאין לקטן יבם חלות אישות מדאורייתא.

ויש לבאר את החילוק בין יבם קטן לבין יבמה קטנה בשני אופנים: א) באמת אין הבדל בין קטן לקטנה, וגם קטנה אינה יכולה ליצור אישות בעצמה. אלא דבקטנה יש גזה"כ דהאב יכול לקדש בתו, והיבום דקטנה נתפסת כהמשך של אישות המת דנוצרה ע"י האב. ב) קטנה חלוק מקטן ע"פ דין, דהיינו דאע"פ דקטן אינו בר אישות כלל עכ"ז קטנה בת אשת איש היא מדאורייתא היכא דהחלות חלה בלי דעתה כמו דחלה ע"י אביה או ע"י יבום.

ויש נ"מ בין צדדי החקירה לפי שיטת רש"י והרמב"ם דרק האב מקבל גט בעד בתו הקטנה אבל היא אינה יכולה לקבל גיטה (עיין לעיל בשיעורים י. בתוד"ה ומקבל את גיטה). דביארנו דזה אינו סתם דין מפני זכות האב בבתו, אלא גדר הדברים הוא דאם האב קידש את בתו אזי הוא הוי הבעלים על חלות האישות ולכן יש לו הכח לסלק את החלות ע"י קבלת הגט. וא"כ יש להתספק אם אב קידש את בתו ואז בעלה הראשון מת ואח המת

ייבם אותה, ועכשיו הוא רוצה לגרשה, מי מקבל את גיטה. דלפי הצד הראשון דכל הטעם דיש כאן חלות אישות דאורייתא עם היבם הוא מפני הקידושין הראשונים של האב, אזי עדיין האב הוי הבעלים על חלות האישות דבתו ולכן רק הוא מקבל את גיטה. אבל לפי הצד השני דיש כאן אישות חדשה עם היבם, אזי אין האב עוד הבעלים על חלות האישות עם היבם, ולכן מסתבר דאפי' לרש"י והרמב"ם היא יכולה לקבל גיטה.[526]

דף י:

גמ'. ומה שפחה כנענית שאין ביאתה מאכילתה בתרומה כספה מאכילתה בתרומה, זו שביאתה מאכילתה בתרומה אינו דין שכספה מאכילתה בתרומה.

רהיטת הברייתא משמע דנחלקו יוחנן בן בג בג ורבי יהודה בן בתירא אם בת ישראל מאורסת לכהן אוכלת בתרומה מדאורייתא או לא. וזה גם הנחת הגמ' עד דברי רבינא לקמן דביאר את הברייאת באופן אחר דגם יוחנן בן בג בג מודה דארוסה בת ישראל אוכלת בתרומה מדאורייתא ורק נחלקו התנאים בדין דרבנן. וא"כ לפי השיטות דחולקות על רבינא, יש צורך לברר יסוד מחלוקת התנאים האם בת ישראל לכהן אוכלת בתרומה מדאורייתא מאירוסין או מנישואין.

ונראה לבאר, דהנה עבד כהן אוכל בתרומה משום דהוי קנין כספו של הכהן. ויש להסתפק באשת כהן אם היא כמו שפחה ואוכלת בתרומה מכיון דיש לבעלה הכהן קנין בה, או"ד היא אוכלת מפאת דין חדש של אשת כהן דתלוי דינה באישות שלה לכהן. והדין החדש הזה נלמד מהפסוק "כל טהור בביתך יאכלנו" כדמבואר ברש"י (ד"ה זו שביאתה), ולפי"ז מסתבר דבעינן חלות בית הבעל וחלות שם שאר, דהיינו חלות נישואין כדי שתאכל בתרומה. וי"ל דבזה נחלקו התנאים. דאם הכהן מאכיל את אשתו בתרומה בגלל הקנין שיש לו בה, אזי מסתבר דהיא כבר אוכלת בחלות אירוסין המהווה חלות קנין בדומה לדין שפחה. ומאידך אם היא אוכלת מדין חדש של אישות, אזי ניתן לומר דבעינן חלות אישות גמורה של נישואין.[527]

ובזה אפשר להבין ע"פ פשטות לשון הקו"ח. "דמה שפחה כנענית שאין ביאתה מאכילתה בתרומה" פירושו דהיא אינה אוכלת בתרומה משום אישות, "כספה מאכילתה בתרומה" פירושו, דהיא אוכלת משום דהויא קנין כספו, אז קו"ח דאשת כהן

[526] עיין ברשימות שיעורים ליבמות שדן רבינו זצ"ל באריכות בחקירה הזאת – האם האישות דיבום הויא המשך אישות המת או דהויא חלות אישות חדשה, ואכמ"ל.

[527] ונראה לבאר כוונת רבינו זצ"ל דמדין קנין אינה אוכלת דדין קנין שפחה הוי קנין ממון משא"כ קנין אירוסין המהווה חלות קנין איסור ולא קנין ממון.

ד"ביאתה מאכילתה בתרומה", דהיינו דהיא אוכלת משום אישות, "אינו דין שכספה מאכילתה בתרומה", כלומר, דגם היא תאכל מחמת הקנין. ונבאר הקו"ח ביותר פרטיות בהמשך. ונמצא דלפי רבי יהודה בן בתירא דדורש הקו"ח, אשת כהן נשואה אוכלת בתרומה מב' טעמים, א) משום דהויא קנין כספו דבעל כמו שפחה, וב) מדין חדש של אישות עם כהן.[528] אבל יוחנן בן בג בג דוחה את הקו"ח כי הוא סובר דאשת כהן אינו אוכל בתרומה מדין קנין כספו אלא מדין חדש של אישות הכהן ולכן אין ללמוד משפחה דגם ארוסת כהן אוכלת בתרומה.

גמ'. היכי דמי אי בביאה שעל ידי חופה, וכסף שעל ידי חופה, בתרוייהו מיכל אכלה.

רש"י פירש (ד"ה היכי דמי) וז"ל דיליף כסף מביאה אי נימא ביאה שלאחר חופה ויליף מיניה כסף שהכניסה אחר כך לחופה עכ"ל. לפי רש"י "ביאה שעל ידי חופה" הויא חופה בתחילה ואח"כ ביאה. ומשמע מזה דרש"י נקט דאפשר לעשות חופה לפני קידושין כצד אחד של ספיקת המשנה למלך (פרק י מהלכות אישות הל"ב). ונראה דספיקת המשנה למלך תלוי בגדר הדין דחופה.[529] דאם ננקוט כמו שיטת הגר"ח זצ"ל דחופה אינו קנין אלא מעשה אישות דגורם לחלות הנישואין לחול מאליו, אזי מסתבר דאי אפשר לעשות מעשה כזה לפנויה. אלא, דבתחילה צריך לעשות מעשה קנין דאירוסין ואז יש משמעות למעשה אישות של חופה. אבל אם חופה הויא מעשה קנין בדומה לאירוסין שלא כהגר"ח זצ"ל, אזי יתכן דאפשר לעשות מעשה קנין דחופה לפני המעשה קנין דקידושין.[530]

גמ'. ואלא בביאה שעל ידי חופה, וכסף שלא על ידי חופה, הכא תרתי והכא חדא, אלא לאו בביאה שלא על ידי חופה וכסף שלא על ידי חופה, אי אמרת בשלמא נשואין עושה משום הכי פשיטא ליה דאלימא לה ביאה מכסף, אלא אי אמרת קדושין עושה מאי שנא הכא דפשיטא ליה ומאי שנא הכא דמספקא ליה.

כל השו"ט דראיית הגמ' קשה טובא. דהרי הגמ' סבורה דאם איירי בביאה שעל ידי חופה וכסף שלא ע"י חופה אזי אין קו"ח. דהרי א"א להוכיח מזה דאחרי ביאה וחופה דאשת כהן אוכלת בתרומה, דהיא גם אוכלת בכסף בלבד. והביאור בזה הוא דאחר חופה וביאה ביחד היא כבר נשואה, ואין ללמוד מזה דהיא גם אוכלת בכסף בלבד היכא

[528] ויתכן דיש נ"מ בין ארוסה דאוכלת מדין קנין כספו לנשואה דאוכלת מדין כל טהור בביתך. דהרי הריטב"א (יבמות סז: ד"ה קנין כספו אמר רחמנא) נקט דשומרת יבם מאירוסין אינה אוכלת בתרומה אבל שומרת יבם מנישואין אוכלת בתרומה מדאורייתא מפאת אישות דמת. ויתכן דהביאור הוא כמו רבינו זצ"ל כאן, דארוסה אוכלת רק מדין קנין כספו דפקע כשמת, אבל נשואה אוכלת מדין אשת כהן וזה נשאר גם לאחר מיתה.

[529] עיין בזה בשיעורים לעיל (ה. בענין חופה).

[530] צ"ע כשעושין החופה לפני הקידושין מהו דין האשה אחרי החופה ולפני קנין הקידושין.

דהויא רק ארוסה. ואם הגמ' נקטה דאין ללמוד מנשואה ע"י חופה לארוסה, אזי לא מובן איך הקו"ח קיים לפי המ"ד דביאה נישואין עושה. דהרי אע"פ דאיירי בביאה לבדה בלי חופה, עדיין יש להקשות היאך אפשר ללמוד מזה דביאה נישואין עושה מאכילה בתרומה, דגם כסף דרק אירוסין עושה מאכילה בתרומה. ואם אפשר ללמוד מביאה דעושה נישואין לכסף דאירוסין, אזי מדוע אי אפשר ללמוד מזה דהיא אוכלת בחופה וביאה ביחד, דהיא גם אוכלת ע"י כסף דאירוסין עושה. ובאמת, זה הוי שיטת רב נחמן בר יצחק בהמשך הסוגיא דאפשר ללמוד מזה דנשואה אוכלת בתרומה ע"י חופה וביאה, דגם ארוסה אוכלת בתרומה ע"י כסף לבדו. אבל בשלב הזה של הגמ' צ"ע מאי שנא ביאה לבדה לפי הצד דנישואין עושה, מחופה וביאה ביחד, דהרי שניהם ביחד גורמים לחלות נישואין, וצ"ב.

ונראה לבאר דהשו"ט כאן מכריח הבנה חדשה בכל ספיקת הגמ' האם ביאה אירוסין עושה או נישואין עושה. דהרי בהלכות קנינים פשיטא דמעשה קנין אחד יכול לקנות שני חפצים. וא"כ גם כאן אם אירוסין ונישואין מהווים חלות קניינים, אזי מעשה ביאה אחת יכול לפעול שני הקניינים ביחד, דהיינו דביאה נישואין עושה. והצד לומר דביאה אירוסין עושה הוא דאין בנישואין מעשה קנין אלא דהוי מעשה אישות דמשלים את חלות האישות. וא"כ מובן דכדי לעשות מעשה אישות בעינן לפני כן שתהא קנויה לו, ולכן בעינן שהקידושין יחולו לפני הנישואין. וזה בדיוק כמו שביארנו לעיל (י: ד"ה היכי דמי), דספיקת המשנה למלך האם אפשר להקדים נישואין לאירוסין תלוי במחלקות בין הגר"ח זצ"ל לבין שאר השיטות האם נישואין הוי מעשה קנין או לא. כלומר, דאם נישואין הוי חלות דהשלמת האישות ולא מעשה קנין, אזי נישואין צריך להיות בדוקא לאחר דהיא כבר קנויה לו ע"י קנין האירוסין.

ויוצא מכל זה דעצם ספיקת הגמ' האם ביאה אירוסין עושה או נישאוין עושה תלוי באם נישואין הוי מעשה קנין או מעשה של השלמת האישות. ועל פי זה שפיר מובן השו"ט דגמ' דידן. דהגמ' קובעת דאם ביאה אירוסין עושה אזי א"א ללמוד מהדין דביאה וחופה ביחד מאכילים אותה בתרומה דגם ארוסה אוכלת בתרומה. וההסבר הוא דלפי הצד דביאה אירוסין עושה, חלות הנישואין אינה שייכת לקנינים כלל וצ"ל דהטעם דנשואה אוכלת בתרומה הוא מפני החלות אישות גמורה דיש לה עם הכהן. וא"כ א"א ללמוד מזה דחלות אישות גמורה מאכלת בתרומה, דגם ארוסה דרק קנויה לו בלי חלות אישות גמורה אוכלת בתרומה.

אבל לפי הצד דביאה נישואין עושה אזי שפיר אפשר ללמוד מנישואין לאירוסין. דהרי גדר הדבר דביאה מאכילה בתרומה הוא דלאחר חלות הנישואין היא קנויה לכהן לגמרי והיא אוכלת בתרומה מצד הקנין. ומכיון דידיעינן דאשת כהן אוכלת בתרומה מצד הקנין שיש לכהן בה, אזי אפשר ללמוד משפחה דגם אוכלת מדין קנין כספו דלא בעינן הקנין הגמור דנשואה אלא סגי בקנין דאירוסין דדומה לקנין דשפחה. ויוצא, דהיכולת ללמוד מנשואה לארוסה תלויה בגדר דין נישואין האם מהווה חלות קנין אישות או חלות אישות דממילא דבעצם הוי ספיקת הגמ' האם ביאה אירוסין עושה או נישואין עושה.

ועל פי זה אפשר לחזור ולהבין את הקו"ח של רב הונא (ה.) דחופה קונה, וז"ל אמר רב הונא חופה קונה מקל וחומר, ומה כסף שאינו מאכיל בתרומה קונה, חופה שמאכלת בתרומה אינו דין שתקנה עכ"ל. רב הונא למד מזה דחופה מאכיל בתרומה, דחופה גם קונה לקידושין. והלימוד הזה מובן רק אם נישואין הוא מעשה קנין והטעם דנשואה אוכלת בתרומה הוי מדין הקנין דיש לכהן באשתו. ואזי שפיר אפשר ללמוד דכמו דחופה קונה להאכיל בתרומה, חופה אף יכולה לקנות קנין אירוסין. אבל לפי הגר"ח זצ"ל דחופה אינה מעשה קנין, אזי אין ביאור בקו"ח, כי מזה דחופה מאכילה בתרומה מדין חלות אישות דממילא בודאי א"א להוכיח דהיא קונה לאירוסין.

גמ'. אמר רב נחמן בר יצחק, לעולם אימא לך בביאה שעל ידי חופה, וכסף שלא ע"י חופה.

רב נחמן בר יצחק דוחה הראיה דביאה נישואין עושה. והביאור בדבריו הוא דאפי' אם ביאה אירוסין עושה עדיין אפשר לומר דנישואין הויא חלות קנין, אלא דאי אפשר לעשות הקנין דאירוסין והקנין דנישואין ביחד. ומכיון דנשואה לאחר ביאה וחופה אוכלת בתרומה מדין קנין, אזי שפיר ניתן ללמוד דגם ארוסה ע"י כסף לבדו אוכלת בתרומה, דהרי לומדים משפחה כנענית דבעינן רק הקנין דדומה לאירוסין כדי לאכול תרומה, וכנ"ל.

גמ'. ובן בג בג, גבי שפחה כנענית לא שייר בקנינה הכא שייר בקנינה.

רב נחמן בר יצחק מסביר דבן בג בג דוחה הקו"ח כי אי אפשר ללמוד משפחה כנענית לארוסה מכיון דבארוסה הקנין אינו נשלם. ונראה דהביאור בזה הוא, דאפי' אם נאמר דנשואה אוכלת בתרומה מדין קנין, ואזי לכאורה אפשר ללמוד בקו"ח משפחה כנענית דרק בעינן קנין דאירוסין להאכיל בתרומה, עדיין יש לדחות דאין להשוות הקנין דשפחה לקנין אירוסין. כי יתכן דגדר הקנין דמאכילה בתרומה הוי גמר הקנין. ולגבי שפחה, הקנין דיש לכהן בה סגי שהיא תהא מוגדרת כקנין כספו מכיון דהוי גמר הקנין.

אבל באשה, אע"פ דמדריגת הקנין דיש לכהן בארוסה דומה למדריגת קנינו בשפחה, מכיון דהקנין באשתו אינו נשלם עד הנישואין ועדיין אינו קנין גמור, היא אינה אוכלת בתרומה.

גמ'. רבינא אמר מדאורייתא מיפשט פשיטא ליה דאכלה ומדרבנן הוא דשלח ליה.

לפי רבינא כו"ע מודו דמדאורייתא ארוסה לכהן אוכלת בתרומה. וזה כמו שיטת עולא לעיל (ה.) דדבר תורה ארוסה בת ישראל אוכלת בתרומה. וכן פסק הרמב"ם (פרק ו מהלכות תרומות הל"א) וז"ל תרומה ותרומת מעשר נאכלת לכהנים בין גדולים בין קטנים בין זכרים בין נקבות הם ועבדיהם הכנענים ובהמתן, שנאמר וכהן כי יקנה נפש קנין כספו וגו' עכ"ל. והרי הרמב"ם השמיט הפסוק דכל טהור בביתך וכלל עבד ואשה תחת הגדר דקנין כספו כמו שיטת עולא ורבינא.

גמ'. והכי שלח ליה שמעתי עליך שאתה אומר ארוסה בת ישראל אוכלת בתרומה ולא חיישת לסימפון וכו' אבל מה אעשה שהרי אמרו חכמים ארוסה בת ישראל אינה אוכלת בתרומה עד שתכנס לחופה, משום דעולא.

מבואר בגמ' דיש ב' טעמים שהחכמים גזרו דארוסה בת ישראל אסורה לאכול בתרומה, משום סימפון ומשום שמא ימזגנו לה כוס בבית אביה ותשקנו לאחיה. ונראה דגדר הדין דרבנן שונה לפי שני הטעמים. דאם טעם הגזירה הוא דחיישינן לסימפון אזי י"ל דאפי' מדרבנן הקנין דאירוסין הויא המתיר של אכילת תרומה אלא דחיישינן שמא הקנין יהיה מקח טעות ולכן המתיר תלוי ועומד. ומהרגע דאין עוד חשש למקח טעות אזי הקנין דאירוסין מתירה לאכול בתרומה. אבל אם הגזירה משום שמא תמזוג ותשקה, זה שייך כל זמן דהיא בבית אביה, כלומר כל עוד דהיא ארוסה. וא"כ חלות המתיר מדרבנן היא ההעברה מבית אביה לבית בעלה, דהיינו נישואין.

דף יא.

גמ'. אמר רבי זירא שכן אשה מקפדת על עצמה ואין מתקדשת בפחות מדינר וכו' אי נמי בשוויה שליח.

נחלקו רש"י ותוס' מה הוי הדין היכא דבנתיה דרב ינאי שויה שליח או שקדשה בלילה. דלפי רש"י (שוייה שליח) היא מקודשת רק בתרקבא דדינרי, ולפי התוס' (ד"ה שכן) הקידושין חלין בדינר כמו בשאר הנשים. וצ"ב במאי פליגי. ונראה לבאר על פי קושיא ביסוד הדין דבית שמאי אליבא דרבי זירא. דהרי אם האשה באמת רק רוצה להתקדש בסכום מסויים ולא בפרוטה, אזי פשיטא דגם לבית הלל היא רק מקודשת אם הוא נותן

לה הסכום הזה, דהרי בלי זה אין לה דעת לקידושין כלל. וזה דומה לדין דשיראי לעיל (ז:) דאע"פ דהן שווין יותר מפרוטה אם אין לה דעת להתקדש בשווין אזי היא אינה מקודשת. ולפי"ז יש לעיין ביסוד המחלוקת בין בית שמאי לבין בית הלל, דהרי ממ"נ, אם היא באמת רק רוצה להתקדש בדינר אזי גם בית הלל מודים דהיא אינה מקודשת בפחות מדינר, ואם היא באמת רוצה להתקדש בפחות מדינר, אזי מה כוונת דרבי זירא דהיא מקפדת על עצמה ואין מתקדשת בפחות מדינר. וקשה לומר דהם חלוקין באומדנא בעלמא בדעת דסתם אשה.

ונראה לבאר דהדין דב"ש לפי רבי זירא אינו תלוי בדעת האשה לקידושין, אלא בהגדרה מחודשת לחלות שם כסף בהלכות קידושין. דהרי מצינו דיש הלכות מיוחדות לחלות שם כסף לגבי קידושין לעומת חלות שם כסף דעלמא. למשל, מתנה ע"מ להחזיר נחשב ככסף לענין קנין כסף אבל אינו סגי לחלות שם כסף לענין קידושין. וכמו"כ י"ל דלפי ב"ש אע"פ דבכל התורה כולה שו"פ דינו ככסף, בהלכות קידושין בעינן דינר. והביאור בזה הוא דהשיעור לחלות שם כסף קידושין נקבע ע"פ סתם דעת דרוב נשים, ולפי רבי זירא סתם אשה מקפדת להתקדש רק בדינר ולא בפרוטה. ובזה חלוקים ב"ה וסבורים דחלות שם כסף לגבי קידושין אינו נקבע לפי דעת רוב הנשים אלא דהשיעור הוי שו"פ כמו בכתה"כ.

אולם גם לפי ב"ש צ"ל דאין השיעור לחלות שם כסף בקידושין נקבע תמיד בדינר. דהרי מבואר בגמ' דאפי' לפי ב"ש אם אשה פשטה ידה וקבלה שו"פ לשם קידושין דהיא מקודשת. וצ"ל דאם האשה הזאת באמת רוצה רק שו"פ דסגי בזה מכיון דבכתה"כ יש לשו"פ שם כסף. ויוצא דאע"פ דלסתם אשה השיעור לדין כסף בקידושין הוי דינר, עדיין אשה מסויימת יכולה להחליט דשם כסף בשבילה הוא שו"פ.

ולפי"ז נראה לבאר דנחלקו רש"י ותוס' לגבי האם אשה מסויימת יכולה להגדיר דרק כסף בשיעור יותר מדינר נחשב כחלות שם כסף קידושין לגבי עצמה.. כלומר, דאם אין לה דעת לקידושין בפחות מתרקבא אזי פשיטא דהיא אינה מקודשת בדינר דהרי אין לה דעת מקנה כלל. אבל נחלקו לגבי אשה חשובה דבעלמא רוצה להתקדש רק בתרקבא והיא פשטה ידה וקיבלה קידושין בלי ידיעה דהוא נותן לה דינר כמו בלילה או ע"י שליח. דרש"י נקט דכמו דמצינו דהיא יכולה לקבוע דפרוטה הוי שם כסף לגבי עצמה, כמו"כ היא יכולה לקבוע ע"י סתם דעת דאשה חשובה דרק תרקבא הוי שם כסף בנוגע לעצמה, וא"כ אינה מקודשת מכיון דהיא לא קיבלה שיעור כסף. אבל התוס' נקטו

דאשה מסויימת אינה יכולה לקבוע שיעור כסף לעצמה, וא"כ אם יש לה דעת לקידושין אזי דינר סגי להיות כסף הקידושין.

דף יא:

רש"י ד"ה הכי גרסי' ומה כסף דבר חשוב.

רש"י הביא הפירוש של רבותיו דיש היקש מכלים לכסף, דמה כלים דבר חשוב אף כסף דבר חשוב ולכן סגי במעה ולא בדינר צורי. ורש"י הקשה על זה, וז"ל ועוד מה כלים דבר חשוב וכי מחט דבר חשוב הוא והא אמרינן התם לכך יצאו כלים למשהו עכ"ל. ונראה לתרץ ע"פ הרשב"א לגמ' שם (שבועות לט:) דהובא לעיל (ג: בענין חליפין בקידושין אות ז') דנסתפק אם כלי פחות משו"פ מועיל לקידושין. וביארנו לעיל בב' דרכים: א) דכלי הוי דבר חשוב אפי' אם אינו שו"פ, או ב) דמעריכין השוויות דכלים על פי המלאכה דאפשר לעשות עם הכלי ולא השוויות שבשוק. אבל סוף כל סוף לפי הרשב"א מתורצת קושיית רש"י על רבותיו כי הגמ' דיצאו כלים למה שהן מלמד על חשיבות הכלי ולא על פחיתותו.

התם נמי כסף כסף יליף ממעשר.

הגמ' לומדת ממעשר שני דפדיון הקדש סגי בשו"פ ולא בעינן כסף צורי. ויש לעיין ביחס בין פדיון הקדש לבין פדיון מע"ש. דהרי י"ל דהויין חלות שם ודין פדיון אחד וכדמשמע מההקיש שביניהם שבגמ', או"ד הם שני דיני וחלות פדיון בפני עצמן, ולפי"ז צ"ל דההקיש רק מורה דיש להם דינים שווים לכמה עניינים. ונראה דזה תלוי בשני גירסאות של ההיקש. דהרי בגמ' בסוגיין ההקיש הוא מהמלה "כסף" דמופיע בשתי הפרשיות. אבל בגמ' בכורות (נ:) יש אותו שו"ט אבל שם מקור ההיקש הוא מהמלה "קדש", וז"ל והרי הקדש דכתיב ונתן הכסף וקם לו, ואמר שמואל הקדש שוה מנה שחיללו על שוה פרוטה מחולל, הקדש נמי יליף קדש קדש ממעשר עכ"ל. וי"ל דלפי הגמ' בבכורות דההיקש הוא מהמלה "קדש" יוצא דהגמ' משווה בין חלות הקדושה בהקדש לבין חלות הקדושה במע"ש, וממילא יש להם אותו שם פדיון ודינים שווים. אבל לפי הגמ' אצלנו דההיקש הוא מהמלה "כסף" אין ללמוד דיש צד השוה בין חלות המע"ש לבין חלות ההקדש, אלא דיש לפדיון של שניהם אותו שם כסף.

אבל אם נשווה את ההלכות של פדיון הקדש ופדיון מע"ש נגיע למסקנא שהם בעצם ב' מיני פדיון.

א) לגבי פדיון הקדש פסקינן דהקדש שוה מנה שחיללו על שוה פרטוה מחולל. וגם להיפך, אם יש לאדם הקדש דפרוטה והוא רוצה לחללו על שוה מנה, ההקדש תופס כל המנה. ומאידך, לגבי מעשר שני רק הדין הראשון נכון ולא הדין השני. כלומר דאפשר לחלל מע"ש שוה מנה על שו"פ (רמב"ם פ"ב מהלכות מע"ש ונט"ר הל"ב-ג), אבל פרוטה דמ"ע דחילל על מטבע יותר מפרוטה, אין כל המטבע נתפס בקדושת מע"ש. וזה מבואר בדין דחזקיה (ב"מ נב:) דאע"פ דאי אפשר לחלל פחות משו"פ דמע"ש על מטבע בפני עצמו (ב"מ נג:) עדיין יש עצה איך לטפל בו, וז"ל אמר חזקיה מעשר שני שאין בו שוה פרוטה, אומר הוא וחומשו מחולל על מעות הראשונות, לפי שאי אפשר לו לאדם לצמצם מעותיו עכ"ל. ורש"י ביאר וז"ל שאי אפשר לאדם לצמצם מעותיו - לחלל בשווין בצמצום, שמתוך שהוא ירא מלפחות ונמצא אוכלו בלא חילוף הוא מוסיף על דמיו, הילכך פחות משוה פרוטה זה מחלל על אותו עודף עכ"ל. הרי מבואר בדין דחזקיה דאם אדם מחלל שוה מנה דפירות מע"ש על מטבע השוה יותר אין כל המטבע נתפס בקדושת מע"ש, אלא דמי השוויות דמע"ש לבד. וא"כ יוצא דיש חילוק גדול בין פדיון הקדש דתופס כל המטבע לבין פדיון מע"ש דרק תופס כדי דמיו.[531]

ב) מבואר בגמ' בב"ק (סח:) דבעינן שלו וברשותו כדי לפדות מע"ש. אבל בהקדש, בין בהקדש בדק הבית ובין בקדושת מזבח, לא בעינן הבעלים דהקדיש לפדות אלא כל אחד ואחד יכולים לפדות.

מהחילוקים האלו עולה דפדיון מע"ש ופדיון הקדש הוו ב' שמות דפדיון שונים ורק הוקשו לכמה דינים.[532] וזה עולה יפה עם הגירסא שלנו דההיקש נלמד מהמלה "כסף" דקאי בדיני פדיון, אבל קשה קצת בגירסת הגמ' בבכורות דההיקש נלמד מהמלה "קדש" דמשמע דיש להם אותה חלות קדושה, כנ"ל.

[531] הדין הזה מבואר ברמב"ם (פרק ה מהלכות מע"ש הל"ו) וז"ל הפודה מעשר ביותר על דמיו לא נתפסה התוספת למעשר עכ"ל. והכסף משנה ציין למקור דבריו את הירושלמי במעשר שני (פרק ד הל"ב) וז"ל אמר רבי יוחנן הקדש שפדייו יותר על דמיו תפס את הכל מעשר שני שפדייו יותר על דמיו לא תפס את הכל. מה בין הקדש מה בין מעשר שני. אמר רבי אימי שכן אדם מצוי להיות מרבה בהקדישו עכ"ל. מפשט דברי הירושלמי עולה דההחילוק בין פדיון מע"ש לפדיון הקדש רק תלוי באומדנא בדעת האדם הפודה. וכן מבואר ברמב"ן (ב"מ נג. ד"ה ומשמע) בביאור הדין דחזקיה וז"ל שאין דרך אדם לצמצם מעותיו, ושאותו מותר שבמעות אין דעתו של אדם להתפיסו במעשר אלא חולין הוא בידו ויכול לחלל עליו עכ"ל. אבל רבינו זצ"ל תפס החילוק הזה בין פדיון הקדש לפדיון מע"ש כחילוק בדין ולא רק בדעת הפודה. ועיין בשו"ת מנחת שלמה (חלק א סימן סו) דדן אם אפשר בדעתו להתפיס קדושת מע"ש על יותר מכדי דמיו ומסיק דהויא מח' ראשונים.

[532] ועיין בקובץ שיעורים (ח"ב סימן כ אות ג) בשם הגר"ח זצ"ל דפדיון הקדש הויא מעשה קנין, וחלות הקדושה (בבדק הבית) הויא תוצאה דקנין הקדש. אבל פדיון מע"ש אינו מעשה קנין. אולם עיין ברשימות שיעורים לב"מ (ריש פרק הזהב, אות ב) דרבינו זצ"ל נקט דגם פדיון מע"ש הוי מעשה קנין אלא דבנוסף לזה יש עוד דין חילול מע"ש מפאת מצות הבאת מקום לירושלים.

גמ'. רבי שמעון בן לקיש אומר טעמייהו דבית שמאי כדחזקיה, דאמר חזקיה אמר קרא והפדה, מלמד, שמגרעת מפדיונה וכו' מפרוטה מי מגרעה.
עיין בשיעורים לקמן (יד:) בענין גרעון כסף.

דף יב.

גמ'. אמר שמואל קידשה בתמרה אפילו עומד כור תמרים בדינר מקודשת, חיישינן שמא שוה פרוטה במדי וכו' הא בקידושי ספק.

בענין שמא שוה פרוטה במדי

א

שיטת התוס' ר"י הזקן

עיין בתוס' ר"י הזקן דהביא מחלוקת הראשונים האם שמואל איירי דוקא היכא דלא ידעינן אם התמרה שו"פ במדי, או"ד אפי' אם ידעינן, וז"ל איכא מאן דאמר דאי ידעינן בודאי דוכתא דשוה ביה פרוטה מקודשת ודאי, והעיקר דאפילו ידעינן דוכתא דשוה פרוטה הוה ספק מקודשת הואיל ובהאי דוכתא לא שוה פרוטה והספק הוא אי שוה פרוטה דאמרו חכמים בהאי דוכתא דקדיש ביה דוקא או אפילו שוה בשום מקום אע"פ שאינו שוה כאן שמא יגיע זה לשם וישוה פרוטה הילכך יש לחוש בכל שוה כסף שיקדש בו שמא יש מקום בעולם שישוה זה פרוטה עכ"ל. יוצא, דלפי התוס' ר"י הזקן הדין דשמאול דהיא מקודשת מספק שייך אפי' אם ידעינן בודאי דהוא שו"פ במדי שלא כדיעה הראשונה. ויש לעיין בנקודת הספק במקרה כזה לפי התוס ר"י הזקן.
ונראה לבאר ע"פ חקירה בשיעור פרוטה דכסף קידושין, האם הוא דין בחלות שם חפצא של כסף או"ד דהגברא דאשה המתקדשת צריכה לקבל ולהינות בשיעור שו"פ.[533] ועיין במשנה לקמן (מו.) וז"ל האומר לאשה התקדשי לי בתמרה זו התקדשי לי בזו, אם יש באחת מהן שוה פרוטה מקודשת ואם לאו אינה מקודשת, בזו ובזו אם יש שוה פרוטה בכולן מקודשת ואם לאו אינה מקודשת, היתה אוכלת ראשונה ראשונה אינה מקודשת עד שיהא באחת מהן שוה פרוטה עכ"ל. והגמ' שם נסתפקה לגבי המשפט האחרון של המשנה וז"ל אהייא (רש"י – קאי היתה אוכלת) אילימא אירשא מאי איריא אוכלת אפי' מנחת נמי דהא התקדשי לי בזו קאמר, אלא אסיפא, ואפילו בקמייתא והא

[533] ויש להעיר על דברי רבינו זצ"ל כאן מדבריו לעיל (ז: ד"ה בעי רבא חצייך בחצי פרוטה וחצייך בחצי פרוטה) דהמקדש אינו צריך לתת פרוטה אלא דהיא צריכה לקבל השוויות דפרוטה. ונראה דשם באמת יש פרוטה שלימה דהאשה מקבלת, אלא דכל מעשה הקידושין הוא רק בחצי פרוטה. אבל כאן רבינו זצ"ל קבע דאם בסופו של דבר היא לא מקבלת חפצא של שווי, אזי הקידושין אינו חל.

מלוה היא וכו' רב ושמואל אמרי תרוייהו לעולם ארישא ולא מיבעיא קאמר, לא מיבעיא מנחת דאי איכא שוה פרוטה אין, אי לא לא, אבל אוכלת הואיל ומיקרבא הנייתה אימא גמרה ומקניא נפשה, קמ"ל עכ"ל. כלומר, דלפי רב ושמואל אפי' אם התמר פחות משו"פ מכיון דהיא אוכלת אותו ונהנית ממנו יש הו"א דהיא מקודשת. ונראה לבאר דיסוד ההו"א הוא דכסף קידושין לא צריך להיות שו"פ בחפצא אלא דהיא צריכה לרצות אותו וליהנות בו כשו"פ. וא"כ מסקנת הגמ' דתמר פחות משו"פ אינו מועיל אפי' אם היא אוכלת אותו ומיקרבא הנייתה, מוכיח דבכסף קידושין בעינן חלות שם חפצא דשו"פ ולא רק שו"פ בשבילה.[534]

וזה גם הביאור בהשו"ט לעיל (ח.) לגבי שחרור עבד עברי, דהגמ' שם עוסקת בדין הברייתא דעבד עברי אינו קונה את עצמו בתבואה וכלים. ובסוף, הגמ' ביארה וז"ל אלא לעולם דלית בהו שוה פרוטה, ודקאמרת מאי איריא תבואה וכלים אפי' כסף נמי, לא מיבעיא קאמר, לא מיבעיא כסף דאי אית ביה שוה פרוטה אין, אי לא לא, אבל תבואה וכלים אימא מדמקרבא הנאתייהו גמר ומקני נפשיה, קא משמע לן עכ"ל. ונראה לבאר את ההו"א והמסקנא לגבי תבואה וכלים באופן דומה להגמ' לקמן לגבי תמר. דההו"א הוא דעבד עברי יוצא לחירות אפי' בדבר דאינו שו"פ בחפצא כל עוד דמקרבא הנאתייהו, אבל המסקנא הוא דצריך חלות שם כסף בחפצא דשו"פ ממש.[535]

וא"כ יוצא מהגמ' לקמן (מו.) דבכסף קידושין בעינן חלות שם חפצא דכסף, דהיינו דהוא בעצם שו"פ. ושמואל בסוגיא דידן נסתפק האם סגי בזה דהוא נותן לה דבר שהוא חלות שם חפצא דכסף או"ד דכסף הקידושין ג"כ צ"ל שו"פ בשבילה כשהיא מקבלת אותו. דהרי אם ידיענן בודאי דהתמר שו"פ במקום אחד בעולם, מסתבר דהתמר נחשב כחלות שם חפצא של כסף. אבל אם הוא נותן לה את התמר במקום דאינו שו"פ, אזי היא לא מקבלת שו"פ כגברא. ולכן שמואל נסתפק האם היא מקודשת מכיון דהוא נתן לה חפצא דכסף או"ד היא אינה מקודשת מכיון דהיא קיבלה פחות משו"פ.

אבל יש להקשות דאם זה הוי עיקר הספק דשמואל לכאורה ניתן לפשוטו מהגמ' לעיל (ו:) דמתנה ע"מ להחזיר אינו מועיל לקידושין. דגם שם יש חפצא של שווי דשו"פ וחלות שם חפצא של כסף, אבל מכיון דהיא צריכה להחזיר לו את המתנה היא לא קיבלה שווי

[534] אבל עיין בספק הר"ן לעיל (ד. בדפי הרי"ף, סוד"ה גרסי') אם אשה יכולה לומר לדידי שוה לי בקידושין בפחות משו"פ.

[535] עיין בזה ברשימות לעיל (ח.).

של פרוטה כגברא.[536] ומכיון דהדין במתנה ע"מ להחזיר הוא דאינה מקודשת לכאורה רואים מזה דבנוסף לחפצא של שווי בעינן נמי דהיא תקבל שווי והנאה דפרוטה. וא"כ קשה להבין את הספק דשמואל, דהרי אפי' אם התמר שו"פ במדי ויש לו חלות שם חפצא של כסף עדיין הקידושין אינן חלין מכיון דהיא לא קיבלה שו"פ במקום שלה.[537] **ונראה** לבאר דבמתנה ע"מ להחזיר יש עוד חסרון בנוסף לזה דהיא לא מקבלת ונהנית משו"פ, דהיינו דעצם התנאי דהיא צריכה להחזיר לו את החפץ לאחר זמן מונע ממנה בעלות גמורה. דהרי לעיל (ו: ד"ה אמר רבא הילך מנה על מנת שתחזירהו לי) הבאנו מחלוקת הראשונים אם המקבל מתנה ע"מ להחזיר יכול להקדישו או לא, וביארנו דלפי רוב הראשונים אין למקבל בעלות גמורה ולכן הוא אינו יכול להקדישו. וגם יש להוכיח דיש חסרון בעצם הבעלות במתנה ע"מ להחזיר מהשו"ט בסוגיא לעיל (ו:), דהרי הגמ' הביאה ראיה דמתנה ע"מ להחזיר מהני לקידושין מזה דיוצאים מצות ד' מינים באתרוג דקיבל במתנה ע"מ להחזיר. ואם כל החסרון במתנה ע"מ להחזיר הוא בזה דלא מגיע למקבל שו"פ, אזי מה ההו"א דמתנה ע"מ להחזיר אינו מועיל באתרוג, דהרי לא מצינו דהאתרוג צריך להיות שו"פ.[538] אלא בודאי הגמ' ידעה דהחסרון במתנה ע"מ להחזיר הוא בעצם בעלות המקבל ולכן הגמ' יכולה להביא ראיה מאתרוג דיש למקבל בעלות גמורה. ויוצא מכל זה דהחסרון במתנה ע"מ להחזיר אינו רק משום דהיא לא קיבלה שו"פ כגברא, וא"כ מובן למה שמואל נסתפק אם הוא מקדשה בתמר דנחשב כחפצא של כסף ע"פ דין אבל אינו שו"פ בשבילה.

ב

דבר המתקיים עד שיגיע למדי

בהמשך דבריו, התוס' ר"י הזקן הוסיף תנאי לספק דשמואל וז"ל מיהו כי הויא ספק הני מילי בדבר המתקיים אבל דבר שאינו מתקיים לא הויא ספק מקודשת דהא בהאי דוכתא לא שוה פרוטה ואינו מגיע לה בשום מקום שישוה כלום שהרי קודם הגיעו שם יפסד עכ"ל. דהיינו דלפי התוס' ר"י הזקן האשה ספק מקודשת רק היכא דהחפץ הוא דבר המתקיים דאפשר להגיע למדי, אבל אם החפץ לא תהיה שו"פ עד שמגיע ממדי אזי היא בודאי אינה מקודשת. ונראה דשיטת התוס' ר"י הזקן היא כשיטת הרמב"ם

[536] והשווה לדברי רבינו זצ"ל לעיל (דף ג. בענין חליפין אות ד', דף ו: ד"ה אמר רבא, שם ד"ה אלא אמר רב אשי) לגבי גדר הדין דמתנה ע"מ להחזיר בקידושין.

[537] לכאורה רבינו הקשה כן לפי הרמב"ם דמתנה ע"מ להחזיר פסול מדאורייתא לקידושין. אבל לפי התוס' לעיל (ו: ד"ה לבר מאשה) דמתנה ע"מ להחזיר רק פסול מדרבנן כגזירה אטו חליפין, לכאורה אין קושיא.

[538] ויש להעיר מרש"י בסוכה (כז: ד"ה כל האוזרח) דמשמע דכדי להיות לכם בעינן חפצא דשו"פ ואכמ"ל.

(פרק ד מהלכות אישות הלי"ט) שכתב וז"ל ייראה לי, שאם קידש בתבשיל או בירק שאינו מתקיים, וכיוצא בהם אם לא היו שווה פרוטה באותו המקום אינה מקודשת כלל שהרי דבר זה אינו מגיע למקום אחר עד שייפסד ויאבד, ולא יהיה שווה כלום ודבר של טעם הוא זה, וראוי לסמוך עליו עכ"ל.

ונראה דהצורך לדבר המתקיים תלוי בגדר הדין דייסדנו לעיל (אות א') דשוויות הפרוטה במדי גורם לחלות שם שו"פ בחפצא אפי' כאן. דמסברא היה אפשר לומר דיש דין בעלמא דחלות שם חפצא של שוויות אינו תלוי במקום מסויים אלא דמכיון דהוא שו"פ באיזה מקום בעולם יש לחפצא דין שו"פ בחפצא. אבל נראה דהרמב"ם והתוס' ר"י הזקן נקטו דכדי שתהא חלות שו"פ בחפצא במקום דבאמת השוויות פחות משו"פ, בעינן לכל הפחות אפשרות להגיע למקום דהחפצא שו"פ. ולכן לפי השיטה הזאת בעינן דבר המתקיים.

ג

שיטת הר"ן

הר"ן (ו. בדפי הרי"ף ד"ה אמר שמואל) חולק על התוס' ר"י הזקן ונקט דאם בודאי התמר שו"פ במדי אזי היא ודאי מקודשת, והספק דשמואל הוא רק אם לא ידעינן דהוא שו"פ במקום אחר. והר"ן סבור דהיא ודאי מקודשת בתמר דשו"פ רק במדי אפי' אם הוא אינו דבר המתקיים, ודלא כהרמב"ם והתוס' ר"י הזקן. והביאור בזה הוא דהר"ן הבין את הדין דשו"פ במדי באופן אחר, ע"פ הסוגיא דלעיל (ח.) דאדם יכול לומר לדידי שוה לי, וז"ל לפיכך נראה לי דאי שוה פרוטה במדי קדושי תורה הן דכיון שהיא נתרצתה בהן ושוין פרוטה באי זה מקום אילו ידעו העדים שדרכה לתת פרוטה באותו דבר הוה ליה כאילו אמרה לדידי שוה לי כדאמרינן לגבי חמש סלעים של פדיון בכור כדאיתא לעיל עכ"ל. כלומר, דאפי' אם אינו שו"פ כאן, מכיון דהתמר שו"פ במדי, היא יכולה לומר לדידי שוה לי פרוטה ולהתקדש בו.

ולכאורה צ"ע דהרי הר"ן לעיל (ד. בדפי הרי"ף ד"ה גרסי') נסתפק אם לדידי שוה לי מהני להחשיב פחות משו"פ להיות שו"פ כדי להיות כסף הקידושין, וז"ל אני מסתפק במקדש בדבר שאינו שוה פרוטה אי מציא אמרה לדידי שוה דאפשר דכיון דלא שוה מידי לאו כל הימנה לתת עליו תורת כסף והכא שאני דכיון דודאי ממונא הוא כי אמר לדידי שוה לי מהני עכ"ל. וא"כ צ"ל דבסוגיא דידן פשיטא להר"ן דאמרינן לדידי שוה לי כפרוטה והקידושין חלין רק משום דהוא באמת שו"פ במדי, לעומת דברי הר"ן לעיל דאיירי בדבר דאינו שו"פ בשום מקום בעולם. אבל לכאורה הצירוף הזה בין השוויות פרוטה במדי

לבין הדין לדידי שוה לי צריך בירור, למה היא יכולה לומר לדידי שוה לי כפרוטה רק אם הדבר באמת שו"פ במקום אחד בעולם.

ונראה לבאר ע"פ הנ"ל, דהר"ן נקט דכסף הקידושין צריך להיות חלות שם כסף בחפצא וגם שהיא תקבל שו"פ כגברא. ולכן בעינן ב' דברים: השוויות פרוטה במדי מחילה על התמר חלות שם כסף בחפצא, והדין דלדידי שוה לי כפרוטה מהני להיות נחשב דהיא קיבלה שו"פ כגברא. אבל בסוגיא לעיל הר"ן איירי היכא דהחפץ אינו שו"פ בשום מקום בעולם וחסר לו החלות שם חפצא של כסף, ואזי הוא נסתפק אם לדידי שוה לי מהני.

ד

שיטת הרמב"ן

לפי השיטות הנ"ל, שוויות החפצא במדי מחילה חלות שם חפצא של כסף אפי' במקום דאינו שוה פרוטה. מאידך הרמב"ן (ד"ה ואיני יודע) חולק על זה והוכיח מדיני השבת גזילה דאין לממון אלא מקומו ושעתו, דכתב הרמב"ן וז"ל ואיני יודע אם שוה בודאי במדי פרוטה והוא דבר המתקיים אי הוו קידושי ודאי, ומשמע לי שאינן אלא ספק שאין לקדושין אלא מקומן ושעתן בלבד, ואע"פ כן חששו לספקן, ולענין גזל הגר אתמר בפרק הגוזל (קה.) דבפחות משוה פרוטה אפילו בגזילה קיימת אין צריך לילך אחריו דאין חוששין שמא תיקר ולא חוששין נמי שמא שוה פרוטה במדי ומייתי אשם ומתכפר, אלמא אין לממון אלא מקומו ושעתו, אלא חומר הוא באשת איש עכ"ל. כלומר, הרמב"ן הביא את הגמ' בב"ק (קה.) דאם יש גזל ביד הגזלן דפחות משו"פ, הוא אינו חייב ללכת אחר הנגזל להחזירו ולא חיישינן שמא הוא שו"פ במקום אחר. והרמב"ן הוכיח מזה דגם בכל התורה כולה שיעור שוה פרוטה הוא על פי המקום והזמן דהחפץ נמצא עכשיו בלבד. ויוצא מזה דבסוגיא דידן אם התמר אינו שו"פ במקום שהיא נמצאת, אזי מעיקר הדין ראוי לומר דאין כאן כסף קידושין, ושמואל נסתפק רק בגלל החומרא דאשת איש. אמנם לא ברור מדברי הרמב"ן אם החומרא הוא מדאורייתא או מדרבנן, אבל ברור דבכל התורה כולה משערינן חפצא דשוויות על פי המקום והזמן דהחפץ נמצא בם.

ולכאורה יש לדחות את הראיה של הרמב"ן משום דיש לחלק בין שיעור פרוטה בהשבת גזילה לבין שיעור פרוטה בכל התורה כולה. דכבר ביארנו דלפי התוס' ר"י הזקן ספיקת שמואל מיוסד על זה דיש לתמר חלות שם חפצא של כסף אם הוא שו"פ באיזה מקום בעולם. וי"ל דהתוס' ר"י הזקן נקט דהשוויות דשו"פ במדי חשוב רק היכא דהדין תלוי בחלות שם חפצא של כסף כבקידושין. אבל דיני השבת גזילה אינם תלויים בשיעור

ממון בחפצא ע"פ דין אלא בכמה חסר לגברא הנגזל. ובזה שפיר מובן למה דוקא בגזל אין לממון אלא מקומו ושעתו.

ונראה להוכיח דבגזל אזלינן בתר השוויות לגברא הנגזל ולא בתר שוויות החפצא על פי דין, עפ"י חידוש של אאמו"ר הגאון ר' משה זצ"ל לגבי גזילת שטרות. דהרי בגמ' יש כל מיני דרשות למעט שטרות מהלכות מסויימות והרמב"ם הביא אותם להלכה. למשל, הרמב"ם הביא את המיעוט דשטרות משבועות (פרק ז מהלכות שבועות הל"ג), ומכפל (פרק ב מהלכות גניבה הל"ב). אמנם אע"פ דבגמ' (ב"ק קיז:) יש מיעוט של קרקע ושטרות מגזילה, הרמב"ם (פרק ט מהלכות גזילה ואבידה הל"א) הביא רק את הדין דקרקע אינה נגזלת והשמיט את הדין דאין גזילה בשטרות. וצ"ע בהשמטת שטרות דוקא מגזל, ובמיוחד אם הרמב"ם הביא את המיעוט דשטרות מכפל ומשבועה.

והגר"מ זצ"ל תירץ ע"פ יסוד הגר"ח זצ"ל דאע"פ דשטר חוב הוי חפצא של ממון דהרי אפשר למכור אותו בשוק כדי לגבות את החוב וא"כ הגזלן גזל חפצא של שווי, מ"מ אין כאן חלות שם גזילה. דיסוד הגדר דגזילה הוא הפסד ממון לנגזל, וכאן הגזלן לא גזל את עיקר החוב שהרי הלוה עדיין חייב לשלמו, אלא דעכשיו בלי השטר המלוה אינו יכול להכריח את הלוה לפרוע את החוב. ומכיון שהמלוה שהוא הנגזל לא הפסיד עיקר ממון החוב בגזילת השטר, פשיטא שאין כאן גזילה בכלל אפי' בלי גזה"כ, ולכן הרמב"ם השמיט את הדין של גזילה בשטר חוב. אבל בגניבה, המחייב הוא עצם מעשה הגניבה[539] ולכן אע"פ דהמלוה עדיין הוי הבעלים על שעבוד החוב, מכיון דהגנב לקח את השטר דהוי חפצא של ממון יש הו"א לחייבו בכפל ובשביל זה שפיר הביא הרמב"ם את החידוש דין מדרשא דאין כפל בגניבת שטרות.[540]

והנה כשהרמב"ן כתב "שאין לקידושין אלא מקומן ושעתן", ומשמע מזה דהרמב"ן נקט דלפי השיטות דמשערינן חלות חפצא דכסף ע"פ השויות דפרוטה באיזה מקום בעולם, זה לא רק דין במקום אלא גם בזמן. דהיינו, דאם התמר אינו שו"פ באיזה מקום בעולם אבל אפשר לדעת דבעתיד השוויות דהתמר יעלה ויהא שו"פ, דזה גם מעניק חלות שם חפצא של שוויות לתמר גם בהווה. ולכאורה חידוש הרמב"ן דיש להשוות מקום וזמן אינו מוכרח כלל ושפיר מובן למה ע"פ דין התמר הוי חפצא של כסף אם הוא שו"פ במדי עכשיו אבל מה שיקרה בעתיד לא בא בחשבון כלל. וצ"ע.

[539] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לריש פרק מרובה.
[540] ע"ע בזה ברשימות שיעורים לב"ק (סב. בתוד"ה יצאו שטרות אות ג').

ה

ב' מיני חלויות קידושין מדרבנן

ועיין בשו"ע (אה"ע סימן לא סעיף ד) דפסק לגבי חלות הקידושין בדין דשמואל, וז"ל הא דאמרינן שהיא מקודשת מספק שמא דבר זה שוה פרוטה במקום אחר, צריכה גט להתירה לעלמא. ואם רוצה לקיימה, צריכה קדושין אחרים עכ"ל. כלומר, דמכיון דיש חסרון בקידושין הראשונים אם הוא רוצה לקיימה צריך מעשה קידושין חדש. ולכאורה, בשלמא לפי השיטה דלפי שמואל יש כאן ספק דאורייתא שפיר מובן למה בעינן קידושין שניים. אבל לפי השיטה (עיין ברא"ש סימן יז בשם הר"י) דשמואל נקט דהיא מקודשת מדרבנן בודאי, קצת קשה למה בעינן מעשה קידושין חדש. דהרי מצינו דקידושין מדרבנן מהני כמו לגבי חרש וקטן דקידש דהקידושין חלין מדרבנן, ומה החסרון כאן אם אין מעשה קידושין חדש וכל חלות הקידושין נשארת חלות מדרבנן.

ונראה לתרץ באופן פשוט דיש ב' מיני חלות קידושין מדרבנן. דכבר ביארנו לעיל (הקדמה למס' קידושין אות ג') דקידושין חלין גם כאוסר וגם כמתיר. ולגבי קידושי חרש וקטן, חז"ל תיקנו חלות קידושין מדרבנן דתהא מעין החלות מדאורייתא, דהיינו דהקידושין מדרבנן חלין כאוסר וכמתיר מדרבנן. ולכן מובן למה החרש מותר באשתו. אבל לגבי קידושין בתמר דפחות משו"פ דגזרו על קידושין מדרבנן בגלל חששות מסויימות, חז"ל רק תיקנו חלות קידושין מדרבנן כאוסר אבל לא כמתיר. ולכן פסק השו"ע דאם הוא רוצה לקיימה יש צורך למעשה קידושין חדש.

דף יב:

תוד"ה והאיכא סהדי וכו'. בא"ד. כלומר יצא הקול שיש עדים באורית או במדינת הים. **הר"י** פירש דהגמ' איירי היכא דהקול יצא דיש עדים במדינת הים דידעי האבנא דכוחלא היה שו"פ. דאביי ורבא סבורים דחוששין לקול הזה והיא אסורה, ורב חסדא נקט דלא חוששין לקול הזה ולכן מכיון דהאבנא דכוחלא אינו שו"פ הכא, היא אינה אסורה אפי' מספק. ונראה דזה דומה לגמ' בב"ב (לב.) דאם יש אדם דהוחזק לכהן ויצא עליו קול דהוא בן גרושה או בן חלוצה דמורידין אותו מכהונתו, והרשב"ם (ד"ה ואחתיניה) פירש דמחמירנן לקול מפני מעלה ביוחסין. וא"כ נחלקו רב חסדא ואביי ורבא בסוגייתנו אם מחמירין לחשוש לקול באיסור אשת איש כמו דמחמרינן לחשוש לקול לגבי יוחסין.

אבל לכאורה הדין דקול יותר מורכב מזה. דהרי במשנה בגיטין (פח:) מבואר דחוששין לקול דהיא נשואה לאוסרה מספק וז"ל יצא שמה בעיר מקודשת הרי זו מקודשת עכ"ל.

וא"כ קשה מכאן על שיטת רב חסדא, דלמה הוא מתיר כשיש קול דיש עדים במדינת הים דהאבנא היה שו"פ וזאת אומרת דהיא מקודשת. ויש לבאר בפשיטות ע"פ חילוק הגמ' שם בין קול הברה לבין קול גמור, וז"ל אמר עולא לא ששמעו קול הברה, אלא כדי שיהו נרות דולקות ומטות מוצעות, ובני אדם נכנסין ויוצאין ואומרים פלונית מתקדשת היום מתקדשת, ודלמא לא אקדשה, אימא פלונית נתקדשה היום וכו' א"ר אבא אמר רב הונא אמר רב לא ששמעו קול הברה, אלא כדי שיאמרו פלוני מהיכן שמע, מפלוני, ופלוני מפלוני והלכו להם למדינת הים עכ"ל. מבואר מזה דהמשנה אוסרת אותה ע"פ קול רק עם הקול הוי קול גמור ולא קול הברה בעלמא. ועוד איתא התם (פט:) דכדי לאוסרה לשוק הקול צריך להיות מוחזק בבית דין. והרמב"ם (פרק ט מהלכות אישות הלכ"ב) הביא את כל הדינים האלו להלכה.

ולפי"ז נראה דבקול גמור ברור כו"ע מודו דבסוגיא דידן היא אסורה. אלא דהגמ' כאן איירי בקול דאינו גמור ואינו מוחזק בב"ד אלא דיצא קול הברה דיוצר ריעותא בעלמא. דמבואר בגמ' בב"ב דמעלה עשו ביוחסין ומורידין כהן ע"פ זה, ונחלקו האמוראים בסוגיא דידן האם גם כן חוששין לקול גרוע כזה משום חומרת אשת איש או לא.[541]

תוד"ה אם הקלנו וכו'. ולא נהירא שהרי השבויה נמי פעמים דאיכא איסור מיתה אם הוא כהן ויש לו בן ממנה שהוא חלל ויעבוד עבודה במזבח בשבת ובזה יש חיוב מיתה.

כתבו התוס' דיש חיוב מיתה לחלל דעבד עבודה בשבת. והקשו האחרונים מהא דפסקינן לקמן (סו:) דבציור כזה העבודה כשרה, וז"ל אמר רבי טרפון משל לעומד ומקריב על גבי המזבח ונודע שהוא בן גרושה או בן חלוצה, שעבודתו כשירה עכ"ל. ואם עבודתו כשרה, האיך אפשר לומר דהוא חייב מיתה אם עבד בשבת.

והרש"ש (ד"ה תוד"ה אם) תירץ דיש לחלק בין כשרות העבודה לבין חיוב מיתה דגברא. כלומר, דאע"פ דעבודת החלל כשרה בשבת מצד החפצא דקרבן, עדיין הוא כגברא חייב מיתה על עבודתו בשבת. אבל קשה לקבל התירוץ הזה. דבשלמא אם עבודת המקדש בשבת הוי רק דחויה אזי אפשר לומר דצריך קיום מצוה של הגברא העובד כדי לדחות את איסור המלאכה בשבת. אבל מכיון דעבודת המקדש הותרה בשבת,[542] אזי חפצא

[541] עיין בריטב"א (ד"ה הא דאמרו) דביאר כמו רבינו זצ"ל דאיירי בקול דלא איתחזק. והקשה על זה, דא"כ מה הפשט באביי ורבא דחששו לקול דהא בגיטין (פט:) מבואר דלא חיישינן לקול דלא איתחזק וז"ל אלא הכי פירושא והא איכא קלא דאיכא עדים באורית, ולאו קלא דאתחזק בבי דינא וכו' ואע"ג דקיימא לן התם דכל קלא דלא איתחזק בבי דינא לאו קלא הוא, קסברי הני רבנן דהתם הוא שקול הקדושין הוא יוצא לגמרי ואין קדושין מוחזקין כלל אלא על פי הקול, דלא מחזקינן קדושי מעיקרא אפומייהו, אבל בזו שכבר היא מקודשת בפנינו אלא דמספקא לן בקדושי אי הוה בהו שוה פרוטה אי לאו בכי הא חיישינן לקלא אע"ג דלא איתחזק, ורב חסדא סבר דכיון דסהדי ליתנהו לא חיישינן לקלא דלא איתחזק אפילו בהא עכ"ל.

[542] עיין ביומא (מו:) וברשימות שיעורים ליבמות (ה: ד"ה נילף ממילה).

של העבודה עצמה אינו נאסר בשבת כלל, וא"כ א"א לומר דיש חפצא של עבודה כשרה ועדיין הגברא העובד עבר על איסור שבת וחייב מיתה, וצ"ע.

גמ'. ההוא גברא דאקדיש בשוטיתא דאסא בשוקא, שלחה רב אחא בר הונא לקמיה דרב יוסף כה"ג מאי, שלח ליה נגדיה כרב ואצטריך גיטא כשמואל.

משמע מלשון הגמ' דרב יוסף רק נגדיה כרב משום דהוא פסק כשמואל דהיא צריכה גט. אבל אילו לא פסק כשמואל אלא נקט דקידושין באסא אינן חלין כלל, אזי אין טעם לתת לו מלקות כרב.[543]

תוד"ה משום פריצותא וכו'. וקשה דביבמות פ' ר"ג (נב.) וכו'.

התוס' הקשו על ר"ת דאם הפריצות הוי בזה דהעדים רואים את היחוד, אזי למה יש פריצות היכא דבא על היבמה בלי קידושין לפני הביאה. ואפשר להבין את הקושיא בב' אופנים:[544] א) מכיון דהדרך היחיד ליבם מדאורייתא הוי ע"י ביאה וצריך עדות לקיום הדבר ביבום, אזי ממילא בכל יבום יש עדים על הביאה. וא"כ גם אם קידש לפני היבום עדיין בעינן עדים על היבום והפריצות עדיין קיימת, וא"כ למה תיקנו בכלל לקדש לפני היבום.[545] ב) ביבום לא בעינן עדות לקיום הדבר ולכן לפי ר"ת אין פריצות כלל ביבום ולמה תיקנו לקדש לפני היבום אם בכל מקרה אין עדים על הביאה.[546]

ושני הביאורים תלויים במח' בין המחבר והרמ"א (אה"ע סימן קסו סעיף ב) האם יבום צריך עדי קיום. דלפי המחבר יבום קונה גם בלי עדים לקיים את הדבר, ואילו לרמ"א יבום קונה רק עם עדי קיום. ומחלוקתם לכאורה מיוסדת על המחלוקת שבין הרמב"ם ובין הנ"י בחליצה, דהרמב"ם (פרק ד מהל' יבום הלט"ז) אינו מצריך עדי קיום בחליצה מדאורייתא, וכדקבע הגר"ח זצ"ל בספרו על הרמב"ם (שם), ואילו הנ"י (יבמות, לד. בדפי הרי"ף) סובר דחליצה צריכא עדי קיום. וביאר הגר"ח זצ"ל דפליגי ביסוד הדין דאין דבר שבערוה פחות משנים לקיומא מילתא, דלפי הרמב"ם דין זה חל רק במקום דחלה חלות דעת בעלים, דהעדים באים לקיים את דעתו כבעל החלות. וס"ל לרמב"ם דחליצה כשרה מן התורה בלי עדים, משום דחליצה אינה חלה בחלות דעת בעלים אלא בכוונה בעלמא. דאין החולץ בעלים המתיר את חלוצתו כמו הבעל שנותן לאשתו גט, דבגירושין הבעל

[543] וכן דייק הריטב"א (ד"ה ההוא גברא) וז"ל פי' הא אילו לא הוה חיישינן לשמואל לא הוה מנגיד ליה משום דרב כיון דלא אהנו מעשיו כלל עכ"ל.

[544] וע"ע בכל זה ברשימות שיעורים ליבמות (נב. ד"ה משום פריצותא). והשווה לדברי רבינו בשיעורים לעיל (ה. ד"ה אמר רב הונא חופה קונה מקל וחומר, אות ג), ולקמן (מא: ד"ה סד"א הואיל ואמר מר).

[545] וכן מבואר בתוס' הרא"ש (ד"ה ועל דמקדש בביאה) וז"ל והתם לא מצי לפרושי משום עידי ייחוד דאפי' אי קדיש תחלה אכתי צריך עידי ייחוד דיבמה אינה נקנית מדאורייתא אלא בביאה עכ"ל.

[546] עיין בביאור הגר"א (אה"ע סימן קסו סק"ט) דהביא דהתוס' דילן סבור דאין צורך עדי קיום ביבום. ולכאורה הגר"א ביאר את התוס' באופן השני של רבינו זצ"ל.

הוי הבעלים על חלות הגירושין והוא המתיר אותה. ומשו"ה צריכים עדים לקיים את דעת הבעל המגרש. משא"כ בחליצה שהחולץ והחלוצה עושים מעשה חליצה בעלמא וההיתר חל ממילא משמים, שאין החולץ הבעלים המתיר את החלוצה, ומשו"ה חליצה לא צריכא עדי קיום. ומאידך הנ"י סובר דחליצה צריכא עדי קיום, מדהויא קנין דבר שבערוה, דס"ל שכל חלות קנין האוסר או המתיר את האשה הוי דבר שבערוה וצריכא עדי קיום.

ולפי ביאור הגר"ח זצ"ל יוצא איפוא דהמח' בין המחבר והרמ"א לגבי עדי קיום ביבום קשור למח' בין הרמב"ם והנ"י לגבי חליצה. דהרי יבום חל בלי דעת בעלים כדמבואר ביבמות (נג:). ולכן לפי הרמב"ם הסובר דרק דעת הבעלים שבדבר שבערוה צריכא עדי קיום, אזי י"ל דיבום שחל בלי דעת בעלים אינו צריך עדי קיום. ואילו לפי הנ"י הסובר דבעינן עדי קיום בחליצה, יש להסתפק האם זאת אומרת דבכל קנין בדבר שבערוה בעינן עדי קיום ואז גם ביבום בעינן עדי קיום, או"ד דוקא בחליצה צריך עדי קיום כי לכל הפחות בעינן כוונה לחלוץ, אבל ביבום דאין צורך לדעת או לכוונה כלל גם הנ"י מודה דלא בעינן עדי קיום.

אך נראה שאפשר לחלק להיפך ולומר דאע"פ דלפי הרמב"ם לא בעינן עדי קיום בחליצה מ"מ יש צד לומר דצריך עדי קיום ביבום. דהרי י"ל דהרמב"ם סובר דאע"פ דיבום חל בלי דעת, מכיון דהוי מעשה קנין בדבר שבערוה צריך עדות לקיום הדבר. ומאידך חליצה אינה מעשה קנין דמקנה את היבמה לעצמה אלא הוי חלות שם מתיר בפני עצמה, ולכן לא בעינן עדות לקיום הדבר.[547] ואם חליצה אינה מעשה קנין יל"ע במהות החליצה ע"פ דין. די"ל דהיא מעשה מצוה בעלמא והפטור חל ממילא מחמת קיום המצוה. ועוד י"ל דחליצה אינה מעשה הפוטר את החלוצה מזיקתה באופן ישיר, אלא שחליצה מחילה חלות שם חלוצה בגברא וממילא היא פטורה, משום דגברא שהיא חלוצה אינה עוד יבמה. ובין אם חליצה הוי בעיקר מעשה מצוה או אם היא מעשה דמחיל חלות שם בגברא, מכיון דאינה מעשה קנין בדבר שבערוה הרמב"ם נקט דאין צורך לעדי קיום. ומסתבר איפוא שהמחלוקת שבין המחבר לבין הרמ"א בנוגע ליבום אינה תלויה במחלוקת שבין הרמב"ם והנ"י בנוגע לחליצה.[548]

[547] ויש להעיר מדברי הירושלמי ביבמות (פרק ג' הלכה א') וז"ל רבי אומר חליצה קניין. שמואל אמר חליצה פטור, רבי זעירא אמר חליצה קניין עכ"ל.

[548] ועיין עוד ברשימות שיעורים ליבמות (ב. ד"ה מצות יבום וקנין יבום אות ז').

דף יג.

גמ'. הדור יתבי וקאמרי, הא דתנן האשה שהביאה חטאתה ומתה יביאו יורשין עולתה וכו' אלמא קסבר שיעבודא לאו דאורייתא.

א

שעבוד ממון במצות הבאת קרבן

מבואר בסוגיא דהחיוב להביא קרבן אינו נחשב רק כמצוה בעלמא על הגברא אלא דגם חל שעבוד על ממונו. וצ"ע דהרי סתם מצות עשה כמו מצות ציצית או מצות אתרוג אינה יוצרת שעבוד ממון על נכסי הגברא אלא דבכל מצוות עשה דעלמא יש דין דכופין אותו לקיים את המצוה (כתובות פו:), אבל אין זה שעבוד דהרי פשיטא דאין ב"ד יורדין לנכסיו לתפוס ממון כדי לקנות אתרוג בשבילו. וא"כ מאי שנא מצות הבאת קרבן דממונו משועבד לקנות ולהביא את הקרבן.

ונראה לחלק בפשיטות דחיוב מצוה יוצרת שעבוד ממון רק אם גדר המצוה הוא חלות ממון כלפי מישהו אחר. כלומר, דבסתם מצוות עשה הגברא חייב לעשות את מעשה המצוה בעצמו, ולא חל חוב לאחר, ולכן אין חיוב הגברא יוצר שעבוד ממון. אבל חיוב קרבן אינו סתם חיוב מצוה על הגברא אלא נחשב ע"פ דין כחוב ממון למישהו אחר, דהרי הקדש הוי רשות בעלות בפני עצמו, וחיוב לבעלים אחרים מחיל שעבוד על נכסי המחוייב קרבן.

ולפי"ז מובן למה יש ראשונים דסבורים דגם מצות צדקה מחילה שעבוד נכסים דשונה צדקה מצוות עשה בעלמא (עיין בזה בקצוה"ח ריש סימן לט וגם סימן רצ סק"ג),[549] דהרי גדר מצות צדקה אינו רק חיוב על הגברא לעשות מעשה מצוה בלבד, אלא צדקה חלה כחיוב ממון בין אדם לחבירו, ולכן שייך לומר דהמצוה יוצרת שעבוד ממון.

אבל לפי הגדר הזה קשה להבין את שיטת הגר"א דיש שעבוד ממון על האב ללמד בנו תורה. דהרי המחבר כתב (סימן רמה סעיף ד) וז"ל חייב להשכיר מלמד לבנו ללמדו, אבל לבן חבירו אינו חייב להשכיר עכ"ל. והרמ"א הוסיף וז"ל והיו כופין ליה לשכור לבנו מלמד, ואם אינו בעיר ויש לו נכסים, אם אפשר לאודועי ליה מודיעים ליה, ואם לאו יורדים לנכסיו ושוכרים מלמד לבנו עכ"ל. ומבואר ברמ"א דיש חיוב ממון על האב כדי ללמד בנו תורה. והגר"א ציין דהמקור לדברי הרמ"א הוא הגמ' בכתובות (פו.) דכופין על

[549] עיי"ש בקצוה"ח דכפייה מדין מצות עשה שייך רק כשהוא לפנינו, אבל כשיש שעבוד ממון הב"ד יורדין לנכסיו אפי' כשהוא אינו שם. ועיין עוד במח' הראשונים לגבי שעבוד ממון במצות צדקה ברשימות שיעורים למסכת שבועות (חלק העניינים, ענין צדקה).

מצות עשה, וז"ל כמ"ש בפ' הכותב (פו) וכו' כיון שמחויב הוי ככל חוב עכ"ל. ולכאורה דברי הגר"א תמוהים דהרי מאי שנא המצוה ללמד בנו תורה מכל שאר מצוות דכבר ביארנו דאין בהם שעבוד ממון. וצ"ל בדוחק דמצות האב ללמד בנו תורה אינו חל על האב כסתם חיוב הגברא, אלא כחיוב כלפי הבן, והבן עצמו הוי בעל השעבודים על נכסי האב. ולכן הבן עצמו דומה לרשות הקדש או לעניים דגורמים שעבוד נכסים לחול על נכסי המחוייב במצוה, ואז ב"ד יורדין לנכסיו לפרוע חובו כלפי בנו.[550]

ב

החילוק בין מצות צדקה למצות הבאת קרבן לגבי שעבוד ממון

וכל זה ניחא לראשונים דנקטו דיש שעבוד ממון לצדקה. אבל עיין בתוס' (ב"ב ח: ד"ה אכפיה) דהקשו דהיאך כופין על הצדקה אם הוי מצות עשה שמתן שכרה בצדה, וז"ל וא"ת והא בפרק כל הבשר (חולין קי: ושם ד"ה כל) אמר כל מ"ע שמתן שכרה [כתובה] בצדה אין ב"ד של מטה מוזהרים עליה וגבי צדקה כתיב כי פתוח תפתח את ידך לו וכתיב כי בגלל הדבר הזה יברכך (דברים טו) וא"ת דהאי כפיה בדברים כמו כפייה עכ"ל. ומבואר מהתוס' דאין שעבוד ממון חל במצות צדקה דא"כ פשיטא דב"ד כופין אותו לתת בגלל השעבוד אפי' אם אין כפייה מצד המצוה.[551] ומשמע מזה דהתוס' נקטו דאין שעבוד ממון בצדקה אלא חיוב גברא בלבד. וא"כ הדרא קושיא לדוכתא, למה יש שעבוד ממון בחיוב להביא קרבן אבל אין שעבוד ממון בשאר מצוות, כולל מצות צדקה.

ונראה לבאר דיש לעיין ביחס בין מצות צדקה לשאר מצוות דגמילות חסד. די"ל דצדקה ושאר גמ"ח הוו שני דינים שונים דהרי יש לחלק בין מצות חסד בגופו לבין מצות חסד בממונו, א"נ י"ל דיש רק מצוה א' כללית של חסד דכוללת בה ב' סוגי חסד, דהיינו בגופו ובממונו. ונראה לדייק מלשון הרמב"ם כצד הב' דמצות צדקה הויא חלק של מצות חסד יותר כללית, דהרי הרמב"ם (פרק י מהלכות מתנות עניים הל"ז) מונה ח' מדריגות בצדקה וז"ל שמנה מעלות יש בצדקה זו למעלה מזו, מעלה גדולה שאין למעלה ממנה זה המחזיק

[550] ויש להעיר דמקור דברי הרמ"א הוו ההנהות מיימניות (ריש הל' תלמוד תורה) וז"ל כתב מהר"ם זצ"ל דכייפינן ליה ללמדו או לשכור להם מלמדים דמאי שנא האי עשה דולמדתם אותם את בניכם משאר עשה דכייפינן לקיים כמו עשה דסוכה וכן למאן דאמר פריעת בעל חוב מצוה אמר בפרק הכותב דכופין אותו לפרוע מידי דהוי אשאר מצות עשה וכשם שאב חייב בבנו למולו ולפדותו דכופין אותו לקיים הכי נמי כייפינן ליה ללמדו תורה וכיון דהא מילתא חובה הוה ליה כשאר בעל חוב ועבדינן בהא מילתא עכ"ל. ומשמע דהוא לגמרי משווה הדין דיורדין לנכסיו שלא בפניו כדי לשכור מלמד לבנו והדין דכופין אותו לקיים מצות סוכה. וא"כ מבואר בדבריו דהדין כפייה בכל מצות עשה גם כולל שעבוד על ממונו כדי לקיים המצוה. וכן משמע נמי מהגמ' בכתובות (פו.) דהגמ' השווה פריעת בע"ח מצוה מחמת שעבודי ממון עם הדין דב"ד כופין אותו לקיים מצות עשה, וצ"ע.

[551] ועיין ברדב"ז (פרק ז מהלכות מתנות עניים הל"י) וז"ל נ"ל דשאני מ"ע של צדקה שיש בה תקנה לעניים והרי הוא כחוב עליו וכופין אותו לפרוע חובו ויורדין לנכסיו כאשר עושין למי שמסרב לפרוע החוב אשר עליו עכ"ל.

ביד ישראל שמך ונותן לו מתנה או הלואה או עושה עמו שותפות או ממציא לו מלאכה כדי לחזק את ידו עד שלא יצטרך לבריות לשאול, ועל זה נאמר והחזקת בו גר ותושב וחי עמך כלומר החזק בו עד שלא יפול ויצטרך עכ"ל. ומבואר ברמב"ם דמי דממציא מלאכה לעני מקיים מצות צדקה אע"פ דלא נתן לו ממון. ורואים מזה דגמ"ח וצדקה מהוות אותה מצוה.

והיסוד הזה גם עולה מהא דהרמב"ם (פרק ז מהלכות מתנות עניים הל"א) הביא את הפסוק "וחי אחיך עמך" (ויקרא פרק כה פסוק לו) כמקור למצוות צדקה, וז"ל מצות עשה ליתן צדקה לעניים כפי מה שראוי לעני, אם היתה יד הנותן משגת, שנאמר פתוח תפתח את ידך לו ונאמר והחזקת בו גר ותושב וחי עמך ונאמר וחי אחיך עמך עכ"ל. ובגמ' (ב"מ סב.) הפסוק "וחי אחיך עמך" מהווה המקור לחיוב השבת רבית קצוצה, וז"ל אמר רבי אלעזר רבית קצוצה יוצאה בדיינין וכו' אמר רב נחמן בר יצחק מאי טעמא דרבי אלעזר דאמר קרא וחי אחיך עמך אהדר ליה כי היכי דניחי עכ"ל. ולכאורה חיוב השבת רבית קצוצה אינה מצות צדקה לעני אלא גמ"ח בעלמא.[552] ומהא דהרמב"ם הביא את הפסוק הזה כמקור למצות צדקה ביחד עם הפסוק ד"פתוח תפתח את ידך לו", מוכח דס"ל להרמב"ם דצדקה וגמ"ח מהווים חלות דין אחד.

ומהגמ' בסוכה (מט:) יש לדייק כמו שיטת הרמב"ם דמצות צדקה קשורה לגמ"ח כללית אבל גם יש משמעות משם דמצות צדקה הוי חלות דין נפרד. דאיתא בגמ', וז"ל ואמר רבי אלעזר גדולה גמילות חסדים יותר מן הצדקה וכו' ואמר רבי אלעזר אין צדקה משתלמת אלא לפי חסד שבה שנאמר זרעו לכם לצדקה וקצרו לפי חסד, תנו רבנן בשלשה דברים גדולה גמילות חסדים יותר מן הצדקה, צדקה בממונו גמילות חסדים בין בגופו בין בממונו, צדקה לעניים גמילות חסדים בין לעניים בין לעשירים, צדקה לחיים גמילות חסדים בין לחיים בין למתים עכ"ל. מהמימרא הראשון של רבי אלעזר וגם מהברייתא משמע דגמ"ח וצדקה הוו ב' דינים שונים ולכן אפשר לומר דאחד גדול מהשני.[553] אבל המימרא השני דרבי אלעזר משמע דהוו דין אחד דהרי הוא נקט דשכר הצדקה תלוי בחסד וטירחא שבו כמו שביאר רש"י (שם ד"ה אלא לפי) וז"ל אלא לפי גמילות חסדים שבה - הנתינה היא הצדקה והטורח הוא החסד, כגון מוליכה לביתו או טורח שתעלה לו להרבה, כגון נותן לו פת אפויה או בגד ללבוש, או מעות בעת שהתבואה מצויה, שלא יוציא מעותיו לאיבוד, שנותן לבו ודעתו לטובתו של עני עכ"ל. ולכאורה אם צדקה

[552] ועיין ברמב"ן בהשגותיו לספר המצוות (שכחת העשין מצוה יז) דנקט דהפסוק וחי אחיך עמך מהווה המקור למצות עשה נפרדת של החזרת רבית.

[553] עיי"ש בשפת אמת (ד"ה צדקה בממונו) דגם דייק מלשון הגמ' דצדקה רק הויא בנתינת ממון ולא בחסד אחר.

וגמ"ח הוו ב' מצות נפרדות קשה להבין למה השכר דצדקה תלוי בעד כמה טרח בגופו כדי לתת את הצדקה ולא בכמות הצדקה עצמה. ומזה דהגמ' תולה השכר דנתנית צדקה במדריגת הטירחא שבגופו משמע דצדקה וגמ"ח בגופו הוו חלק דאותה מצוה כללית. אבל אולי יש לדחות ולבאר את דברי רבי אליעזר באופן אחר מרש"י, דהיינו דכוונת הדברים דאין צדקה משתלמת אלא לפי חסד שבה הוא דאם אחד נותן צדקה ובאותו זמן מצער את העני ברגשותיו אזי הנותן לא יקבל שכר דצדקה.[554] אבל באמת, השכר דמצות צדקה תלויה בכמות הנתינה ולא בטירחת הגוף.

ולפי"ז יש לתרץ קושייתנו, דמדוע שעבוד נכסים חל בחיוב הבאת קרבן ואילו לפי תוס' אין שעבוד נכסים חל במצות צדקה. דהרי י"ל דמצוה יוצרת שעבוד ממון רק היכא דהמצוה מקויים דוקא ע"י נתינת ממון. ולכן, בנוגע לחיוב הבאת קרבן דאפשר לקיים המצוה רק ע"י נתינת ממון (הבהמה) להקדש, חל עליו שעבוד ממון. אולם אם צדקה מהווה סוג א' של גמ"ח כללית אזי נראה דמכיון דאין היסוד של מצות צדקה חיוב מסוים דנתינת ממון לזולת אלא מצוה כללית דגמ"ח, אזי אין מצות צדקה יוצרת שעבוד ממון כמו דאין שעבוד נכסים בגמ"ח בעלמא. ומובן איפוא למה יש שעבוד ממון במצות הבאת קרבן ואין שעבוד ממון במצות צדקה וחסד.

גמ'. אלמא קסבר שיעבודא לאו דאורייתא.

בענין שעבודא דאורייתא או לאו דאורייתא

א

יצירת שעבוד מדאורייתא לפי המ"ד שעבודא לאו דאורייתא

נחלקו הראשונים בביאור השיטה דשעבודא לאו דאורייתא, האם יש חלות של שעבוד נכסים מדאורייתא או לא. דהנה כתב רש"י (ד"ה לאו דאורייתא) וז"ל לומר דנכסוהי דאינש ערבין ביה ומשתעבדים מדין ערב ויהיו מלוה על פה ומלוה של שטר שוין אלא מלוה בשטר שהוא שיעבדו דכתב ליה נכסי אחראין לך משתעבדי מלוה על פה לא משתעבדי עכ"ל. ויוצא מדברי רש"י דהלוה יכול לכתוב שטר ולשעבד נכסיו מעצמו אפי' למ"ד שעבודא לאו דאורייתא. לפי זה מבואר דבין למ"ד שעבודא דאורייתא ובין למ"ד שעבודא לאו דאורייתא יש חלות של שעבוד נכסים, ורק נחלקו בגמ' האם סתם הלואה יוצרת שעבודים או לא.

[554] וכן משמע מדברי הרמב"ם (פרק י מהלכות מתנות עניים הל"ד) דאין שכר למצות צדקה אם תוך כדי הנתינה הוא מצער את העני וז"ל כל הנותן צדקה לעני בסבר פנים רעות ופניו כבושות בקרקע אפילו נתן לו אלף זהובים אבד זכותו והפסידה עכ"ל.

אבל התוס' (ב"ב קעה: ד"ה דבר) חולקים על רש"י ונקטו דלפי המ"ד דשעבודא לאו דאורייתא א"א ללוה לכתוב שטר ולשעבד נכסיו למלוה, וז"ל אע"פ דכתב ליה אחריות בהדיא לאו דאורייתא הוי האי קנין דמדאורייתא לא יוכל לשעבד בחובו את נכסיו מן הלקוחות אע"פ שיכול למכרן עכ"ל. ומלשון התוס' "לא יוכל לשעבד בחובו" משמע שיש חלות דשעבוד נסכים דאורייתא אך אין הבעלים יכולים ליצור את השעבוד בעצמם. והביאור בזה הוא דהבעלים יכולים לעשות ב' דברים בקרקע שלהם: או לשמור על בעלותם בקרקע או להקנות את הקרקע לגמרי לאחר. אבל אין להם היכולת לעשות דבר ביניים כמו יצירת שעבוד נכסים, דהקרקע עדיין שלהם אבל משועבד לאחר.[555]

ויש בזה שיטה שלישית. דעיין בריטב"א (יג: ד"ה וטעמא דמ"ד שעבודא) וז"ל וטעמא דמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא משום דסבר שאין הקנאה לחצאים, ושעבוד קנין לחצאין ולא חייל אנכסי דאיתנהו בשעת הלואה עכ"ל. ומשמע מדבריו דלפי המ"ד שעבודא לאו דאורייתא אין חלות של שעבוד כלל, כי קנין לחצאין הוי גדר דלא קיים בהלכה.[556]

ועיין בהמשך הסוגי' דיש הו"א דהמ"ד שעבודא לאו דאורייתא מודה במלוה הכתובה בתורה דיש שעבוד דאורייתא. ובשלמא לרש"י ותוס' הצד הזה שפיר מובן, דהרי גם המ"ד דשעבודא לאו דאורייתא מודה דיש חלות של שעבוד נכסים בעלמא, וי"ל דבמלוה הכתובה בתורה התורה עצמה יוצרת השעבוד. אבל לכאורה ההו"א הזה קשה לריטב"א, דהרי אם אין חלות של שעבוד בכלל, האיך אפשר לומר דהתורה הטילה שעבוד על נכסים. ועיין בריטב"א (ד"ה צריכא) דהקשה זה על עצמו ותירץ בב' אופנים: א) דהצד לומר דיש שעבוד במלוה הכתבוה בתורה רק הוי הו"א דחויה, ב) השעבוד במלוה הכתובה בתורה הוי רק מדרבנן.

אבל לכאורה גם יש להקשות על שיטת התוס' מלשון הגמ' וז"ל דמלוה כתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא עכ"ל. דהרי בשלמא לרש"י שפיר מובן המלים "ככתובה בשטר דמיא" דהרי גם למ"ד שעבודא לאו דאורייתא אפשר לכתוב שטר ולשעבד נכסים. אבל לפי התוס' הצד לומר דיש שעבוד דאורייתא במלוה הכתובה בתורה מובן מסברא, אבל קשה מלשון הגמ' דהרי א"א ללוה לשעבד את עצמו ע"י שטר.

ונראה דלפי תוס' יש לחלק בין הלואה בשטר לבין שטר התחייבות. דהיינו, דלפי המ"ד שעבודא לאו דאורייתא סתם הלואה אינה יוצרת שעבודים וגם א"א לכתוב שטר בנפרד לשעבד נכסים. אבל אם אחד כתב לחבירו "הריני מתחייב לך מנה בשטר

[555] עיין בקצוה"ח (סימן לט סק"א) לסברא דומה, דביאר שם דאביי נקט דשעבודא דאורייתא, אבל זה רק היכא דהשעובד חל ממילא מהחוב. אבל אין ללוה היכולת לשעבד נכסיו בעצמו, עיי"ש.

[556] רבינו זצ"ל אמר דגם אפשר להבין הריטב"א על דרך התוס', אבל הפשטות הוא דהריטב"א הויא דעה שלישית.

ונכסי משעובדים לך", אזי גם לפי המ"ד שעבודא לאו דאורייתא חל שעבוד על נכסי המתחייב. וביאור החילוק הוא דא"א ליצור שעבוד נכסים בלי שייכות לשעבוד הגוף דהמתחייב. ומכיון דלפי המ"ד שעבודא לאו דאורייתא ההלואה עצמה יוצרת רק שעבוד הגוף בלי שעבוד נכסים, א"א לכתוב שטר לשעבוד נכסים בנפרד. דהרי דעת מקנה רק יכולה להקנות לגמרי אבל אינה יכולה ליצור רק שעבוד נכסים לבדו. אבל היכא דכל ההתחייבות ושעבוד הגוף הוי ע"י שטר והוא גם רוצה ליצור שעבוד נכסים ע"י אותו שטר, אזי שפיר אפשר ליצור שעבוד הגוף ושעבוד נכסים ביחד. ולפי"ז נראה לפרש דכשהגמ' אומרת דיש שעבוד דאורייתא במלוה הכתובה בתורה כי ככתבוה בשטר דמיא, אין כוונת הגמ' לשטר חוב בעלמא אלא לשטר התחייבות דלפי התוס' חל שעבוד נכסים מדאורייתא אפי' למ"ד דשעבודא לאו דאורייתא.

ונמצא דיש כמה ביאורים במ"ד שעבודא לאו דאורייתא לגבי האם יש דין של שעבוד נכסים מדאורייתא כלל: א) הריטב"א נקט דאין משמעות למושג וחלות שעבוד בכלל, ב) התוס' נקטו דדעת מקנה אינה יכולה ליצור שעבוד נכסים בלי קשר לשעבוד הגוף, אבל אפשר ליצור שעבוד הגוף ושעבוד נכסים ביחד ע"י שטר התחייבות, ג) רש"י הבין דסתם הלואה אינה יוצרת שעבוד נכסים אבל אפשר לשעבד נכסים ע"י שטר.

ב

אחריות טעות סופר לפי המ"ד שעבודא לאו דאורייתא

כתב רש"י (ד"ה לאו דאורייתא) וז"ל לומר דנכסוהי דאינש ערבין ביה ומשתעבדים מדין ערב ויהיו מלוה על פה ומלוה של שטר שוין אלא מלוה בשטר שהוא שיעבדו דכתב ליה נכסי אחראין לך משתעבדי מלוה על פה לא משתעבדי עכ"ל, ומשמע דאם הלוה רוצה בעצמו לשעבד נכסיו דהוא צריך לפרט בשטר דנכסי אחראין לך. ועיין ברשב"א (ד"ה מלוה) דהקשה עליו, וז"ל ותימה הוא דהא קי"ל אחריות ט"ס הוא וא"כ כל מלוה בשטר ליגבי מדאורייתא עכ"ל. כלומר, דפסקינן דאחריות טעות סופר (ב"ב קסט:) וא"כ למה לא סגי בשטר חוב בעלמא בלי הזכרת השעבוד בהדיא.

ונראה לבאר דשאני יצירת שעבוד למ"ד שעבודא לאו דאורייתא מיצירת שעבוד למ"ד שעבודא דאורייתא. דלפי המ"ד שעבודא לאו דאורייתא, ההלואה עצמה אינה יוצרת שעבודים וצריך שטר קנין בנפרד לשעבד את הנכסים. ומכיון דהשטר חוב הוי שטר קנין על השעבודים, בעינן ספירת דברים על הקנין ולכן צריך לפרט השעבוד בהדיא ולא סגי באחריות טעות סופר. אבל לפי המ"ד שעבודא דאורייתא, אזי ההלואה עצמה יוצרת השעבודים והשטר חוב מהווה רק שטר ראיה בעלמא על החוב. וא"כ כיון דהשטר הוי

ראיה על עצם החוב, אין צורך להזכיר השעבודים בשטר כלל. והביאור באחריות טעות סופר הוא, דאולי היינו חושבים דזה דהלוה השמיט את השעבודים מהשטר מוכיח דהוא בדוקא לא רוצה לשעבד נכסיו אלא דהוא שייר את השעבודים. ולכן חידש שמואל דאחריות ט"ס הוא, דהיינו דאין לדייק מהשמטת שעבודים מהשטר דהלוה לא רצה לשעבד את עצמו. אמנם כאמור, כל זה קאי בשטר ראיה, אולם לפי רש"י המ"ד שעבודא לאו דאורייתא נקט דהשטר הוי שטר קנין ולכן לא סגי באחריות טעות סופר וצריך להזכיר את האחריות בהדיא.

אבל כל זה כפתור ופרח לפי הראשונים דסבורים דשטר חוב בעלמא הוי שטר ראיה. אבל כבר הבאנו בשיעורים לעיל (דף ט: בענין קונטרס בענין עדי חתימה כרתי או עדי מסירה כרתי אות י') דיש ראשונים דנקטו דשטר חוב הוי שטר קנין על השעבודים. ולפי השיטות האלו הדרא קושיא לדוכתא דהרי לשיטתם אמרינן אחריות ט"ס גם אם השטר חוב הויא שטר קנין על השעובדים, וא"כ למה נקט רש"י דלפי המ"ד שעבודא לאו דאורייתא הלוה צריך לפרט השעבוד בשטר.

וי"ל דאפי' אם השטר חוב הוי שטר קנין, עדיין יש לחלק טובא בין יצירת השעבוד למ"ד שעבודא דאורייתא לבין המ"ד שעבודא לאו דאורייתא. דלפי המ"ד שעבודא לאו דאורייתא אין קשר כלל בין שעבוד הגוף דחל על הלוה ע"י ההלואה עצמה לבין שעבוד הנכסים דנוצר ע"י השטר לפי רש"י. ולכן גדר השטר חוב הוא כמו שטר קנין דעלמא על קרקע, וצריך לפרט את החפצא של הקנין בהדיא. מאידך לפי המ"ד שעבודא דאורייתא, ההלואה עצמה יוצרת את השעבודים, אלא דחז"ל הפקיעו את הקשר בין שעבוד הגוף לשעבוד נכסים והצריכו לכתוב שטר. ואין גדר הדברים דמדרבנן אין ההלואה עצמה יוצרת השעבודים והשטר מהווה שטר קנין חדש על השעבודים, אלא דחז"ל תיקנו דהשטר חוב יכול ליצור את שעבוד הנכסים משעבוד הגוף עצמו. כלומר, דמדאורייתא ההלואה עצמה יוצרת את שעבוד הגוף עם שעבוד הנכסים ביחד, ומדרבנן שעבוד הנכסים הזה דקשור לשעבוד הגוף נוצר רק ע"י שטר חוב. ולפי"ז כשהראשונים אמרו דשטר חוב הוי שטר קנין על השעבודים לפי המ"ד שעבודא דאורייתא, אין הכוונה דהשטר מקנה את הנכסים למלוה בנפרד מהחוב. אלא דמדרבנן השטר עושה מה שראוי לחול מעיקר הדין מדאורייתא, דהיינו שעבוד נכסים דקשור לשעבוד הגוף.

ולפי"ז מובן למה רש"י נקט דדין דאחריות טעות סופר חל רק לפי המ"ד דשעבודא דאורייתא. דהרי אע"פ דצריך השטר כדי שהשעבוד יחול, אין השטר גורם קנין חדש של שעבוד אלא דמוציא אל הפועל מה שההלואה עצמה ראויה לעשות בעצמה. ואילו

לפי המ"ד דשעבודא לאו דאורייתא אזי השטר גורם לקנין חדש של השעובדים ולכן לא סגי באחריות ט"ס אלא דצריך לפרט את השעבודים בפירוש כמו בכל קנין דעלמא.

ועל פי זה יש לבאר את דברי התוס' בב"מ (ד: ד"ה אין נשבעין). דהגמ' שם קובעת דאין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות. וכתבו התוס' וז"ל וא"ת למ"ד בפרק גט פשוט (ב"ב דף קעה:) שעבודא דאורייתא מודה מקצת הטענה למה נשבע הא כופר שעבוד קרקעות וי"ל שמחל לו השעבוד או שאין לו כלל קרקעות אפי' משעבדי עכ"ל. דהיינו, דלפי המ"ד שעבודא דאורייתא יש שבועת מודה במקצת רק היכא דליכא שעבוד על קרקע הלוה וכגון דמחל השעבוד או דאין לו קרקע. ולכאורה צ"ע דהרי גם לפי המ"ד שעבודא לאו דאורייתא מדרבן יש שעבוד על קרקע הלוה במלוה בשטר. וא"כ בשלמא מדאורייתא אין שעבוד על קרקע הלוה ולכן מובן למה יש שבועת מודה במקצת, אבל לאחר שתיקנו שעבוד מדרבן במלוה בשטר לכאורה יש להשוות המ"ד שעבודא לאו דאורייתא עם המ"ד שעבודא דאורייתא. ולפי זה הדין ראוי להיות הלכה למעשה דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא דאם יש שטר מלוה דנשבעין שבועת מודה במקצת רק היכא דמחל השעבוד או דאין לו קרקע. אמנם משמע מהתוס' דהפטור משבועה בכפירת שעבוד קרקעות שייך רק למ"ד שעבודא דאורייתא, אבל למ"ד שעבודא לאו דאורייתא לאחר התקנה אפשר לישבע שבועת מודה במקצת אפי' במלוה בשטר, וצ"ע בטעם הדבר.

ונראה לבאר ע"פ הנ"ל דחלוק גדר דשעבוד הנכסים לפי המ"ד שעבודא דאורייתא מהגדר דשעבוד נכסים לפי המ"ד שעבודא לאו דאורייתא. דלפי המ"ד שעבודא דאורייתא, שעבוד הנכסים נובע משעבוד הגוף, ולכן ניתן לומר דאין נשבעין אם הלוה מודה במקצת ההלואה דהרי הוא כופר בשעבוד קרקע. אבל לפי המ"ד שעבודא לאו דאורייתא אין קשר כלל בין שעבוד הגוף דעצם ההלואה לבין שעבוד הנכסים דנוצר ע"י קנין שטר בנפרד. ולכן כשמודה במקצת על החוב, הכפירה שלו אינה שייכת ישיר אל שעבוד הקרקע ולכן שפיר נשבעין עליו.

אבל נראה דגם לפי המ"ד שעבודא לאו דאורייתא עדיין אפשר לומר דמדרבנן חז"ל תיקנו דשעבוד הנכסים קשור לשעבוד הגוף, ולא דחל קנין בנפרד לשעבוד הנכסים. ונראה דבזה פליגי רב ושמואל עם רב פפא האם מלוה על פה גובה מן היורשין או לא. דלרב ושמואל מבואר בגמ' דנקטו שעבודא לאו דאורייתא ולכן במלוה על פה אינו גובה לא מן היורשין ולא מן הלקוחות. אבל רב פפא נקט דבמלוה על פה גובה מן היורשין אע"פ דלפי התוס' (ד"ה אמר רב פפא) רב פפא סבור דשעבודא לאו דאורייתא כמו רב

ושמואל. וא"כ, אם רב, שמואל ורב פפא כולם סבורים דשעבודא לאו דאורייתא, מהי נקודת המחלוקת לגבי האם חז"ל תיקנו דבמלוה על פה המלוה גובה מן היורשין או לא. **ונראה** לבאר דנחלקו בגדר התקנה דשעבוד נכסים. דרב פפא סבור דחז"ל תיקנו דשעבוד נכסים נובע משעבוד הגוף עצמו. ולכן אפי' היכא דליכא שטר עדיין השעבוד חל לגבי היורשין מדרבנן, אלא דלא תיקנו שהשעבוד יחול ממילא לגבי הלקוחות בלי שטר ליצור קול. ומאידך רב ושמואל סברי דבמלוה ע"פ אין שעבוד נכסים כלל אפי' מדרבנן ורק תיקנו שעבוד במלוה בשטר. ומשמע מזה דצריך קנין שטר מיוחד ליצור שעבוד הנכסים. ולפי"ז אין קשר בין שעבוד הגוף לשעבוד הנכסים, כמו דביארנו לעיל לפי רש"י למ"ד שעבודא לאו דאורייתא.

אמנם לפי כל זה עדיין נשאר קושיא חזקה על שיטת שמואל. דהרי ביארנו דשמואל סבר דמדרבנן השעבוד נוצר ע"י קנין שטר בנפרד מהחוב עצמו. ולפי זה הדין ראוי להיות דצריך לפרט השעבוד בתוך השטר ולא סגי באחריות טעות סופר כמו דביארנו בשיטת רש"י. אבל שמואל הרי הוא המ"ד בב"מ (יד.) דאחריות ט"ס בשטר הלואה. וא"כ הדרא קושיא לדוכתא, האיך הוא יכול לסבור דאחריות ט"ס אם שטר חוב הוי שטר קנין על השעבודים וצריך לכאורה ספירת דברים על הדבר הנקנה, וצ"ע.

ג

שעבוד הגוף לפי המ"ד שעבודא לאו דאורייתא

מסתבר דכל המחלוקת אם שעבודא דאורייתא או לא קאי רק על שעבוד הנכסים, ורק נחלקו מה הדין אם הלוה מת או מכר נכסיו לאחר. אבל לגבי הלוה עצמו לכאורה פשיטא דלכו"ע חל עליו שעבוד הגוף לפרוע את החוב למלוה. וכן קבע הגר"ח זצ"ל, דלכו"ע יש שעבוד הגוף על הלוה.[557]

אמנם יש להעיר על זה מגמ' כתובות (פו.) דמשמע דלפי רב פפא הלוה רק צריך לשלם בגלל פריעת בע"ח מצוה ולא משום דיש עליו שעבודים וז"ל א"ל רב כהנא לרב פפא לדידך דאמרת פריעת בעל חוב מצוה אמר לא ניחא לי דאיעביד מצוה מאי, א"ל תנינא במה דברים אמורים במצות לא תעשה, אבל במצות עשה כגון שאומרין לו עשה סוכה ואינו עושה לולב ואינו עושה מכין אותו עד שתצא נפשו עכ"ל. ועיין ברשב"א (כאן ד"ה אמר רב פפא) דהביא מהראב"ד דלפי המ"ד פריעת בע"ח מצוה אין שעבוד אפי' על הלוה עצמו וז"ל והקשה עליו הראב"ד ז"ל דבהדיא שמעינן ליה לר"פ בב"ב ובכתובות (דף פו.) דפריעת בעל חוב מצוה דאלמא שעבודא לאו דאורייתא ואפי' מיניה דידיה לא משתעבד

[557] ועיין בקצוה"ח ובנתיבות המשפט (ריש סימן לט) דדנו בזה באריכות.

אלא משום מצוה עכ"ל. אבל לכאורה הפשטות מסברא הוא כדברי הגר"ח זצ"ל דלכו"ע יש שעבוד הגוף על הלוה והוא חייב לשלם אפי' בלי המצוה, דהרי היאך אפשר לומר דבלי מצוה הוא אינו חייב לשלם מדיני ממונות דעלמא.

ועיין עוד ברשב"ם (ב"ב קעה: ד"ה שעבודא דאורייתא, וד"ה לאו דאורייתא) וז"ל שעבודא דאורייתא - יוציא אליך העבוט וה"ה למקרקעי. לאו דאורייתא - וקרא במשכנו שלא בשעת הלואתו עכ"ל. ומבואר ברשב"ם דהמחלוקת האם שעבודא דאורייתא או לא תלוי בהבנת הפסוק (דברים פרק כד פסוק יא) ד"יוציא אליך העבוט החוצה". והתוס' שם (ד"ה דבר תורה) הבינו דלפי הרשב"ם מחלוקת האמוראים קאי על הלוה עצמו וז"ל ומה שפי' רשב"ם גבי שעבוד דאורייתא הוי האי קנין דכתיב יוציא אליך את העבוט וגבי לאו דאורייתא פי' והא דכתיב יוציא אליך העבוט במשכנו שלא בשעת הלואתו בב"מ (דף קיד:) משמע דבשעבוד דבמיניה פליגי, ולא ידע רבי מאי קאמר וגם לא הבנתי מה שאומר למ"ד לאו דאורייתא דקרא במשכנו בשלא בשעת הלואתו כ"ש דהוי דאורייתא דבשלא בשעת הלואתו הוא גבייה מחוב עכ"ל. והתוס' עצמם חולקים על הרשב"ם ונקטו דהמחלוקת קאי רק על שעבוד הנכסים, אבל פשיטא דחל שעבוד הגוף על הלוה עצמו וז"ל ואין נראה לפרש דהאי דמ"ד לאו דאורייתא היינו אפי' מיניה דהא פשיטא שחייב לשלם עכ"ל. ולכאורה הרשב"ם נקט כמו הראב"ד דלפי המ"ד שעבודא לאו דאורייתא אין אפי' חלות שעבוד הגוף על הלוה.

אבל יש לפרש דברי הרשב"ם באופן אחר ממה שהבינו התוס'. דבאמת י"ל דגם הרשב"ם מודה דפשיטא דשעבוד הגוף חל על הלוה ורק נחלקו האמוראים לגבי שעבוד נכסים. וזה דהרשב"ם נקט דפליגי בהבנת הפסוק דיוצא אליך את העבוט, אין כוונתו דנחלקו האם הלוה חייב לשלם, אלא דנחלקו האם חל שעבוד נכסים בשעת ההלואה. דהיינו, דאם הפסוק איירי במשכון בשעת הלואה, אזי הפסוק מהווה מקור דיש שעבוד נכסים מדאורייתא. דממשכון בשעת הלואה אפשר ללמוד דנכסי הלוה משועבדים למלוה בכל מקום שהם, דהרי כמו דלגבי משכון יש שעבוד על נכסי הלוה (המשכון) בנוסף לשעבוד הגוף דעל הלוה, כמו"כ י"ל דשעבוד יותר קלוש ממשכון חל על כל נכסי הלוה. והמ"ד שעבודא לאו דאורייתא הבין דהפסוק איירי במשכון של גבייה שלא בשעת הלואה, וא"כ הפסוק אינו יכול להיות מקור לשעבוד דחל על כל נכסי הלוה בשעת הלואה.

ונראה להטעים את זה ולומר דהרשב"ם הבין את החילוק בין משכון בשעת הלואה לבין משכון שלא בשעת הלואה כמו הר"י מגא"ש (הובא בר"ן שבועות יח. בדפי הרי"ף).[558] דהיינו,

[558] ועיין לעיל בשיעורים (ח: בענין מנה אין כאן משכון אין כאן אות ג).

דמשכון בשעת הלואה חל מדין שעבוד נכסים דנקנה ע"י מתן המעות, לעומת משכון שלא בשעת הלואה דחל מדין גבייה דנקנה למלוה מגזה"כ. וא"כ מובן דהמ"ד דהבין שהפסוק דמשכון איירי במשכון בשעת הלואה דחל כשעבוד יכול להרחיב את הדין דמשכון וללמוד ממנו שעבוד נכסים בעלמא. אבל המ"ד דהבין דהפסוק איירי במשכון שלא בשעת הלואה, אזי אין קשר בין משכון דגבייה לחלות שעבוד וא"כ אין מקור לשעבוד נכסים מדאורייתא.

והדיון אם לכו"ע יש שעבוד הגוף על הלוה עצמו קשור לשו"ט בגמ' ב"ב (שם). דהגמ' רצתה להוכיח דשעבודא דאורייתא מהדין דעולא דמדאורייתא בע"ח גובה מזיבורית. והתוס' (ד"ה דבר תורה) הקשו דהדין דעולא איירי כשהבע"ח גובה מהלוה עצמו ועדיין הגמ' הוכיחה מזה כמ"ד שעבודא דאורייתא, ומשמע דמחלוקת האמוראים בסוגיא קאי נמי על הלוה עצמו, וז"ל תימה היכי מוכח מהכא דשעבודא דאורייתא דלמא היינו מיניה דמיניה פשיטא דגבי בין קרקע ובין סובין עכ"ל. ועיין שם בהמשך התוס' דהעירו דלפי מה שהבינו בשיטת הרשב"ם דהמחלוקת אם שעבודא דאורייתא או לא קאי גם על השעבוד דחל על הלוה עצמו, אזי שפיר ניתן להבין את הוכחת הגמ' מעולא דשעבודא דאורייתא.

ולכאורה כל הוכחת הגמ' משיטת עולא קשה, דהרי גם לפי המ"ד דלא חל שעבוד הגוף על הלוה כלל, עדיין הלוה מחוייב לפרוע את החוב מדין פריעת בע"ח מצוה כדמבואר בכתובות (פו.). וא"כ גם המ"ד דשעבודא לאו דאורייתא מודה דבע"ח גובה מקרקע הלוה מדאורייתא, והיאך הגמ' יכולה להוכיח מהדין דבע"ח גובה מזיבורית דיש חלות שעבוד הגוף מדאורייתא. וצ"ל דחלוק גבייה מדין שעבוד מהדין דפריעת בע"ח מצוה. דגדר פריעת בע"ח מצוה הוא שהלוה צריך להחזיר השווי דקיבל למלוה, אבל אין משמעות לסוגי קרקע וכדומה. וא"כ אין לחלק בין עדית בינונית וזיבורית כלל כל עוד דהלוה פורע למלוה את הסכום דקיבל להלואה. אבל אם הלוה חייב לשלם מדין שעבוד הגוף דחל עליו, אזי שפיר מובן דהשעבוד הזה רק מאפשר המלוה לגבות מזיבורית ולא מעידית ובינונית. ולכן הגמ' הוכיחה מהא דבע"ח גובה מזיבורית דשעבודא דאורייתא.

ד

הנ"מ אם פסקינן שעבודא דאורייתא או שעבודא לאו דאורייתא

התוס' (תוד"ה אמר רב פפא) פסקו דשעבודא לאו דאורייתא. והש"ך (סימן לט סק"ב) הביא דפליגי על זה הרמב"ם (פרק יא מהלכות מלוה ולוה הל"ד) והרי"ף דפסקו דשעבודא

דאורייתא. וטרח הש"ך למצוא נ"מ למעשה במחלוקת הראשונים לגבי הפסק, דהרי לכו"ע מלוה בשטר גובה ממשעבדי ומלוה על פה גובה רק מבני חרי.

ומסברא נראה דיש נ"מ האם שטר חוב הוי שטר ראיה או שטר קנין. דלמ"ד שעבודא דאורייתא ההלואה עצמה יוצרת את השעבודים וצ"ל דהשטר הוי רק שטר ראיה. מאידך למ"ד שעבודא דרבנן מסתבר לומר דחז"ל תיקנו דהלוה מקנה השעבודים למלוה ע"י השטר. ויש כמה נ"מ אם שטר חוב הוי שטר קנין או שטר ראיה, למשל דעדי מסירה מהני רק בשטר קנין, וגם דבשטר קנין בעינן דהמקנה יהא הבעלים על הנייר. וא"כ כל החילוקים דקיימים בין דיני שטר קנין לבין דיני שטר ראיה, יהיו נ"מ בין המ"ד דשעבודא דאורייתא לבין המ"ד דשעבודא דרבנן.

אבל יש להעיר דאע"פ דהתלייה הזאת מסתבר, יש להקשות עליה משיטות הראשונים עצמם. דהרי הרמב"ם (פרק יא מהלכות מלוה ולוה הל"ד) פסק דשעבודא דאורייתא וז"ל שכל נכסי הלוה תחת שיעבוד המלוה מן התורה עכ"ל וגם פסק (פרק יא מהלכות מלוה ולוה הל"ב) דעדי מסירה מהני בשטר חוב (עיין בשיעורים לעיל דף ט: בענין קונטרס בענין עדי חתימה כרתי או עדי מסירה כרתי אות י'). ורואים מזה דגם מי דסובר דשעבודא דאורייתא עדיין יכול לנקוט דשטר חוב הוי שטר קנין. ורואים ההיפוך משיטת התוס'. דהרי התוס' בסוגיין ס"ל דרב פפא הסיק דשעבודא מדרבנן. ובגיטין התוס' (כ: ד"ה וכותב) כתבו במפורש דשטר חוב הוי רק לראיה בעלמא. דהרי הגמ' שם קבעה דהלוה צ"ל הבעלים על הנייר בשטר חוב, והתוס' הקשו וז"ל ואם תאמר מה ענין שטרי הלואה לגט דאינם אלא לראיה ואפי' במלוה על פה היה גובה ממשעבדי אי לא משום דאין לה קול עכ"ל. ומבואר מכל זה דהתוס' סברי דשעבודא דרבנן ואעפ"כ אמרו דשטר חוב הוי לראיה בעלמא.

והש"ך עצמו כתב דיש נ"מ לגבי שעבוד על עבדים. דהגמ' בב"ק (יב.) דנה האם עבדים כקרקע דמי לגבי הלכות שעבודים, קנין אגב, ופרוזבול. והתוס' (ד"ה אנא מתניתא) הקשו דהרי ידעינן דבודאי עבדים כקרקע דמי לגבי אונאה ושבועה וכדומה, ולמה בב"ק הגמ' לא הביאה ראיה מהדינים האלו וז"ל אע"ג דבכמה דוכתין אשכחן דכמקרקעי דמי לענין אונאה ושבועה אור"י דהכא לא איירי אלא במילי דרבנן ולגבות מיתמי ומלקוחות וסבר שעבודא לאו דאורייתא ולא גבי אלא מדרבנן ולענין פרוזבול וקנין אגב דהוי נמי מדרבנן עכ"ל. נמצא דלפי התוס' בנוגע לדינים דאורייתא עבדים הוקשו לקרקעות ולגבי דינים דרבנן פליגי האמוראים בסוגיא בב"ק. והרא"ש (ב"ק פרק א סימן יד) כתב דלגבי דינים דרבנן פסקינן כרב נחמן דעבדים לא הוקשו לקרקעות. ויוצא מכל זה נ"מ גדולה אם שעבודא דאורייתא או דרבנן לגבי האם יש שעבוד על עבדים. דלמ"ד שעובדא דאורייתא

שפיר הוקשו עבדים לקרקע ויש שעבוד על עבדים, ולפי המ"ד שעבודא לאו דאורייתא לא תיקנו שעבוד על עבדים.

ועיין בקצוה"ח (סימן לט סק"א) דהקשה על הנ"מ של הש"ך דגם למ"ד שעבודא דאורייתא אין שעבוד על עבדים אע"פ דהוקשו לקרקע. דהרי הקצוה"ח הביא מהרשב"א (ב"ק יד: ד"ה אין אומרים) דלפי המ"ד שעבודא דאורייתא, מדאורייתא השעבוד חל על קרקע ומטלטלין אלא דהחכמים הפקיעו את השעבוד ממטלטלין. ומכיון דלפי הרשב"א כל החילוק בין קרקע ומטמטלין בדיני שעבוד הוא מדרבנן בעלמא, מסתבר דעבדים נחשבים כמטלטלין והחכמים הפקיעו את השעבוד מלחול עליהם. ויש להעיר דהרמב"ם (פרק יא מהלכות מלוה ולוה הל"ז) חולק על הרשב"א ונקט דמדאורייתא אין שעבוד חל על מטלטלין כלל אע"פ דנקט דחל שעבוד דאורייתא בקרקע וז"ל אבל הבא ליפרע מן היורש בין קטן בין גדול לא יפרע מן המטלטלין אפילו היו מופקדין או מלוה אצל אחרים שהמטלטלין אינו תחת שיעבוד בעל חוב מן התורה עכ"ל. וא"כ לפי הרמב"ם דמדאורייתא שעבוד חל רק על קרקע ולא על מטלטלין אזי חזרנו לנ"מ של הש"ך דאם שעבודא דאורייתא אזי הוקשו עבדים לקרקע ומסתבר דשעבוד חל על עבדים.

ועוד יש להעיר על הנ"מ של הש"ך, דהוא קאי בשיטת התוס' דקנין אגב הוי רק קנין מדרבנן ולכן מובן למה נחלקו האמוראים האם יש לעבדים דין קרקע. אבל יש ראשונים דפליגי על זה וסבורים דאגב הוי קנין מדאורייתא, כמו התוס' לעיל (ה. ד"ה שכן פודין), וגם משמע כן מהרמב"ם.[559] וא"כ כל הביאור של התוס' בסוגיא בב"ק אינו נכון לראשונים האלו, דהרי הגמ' איירי גם בדיני דאורייתא. וא"כ הדרא קושיית התוס לדוכתא, דהיינו למה הגמ' שם דנה האם עבדים כקרקעי או לא, ולא הביאה מאונאה גזל וכדומה דהוקשו עבדים לקרקע בהדיא.

ונראה לבאר כל זה ע"פ הביאור בשיטת הרמב"ם דאפי' לפי המ"ד דשעבודא דאורייתא, אין מטלטלין דהלוה משועבדים מדאורייתא. דהרי יש לתת לזה ב' טעמים:[560]

א) השעבוד נוצר ע"י מתן מעות המהווה קנין כסף או נתינת השטר דהוי קנין שטר. וכל זה מהני ליצור השעבוד, דהוי מקצת קנין, על קרקע דהלוה. אך הקנינים האלו לא

[559] עיין בקצוה"ח (סימן קז סק"ז) דתוס' הוו שיטה יחידאית ודעת שאר הפוסקים הוא דקנין אגב קונה מדאורייתא.

[560] ויש להעיר דשני הטעמים של רבינו זצ"ל מיוסדים בדינים בהלכות קנינים ושעבודים. אמנם יש להעיר דיש ראשונים דביארו דאין שעבודים על מטלטלין משום דאיכא חסרון בסמיכות דעת דמלוה. עיין ברש"י (ב"מ סז: ד"ה אין בעל חוב גובה), וברשב"ם, בב"ב (קכח. ד"ה ור"נ אמר אין גובין), ועיין ברשב"א לקמן (טו. ד"ה וכתבינן) וז"ל משום דירדה תורה לסוף דעתן של בריות ומסתמא לאו עיקר אסמכתינהו אמטלטלי עכ"ל.

מהני במטלטלין. דהרי שטר אינו קונה במטלטלין וגם לגבי כסף י"ל דמעות ההלואה אינם ראויים לקנות שעבודים על מטלטלי דהלוה. דהרי אפי' לפי המ"ד דמעות קונות מדאורייתא במטלטלין (ב"מ מח: רמב"ם פרק ג מהלכות מכירה הל"א) ואולי היינו חושבים דמדאורייתא מעות ההלואה יכולים לקנות השעבוד על המטלטלין, מ"מ י"ל דמעות ההלואה רק קונים בקרקע ולא במטלטלין. דהרי ייסדנו לעיל (דף ו: בענין חלות קנין במחילת מלוה והנאת מחילת מלוה אות ד') דחלוק גדר קנין כסף בקרקע מגדר קנין מעות במטלטלין. דקנין כסף דקרקע חל כמעשה קנין דנתינת כסף ולכן מהני לקנות אפי' אם הכסף ניתן לשם תועלת אחר כמו הלואה, אבל מעות קונות דמטלטין חל כפרעון לדמי החפץ ולכן מעות דניתנו בתורת הלואה ולא לפרעון אינם יכולים לקנות מטלטלין. וא"כ מובן למה שעבוד דחל על קרקע נקנה בנתינת כסף ההלואה אבל לא שעבוד דחל על מטלטלין.

ב) כל גדר השעבוד הוא דנכסי דבר איניש אינון ערבין ליה, כלומר, דהמלוה יכול להיות בטוח דהוא יגבה אותם. וזה נכון לגבי קרקע של הלוה דלא ניידי ואי אפשר להבריחם, וגם אם הלוה עצמו בורח עדיין קרקע דידיה נשאר לגבייה למלוה. אבל במטלטלין דאפשר להבריחם או להצניעם אין כאן גדר של ערבות ואחריות ולכן לא חל שעבוד במטלטלין.[561]

ואם ננקוט כצד הב' אזי שפיר אפשר להבין את הגמ' בב"ק לגבי עבדים. דהרי, אע"פ דהוקשו עבדים לקרקע לענין אונאה וכדומה, מ"מ לגבי שעבודים לא אזלינן בתר מעמדם על פי דין, אלא בתר אם אפשר להבריחם או לא. ולכן מובן דלכו"ע עבדים הוקשו לקרקעות בסתם דין דאורייתא אבל עדיין אינם כקרקע לגבי שעבודים. וגם לגבי קנין אגב י"ל דלשון המשנה (לקמן כו.) משמע דגדר דקרקע ומטלטין בדיני אגב תלויים בגדרי אחריות ושעבוד, וז"ל נכסים שאין להם אחריות נקנין עם נכסים שיש להם אחריות בכסף ובשטר ובחזקה, וזוקקין את הנכסים שיש להם אחריות לישבע עליהן עכ"ל. ונמצא דלגבי אונאה ושבועה, עבדים הוקשו לקרקע, אבל לגבי שעבוד נכסים וקנין אגב, אע"פ דהוו דינים דאורייתא, גדר קרקע הוא רק דבר דלא ניידי דיכול להיות אחריות בעד החוב. ולפי"ז נראה לבאר את שיטת הראב"ד (פרק ה מהלכות טוען ונטען הל"ד) דחילק בין דין העבד לגבי שבועה לדין העבד לגבי שעבודים וז"ל ואפשר שאין למדין שבועה לשאר דברים שהרי עבדים של יתומים נדונין כמטלטלין ולענין שבועה אין נשבעין עליהן

[561] השווה לדברי רש"י (ב"מ סז: ד"ה אין בעל חוב גובה), וז"ל דנכסייהו דבר איניש אינון ערבון ביה, דכי אוזפיה עלייהו סמך, אבל מטלטלי אפילו דין ערב ליכא דלאו עלייהו סמיך מלוה הואיל ובידו להצניען ולאבדן עכ"ל. ולכאורה רש"י העלה אותו סברא אבל מצד סמיכות דעת דמלוה ולא מחלות דין ערבות כמו דביאר רבינו זצ"ל.

עכ"ל. ויוצא מדבריו דאין נשבעין על עבדים מדהוקשו לקרקע אע"פ דהם כמטלטלין לגבי שעבודים, וכמו דביארנו לעיל.[562]

ועל פי הנ"ל יש לתרץ את קושיית הלח"מ על הרמב"ם (פרק ג מהלכות ערכין וחרמין הלי"א). דפסק הרמב"ם דאין דין קדימה בהתחייבויות להקדש וז"ל האומר ערכי עלי וחזר ואמר ערכי עלי והיו בידו עשר סלעים ונתן תשע לשניה וסלע לראשונה יצא ידי שתיהן, שהערכין לאו כחובות הן, שאע"פ שכל מה שבידו משועבד לראשונה, הקדש מאוחר שגבה גבה עכ"ל. משמע מדברי הרמב"ם דבבעלי חוב בעלמא הדין הוא דבע"ח מאוחר דגבה, מה שגבה לא גבה ורק בערכין אמרינן דמה שגבה גבה. והלח"מ הקשה דהרמב"ם איירי בסלעים דהוו מטלטלין, ולגבי מטלטלין הרמב"ם (פרק כ מהלכות לוה ומלוה הל"ב) פסק דבע"ח מאוחר דגבה מה שגבה גבה, וז"ל אין דין קדימה במטלטלין אלא כל שקדם וגבה מהן זכה אע"פ שהוא אחרון עכ"ל. ורק לגבי קרקע דמשועבד לבע"ח ראשון אמרינן דבע"ח מאוחר דגבה מה שגבה לא גבה (שם הל"א). וא"כ למה כתב הרמב"ם בהלכות ערכין "שהערכין לאו כחובות הן" אם גם בסתם חוב הוא פסק במטלטלין דבע"ח מאוחר זכה במה שתפס.

ויש לומר דאע"פ דהרמב"ם סובר דאין שעבוד חל על מטלטלין אפי' מדאורייתא, זה רק נכון בסתם חובות. אבל כשאדם מתחייב להקדש, אפי' המטלטלין שלו משועבדים מדאורייתא ומדרבנן, דהרי ב' הטעמים הנ"ל לחלק בין קרקע לבין מטלטלין אינם קיימים בהקדש. דאם הטעם דאין שעבוד על מטלטלין הוא משום דחסר מעשה קנין, אזי בהקדש לא בעינן מעשה קנין מכיון דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט. ואם הטעם דאין שעבוד חל על מטלטלין הוא משום דאפשר להבריחם, זה שייך לבע"ח אדם, אבל אם הבע"ח הוי הקדש אמרינן כל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא וא"א להבריחם מהקב"ה. וזה דומה לגמ' בחולין (קלט.) וז"ל וכן אמר ר' יוחנן במקדיש תרנגולתו לבדק הבית ומרדה (התרנגולת עדיין קדושה), אמר ליה רבי שמעון בן לקיש וכיון שמרדה פקעה ליה קדושתה, אמר ליה בבי גזא דרחמנא איתא דכתיב לה' הארץ ומלואה עכ"ל. דהיינו, דהקדש לעולם נמצא ברשותו דהקב"ה.

[562] ונראה דסברא זאת גם עולה מדברי הרשב"ם. דהרי הגמ' בב"ב (קכח.) מביאה מח' האמוראים אם יש שעבודים על עבדים וז"ל שלח ליה רבי אבא לרב יוסף בר חמא הלכה גובין מן העבדים, ורב נחמן אמר אין גובין עכ"ל. והרשב"ם ביאר שיטת רב נחמן דאין גובין מעבדים וז"ל דנהי דאתקש לקרקעות כדכתיב (ויקרא כה) והתנחלתם ה"מ לדברים הכתובים בתורה כגון לקנותן בכסף בשטר ובחזקה ושלא לישבע עליהן ושאין בהן אונאה אבל לענין ב"ח כמטלטלי דמי דאין ב"ח סומך אלא על קרקעות שאין יכולין ליאבד ולא לזוז ממקומן אבל אעבדים לא סמכא דעתיה הלכך לא משתעבדי ליה עכ"ל.

ויוצא מכל זה, דממ"נ יש להקדש שעבוד על מטלטלין. ולכן אם הקדש הוי כמו בע"ח דעלמא היינו אומרים דבע"ח מאוחר דקדם וגבה מה שגבה לא גבה אפי' במטלטלין. ולכן הוצרך הרמב"ם לבאר "שהערכין לאו כחובות" דהיינו, דאע"פ דיש להקדש שעבוד על מטלטלין, עדיין אמרינן דהקדש מאוחר דקדם וגבה מה שגבה גבה.

תוד"ה אמר רב פפא וכו'. ואומר ר"ח דהכא מיירי במלוה הכתובה בתורה כגון נזקין וערכין וקרבן דאמר לעיל דשיעבודא דאורייתא.

התוס' הביאו את שיטת הר"ח דבמלוה הכתובה בתורה לכו"ע השעבוד חל מדאורייתא אבל מדרבנן אינו גובה מן הלקוחות בלי שטר. מאידך מהגמ' ב"ק (ח.) מבואר דחל שעבוד נכסים על נכסי המזיק, והניזק יכול לגבות מן הלקוחות דידיה בלי שטר. והתוס' שם (ד"ה כולן נכנסו) הקשו על זה דהרי נזיקין מלוה ע"פ הוא והיאך גובין מהלקוחות ותירצו בב' אופנים וז"ל וא"ת והא נזקין מלוה על פה נינהו ומלוה על פה לא גבי ממשעבדי וי"ל דכשעמד בדין כמלוה בשטר דמיא כדאמר בהגוזל בתרא (ב"ק דף קיב) ובכמה דוכתין אי נמי מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא וחייב עכ"ל. ומבואר בתירוץ הב' דבמלוה הכתובה בתורה גובין מן הלקוחות אפי' בלי שטר. והגר"א (הגהות שם אות ב) העיר דזה נגד התוס' בקידושין דנקטו דמדרבנן גם במלוה הכתובה בתורה אינו גובה מהלקוחות בלי שטר.

דף יד:

משנה. עבד עברי נקנה בכסף ובשטר, וקונה עצמו בשנים וביובל ובגרעון כסף.

בענין גרעון כסף

א

גדר דגרעון כסף

לכאורה יש לבאר גרעון כסף דעבד עברי חל מדין קנין כסף חדש, דהיינו דהעבד קונה את עצמו בכסף דנשאר מהקנין הראשון. ודומה לעבד כנעני דאף הוא קונה את עצמו בכסף (לקמן כב:) דהיינו דהעבד קונה את עמצו בקנין כסף מהאדון. אבל מלשון המשנה משמע דחלוק גרעון כסף דעבד עברי משחרור דעבד כנעני ע"י כסף. דהרי במשנה דעבד עברי (יד:) איתא וז"ל וקונה עצמו בשנים וביובל ובגרעון כסף עכ"ל. ואילו המשנה לגבי עבד כנעני (כב:) קתני וז"ל וקונה את עצמו בכסף עכ"ל. ומזה דהמשנה שינתה את לשונה מ"גרעון כסף" בעבד עברי ל"כסף" בעבד כנעני משמע דגרעון כסף אינו חלות קנין כסף

כמו כסף דעבד כנעני, אלא דהוא שייך לקנין דהוא נקנית בו כעבד עברי.[563] ועוד יש להוכיח דגרעון כסף אינו קנין כסף דעלמא מהגמ' לקמן (טז:) דעבד עברי יוצא בגרעון כסף בע"כ דאדון (עיי"ש ברש"י ד"ה שאין), ואם גרעון כסף הוי חלות קנין דעלמא קשה קצת האיך מהני חלות קנין בע"כ דהמקנה. אלא משמע דגרעון כסף חל לגרע את הקנין הראשון דעבדות, והוא דין חדש ומסויים ולא חלות דין קנין כסף דעלמא.

אבל עדיין יש לעיין בגדר הדין דהעבד עברי מגרע מהקנין הראשון של אדונו. דכידוע קנין כסף דעלמא יכול להיות כסף קנין או כסף פרעון. דכבר הבאנו לעיל (ו: בענין ארווח לה זימנא אות ד') דלפי הט"ז (חו"מ ריש סימן קצ) קנין כסף הוי מעשה קנין כמו קנין שטר וכדומה, ואילו להסמ"ע (שם) כסף קונה בתורת פרעון לדבר הנקנה. ובנוגע לקנין דעבד עברי דעלמא לכאורה יש ב' סוגי הכסף האלו, שהרי העבד נקנה במעשה קנין דכסף, והאדון גם שילם לעבד דמים עבור העבודה דהעבד יעשה עבורו. וא"כ יש להסתפק בגרעון כסף, מאיזה כסף מגרע העבד לקנות את עצמו: האם מכסף דמעשה הקנין או מהדמים שהם תשלומין עבור העבודה. ולכן אם הגרעון הוא מדמי פרעון העבודה אזי הדין הוא דהדמים דהאדון שילם בתחילה לעבד יצר שעבוד על העבד לעבוד בשבילו בשוויות של הדמים. והגרעון בסוף מסלק את השעבוד הזה דחל על העבד לעבוד לאדון. ומאידך אם הגרעון הוא מכסף הקנין עצמו, אזי יסוד הדין הוא דיש גזה"כ דהגרעון חל להפקיע את הקנין הראשון של האדון.

ונראה להוכיח מהגמ' לעיל (יא:) דהגרעון הוא מכסף הקנין, וז"ל דאמר חזקיה אמר קרא והפדה מלמד שמגרעת מפדיונה ויוצאה, אי אמרת בשלמא דיהב לה דינר היינו דמגרעה ואזלה עד פרוטה, אלא אי אמרת דיהב לה פרוטה, מפרוטה מי מגרעה עכ"ל. והנה הגמ' הוכיחה אליבא דב"ש דאמה העבריה נקנית בדינר מהדין דגרעון כסף. אמנם צ"ע שאם הגרעון הוא מכסף הפרעון דיצר השעבוד לעבודה, אזי היה אפשר לומר דהאמה נקנית בפרוטה אחת דכסף קנין, והגרעון הוא מכסף הפרעון.[564] אלא מוכח דגרעון כסף חל בכסף הקנין עצמו, ולכן הגמ' יכולה ללמוד מהדין דגרעון כסף לדיני כסף הקנין דבעינן בו דינר.

אבל לכאורה גרעון בכסף הקנין לא הוי הדין היחיד דגרעון כסף. דהרי הפסוק עצמו אומר (ויקרא פרק כה פסוק ג) וז"ל וחשב עם קונהו משנת המכרו לו עד שנת היובל והיה כסף ממכרו במספר שנים כימי שכיר יהיה עמו עכ"ל. ועיי"ש ברש"י וז"ל כימי שכיר

[563] ויש להעיר דבגמ' לקמן (טז.) יש ברייתא דמשתמשת בלשון "כסף" גם בעבד עברי בדומה לעבד כנעני וז"ל תנא וקונה את עצמו בכסף ובשוה כסף ובשטר עכ"ל.

[564] דהיינו שקנתה בפרוטה אלא דהתחייב לשלם ליה דינר עבור דמי עבודתה בנוסף לפרוטה דכסף קנין.

יהיה עמו - חשבון המגיע לכל שנה ושנה יחשב כאלו נשכר עמו כל שנה במנה וינכה לו עכ"ל. ומבואר מרש"י דאירי בכסף פרעון דהיינו השוויות של מלאכת העבד לשנים הנשארות. וא"כ יוצא דיש ב' דינים בגרעון כסף, דהגרעון צ"ל מהכסף קנין וזה נלמד מ"והפדה" וגם צריך לכלול כל דמי הפרעון דנשאר ממלאכת העבד, וזה נלמד מ"וחשב עם קונהו".[565]

ונראה לבאר את הצורך לב' דינים בגרעון כסף, דעצם המשחרר דגרעון כסף הוא הגרעון מכסף הקנין, אלא דבלא גרעון גם מכסף הפרעון יש עיכוב על השחרור. דהרי ע"י הדמים דהאדון נתן בתחילה, העבד משועבד לעבוד לאדון, וכדי לקנות את עצמו ולצאת לחירות צריך לסלק את השעבוד. ונמצא, דהגרעון מכסף הפרעון מסלק את השעבוד של שאר השנים ואז הגרעון של כסף הקנין יכול לחול לשחרר את העבד.

ולפי זה יתכן שיש נ"מ בין הגרעון של כסף הקנין דהוי קנין המשחרר, לבין הגרעון של כסף פרעון דחל כפריעת חוב וסילוק שעבוד. דכבר הבאנו (דף ה. בענין אין פודין הקדש ומע"ש בשטר) המח' בין רש"י והרשב"א האם חל דין קנין כסף בשטר התחייבות. וביארנו דאע"פ דהרשב"א נקט דאין דין דשטר התחייבות חל כקנין ככסף, מ"מ אפשר לפרוע חוב ע"י שטר התחייבות. ויוצא מזה דלפי הרשב"א העבד יכול לגרוע מכסף הפרעון ע"י שטר התחייבות, אבל אינו יכול לעשות את הגרעון מהכסף קנין ע"י שטר זה, אלא דבעי כסף או שו"כ.

ב

השו"ט לגבי שטר התחייבות לגרעון כסף

ועל פי זה יש לבאר את השו"ט לקמן (טז.) לגבי גרעון ע"י שטר התחייבות ומחילה, וז"ל תנא וקונה את עצמו בכסף ובשוה כסף ובשטר, בשלמא כסף דכתיב מכסף מקנתו, שוה כסף נמי ישיב גאולתו אמר רחמנא לרבות שוה כסף ככסף, אלא האי שטר ה"ד, אילימא דכתב ליה שטרא אדמיה, היינו כסף, אלא שיחרור, שטר למה לי לימא ליה באפי תרי זיל, א"נ באפי בי דינא זיל, אמר רבא זאת אומרת עבד עברי גופו קנוי והרב שמחל על גרעונו אין גרעונו מחול עכ"ל. ומבואר דבהו"א של הגמ' לפני דידעינן דעבד עברי גופו קנוי, הגמ' נקטה דשטר התחייבות מהני לשחרור עבד עברי. ולכאורה זה ראיה לשיטת רש"י דשטר התחייבות דינו ככסף ודלא כהרשב"א. ועיי"ש בהרשב"א (שם ד"ה אילימא)

[565] רבינו זצ"ל חידש דיש ב' דינין בגרעון כסף - אחד מהפסוק "והפדה" אצל אמה עבריה, ודין שני מהפסוק "וחשב עם קונהו" לגבי נמכר לעכו"ם. ויש להעיר דכמה אחרונים הסיקו דיש חילוקים בין גרעון בעבד עברי הנמכר לישראל לבין מי שנמכר לעכו"ם ובשביל זה צריכים ב' פסוקים שונים. עיין בזה במנחת חינוך (מצוה מד ד"ה והנה מבואר). וגם הרמב"ם (פ"ב מהלכות עבדים הל"ח) פסק דגרעון כסף בעבד הנמכר לישראל מועיל בשו"כ אבל בעבד הנמכר לעכו"ם בעינן כסף ממש.

דהקשה הקושיא הזה בעצמו, וז"ל ומיהו אכתי ק"ל מאי קאמר היינו כסף דא"כ המקדש בכסף וכתב לה שטר עליו תהא מקודשת דשטרא דכתיב עליה היינו כסף, וי"ל דהשתא הוא דקאמרינן הכי משום דאכתי לא ידעינן דגופו קנוי ואינו אלא כחוב אבל למסקנא דאמר רבא ע"ע גופו קנוי אי כתב ליה שטרא אדמיה לא נפיק דכסף אין כאן שטר אין כאן, וצ"ע עכ"ל. ומפורש בדבריו דבהו"א, הגמ' קס"ד דעבד עברי אין גופו קנוי וא"כ יש לגרעון כסף דין של פריעת חוב בעלמא, ולכן שטר התחייבות מועיל. אבל במסקנא רבא חידש דעבד עברי גופו קנוי ולכן לפי הרשב"א כמו דאין מחילה מועילה לגרעון הו"ה דלא סגי בשטר התחייבות דאין דינו ככסף קנין.[566]

ולפי הביאור הנ"ל שיש ב' דינים דגרעון כסף, י"ל דאפי' למסקנת הגמ' לפי הרשב"א יש עדיין מקום לשטר התחייבות ומחילה בגרעון כסף. דהחידוש דרבא דבגרעון כסף לא סגי בדיני פרעון חוב כמו בשטר התחייבות ומחילה, קאי רק בדין ד"והפדה" של גרעון דחל מכסף הקנין. דהרי מכיון דהוא רוצה לגרוע מהכסף דיצר הקנין הגוף לא סגי בחלות פריעת חוב אלא בעי כסף או שו"כ. אבל לגבי הדין השני של גרעון מכסף הפרעון דחל כדי לסלק את השעבוד דנשאר על העבד, סגי בשטר התחייבות או מחילה.[567]

אך נראה דרהיטת לישנא דהגמ' בפשטות משמע דמחילה ושטר התחייבות אינו מהני כלל בגרעון כסף. וא"כ נראה שלא כנ"ל, דבאמת אין ב' דינים חלין בגרעון כסף כי הגרעון כסף מגרע רק מעצם כסף הקנין. ולהיפך, י"ל דכל המושג דכסף פרעון ותשלומין אינו שייך לקנין דעבד עברי. דהרי בקרקע ובמטלטלין מובן דיש חלות דכסף פרעון כנגד השווי של הקרקע או החפץ, אבל בעבד עברי דהוא אדם בן חורין אי אפשר להעריך השווי שלו כדי לומר דהוא נקנה בדינר אבל הוא באמת שווה יותר. אלא כל חלות הכסף דהאדון נותן לקנות את העבד, כולו חל מדין כסף קנין ולא כתשלומין ולכן הגרעון כסף דנעשה לבסוף הוי חלות דין קנין כסף בלבד ולא פריעת חוב. ולפי"ז מסקנת הגמ' דעבד עברי גופו קנוי דוחה לגמרי את ההו"א ואין מקום לשטר התחייבות או למחילה בגרעון כסף, אלא דבעי כסף או שו"כ כדי להפקיע את כסף הקנין הראשון.[568]

ג

גרעון כסף היכא דהעבד נקנה שלא בכסף

הבאנו לעיל (דף ב. בתוד"ה שוה כסף אות ב', דף ה. בענין אין פודין הקדש ומע"ש בשטר אות ג') דנחלקו ר"ת והתוס' רי"ד איזה עבדים קונים את עצמם בגרעון כסף. דהתוס' רי"ד (לקמן

[566] וע"ע בזה בשיעורים לעיל (ה. בענין אין פודין הקדש ומע"ש בשטר וגדר שטר התחייבות, אות ג').
[567] והשווה לדברי רבינו לקמן (יט. ד"ה המקדש במלוה שיש עליו משכון, אות ב').
[568] ועיין בשיעורים לקמן (כ. ד"ה ת"ר נמכר במנה, אות ב') דרבינו ביאר את השו"ט בענין מחילה באופן דומה.

כא: ד"ה וקונה) הביא שיטת ר"ת דרק עבד דנקנה בכסף יוצא ע"י גרעון כסף, אבל נרצע או עבד דנקנה בשטר אינו יוצא בגרעון כסף. ועיי"ש וז"ל היכא דקבלה אביה כסף מגרעת היכא דלא קיבל מה יגרע עכ"ל. והרי"ד עצמו חולק על זה וסבור דגם עבד דנקנה בשטר וזקף עליו הדמים במלוה, ואפי' היכא דאביה נתנה בתו לאדון במתנה עדיין היא יוצאת בגרעון כסף, וז"ל שכיון שזיכתה תורה לצאת בפדיון מה לי במכר מה לי במתנה עכ"ל. ורק הנרצע אינו יוצא בגרעון כסף עד היובל מפני שקנסתו תורה.

וצ"ע טובא על התוס' רי"ד מהסוגיא דידן. דהרי כבר ביארנו דברור מהשו"ט דגרעון כסף הוא מכסף הקנין, דאל"כ איך אפשר להוכיח מדיני גרעון לזה דאמה נקנית בדינר. ולפי התוס' רי"ד דגרעון כסף שייך גם היכא דאין כסף קנין כלל, פשיטא דאי אפשר להוכיח מגרעון לשיעור כסף קנין. אבל לפי ר"ת הכל עולה כפתור ופרח דהוא נקט כביאור שכתבנו לעיל, דגרעון כסף בעיקר הוי בכסף הקנין ובעבד עברי גם כסף הפרעון דינו כמו כסף הקנין.[569]

ויתכן לתרץ את שיטת התוס' רי"ד דסובר דיש כמה אופנים בדיני גרעון כסף. דהיינו דהיכא דיש כסף קנין אזי הוא מודה לר"ת דהגרעון צ"ל מכסף הקנין. ולכן ניתן ללמוד מהדינים דגרעון כסף לשיעור כסף קנין. אלא, דהרי"ד הוסיף דגם היכא דאין כסף קנין כמו בעבד דנקנה בשטר, עדיין יש דין גרעון כסף לגבי כסף הפרעון. ובזה נחלקו בעלי התוס', דר"ת נקט דגרעון כסף יכול להיות רק מכסף הקנין, והרי"ד מוסיף דיש עוד דין גרעון כסף מכסף פרעון היכא דאין כסף קנין.

ובנוסף לזה יש עוד מחלוקת ביניהם לגבי חידוש הרי"ד בציור דהאב נתן את בתו במתנה לאדון. דבמתנה אין אפי' כסף פרעון ואעפ"כ הרי"ד נקט דיש דין דהיא יוצאת ע"י גרעון כסף. ובזה צ"ל דהרי"ד חידש דיש גדר שונה לגמרי לגרעון כסף היכא דאין כסף כלל, דהיינו דהגרעון הוי קנין כסף חדש לקנות את האמה וכמו שמצינו בעבד כנעני. ולפי זה נראה דיש נ"מ בין גרעון כסף היכא דיש כסף קנין או פרעון לבין היכא דהאמה ניתנה במתנה. דהרי הבאנו לעיל (אות א') דעבד עברי יוצא בגרעון כסף בע"כ דאדון וביארנו דזה מסתבר רק אם גרעון כסף אינו קנין דעלמא. ובכן מסתבר לפי הרי"ד דהדין דיציאת עבד עברי בגרעון כסף בע"כ דאדון איירי רק היכא דהוא נקנה בכסף. אבל היכא דהאב נתן בתו לאדון ואין כסף כלל, אזי גרעון כסף יכול לחול רק מדין קנין כסף דעלמא דבעי

[569] וכן הקשה המנחת חינוך (מצוה מג סק"י) על הרי"ד.

דעת המקנה.[570]

ד

דעת הרשב"א בשיטת ר"ת

ונראה דפליגי הראשונים בדעת הר"ת לגבי גרעון כסף. דהרי לתוס' רי"ד יש ב' חידושים בדין גרעון כסף: א) דחל דין גרעון כסף גם היכא דהעבד נקנה בשטר והכסף הוי חלות כסף פרעון, ב) דחל דין גרעון כסף היכא דהעבד נקנה במתנה דחל הגרעון כקנין כסף דעלמא. ומדברי התוס' רי"ד נראה דר"ת חולק על שני החידושים האלה ונקט דגרעון כסף חל רק כחלות דין גרעון מכסף הקנין דהאדון כדי להפקיעו, ולכן שייך רק כשהעבד נקנה בכסף.

אבל מהרשב"א נראה דר"ת הסכים עם החידוש הראשון דהרי"ד ורק חולק על גרעון כסף כשהעבד נקנה במתנה. דהרי הגמ' לקמן (יד:) הביאה את הדין דגרעון כסף כמקור דעבד עברי נקנה בכסף וז"ל עבד עברי נקנה בכסף, מנלן אמר קרא מכסף מקנתו מלמד שנקנה בכסף, אשכחן עבד עברי הנמכר לעובד כוכבים הואיל וכל קנינו בכסף, נמכר לישראל מנלן אמר קרא והפדה, מלמד שמגרעת פדיונה ויוצאה עכ"ל. ונחלקו הראשונים בביאור ההוכחה משחרור ע"י גרעון כסף לזה דנקנה בכסף לעבדות. דרש"י (ד"ה שמגרעת) פירש וז"ל אלמא בכסף נקנה דאי לא קנאה בדמים מאי מגרעה עכ"ל. ומשמע מדבריו דגרעון כסף צריך להיות מכסף הקנין ומפני זה אפשר להוכיח מהדין דגרעון כסף דהעבד נקנה בכסף. אבל הרשב"א (ד"ה מלמד) הקשה עליו וז"ל מלמד שמגרעת פדיונה ויוצאה. פרש"י ז"ל ומדמגרעת פדיונה ויוצאה מסתמא בכסף קנאה, ואיכא למידק ודלמא בשטרא קנאה ונתן כסף בתורת דמים ומדמיה הוא דמגרעת ויוצאה, ומש"ה פר"ת ז"ל שכשם שקונה עצמה בכסף כך נקנית בכסף עכ"ל. כלומר דהרשב"א הניח דגרעון כסף מהני אף היכא דהעבד נקנה בשטר והכסף הוי כסף פרעון ולא כסף קנין. ולפיכך ביאר ר"ת דהוכחת הגמ' מגרעון כסף לקנין כסף אינו דגרעון כסף מהני רק אם העבד נקנה בכסף, אלא שיש לדמות גרעון כסף לקנין כסף, דהיינו דמזה דהוא קונה את עצמו בגרעון כסף מסתבר דאחד מהדרכים דהוא נקנה נמי הוי ע"י כסף.

ויוצא מדברי הרשב"א דגם ר"ת מודה דגרעון כסף חל היכא דהעבד נקנה בשטר והכסף הוי כסף פרעון, ודלא כהבנת הרי"ד בשיטת ר"ת. אמנם הרי"ד והרשב"א מסכימים

[570] אך מלשון הרי"ד משמע אחרת וז"ל אלא אפילו הקנה לו האב את בתו בשטר במתנה ולא רצה האב לקבל ממנו דמים יוצאה בגירעון כסף שכיון שזיכתה תורה לצאת בפדיון מה לי במכר מה לי במתנה עכ"ל, דהיינו דגם במתנה גרעון כסף הוי זכות יציאה בע"כ דאדון.

דר"ת חולק על החידוש השני של הרי"ד דגרעון כסף מועיל גם היכא דאין כסף כלל כמו במתנה.[571]

משנה. הנרצע נקנה ברציעה, וקונה את עצמו ביובל ובמיתת האדון.

מלשון המשנה משמע דעבד נרצע יוצא לחירות רק ביובל ובמיתת אדון אבל לא בגרעון כסף. ונראה לבאר דהטעם דגרעון כסף אינו מהני בעבד נרצע תלוי במחלוקת בין ר"ת והרי"ד (לעיל דף יד: בענין גרעון כסף אות ג') לגבי דין גרעון כסף היכא דנקנה בשטר. דהיינו, דר"ת נקט דגרעון כסף מהני רק היכא דהעבד נקנה בכסף ולכן עבד הנקנה בשטר אינו יוצא לחירות ע"י גרעון כסף. ולפי"ז נראה לבאר דגרעון כסף אינו מהני בנרצע מכיון דרציעה הוי קנין חדש ומכאן ואילך העבד אינו נחשב כעבד דנקנה בכסף אלא כעבד דנקנה ברציעה דאינו יוצא בגרעון כסף. מאידך לפי תוס' הרי"ד דגרעון כסף מהני אפי' בעבד דנקנה בשטר מוכרח דדרך הקנין דהעבד נקנה בו אינו מעלה ואינו מוריד לגבי חלות דין גרעון כסף. ולכן הרי"ד ביאר הטעם דאין עבד נרצע יוצא בגרעון כסף באופן אחר, וז"ל אלא מפני שקנסתו תורה להרצע ולעבוד עד היובל ולפיכך אינו יוצא בגרעון כסף שלא זיכתו תורה לכך כי אם ביובל ובמיתת האדון עכ"ל. כלומר דעבד נרצע הוי חלות דין עבדות שונה מעבדות דעלמא, והדין דשחרור ע"י גרעון כסף נאמר רק בעבד עברי דעלמא אבל לא בחלות דין עבדות החדש דעבד נרצע. ויוצא מזה דלפי ר"ת עבד נרצע הוי אותו חלות שם עבדות של עבד תוך שש אלא שחלה ע"י קנין חדש דרציעה, ואילו לפי הרי"ד עבד נרצע הוי חלות שם עבדות בפנ"ע דשונה מעבדות דתוך שש.

ולכאורה נראה דיש נ"מ בין הטעמים בנוגע לדין שחרור בשטר בעבד נרצע, דאינו מוזכר במשנה. דלפי ר"ת דעבד נרצע אינו חלות שם עבד בפני עצמו אלא הוי אותו חלות שם עבד דעבד בשש, אזי מסתבר דשטר דמהני לשחרר עבד שש ג"כ מהני בנרצע. אבל לפי תוס' הרי"ד דנרצע הוי חלות שם עבד חדש, אזי מסתבר דשטר לא מהני.[572]

אבל לכאורה קשה לומר דלפי הרי"ד אין שטר מהני לשחרר נרצע, דהרי שטר מהני בין בעבד עברי ובין בעבד כנעני, ונראה מזה דשטר הוי משחרר כללי לכל סוגי עבד. וקשה לומר דעבד כנעני קונה את עצמו בשטר אבל לא עבד נרצע, דהיאך אפשר לומר דנרצע הוי עבדות יותר חזקה מעבד כנעני. וא"כ יוצא דגם לר"ת וגם לרי"ד מסתבר דשטר מהני

[571] צ"ע דלר"ת יוצא שאף הנקנית בשטר יוצאת בגרעון כסף מדין כסף פרעון וכנראה שהרשב"א הסכים עמו בזה, וקשה שהרי הרשב"א פסל שטר התחייבות לגרעון כסף מפני שאינו כסף קנין, ולמה לא יהני מדין כסף פרעון. ולכאורה י"ל דסובר דגרעון כסף הוי גם מעשה קנין כסף וגם כסף פרעון דנתפס בשם גרעון, ומשו"ה במתנה לא חל מדליכא בה פרעון ואין בה לגרוע ואף שטר התחייבות לא מהני מדחסר בו מעשה קנין כסף.

[572] ועיין במשנה למלך (פרק ג מהלכות עבדים הל"ז) דגם תלה את הדין דשטר בעבד נרצע במחלוקת ר"ת והרי"ד.

בעבד נרצע. אבל א"כ קשה לומר דלפי הרי"ד שטר מהני בעבד נרצע אבל כסף אינו מהני, דמאי שנא כסף משטר. דהרי שניהם הוו דרכים לשחרר עבד עברי תוך שש וגם דרכים לשחרר עבד כנעני. ובשלמא לפי ר"ת דגרעון כסף מהני רק היכא דהעבד נקנה בכסף. אמנם לפי תוס' הרי"ד צ"ב דמאי שנא גרעון כסף דלא מהני בנרצע מכיון דהנרצע מהווה חלות שם חדש של עבדות ואילו שטר עדיין מהני.

וי"ל דחלוק שטר מכסף ביסוד דיניהם. דכסף בעלמא הוי דרך לקנות בדיני ממונות, ולכן מובן למה עבד כנעני, דהוי כשורו וחמורו דהאדון, קונה את עצמו בכסף. אבל עבד עברי אינו נקנה לאדון בקנין ממון דעלמא בגופו כשור וחמור, ועצם הדין דעבד עברי תוך שש יוצא בכסף הוי חידוש דין. ולכן מסתבר דהחידוש הזה דכסף מהני לשחרור עבד עברי אע"פ דאין בו חלות קנין ממון בגופו נאמר רק היכא דיש לנו גזה"כ כמו בעבד שש. אמנם אין להרחיב את החידוש הזה לעבד עברי נרצע דהוי חלות שם חדש דעבדות לפי הרי"ד. מאידך שטר שחרור אינו שייך לדיני ממונות אלא לדיני איסור והיתר כמו בגט אשה וקידושין, וא"כ מסתבר דאם שטר מהני גם בעבד כנעני וגם בעבד עברי תוך שש, דהוא ג"כ מהני בעבד עברי נרצע.

אמנם נראה דעדיף לבאר את החילוק בין כסף לבין שטר באופן אחר. די"ל דגרעון כסף הוי דרך לשחרר העבד בע"כ דאדון ולכן בעינן מקור לכל סוג עבד בפני עצמו. משא"כ שטר דהוי מדעתיה דאדון מסתבר דשייך לכל עבד, דהרי הבעלים לעולם יכולים להקנות את מה ששייך להם. ולפי"ז י"ל דכשהמשנה אומרת דעבד נרצע קונה את עצמו ביובל ובמיתת האדון, הרשימה הזאת כוללת רק הדרכים שהעבד קונה את עצמו בע"כ דאדון. אבל פשיטא דהאדון יכול לשחרר את עבדו מדעתיה. ואע"פ דהרמב"ם (פרק ג מהלכות עבדים הל"ו) רק העתיק מה דאיתא במשנה, וז"ל המוכר עצמו אינו נרצע, אבל מכרוהו ב"ד ועבד שש ולא רצה לצאת הרי זה נרצע ועובד עד שנת היובל או עד שימות האדון עכ"ל, ג"כ מסתבר דהוא רק הזכיר את הקניינים דהוו בע"כ דאדון.[573]

ולפי"ז יש להסתפק מה הדין בגרעון כסף היכא דהוי מדעת האדון. דהרי ביארנו בשיעורים לעיל (דף יד: בענין גרעון כסף, אות ג') דאע"פ דהרי"ד חידש דגרעון כסף מהני אפי' כשהאב נתן את בתו במתנה ואין כסף קנין, מ"מ הגרעון כסף באופן כזה חל כקנין

[573] והשווה לדברי הריטב"א לקמן (טז. ד"ה ותמיהא) דהעיר דהשמיט המשנה את הדין דעבד עברי בתוך שש יוצא בשטר, אע"פ דהברייתא (שם) הביאה דשטר גם הוי דרך לשחרור עבד עברי. והוא ביאר וז"ל ואיכא למימר דתנא דמתניתין מילי דאתו בעל כרחו של אדון דהיינו שנים ויובל וגרעון כסף קתני, אבל שטר דהוי מדעתו של אדון לא קתני דההוא פשיטא ליה עכ"ל. וכמו"כ איתא בתוס' שם (ד"ה אמר רבא). ולפי"ז כל המשנה איירי בדרכים דהעבד קונה את עצמו בע"כ דאדון, כמו שנקט רבינו זצ"ל לגבי הסיפא דהמשנה בדין נרצע.

חדש וצ"ל מדעתיה דהאדון. וא"כ י"ל דלפי החילוק הנ"ל דעבד נרצע יוצא לחירות ע"י שטר מכיון דשטר הוי מדעתיה דאדון, האם גם נאמר דגרעון כסף מהני בנרצע היכא דהוי מדעתיה דהאדון, וצ"ע.[574]

תוד"ה הואיל וכל קנינו בכסף.

בענין קנין עכו"ם

א

מעות קונות בעכו"ם

ונראה לבאר דנחלקו רש"י והתוס' בהבנת הסוגיא בבכורות (יג.-יג:). דהתם הגמ' הביאה את המחלוקת בין ריש לקיש לבין ר' יוחנן האם בישראל מעות קונות או משיכה קונה, ולומדת שכל מה שלא קונה בישראל קונה בעכו"ם. כלומר, שלפי ריש לקיש דמשיכה קונה בישראל אזי מעות קונות בעכו"ם, ואילו לפי ר' יוחנן דמעות קונות בישראל אזי משיכה קונה בעכו"ם. ושניהם לומדים את זה מהפסוק (ויקרא פרק כה פסוק יד) וכי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה מיד עמיתך. דלפי ריש לקיש איתא בגמ', וז"ל או קנה מיד עמיתך, מיד עמיתך הוא דבמשיכה, הא מיד עובד כוכבים בכסף וכו' וכי תמכרו ממכר לעמיתך, לעמיתך במשיכה, הא לעובד כוכבים בכסף עכ"ל. וגם לפי ר' יוחנן איתא (שם יג:), וז"ל אי סבר לה כר' יוחנן דאמר דבר תורה מעות קונות משיכה לא, אהני לעמיתך, לעמיתך בכסף, לעובד כוכבים במשיכה עכ"ל.

ולפי ריש לקיש הגמ' נקטה דבעכו"ם רק מעות קונות ולא משיכה, ולכן הקשה וז"ל ואימא או בהא או בהא (או בכסף או במשיכה), דומיא דעמיתך, מה עמיתך בחדא, אף עובד כוכבים נמי בחדא עכ"ל. כלומר, דהעכו"ם הוא דומה לישראל בזה דיש לו רק דרך אחד לקנות, וכמו דבישראל רק משיכה קונה ולא מעות, כמו"כ בעכו"ם מעות קונות ולא משיכה. ומזה דלפי ר"ל בעכו"ם יש רק דרך אחד לקנות, כמו"כ אותו הדבר נכון לפי ר' יוחנן דבישראל רק מעות קונות, ובעכו"ם רק משיכה קונה. ולכן התוס' הקשו על רש"י דהיאך הגמ' אצלנו יכולה לומר דכל קנין דעכו"ם בכסף, דהרי זה נגד שיטת ר' יוחנן דבעכו"ם רק משיכה קונה ולא מעות.

אבל לכאורה נראה לתרץ דרש"י הבין דיש לחלק בין שיטת ר' יוחנן לבין שיטת ריש לקיש לגבי קנין עכו"ם. דהרי אינה מפורשת בגמ' דלפי ר' יוחנן דרק משיכה קונה בעכו"ם ולא מעות. וי"ל דרש"י דייק מההשמטה הזאת דלפי ר' יוחנן באמת גם משיכה

[574] והשווה לדברי המנחת חינוך (מצוה מב סק"ח) דהסיק דהמשנה איירי רק ביציאות בע"כ דאדון, אבל שטר וגם כסף מדעתיה דאדון מהני בעבד נרצע.

וגם מעות קונות בעכו"ם. וזה כוונת רש"י אצלנו דלגבי עכו"ם כל קניינו בכסף, דהיינו דעכו"ם קונה בכסף גם לפי ריש לקיש וגם לפי ר' יוחנן, לעומת שיטת התוס' דהבינו דלפי ר' יוחנן רק משיכה קונה בעכו"ם ולא מעות.[575]

ונראה דגם הרמב"ם (פרק א מהלכות זכייה ומתנה הלי"ד) ביאר את שיטת ר' יוחנן כמו רש"י, דהרי הוא פסק דגם משיכה וגם מעות קונות בעכו"ם, וז"ל עכו"ם שמכר מטלטלין לישראל או קנה מטלטלין מישראל, קונה במשיכה ומקנה במשיכה או בדמים עכ"ל. ועיין במ"מ דביאר דאע"פ דלשון הרמב"ם אולי משמע דעכו"ם מקנה בשני הדרכים אבל רק קונה במשיכה, באמת כוונת הרמב"ם היא דהעכו"ם קונה ומקנה או במשיכה או בדמים. ולפי דברינו לעיל, נראה ברור דהרמב"ם פסק כר' יוחנן.[576]

ב

קנין מעות בעכו"ם

אבל לכאורה אע"פ דלפי ר' יוחנן גם מעות וגם משיכה קונות בעכו"ם, מ"מ יש להקשות מלשון הגמ' דכל קניינו בכסף. דהיינו, אע"פ דקושיית התוס' דלפי ר' יוחנן אין מעות קונות בעכו"ם מתורצת, מ"מ עדיין קשה על רש"י מלשון הגמ' ד"כל קניינו בכסף" אם באמת גם מעות וגם משיכה קונה בעכו"ם. וגם לכאורה כל הסברא של רש"י והרמב"ם צ"ב. דהרי אם שתי השיטות בגמ' מיוסדות על אותו מיעוט דעמיתך, מה הסברא לומר דלפי ריש לקיש עמיתך מרבה מעות בעכו"ם וממעט משיכה, ואילו לפי ר' יוחנן עמיתך רק מרבה משיכה אבל אינו ממעט מעות. במלים אחרות, למה פשיטא לגמ' דלכו"ע מעות קונות בעכו"ם.

ולגבי הקושיא השניה הזאת בנוגע להבנת הדרשא דעמיתך, י"ל דנחלקו רש"י והתוס' לשיטתם בנוגע למקור דמעות קונות בישראל. דרש"י (עירובין פא: ד"ה דבר תורה מעות קונות) נקט דהמקור למעות קונות בישראל הוא פדיון הקדש וז"ל דכתיב בפודה מן ההקדש (ויקרא כז) ונתן הכסף וקם לו קל וחומר בלוקח מן ההדיוט עכ"ל. אבל התוס' (בכורות יג. ד"ה מיד עמיתך) הבינו דעצם הפסוק ד"וכי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה מיד עמיתך" איירי בכסף דהרי מעות הוי סתם קנין בכהת"כ וז"ל וא"ת מנלן שהן חשובין קנין כלל

[575] אבל לכאורה עדיין קשה ההמשך של דברי רש"י וז"ל שלא נאמרה בו משיכה במטלטלין אלא בישראל עכ"ל. דהרי אפי' לפי הביאור דרבינו זצ"ל דמעות קונות לכו"ע בעכו"ם, עדיין הדין דמשיכה בעכו"ם תלוי במחלוקת בין ר"ל ור' יוחנן, ולמה רש"י נקט כמו ר"ל נגד ר' יוחנן.

[576] והשווה לתירוץ השני בתוס' ע"ז (עא. ד"ה שקילו) דביאר דהגמ' בע"ז שם נקטה דגוי קונה גם במשיכה וגם במעות, אבל נקט דזה הוי נגד הגמ' בבכורות. לפי הביאור דרבינו זצ"ל בדעת רש"י והרמב"ם י"ל דאין מחלוקת בין הסוגיות.

דמוקמינן מסברא קנינין דקרא בהני י"ל דאשכחן כסף שקונה במקום אחר בקרקע ובהקדש ומשיכה במציאה והפקר עכ"ל.

ולפי"ז י"ל דאזלי לשיטתם בהבנת הדרשא דעמיתך, דפירושו דעכו"ם קונה בדרך שונה מישראל. דהיינו, דלפי התוס' בשיטת ר' יוחנן דמעות קונות בישראל נלמד מעצם הפסוק דעמיתך, אזי משמע דההבדל בין ישראל ועכו"ם קיים בשני הדברים: דישראל קונה במעות ולא במשיכה ומאידך עכו"ם קונה במשיכה אבל לא במעות. אמנם לפי רש"י, המקור דקנין מעות בישראל הוי מפסוק אחר דפדיון הקדש, ולכן י"ל דלפי ר' יוחנן הדרשא דעמיתך אינו בא למעט מעות לגבי עכו"ם אלא לרבות משיכה. אבל בשיטת ריש לקיש דמשיכה קונה נלמד מעצם הפסוק דעמיתך, אזי רש"י הבין דהדרשא דעמיתך ממעט משיכה מעכו"ם ומרבה קנין אחר דמעות.

אמנם, אפי' אם זה מתרץ למה לפי רש"י בדעת ר' יוחנן עמיתך אינו ממעט מעות מעכו"ם, עדיין צ"ב בסברת הענין. למה יוצא דלפי רש"י והרמב"ם מעות קונות בעכו"ם לכו"ע. וגם, עדיין צ"ב בלשון הגמ' כנ"ל, דאם לפי ר' יוחנן גם מעות וגם משיכה קונה, מדוע הגמ' הדגישה דעכו"ם כל קניינו בכסף.

וי"ל דקנין מעות וקנין משיכה חלוקים ביסוד דינם. דמשיכה הוי מעשה קנין דהקונה עושה, והמעשה הזה ביחד עם דעת קונה מחילים את הקנין. אבל מעות קונות הוי קנין דממילא, כלומר דהקונה משלם את שוויות החפץ כדמי פרעון למוכר, וממילא בלי מעשה קנין ובלי חלות דעת קונה, החפץ עובר מהמוכר לקונה. ומכיון דמעות קונות הוי קנין דממילא, יותר מסתבר שהוא שייך לעכו"ם מקנין משיכה דצריך חלות מעשה קנין וחלות דעת קונה. ולכן לפי ר' יוחנן הגזה"כ דעמיתך בא רק לרבות קנין משיכה בעכו"ם דגם יש לו מעשה הקנין הזה, אבל מסברא ידיעתן דהוא אינו בא למעט קנין מעות.[577]

ורואים את החילוק בין קנין מעות לבין קנין משיכה בשיטת ר' יוחנן לגבי קניינים דישראל. דהרי ר' יוחנן מודה דהיכא דמעות אינן שייכות כמו בקונה מהפקר או במתנה דמשיכה קונה. וזה עולה מדברי התוס' בבכורות (יג. ד"ה מיד) דהקשו למה הגמ' לגבי עכו"ם דנה רק במשיכה ומעות ולא בכל קנין אחר, וז"ל וא"ת מנלן שהן חשובין קנין כלל דמוקמינן מסברא קנינין דקרא בהני י"ל דאשכחן כסף שקונה במקום אחר בקרקע ובהקדש ומשיכה במציאה והפקר עכ"ל. ומבואר בדבריהם דלכו"ע משיכה

[577] וע"ע בדברי רבינו זצ"ל בגדר מעות קונות במטלטלין ברשימות שיעורים לב"מ (מו: בענין יש דמים שהן כחליפין, ודף מח: בענין ערבון), ובשיעורים לעיל (ו: בענין חלות קנין במחילת מלוה אות ד').

קונה בישראל בנוגע למתנה והפקר.[578] ולכאורה צ"ע דאם ר' יוחנן מודה דמשיכה הוי קנין במטלטלין בישראל למה משיכה אינה קונה במכר. וזה ע"פ קושיית התוס' לקמן בקידושין (כה: ד"ה בהמה) וז"ל וכי מצות הן וכו' שמבטלות זו את זו עכ"ל, כלומר דאם קנין מסויים מהני במצב מסויים, למה היכולת לקנות בדרך אחר מפקיע את הקנין הראשון. ובנידון דידן צ"ע, דאם ישראל קונה במשיכה לגבי מציאה ומתנה, למה במכר היכולת לקנות במעות מבטלת את תוקף של קנין משיכה. ונראה דהקושיא הזאת שייכת רק אם משיכה ומעות מהויין אותו סוג קנין, דאזי אין סברא לומר דקנין מעות תבטל קנין משיכה. אך י"ל דמשיכה הוי חלות דין מעשה קנין משא"כ מעות דהוי חלות קנין דממילא, ואזי מובן דקנין דממילא עדיף מקנין דמשיכה. ולכן היכא דא"א בקנין דממילא כמו בהפקר או במתנה אזי צריך מעשה קנין דמשיכה, אבל היכא דשייך לקנות בקנין דממילא דמעות כמו במכר, אזי הוא עדיף לקנות בו. ולכן לפי ר' יוחנן בישראל רק מעות קונות במכר.

ולפי"ז לשון הגמ' דכל קניינו בכסף הוא מבואר כפתור ופרח. דאע"פ דלפי רש"י בדעת ר' יוחנן גם משיכה וגם מעות קונות בעכו"ם, מ"מ יש חילוק גדול ביניהם. דמעות קונות מסברא בתורת קנין דממילא, לעומת משיכה דהוי גזה"כ וחידוש דמעשה הקנין הזה מהני בעכו"ם. והביאור בהמלים "כל קניינו בכסף" הוא דבמהות הדבר קנין מעות שייך לעכו"ם וידעינן אותו מסברא, אלא, דלפי ר' יוחנן יש גזה"כ מיוחדת לחדש דגם משיכה קונה בעכו"ם.

ונראה דהחילוק הזה בין משיכה לבין מעות נכון גם בשיטת ריש לקיש דרק משיכה קונה בישראל ורק מעות קונות בעכו"ם. דהיינו, דבלי גזה"כ מסברא הוה אמינא דמעות קונות גם בישראל וגם בעכו"ם, דהרי מעות הוי קנין דממילא. אלא דבישראל יש גזה"כ ד"או קנה מיד עמיתך" דרק משיכה קונה, ובעכו"ם יש מיעוט דמשיכה אינו קונה. אבל זה דמעות קונות בעכו"ם ידיענן מסברא ולא מגזה"כ. ואפשר דזהו הביאור בתוס' (בכורות יג. ד"ה מיד) דהקשו דלפי ר"ל דעמיתך בא למעט משיכה בעכו"ם היאך ידעינן דמעות קונות דהרי אולי עכו"ם קונה באחד משאר דרכי הקנין, וז"ל וא"ת דלמא הא מיד עובד כוכבים בשטר ובחזקה דחזקה נמי שייכא במטלטלין אם עשה בהן שום תיקון כעין נעל וגדר ופרץ בקרקע עכ"ל. והתוס' תירצו, וז"ל י"ל דשני קנייני' הללו הויין מצויין ושייכי

[578] ויש להעיר דקצוה"ח (סימן קצ סעיף א) הביא את שיטת הרמב"ן דחולק על זה ונקט דלפי ר' יוחנן אין דין משיכה כלל. וע"ע בזה ברשימות שיעורים לב"מ (מז: ד"ה אמר ר' יוחנן דבר תורה מעות קונות).

זה במוכר וזה בלוקח שזה נותן מעות וזה מושך אצלו החפץ עכ"ל. ויתכן דכוונתם דאין צריך מקור לזה דמעות קונות דהרי הוא קנין דממילא.

וי"ל דלפי הנ"ל דקנין מעות בעכו"ם הוי קנין דממילא, אזי עכו"ם אינו קונה כל החפץ בפרוטה אחת. דהרי רק בישראל דיש חלות מעשה קנין אזי קונין כל החפץ בפרוטה, או בתורת מעשה קנין לעצמו או כמעשה קנין דחל כתחילת הפרעון.[579] משא"כ בעכו"ם דקנין מעות הוי קנין דממילא, אזי הוא צריך ליתן כל דמי החפץ כדי לקנותו.[580]

ולפי היסוד הנ"ל יש גם לבאר הא דהרמב"ם השמיט קנין חליפין לגבי עכו"ם. דהרי התוס' לעיל (ג. ד"ה ואשה) נקטו דקנין חליפין מועיל בעכו"ם, אבל משמע מהשמטת הרמב"ם דהוא חולק על זה וסבור דאין עכו"ם קונה בחליפין.[581] ונראה לבאר סברת הרמב"ם דקנין חליפין חל כמעשה קנין דנתינת הסודר ורק מהני מפני גזה"כ, ובעכו"ם הקונה בקנין מעות דממילא מופקע מקנין חליפין דליכא גזה"כ לרבות מעשה קנין זה.[582] משא"כ מעשה קנין דמשיכה דנלמד מגזה"כ דעמיתך ומעות קונות מסברא.

ג

קנין קרקע בעכו"ם

והיסוד הזה בדעת הרמב"ם דקנין דממילא שייך בעכו"ם מסברא אבל לא חלות מעשה קנין, גם מבאר את שיטת הרמב"ם לגבי קנין קרקע בעכו"ם. דהרמב"ם כתב בהלכות מכירה (פרק א הלי"ז) וז"ל העכו"ם אינו קונה בחזקה, אלא בשטר הוא שקונה עם נתינת הכסף עכ"ל. ומבואר ברמב"ם דעכו"ם מופקע מקנין חזקה וקונה קרקע רק בשטר ובכסף ביחד. ולכאורה, הא דבעינן גם שטר וגם כסף הוא משום דבעינן סמיכות דעת המקנה, אבל מעיקר הדין סגי או בשטר או בכסף.[583] ולכאורה צ"ב, מאי שנא כסף ושטר דקונין בעכו"ם מחזקה דאינו קונה.[584]

[579] עיין בשיעורים לעיל (דף ו: בענין חלות קנין במחילת מלוה, אות ד').

[580] רבינו זצ"ל העיר דזה קשור לסוגיא בב"מ (מח:) לגבי ערבון. ועיין בזה ברשימות שיעורים לב"מ (מח: בענין ערבון), ולקמן (כח. ד"ה מטבע נעשה חליפין, אות ב'). ויש להעיר דבשיעורים לקמן (כח: ה"ק יש דמים שהן כחליפין, אות ב') וברשימות שיעורים לב"מ (מו: בענין יש דמים שהן כחליפין, אות ג) רבינו זצ"ל דייק משיטת הראב"ד דאפי' בקנין מעות דישראל הקנין חל רק אחרי דהקונה נותן כל דמי הפרעון. וגם המשאת משה (קידושין סימן ג') דייק כזה מלשון הטור וז"ל דבר תורה מעות קונות בכל המטלטלין אחד בעלי חיים ואחד שאר כל המטלטלין שכיון שפסקו סכום הדמים ונתנו למוכר חזר המקח לרשות לוקח לכל דבר עכ"ל.

[581] וכן הסיק הבית מאיר (או"ח סימן תמא) בדעת הרמב"ם.

[582] ורבינו זצ"ל ביאר שיטת התוס' בשיעורים לעיל (ג. בענין חליפין בקידושין, אות ה).

[583] וכן איתא במנחת חינוך (מצוה שלו סעיף א).

[584] עיי"ש במ"מ דביאר וז"ל והטעם שהעכו"ם אינה קונה בחזקה שאם היה העכו"ם קונה בחזקה מתוך אלמותו היה מחזיק אבל לכתוב לו שטר כולי האי לא עבדי עכ"ל.

ונראה לבאר דחזקה הוי חלות מעשה קנין. דהרי בישראל אפי' מעשה קטן דנעל גדר או פרץ קונה את כל הקרקע אע"פ דמסברא המעשה הזה אינו שייך לכל השדה אלא למקומו המצומצם בלבד. אבל כסף ושטר הריהם קנינים דחלין ממילא. דהרי כבר ביארנו דכסף בעכו"ם חל כדמי פרעון וכתמורת החפץ ולא כמעשה קנין. ולפי"ז י"ל דחלוק כסף בעכו"ם מבישראל, דהרי ישראל קונה כל השדה בנתינת פרוטה אבל עכו"ם קונה רק כנגד מה דפרע. וגם שטר הוי קנין דממילא, דהרי ביארנו לעיל (דף ט: קונטרס בענין עדי חתימה כרתי או עדי מסירה כרתי, אות ב') בשיטת רבי מאיר דעדי חתימה כרתי דהקנין חל ע"י זה דהקונה תופס את הראיה דבשטר דהקרקע הוי שלו וממילא השדה נעשה שלו. ולפי"ז נראה ברור דקנין שטר דעכו"ם חל רק ע"י עדי חתימה וכשיטת ר"מ ולא ע"י עדי מסירה כשיטת רבי אלעזר, דהרי ביארנו לעיל דלפי ר"א קנין שטר חל ע"י מעשה קנין דמסירת השטר. ויוצא מכל זה, דלפי הרמב"ם, עכו"ם קונה קרקע בכסף ובשטר מדהוו קניינים דממילא, ולא בחזקה דהוי חלות שם מעשה קנין.[585]

ד

שלו וברשותו בקנין עכו"ם

הלחם משנה (פרק א מהלכות זכייה ומתנה הלי"ד) הקשה דלכאורה יש סתירה ברמב"ם בנוגע לקנין מעות בעכו"ם. דבהלכות זכייה ומתנה (שם) פסק הרמב"ם דאו מעות או משיכה קונה בעכו"ם. אולם בהלכות עבודה זרה (פרק ז הל"ה) כתב הרמב"ם וז"ל הלוקח גרוטאות מן העובד כוכבים ומצא בהן עבודת כוכבים אם נתן מעות ולא משך יחזירם לעובד כוכבים, וכן אם משך ולא נתן מעות אע"פ שמשיכה בעובד כוכבים קונה כמקח טעות הוא, נתן מעות ומשך יוליכם לים המלח עכ"ל. ומבואר מלשון הרמב"ם דלגבי משיכה בלי מעות הקנין אינו חל רק בגלל מקח טעות, אבל לגבי מעות בלי משיכה הרמב"ם לא כתב הטעם דמקח טעות ומשמע דמעות אינן קונות כלל. וזה סתירה לכאורה למש"כ בהלכות זכייה ומתנה דמעות לבד קונות בעכו"ם.

ונראה דיש ב' חלקים למכירה: א) שהמקנה והקונה אינם יכולים לחזור בהם, ב) דהבעלות על החפץ עוברת מהמקנה לקונה. וא"כ יתכן דכשהרמב"ם כתב בהלכות זכייה ומתנה דמעות קונות לעכו"ם אין כוונתו דהלוקח נעשה לבעלים הגמורים, אלא דע"י נתינת המעות למוכר אין אחד מהם יכול לחזור בו. אבל מכיון דהלוקח אינו באמת הבעלים עד שהוא מושך, אם ישראל לוקח ע"ז מגוי, אין לחפץ הזה חלות שם ע"ז דישראל עד שעת המשיכה, ולכן אין חיוב לזרוקו לים המלח ויכול להחזירם לגוי המוכר.

[585] ומשיכה דמועלת בעכו"ם בתורת מעשה קנין היא מגזה"כ מיוחדת.

אבל נראה דא"א לומר כן בדעת הרמב"ם. דהרי במקום אחר הוא נקט בהדיא דהלוקח הופך להיות הבעלים משעת נתינת המעות, כמו רהיטת לשונו בהלכות זכייה ומתנה. דלגבי בכור בהמה כתב הרמב"ם (פרק ד מהלכות בכורות הל"ה) וז"ל ישראל שנתן מעות לנכרי וקנה לו בהן בהמה מנכרי בדיניהן אף על פי שלא משך קנה וחייבת בבכורה, וכן אם קנה הנכרי מישראל בדיניהם ונתן מעות אע"פ שלא משך קנה ופטורה מבכורה עכ"ל. לכאורה פשיטא דהחיוב בכור תלוי בבעלות ישראל על הבהמה, ואעפ"כ הרמב"ם נקט להדיא דנתינת מעות מישראל לעכו"ם מחייבת את הבהמה בבכור, ונתינת מעות מעכו"ם לישראל פוטרת את הבהמה מבכור. וא"כ א"א לומר כנ"ל דנתינת המעות אינה מעבירה את הבעלות, והדרא קושיא לדוכתא, דהיינו דאם נתינת מעות קונה לגמרי בעכו"ם למה כשישראל נתן מעות לע"ז הוא יכול לחזור בו ואין לחפץ חלות דין ע"ז של ישראל.

אלא נראה לבאר דבאמת הישראל הוי הבעלים על הע"ז משעת נתינת המעות לבד, ומ"מ אין לחפץ חלות שם ע"ז דישראל עד דמשך. כי י"ל דהדין דע"ז דישראל אינה בטילה עולמית אינו חל עד שהחפץ הוא שלו וברשותו דישראל. וקנין מעות, אע"פ דהוא חל לגמרי כקנין והחפץ הוי שלו דישראל, מ"מ עדיין החפץ נמצא ברשות העכו"ם, והוי שלו ואינו ברשותו דישראל. ומשו"ה רק קנין משיכה מחיל על הע"ז את החלות שם ע"ז דישראל כדי לחייב זריקה לים המלח ולא קנין מעות בלבד.

והנה הלחם משנה (פרק ז מהלכות ע"ז הל"ה) הוכיח דהרמב"ם פסק כאביי נגד רבא בביאור הברייתא בגמ' (בכורות יג:). דהגמ' שם הביאה ברייתא דדנה בלוקח גרוטאות מן העכו"ם, וז"ל הלוקח גרוטאות מן העובד כוכבים ומצא בהן עבודת כוכבים, אם עד שלא נתן מעות משך יחזיר ואם משנתן מעות משך יוליך הנאה לים המלח, ואי אמרת מעות קונות משיכה ל"ל, הכא במאי עסקינן שקיבל עליו לדון בדיני ישראל, אי הכי מעות למה לי, הכי קאמר אע"פ שנתן מעות, אי משיך אין ואי לא לא, אי הכי קשיא רישא, אמר אביי רישא משום דאיכא מקח טעות, אמר ליה רבא רישא משום דאיכא מקח טעות סיפא ליכא מקח טעות, אלא אמר רבא רישא וסיפא מקח טעות רישא דלא יהיב זוזי לא מיחזי כעבודת כוכבים ביד ישראל, סיפא דיהיב זוזי מיחזי כעבודת כוכבים ביד ישראל, ואביי אמר לך רישא מקח טעות דלא ידע, דהא לא יהיב ליה זוזי, סיפא לאו מקח טעות הוא דכיון דיהיב זוזי, כי קא משיך איבעי לעיוני והדר מימשך עכ"ל. כלומר, דלפי רבא באמת יש מקח טעות בין אם נתן מעות ובין אם לא נתן מעות והדין דסיפא דיוליך לים המלח הוי רק משום דמיחזי כעבודה זרה דישראל. אבל אביי חילק מדאורייתא בין הרישא

לבין הסיפא ונקט דאם לא נתן מעות אזי יש דין מקח טעות אבל אם נתן מעות ואז משך אזי אין דין דמקח טעות משום דאיבעי לעיוני והישראל מחוייב מדאורייתא לזרוקו לים המלח. ולכאורה מבואר מלשון הרמב"ם דהוא פסק כאביי. דהרי הוא רק הזכיר את הדין דמקח טעות היכא דמשך בלי נתינת המעות כשיטת אביי, ומשמע מדבריו דהיכא דנתן מעות ומשך דהאיסור הנאה חלה מדאורייתא ולא רק משום מראית עין.

ואחרי דהלחם משנה הסיק דהרמב"ם פסק כאביי נגד רבא הקשה הלח"מ וז"ל וזה דוחק דלא היה לו לפסוק כאביי במקום רבא עכ"ל. ועוד אפשר להקשות דסברת אביי דהדין דמקח טעות חלה רק היכא דלא נתן מעות לכאורה קשה, דהרי במקח וממכר רגיל בישראל, בודאי הדין דמקח טעות חלה אפי' היכא דנתן מעות ולא אמרינן דאיבעי ליה לעיוני. וכן הקשו התוס' שם בבכורות (יג: ד"ה דכיון) וז"ל ואף על גב דבשאר מקח טעות לא אמרינן הכי שאני לוקח גרוטאות מיד עובד כוכבים דאיבעי ליה לאסוקי אדעתא טפי שמא יש בהן עבודת כוכבים עכ"ל. ולכאורה תירוצם דחוק קצת, וצ"ב בדעת הרמב"ם דנקט כאביי דאין דין מקח טעות היכא דנתן המעות.

ונראה לבאר את שיטת הרמב"ם לפי היסוד הנ"ל דקנין מעות בעכו"ם הוי קנין דממילא. דהרי י"ל דכל הדין דמקח טעות שייך רק היכא דיש צורך למעשה קנין עם דעת לקנות, דאז טעות הלוקח הופכת את מעשה המשיכה מחלות מעשה קנין לסתם משיכת חפץ. אבל היכא דלא בעינן חלות דעת אזי כל הדין דמקח טעות אינו שייך. וזהו הטעם דלפי בית שמאי הקדש בטעות הוי הקדש, דס"ל לבית שמאי דאין צורך לחלות דעת בהקדשה. וגם נראה דאם המלוה או ב"ד רצו לגבות שדה מסויים לחוב ובטעות גבו שדה אחר, דהגבייה חלה ואין כאן דין דמקח טעות, דהרי אין צורך לחלות דין דעת בפריעת וגביית חוב. וא"כ י"ל דזהו הטעם דהרמב"ם נקט דמקח טעות שייך רק היכא דמשך בלי נתינת המעות, דאז איירי במעשה קנין דבעי חלות דעת קונה כדי לקנות. אמנם מכיון שנתן מעות אזי חל הקנין דממילא ולפיכך אין דין דמקח טעות. אלא דבקנין מעות לבד אין חלות ע"ז דישראל מכיון דהחפץ עדיין אינו ברשותו כנ"ל. ולפי"ז מתורץ נמי קושיית התוס', לגבי למה דוקא כאן אין דין מקח טעות היכא דנתן מעות. דהרי י"ל דקנין מעות בעלמא בישראל הוי חלות מעשה קנין ולכן טעות בקנין מעות שלו מבטל את המקח, ורק בקנין מעות דעכו"ם אין טעות מבטלת את המקח משום דהוי קנין דממילא.

תוד"ה הואיל. בא"ד. לכך נראה לר"ת דה"פ הואיל וכל קניינו דעובד כוכבים בעבד עברי בכסף דכתיב ביה מכסף מקנתו לאפוקי שאינו קונה בשטר וכו' ובעובד כוכבים לא שייך האי טעמא שהרי אינו בתורת גיטין וקידושין.

לפי הדעה הזאת בר"ת, עכו"ם קונה קרקע בשטר אבל לא עבד עברי. ונראה לבאר דשטר קנין בעלמא הוי הלכה בדיני ממונות דשייך לעכו"ם, אבל שטר קנין דעבד עברי הוי גם שטר איסור. דהרי שטר קנין דעבד עברי נלמד משטר קנין דאמה העבריה כדמבואר בתוס', ובשטר קנין דאמה העבריה מצינו דנחלקו האמוראים מי כותבו (לקמן טז.) וז"ל שטר אמה העבריה מי כותבו, רב הונא אמר אדון כותבו, רב חסדא אמר אב כותבו עכ"ל. ולפי המ"ד אדון כותבו, נמצא דבשטר אמה העבריה הקונה כותב את השטר ונותנו למקנה, וזה ההיפך של שטר קנין קרקע דהמקנה כותב ונותן את השטר לקונה. ובזה דומה שטר קנין דאמה העבריה לשטר קידושין, דהמקדש דהוא הקונה כותב ונותן את השטר לאשה. ולכאורה מוכח מזה, דלכל הפחות לפי המ"ד דהאדון כותבו, דהשטר דאמה העבריה הוי שטר דקנין איסור כמו שטר קידושין, ומפני זה מסתבר דעכו"ם דאינו בר קנין איסור אינו קונה בשטר.

בא"ד. ועוד נראה לר"ת דאפילו בקרקעות עובד כוכבים אינו קונה בשטר כדאמר בחזקת הבתים (ב"ב נד.) עובד כוכבים מכי מטא זוזי לידיה איסתלק ליה וישראל לא קני עד דמטא שטרא לידיה משמע דאין קנין שטר לעובד כוכבים.

ראיית ר"ת לכאורה צ"ב. דהיאך מוכח מהדין דהעכו"ם נסתלק מהשדה מהזמן דקיבל את הכסף, דהוא אינו יכול לקנות בשטר. וי"ל דר"ת התקשה בביאור דהגמ' שם דהרי העכו"ם מקנה את השדה ע"י קנין כסף, והישראל קונה את השדה ע"י קבלת השטר, ומהו גדר הדברים דיש ב' אופני קנין דחלין במכר אחד. וגם, לכאורה אם היו שניהם ישראלים היינו אומרים דאע"פ דהמוכר רצה להקנותו ע"י קנין כסף, אם הקונה רק קונהו ע"י קנין שטר אזי השדה נשאר ברשות המוכר עד נתינת השטר, ומאי שנא מוכר עכו"ם ממוכר ישראל.

ונראה לבאר דהקושיות האלו הכריחו את ר"ת לומר דהא דהמוכר נסתלק מהשדה לפני קנין הלוקח הוא רק משום דיש להעכו"ם המוכר והישראל הקונה דרכי קנין שונים. כלומר דהעכו"ם מופקע מהקנאת קרקע בשטר ורק יכול להקנותו בכסף, ואילו הישראל אינו יכול לקנותו בכסף אלא בשטר. דהרי אע"פ דישראל קונה קרקע בכסף כדמבואר במשנה לקמן (דף כו.), הגמ' איירי במקום דכותבין שטרות כדמבואר בתוס' בב"ב (שם ד"ה וישראל).[586] אמנם לכאורה, הא דהעכו"ם אינו יכול להקנות את הקרקע בשטר מובן רק אם הוא מופקע ע"פ דין מהקנאה בשטר. ומכיון דיש להם ב' אופני קניין חלוקים, ניתן

[586] ועיין שם ברשב"ם (ד"ה אסתלק) דנקט דאפי' במקום דאין כותבין שטר אין לישראל סמיכות דעת לקנות מהעכו"ם בלי שטר כי סתם עכו"ם אנסים הם.

להבין את כל הענין הזה דסילוק. דהרי בב' ישראלים דיש להם אותם דרכי קנין אזי מובן דהדעת מקנה והדעת קונה צ"ל שוה לקנות באותו מעשה קנין. ולכן אם המוכר קיבל כסף ורוצה להקנות את השדה ע"י קנין כסף והלוקח רק רוצה לקנותו ע"י קנין שטר, אזי הקנין אינו חל כלל עד דיש לשניהם דעת בשעת נתינת השטר. ולפי"ז לגבי עכו"ם וישראל דבדרך דזה מקנה אין זה קונה, סד"א דאין הקנין יכול לחול דהרי א"א שיהיו לשניהם דעת מקנה ודעת קונה באותה מעשה קנין.[587] וזה הוי חידוש הדין דשמואל בגמ' שם, דמכיון דיש להם דרכי קנין חלוקין יש חידוש מיוחד דאפשר לצרף דעת מקנה דקנין כסף לדעת קונה בקנין שטר וליצור את חלות קנין מצירוף שניהם. ויתכן לומר דבדין מיוחד זה שחל צירוף בין הדעת מקנה דקנין כסף לדעת הקונה בקנין שטר, מ"מ דעת המקנה חלה לפני דעת הקונה ויש מצב ביניים בין השעה דחלה דעת המקנה לבין השעה דחלה דעת הקונה דכל אחד יכול לזכות בקרקע. ונראה לבאר דהשדה אינו באמת הפקר דהיכן יש דעת המוכר להפקירו, אלא דהשדה נשאר בבעלות העכו"ם, אך מכיון דכבר חלה דעת המקנה בהקנאה יש דין דכל הקודם זוכה.[588] אמנם עדיין קשה להבין מדוע חלות דעת המקנה בלחוד גורם לדין דכל הקודם זוכה.

ויוצא מכל זה דר"ת הסיק מהדין דהקנין חל ע"י צירוף דעת מקנה ודעת קונה במעשי קנין שונים דהעכו"ם מופקע מהקנאה בשטר. ומכיון דר"ת נקט דאין עכו"ם מקנה קרקע בשטר הוא הבין דעכו"ם ג"כ אינו קונה בשטר דהרי בגמ' בכורות (יג.-יג:) מצינו דיש למעשה קנין מסויים אותו דין לגבי הקנאת העכו"ם וקנין דהעכו"ם. דהרי הגמ' שם הקשה על המ"ד דעכו"ם קונה ע"י מעות מהברייתא דהלוקח גרוטאות מהעכו"ם, דהעכו"ם הוי המקנה, ולכאורה מוכח מזה דהגמ' נקטה דאם עכו"ם קונה במעות אזי הוא ג"כ מקנה במעות.[589] וא"כ שפיר מובן ראיית ר"ת דעכו"ם אינו קונה בשטר מהגמ' בב"ב, דהרי מוכח מהדין המיוחד שם דעכו"ם אינו מקנה בשטר ואזי מסתבר דהוא ג"כ אינו קונה בשטר.

גמ'. אשכחן אמה העבריה, הואיל ומיקדשה בכסף מיקניא בכסף, עבד עברי מנלן.

[587] עיין במעדני ארץ (שביעית סימן כ סק"ג) דהגרשז"א זצ"ל ביאר דיש ראשונים דנקטו דלאחר נתינת השטר, הקנין באמת חל למפרע משעת נתינת המעות.

[588] עיי"ש במעדני ארץ (סק"ד) דדן האם השדה באמת הוי הפקר או לא.

[589] וכן מבואר ברש"י עבודה זרה (עא. ד"ה משיכה), דהגמ' שם הביאה שיטת אמימר דעכו"ם קונה במשיכה ורש"י כתב וז"ל משיכה בעובד כוכבים קונה - אע"ג דלא יהיב עובד כוכבים דמי לישראל משיך מיניה קנייה וכן ישראל מעובד כוכבים עכ"ל. אבל עיין בסמ"ע (חו"מ סימן קצד סק"א) דנקט דנחלקו הראשונים האם כל דרך דגוי קונה בו הוא גם מקנה בו. והש"ך (שם) השיג על דבריו.

נראה לבאר דהגמ' אינה משווה קידושי כסף לקנין כסף דאמה העבריה באופן חיצוני בלבד. אלא דכסף הקנין דאמה העבריה גם נחשב כחלות שם כסף קידושין. וזה בודאי נכון לפי המ"ד דמעות הראשונות לקידושין ניתנו דהרי הכסף הזה הופך להיות כסף הקידושין לאחר זמן. ואפי' לפי המ"ד דמעות הראשונות לאו לקידושין ניתנו, הרי הוכחנו לעיל (דף ט: ד"ה ור' יוחנן) דמעשה הקנין דעבדות נמי הוי מעשה קידושין. וא"כ מובן למה הגמ' נקטה דא"א להוכיח מקנין כסף דאמה העבריה דגם עבד עברי נקנה בכסף.

גמ'. אשכחן מכרוהו ב"ד הואיל ונמכר בעל כורחו מוכר עצמו מנלן.

לפי ההו"א, קנין כסף מהני במכרוהו ב"ד ולא במוכר את עצמו מכיון דמכרוהו ב"ד הוי בע"כ. ולכאורה קשה, מה השייכות בין קנין בע"כ לבין קנין כסף. ונראה לבאר ע"פ פירוש רש"י (ד"ה מכרוהו ב"ד) וז"ל והדין נותן שיהא נקנה בכסף בלא חזקה הואיל ויש בו צד קל שנמכר בעל כרחו עכ"ל. ולכאורה דברי רש"י מרפסן איגרי, דלמה נקט דבהו"א הגמ' קס"ד דמוכר את עצמו נקנה בחזקה, הרי המשנה לא הזכירה קנין חזקה כלל. ולכאורה היה עדיף לפרש דמוכר את עצמו נקנה בשטר דהרי זהו דרך לקנות עבד עברי כדמבואר במשנה.

ונראה לבאר דרש"י הבין דבשלב הזה של שו"ט הגמ' נקטה דיש חילוק יסודי בין מכרוהו ב"ד לבין מוכר את עצמו. דהיינו, דבמכרוהו ב"ד האדון קונה את העבד בקנין הגוף לעומת מוכר את עצמו דהוי רק שעבוד לאדון למלאכה כמו פועל דעלמא. ובפועל השעבוד לעשות את מלאכת בעל הבית מתחיל בתחילת המלאכה כדמבואר בגמ' ב"מ (פג.). ולפיכך רש"י נקט דבהו"א קנין חזקה מהני לקנות מוכר את עצמו, דהרי קנין חזקה פירושו דהעבד מתחיל לשרת את בעה"ב.

ולפי"ז שפיר מובן למה הגמ' מקשרת את הדין דקנין כסף לזה דהקנין הוי בע"כ. דהרי עצם זה דמכרוהו ב"ד הוי בע"כ מורה דהוא אינו נחשב כפועל בעלמא אלא דהוי חלות חדשה של עבד דנקנה גופו לאדון. דהרי פועל אינו משתעבד ואינו עובד בעל כרחו כמו דאיתא בגמ' (ב"מ י.) דהוא יכול לחזור בו באמצע היום כי עבדי הם ולא עבדים לעבדים. ומוכר עצמו דהוי מדעתיה אינו נחשב כעבד דגופו קנוי אלא הוי כפועל בעלמא עם שעבודים. ולכן הגמ' אומרת דמסתבר דקנין כסף מהני בחלות עבד דמכרוהו ב"ד אבל לא מצינו דכסף מהני לקנות שעבוד דפועל.

גמ'. מאי לאו בהא קמיפלגי, דתנא קמא לא יליף שכיר שכיר ור"א יליף שכיר שכיר.

נראה לבאר דר"א דיליף שכיר שכיר השווה מכרוהו ב"ד למוכר את עצמו, דכמו דבמכרוהו ב"ד יש לרבו קנין הגוף בעבד[590] הו"ה במוכר עצמו. אבל הת"ק דלא יליף שכיר שכיר וחילק ביניהם לגבי כמה דינים, סובר דבמוכר עצמו יש לאדון רק שעבוד למלאכה בעלמא בעבדו כמו פועל.

דתניא המוכר עצמו נמכר לשש ויתר על שש, מכרוהו ב"ד אינו נמכר אלא לשש.

ונראה לבאר ע"פ הנ"ל, דשש הוי שיעור בעבדות. ולכן, במכרוהו ב"ד דיש לאדון קנין הגוף וחל על העבד חלות שם עבדות, אזי הוא יוצא לחירות בשש. אבל במוכר עצמו דלא חל בו קנין הגוף והוי רק כמו פועל בעלמא, אזי כמו דפועל יכול לשעבד את עצמו למלאכה ליותר משש הו"ה בעבד המוכר את עצמו.

גמ'. אמר רב טביומי משמיה דאביי דכולי עלמא יליף שכיר שכיר.

נראה דהגמ' עכשיו חוזרת מההו"א, ואביי נקט דלכו"ע יש לאדון קנין גוף במוכר עצמו כמו במכרוהו ב"ד. וכל החילוקי הדינים הם רק מגזה"כ פרטית בכל דין ודין.

גמ'. ואידך ועבדך, לך ולא ליורש.

עיין ברש"י (ד"ה ולא ליורשין) דציין לגמ' לקמן (יז:) דהדין הזה קיים רק באח או בת, אבל בן יורש את עבד עברי מאביו. והמנ"ח (מצוה מב סקי"ג) נסתפק בגדר הדין דבן, האם זה דעבד עברי עובד את הבן חל מדין ירושה דעלמא דנכסי האב עוברים לבן, אבל יש גזה"כ דבעבד עברי רק הבן יורש ולא יורשים אחרים, או"ד ירושה אינה שייכת כלל בעבד עברי ויש דין חדש דעבד עברי עובר מאב לבן. והעלה דיש נ"מ האם דיני ירושה דעלמא חלין בעבד עברי. למשל, אם יש כמה בנים האם הבכור יורש פי שנים או שכולם יורשים בשוה. דאם זה הלכה דירושה אלא דמוגבלת לבנים, אזי בכור מקבל פי שנים כמו בכל ירושה דעלמא, אבל אם זה הוי דין חדש אין מקור לומר דיש לבכור פי שנים. וגם יש נ"מ ביכולת האב לייחד בן בין הבנים לירש את העבד, דהרי מצינו דין בירושה (ב"ב קל.) דלפי רבי יוחנן בן ברוקה האב יכול להעביר את כל נכסיו לבן אחד. ואם ירושת עבד עברי הוי דין ירושה רגילה אזי הו"ה כאן דהאב יכול לייחד בן אחד, אבל אם הוא דין חדש אזי כולם יורשים בשוה. וכמדומני דאאמו"ר הגר"מ זצ"ל נקט כצד השני דהמנ"ח דאין ירושה שייכת כלל בעבד עברי אלא דיש כאן גזה"כ מיוחדת ודין חדש.[591]

[590] ובגדר קנין הגוף עיין בשיעורים לקמן (טז.)

[591] ועיין בשיעורים לקמן (דף יז: גמ'. אמר רבא דבר תורה עובד כוכבים יורש את אביו) דרבינו זצ"ל דייק מהגמ' שם דהוא מדין ירושה.

דף טו.

גמ'. ואידך ההוא מיבעי ליה, לו ולא ליורשיו, יורשיו אמאי לא שכיר קרייה רחמנא, מה שכיר פעולתו ליורשיו, אף האי פעולתו ליורשיו.

מהגמ' מוכח דהענקה אינה רק דין נתינה ומצוה בעלמא דהרי אין דין ירושה במצות נתינה. ואם אדם מתחייב לתת צדקה לעני מסויים ולפני הנתינה מת העני, אין חיוב לעשיר לתת את הצדקה ליורשי העני. ואפי' לפי הראשונים דיש שעבוד נכסים בצדקה (עיין בשיעורים לעיל יג: ד"ה הדור יתבי וקאמרי) זה איירי רק בשעבוד כללי לכל העניים אבל אין שעבוד פרטי לעני מסויים. אלא מוכח מדין ירושה בהענקה דמצוות הענקה מחילה שעבוד פרטי על האדון אל העבד ולכן ההענקה עוברת בירושה. וזה גם מבואר מהמשך הגמ' דדנה בדין שעבודא דרב נתן בהענקה דגם חל רק בחוב ממון ולא במצות נתינה דעלמא.[592]

גמ'. דתניא, א"ר נתן מנין לנושה בחברו מנה וחברו בחברו, מנין שמוציאין מזה ונותנין לזה ת"ל ונתן לאשר אשם לו.

בענין שעבודא דר' נתן

א

שיטת הקצוה"ח

הקשה הרשב"א (ד"ה כתבינן) דלמה צריך גזה"כ מיוחדת דהמלוה הראשון גובה מהלוה השני, לכאורה הוא יכול לגבות גם מדיני שעבוד דעלמא. למשל אם לוי לוה משמעון דלוה מראובן, אזי כל נכסי שמעון, כולל השעבוד מלוי לשמעון, משועבדים לראובן וא"כ נכסי לוי משועבדים לראובן. ועיין בקצוה"ח (סימן פו סק"א) דתירץ דהחידוש דר' נתן הוא דראובן הופך להיות הבע"ח דלוי באופן ישיר אפי' בלי קשר לשמעון, וחל שעבוד הגוף מלוי לראובן, וז"ל ועוד נראה והוא העיקר אצלנו דאילו הוי בתורת שעבוד לא הוי אלא כמו שאר נכסים המשועבדים דמצי הלוה לסלוקי בזוזי ומכאן ולהבא הוא גובה, אבל בתורת שעבודא דר' נתן הרי הוא כאילו המלוה של הלוה הוא הלוה לו עכ"ל.

והקצה"ח הוכיח כדבריו מעצם הלימוד דונתן לאשר אשם לו. דהרי הפסוק קאי בתשלומין דקרן וחומש בשבועת הפקדון, ור' נתן חידש דהלוה השני צריך לשלם את החומש למלוה הראשון, ולכאורה מוכח מזה דהלוה השני חייב באופן ישיר למלוה

[592] ועיין במשנה למלך (פרק ג מהלכות עבדים הלי"ד) דדן בגדר הענקה האם הוי חיוב מצוה או דחל כחוב, והעלה דאפי' לפי הראשונים דבצדקה לא יורדים לנכסיו, עדיין יתכן דבהענקה יורדין וז"ל כי קא מספקא לי הוא אליבא דהרשב"א דס"ל דבצדקה לא נחתינן לנכסיו גבי הענקה מהו דאפשר דהענקה דין חוב יש לו דהא שכיר קרייה רחמנא כדכתיב כי משנה ש"ש ונחתינן לנכסיו א"ד דדמי לצדקה והדבר צריך תלמוד עכ"ל.

הראשון, וז"ל ונראה דהא דכתבה התורה בפרשת נשא (במדבר פרק ה פסוק ז) והשיב את אשמו בראשו וחמישתו יוסף עליו ונתן לאשר אשם לו, דהיינו אם כחש בפקדון או בתשומת יד והשיב את אשמו בראשו וגם חמישתו יוסף ונתן הקרן והחומש למי שהקרן שלו, דכפירתו אל המלוה האמיתי וכו' ומזה מוכח דגוף החוב שייך לו, דאי אינו אלא שעבוד ומכאן ולהבא הוא גובה א"כ אם חובו אינו אלא מנה וזה כופר במנה ומוסיף חומש מה לו לחומש דחבריה וכו' וא"כ מוכח דחובו של לוה דידיה דמלוה הוא לגמרי, דאי בתורת שעבוד אין לו אלא מכאן ולהבא ואין לו בחומש עכ"ל. וגם הנתיבות (סימן פו סק"א) הסכים לדבריו. ומהביאור דהקצוה"ח יוצא נ"מ דהלוה הראשון (שמעון) אינו יכול למחול, דהרי לוי משועבד באופן ישיר לראובן, ושמעון אינו הבעל דבר.[593]

ולכאורה יש להביא ראייה לשיטת הקצוה"ח מדברי התוס' בסוגיין, דהתוס' (ד"ה ואידך) הביאו את שיטת ר' נתנאל דבהלוואה כו"ע מודו לדין דר' נתן, אבל נחלקו התנאים לגבי שכירות ועבדות, וז"ל וה"ר נתנאל מפרש לגבי מלוה כ"ע אית להו כר' נתן וכו' ואידך ת"ק בעלמא נמי פי' בשאר שכירות לא קי"ל כר' נתן משום דטרח בגופו אבל בב"ח כ"ע אית להו דרבי נתן כדפי' עכ"ל. כלומר, דלפי הת"ק היכא דהפועל או העבד טרח בגופו בעד שמעון, אין דין דר' נתן. ולכאורה, אם הדין דר' נתן מבוסס על זה דשעבוד חל על שעבוד וממילא השעבוד דיש לראובן על שמעון כולל השעבוד דיש לשמעון על לוי, אזי לכאורה מאי שנא אם לוי חייב לשמעון בתורת לוה או בתורת פועל כל עוד דלוי חייב ממון לשמעון. אבל לפי הקצוה"ח דהחידוש דר' נתן הוא דחל שעבוד הגוף מלוי לראובן, לכאורה ניתן לחלק דרק בהלוואה אפשר לסלק שמעון מלהיות בע"ד דלוי, אבל היכא דשמעון טרח בגופו בעד לוי, אזי א"א לסלק שמעון דמסתבר דמשכיר יכול להיות חייב רק לפועל עצמו ולא לבע"ח דפועל.[594]

ב

שיטת הרשב"א

וכל זה היא שיטת הקצוה"ח. אבל הרשב"א עצמו סבור להיפך מהקצוה"ח, ונקט דבעלמא אין שעבוד חל על שעבוד, ובלי החידוש דר' נתן אין לראובן שום זכות בנכסי לוי. אלא דר' נתן חידש דכשראובן רוצה לגבות את חובו משמעון, יש לו זכות גבייה

[593] עיין בתוס' כתובות (יט. ד"ה וכגון) דהביאו ב' דעות לגבי האם מחילת הלוה הראשון מהני או לא.

[594] והשווה לדברי השיטה לא נודע למי (טו. ד"ה ואידך) דג"כ חילק בשעבודא דר' נתן בין חוב דעלמא לבין שכירות ועבד עברי וז"ל ועוד טעמא רבא הוא דאמר שלא נוציא מהם לתת לב"ח דבשכיר כתיב ואליו הוא נושא את נפשו והענקה נמי קורת רוח הוא דעבד ליה רחמנא וחס עליה הילכך איבעי ליה למעבד ליה קורת רוח ולתת לו ולא לב"ח עכ"ל.

לגבות את חוב דשמעון מנכסי לוי מדין הפוכי מטרתא למה לי, דכתב הרשב"א וז"ל וטעמא דמלתא משום דה"ל כעין הפוכי מטרתא שהרי כשגבה שמעון חובו מלוי בין גבה מעות בין גבה קרקע ב"ח שלו גובה ממנו א"כ מעתה מוציאין מלוי ונותנין לראובן דהפוכי מטרתא למה לי עכ"ל. ולפי"ז בודאי שמעון יכול למחול ללוי את חובו ואז אין ראובן יכול לגבות מלוי, דהרי אין ראובן באמת בעל הדין דלוי, אלא דיש לו זכות גבייה בנכסיו בתורת בע"ח דשמעון. ונמצא דהרשב"א חולק על הקצוה"ח בשתי נקודות: א) מהו הדין בלי הגזה"כ דר' נתן, דלפי הקצוה"ח שעבוד חל על שעבוד ונכסי לוי משועבדים לראובן, ומאידך לפי הרשב"א אין לראובן שום זכות בנכסי לוי, ב) גדר החידוש דר' נתן, דלפי הקצוה"ח לוי חייב באופן ישיר לראובן, לעומת הרשב"א דראובן גובה את החוב דשמעון מנכסי לוי.

אבל לכאורה יש להקשות על הרשב"א מראיית הקצוה"ח, דהיינו דהפסוק אשר אשם לו משמע דלוי חייב לשלם את החומש לראובן. ולכאורה אם ראובן אינו באמת הבעל חוב דלוי, בשלמא דהוא גובה את הקרן מדין אפוכי מטרתא למה לי, אבל היאך הוא מקבל את החומש אם לוי גזל משמעון. ונראה לבאר ע"פ מה דייסדנו לעיל (ג: בענין שבח נעורים לאביה, אות ב') לגבי הגדר דשבועת הפקדון. דהרי בשבועת מודה במקצת הרמב"ם (פרק ב מהלכות נערה בתולה הלי"ג) נקט דתביעת נערה דנאנסה מחייבת שבועה אע"פ דהאב זוכה בכסף, ואילו לגבי שבועת הפקדון הרמב"ם (פרק ח מהלכות שבועות הל"ד) כתב דתביעת האב מחייבת שבועה. וביארנו שם דיש חילוק בין הגדר דהשבועות. דבשבועת מודה במקצת חלות שם תובע אינו מי שיזכה סוף כל סוף בממון אלא הגברא דהממון מחוייב לו. ומאידך בשבועת הפקדון חיוב השבועה נובע מהדין גזלה שבו, ולכן מי שסוף כל סוף יזכה בממון הוי חלות שם התובע על פי דין, ולפיכך אפילו אם הממון דאונס או פיתוי עובר מהבת אל האב מכיון דהאב הוא זה דראוי לזכות בכסף והוא עומד להיות הנגזל, האב נחשב כחלות שם התובע לחייב שבועת הפקדון ולא הבת. וא"כ י"ל דה"ה לגבי החומש עצמו. דהיינו, דכמו דחלות שם תובע בשבועת הפקדון תלוי במי דבסופו של דבר מקבל את הכסף, כמו"כ החומש הולך למי דזוכה בכסף. ולכן אע"פ דראובן אינו הבע"ח דלוי, כיון דיש לו זכות גבייה בנכסי לוי הוא ג"כ זוכה בחומש ולא שמעון.

ג

שעבודא דר' נתן היכא דיש ממון ללוה הראשון

השו"ע (חו"מ סימן פו ס"ב) פסק דאמרינן שעבודא דר' נתן רק היכא דאין לשמעון ממון לשלם לראובן, וז"ל במה דברים אמורים, כשאין לשמעון נכסים ליפרע ממנו וכו' אבל

אם יש לו במדינה זו נכסים אין בית דין נזקקים להוציא מזה ולתת לזה עכ"ל. וזה מיוסד על דברי הרמב"ם (פרק ב מהלכות מלוה ולוה הל"ו) וז"ל ראובן שהיה חייב לשמעון מאה ולוי חייב לראובן מאה מוציאין מלוי ונותנין לשמעון, לפיכך אם אין לראובן נכסים והיו לו שטרי חוב על לוי ואמר לוי שטר אמנה הוא פרוע הוא והודה לו ראובן אין משגיחין על הודאתו שמא קנוניא הם עושין לאבד זכותו של שמעון אלא ישבע שמעון ויטול מלוי כדין כל טורף שאינו נפרע אלא בשבועה עכ"ל. ועיי"ש במ"מ דדייק מדברי הרמב"ם דכל הדין דר' נתן איירי רק היכא דאין ללוה הראשון נכסים, ולכאורה זה גם הוי הפסק של המחבר.

אבל הלח"מ הבין את הרמב"ם בדרך אחרת, דהיינו דהרמב"ם סבור דשעבודא דר' נתן חל אפי' כשיש ללוה הראשון נכסים. וכשהרמב"ם כתב "אם אין לראובן נכסים" הוא איירי רק לגבי הדין דהודאת בע"ד דלוה ראשון דזה תלוי באם יש לו נכסים או לא. דהיינו דאם יש ללוה הראשון נכסים אזי הוא נאמן כשהוא מודה דהשטר בידו על הלוה השני פרוע הוא, דהרי הודאתו אינו חב לאחריני מכיון דיש למלוה הראשון מקום אחר לגבות ממנו, דהיינו נכסי הלוה הראשון. אבל אם אין ללוה הראשון ממון לפרוע למלוה הראשון, אזי הוא אינו נאמן לומר דהשטר דבידו על הלוה השני פרוע דהרי זה חב למלוה הראשון. ולפי"ז הרמב"ם אינו מקור לדברי השו"ע דכל הדין דר' נתן חל רק היכא דאין ללוה הראשון ממון. ועיי"ש בש"ך (סימן פו סק"ה) דחולק על השו"ע מטעם אחר.

ולכאורה הפסק דשו"ע קשה להולמו. דהרי מהביאור שכתבנו לעיל יוצא דיש להבין את גדר שעבודא דר' נתן באחד מג' אופנים: א) שיטת הקצוה"ח דהמלוה הראשון הופך להיות הבע"ח דלוה השני, ב) שיטת הרשב"א דיש למלוה הראשון זכות גבייה, ג) דין דשעבוד חל על שעבוד. ולכאורה לפי כל הגדרים האלו קשה להבין למה שעבודא דר' נתן אינו חל היכא דיש ללוה הראשון ממון.

ולכאורה יש לדמות הדין דהשו"ע לדין אחר בהלכות שעבודים, דאין המלוה יכול לגבות מנכסים משועבדים במקום דיש בני חורין (גיטין נ:). דהיינו, דאולי יש לדמות נכסי לוה השני לנכסים משועבדים ונכסי לוה הראשון לנכסים בני חורין ולכן אין המלוה הראשון יכול לגבות מנכסי דלוה שני במקום דיש נכסים למלוה הראשון. אבל ברור דלפי הקצוה"ח הדמיון הזה אינו נכון דהרי ע"פ דין יש שעבוד ישיר בין המלוה הראשון לבין הלוה השני, וא"כ נכסי הלוה השני הוו כמו נכסי בני חורין דהמלוה הראשון יכול לגבות מהן. והקצוה"ח בעצמו (סימן פו סק"ב) באמת חולק על הפסק דהשו"ע כיון דיש שעבוד הגוף על לוי לשלם לראובן, וז"ל דשעבודא דר' נתן אינו כמו שאר שעבוד נכסי

דגוף [הנכסים] של הלוה הוא ואין למלוה בהם אלא שעבוד, אבל דר' נתן אינו כן אלא גוף החוב הוא של המלוה ואפילו בזוזי לא מצי סלוקי ע"ש, א"כ אין זה דומה להא דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים בני חורין, דהתם גוף הנכסים של הלוה עכ"ל.

וכל זה לפי הקצוה"ח דחל שעבוד הגוף בין ראובן ללוי. אבל הרשב"א דנקט דכל הדין דר' נתן הוי זכות גבייה בעלמא מדין הפוכי מטרתא, ובהמשך דבריו דייק מהגמ' בב"ק (מ:) כמו שיטת הרמב"ם והשו"ע, וז"ל והא דר' נתן דוקא במקום שאינו מוצא לגבות מיניה דב"ח אבל במקום שמוצא לגבות אין מוציאין מזה ונותנים לו כדמוכח בב"ק (מ:) וטעמא דא"ל הנחתי לך מקום לגבות ממנו דב"ח כעין משועבדין הוא ואין מוציאין מן המשועבדין במקום שיש בני חורין עכ"ל. הרשב"א להדיא השווה את הדין דר' נתן להא דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום בני חורין. וכן איתא ברשב"א בב"ק (מ: ד"ה משום דאמר).

ויש להעיר דלכאורה קשה להבין את הקשר בין נכסים בנ"ח ביד הלוה לבין נכסים ביד שמעון (הלוה הראשון). דהרי היסוד דאין גובין מנכסים משועבדים במקום דיש בני חורין הוא דגביית המלוה מן נכסים משועבדים מהווה חלות שם גבייה מהלקוחות ואינו נחשבת כגבייה מהלוה עצמו. ומסתבר דהמלוה יכול לגבות מהלקוחות ע"י שעבוד הנכסים רק היכא דאין הוא יכול לגבות ע"י שעבוד הגוף מהלוה עצמו. אבל אם שעבודא דר' נתן הוי דין בגבייה מצד הפוכי מטרתא למה לי, אזי ע"פ דין נחשב דהמלוה הראשון גובה מהלוה הראשון דרך נכסי הלוה השני. אמנם ע"פ דין לא נחשב דהמלוה הראשון (ראובן) גובה מהלוה השני (לוי), והחלות שם גבייה הוא דהמלוה הראשון גובה מהלוה הראשון (שמעון). וא"כ אין טעם לומר דיש קדימות לנכסי הלוה הראשון עצמם על פני נכסי הלוה השני, דבין כך ובין כך ע"פ דין המלוה הראשון גובה מהלוה שלו.

ונראה לבאר דכשהרשב"א אמר הפוכי מטרתא למה לי, הוא לא התכוון רק לדין בהלכות גבייה, כלומר דראובן גובה ע"פ דין משמעון דרך נכסי לוי. אלא דכששייך לומר הפוכי מטרתא, אזי נוצר שעבוד נכסים לראובן (המלוה הראשון) בנכסי לוי (הלוה השני). וא"כ גם בדין דר' נתן הגבייה מנכסי לוי מהווה גבייה מנכסים דאדם דאין לראובן שעבוד הגוף עליו בדומה ללקוחות. וא"כ זה דומה להא דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום בני חורין, דהיסוד בזה הוא דהמלוה צריך לגבות בתחילה מאדם דיש לו עליו שעבוד הגוף ורק אח"כ לגבות מנכסים דאדם דאין לו עליו שעבוד הגוף.

ד

גדר הדין דאין נפרעין מנכסים משועבדין במקום דיש בני חורין

והנה אם נאמר דשעבודא דר' נתן הוא מפני דשעבוד חל על שעבוד, לכאורה יש לדון האם יש לזה דמיון להדין דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום בני חורין. דלכאורה יש לחלק כנ"ל, דהדין דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום בנ"ח הוא דין דהמלוה צריך לגבות ראשון ממי שיש לו עליו שעבוד הגוף. ובשעובדא דר' נתן אם נקטינן דראובן (המלוה הראשון) גובה מלוי (הלוה השני) מדין שעבוד חל על שעבוד, אזי י"ל כשראובן גובה מנכסי לוי הוא בעצם גובה משמעון, דהיינו ממי דיש שעבוד הגוף עליו. או"ד י"ל דהגבייה מנכסי לוי מדין שעבוד חל על שעבוד מהווה חלות שם גבייה מנכסי לוי דאין לראובן עליו שעבוד הגוף ואזי נכסי לוי באמת דומים לנכסים משועבדים ואין גובין מהם במקום הבני חורין דנכסי שמעון. וצ"ב.

אמנם לכאורה י"ל גם לפי הצד הראשון דע"פ דין שעבודא דר' נתן נחשב כאילו ראובן גובה משמעון (הלוה הראשון) אפי' כשגובה מנכסי דלוי, עדיין יש צד לקיים את הדמיון בין נכסי שמעון לבין בני חורין דעלמא וצריך לגבות מנכסי שמעון קודם. וזה ע"פ מחלוקת הראשונים בנוגע לגדר המדוייק של הדין דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בנ"ח. דאיתא בפסחים (ל:) וז"ל איתמר בעל חוב, אביי אמר למפרע הוא גובה, ורבא אמר מכאן ולהבא הוא גובה, כל היכא דאקדיש לוה וזבין לוה כולי עלמא לא פליגי דאתי מלוה וטריף עכ"ל. ופשיטא דלפי אביי כשהמלוה גובה מהלקוחות, למפרע נחשב השדה כשלו והמכירה בטילה. אבל נחלקו הראשונים בדעת רבא, מהו גדר הדין דהמלוה יכול לגבות מהלקוחות. דהתוס' בגיטין (מ: ד"ה הקדש) נקטו דהמכירה חלה, אלא דיש כח לבע"ח לגבות מהלקוחות, וז"ל ואור"י דרבא לטעמיה דאמר בפ' כל שעה (פסחים דף לא.) דבעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה וחשיב ברשותו עכ"ל. אבל רש"י בפסחים (ד"ה כולי עלמא) ביאר דגם רבא מודה דהמלוה גובה מהלקוחות מכיון דלא היה ללוה היכולת למכור את השדה מחמת השעבוד, וז"ל אפילו לרבא דאמר עד עכשיו היו ברשות לוה מודה הוא דאין מכירתו לאחרים מכירה ואין הקדישו הקדש שהרי ממושכנין הן למלוה, ואף על גב שהן שלו אינן ברשותו ורחמנא אמר (ויקרא כז) ואיש כי יקדיש את ביתו קדש מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו עכ"ל. נמצא דלפי רש"י השדה נחשבת כשלו ואינו ברשותו דלוה מחמת השעבוד.[595]

[595] לכאורה רש"י הבין דשעבוד נכסים פירושו מקצת קנין כמו דברי הריטב"א (יג:) דשעבוד הוי הקנאה לחצאין. ויתכן דזה קשור למחלוקת ראשונים דרבינו זצ"ל הביא לעיל (דף ט: קונטרס בענין עדי חתימה כרתי או עדי מסירה כרתי אות י') האם שטר חוב הוי שטר קנין או שטר ראיה.

ולפי"ז צ"ל דיש לרש"י והתוס' ביאורים שונים בזה דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום דיש בנ"ח. דהרי לפי התוס' י"ל כמו שביארנו לעיל, דהמלוה צריך ללכת להלוה עצמו (שעבוד הגוף) לפני שגובה מהלקוחות (שעבוד נכסים). אמנם לפי רש"י, גם הגבייה מהלקוחות הוי בעצם גבייה מהלוה עצמו דהרי המכירה בטילה ונמצא דהשדה עדיין ברשות הלוה. ויוצא, דלפי רש"י אין היכי תמצא דהבע"ח גובה משעבוד נכסים בנפרד משעבוד הגוף, אלא דכל גבייה מקרקעות הוי בעצם גבייה מהלוה עצמו.[596] וא"כ צ"ל דהדין דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין הוא אינו דין בהלכות שעבודים אלא הוי דין בטענת הלוקח, דהיינו דיש ללוקח זכות לטעון דלמה המלוה צריך לבטל את המקח אם יש לו דרך אחר לגבות באופן ישיר מהלוה.

וא"כ יש לדון לפי ב' השיטות האלו האם נאמר דיש דין דאין נפרעין מנכסי הלוה השני במקום דיש נכסים ללוה הראשון בשעבודא דר' נתן. דלפי התוס' מסתבר דאין להשוותם דהרי כאמור, כל הדין דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום דיש בנ"ח הוא משום דבתחילה צריך לגבות משעבוד הגוף לפני שגובין משעבוד נכסים בלי שעבוד הגוף. ואילו בשעבודא דר' נתן י"ל כשראובן גובה מלוי הוא בעצם גובה מהשעבוד הגוף שלו על שמעון.

אבל לכאורה יתכן לומר דהפסק דשו"ע מבואר לפי שיטת רש"י בפסחים דהדין דאין נפרעין מנכסים משעובדים במקום בנ"ח הוא דין בזכות הלוקח. דהרי גם בגבייה מהלקוחות וגם בגבייה מהלוה השני, ע"פ דין המלוה גובה מהלוה עצמו, ובכן כמו שיש זכות ללקוחות לדחות את המלוה לבני חורין דהלוה, כמו"כ יש זכות ללוי (הלוה השני) לדחות את ראובן (המלוה הראשון) לבני חורין דשמעון (הלוה הראשון). וא"כ יתכן לבאר את הפסק דשו"ע דשעבודא דר' נתן חל רק היכא דאין נכסים ללוה הראשון ע"פ צירוף ב' דינים: א) דשעבודא דר' נתן הוא דין דשעבוד חל על שעבוד, ב) ונקטינן כמו רש"י דהדין דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום דיש בנ"ח הוא דין בטענת הלוקח ולא בזה דאין נפרעין משעבוד נכסים בלי שעבוד הגוף.

אמנם לכאורה עדיין קשה שהרי מסתבר לחלק לשיטת רש"י בין דין קדימת בני חורין לבין שעבודא דר' נתן. דהרי הא דיש זכות ללוקח לדחות את המלוה לבנ"ח דלוה הוא משום דאם המלוה גובה מהלוקח אזי הלוקח עומד להפסיד, דהרי יתכן דהלוקח לא יוכל לחזור ולגבות שוויות דהשדה מהלוה. אבל בשעבודא דר' נתן, אפי' אם לוי (הלוה

[596] וע"ע בספר הררי קדם (חלק ב' סימן לה סק"ב) דרבינו זצ"ל האריך בנקודה הזאת והביא מדברי התומים (סימן סו סקכ"ג) דגם גבייה מהיתומים הוי מפני שעבוד הגוף מכיון דברא כרעא דאבוה. אבל עיין בקצוה"ח (סימן סו סקכ"ב) דהאריך להקשות על התומים, ואכמ"ל.

השני) אינו משלם לראובן (המלוה הראשון), סוף כל סוף הוא חייב לשלם לשמעון (מלוה השני) ובין כך ובין כך הוא ישלם את הממון שלוה. וא"כ מכיון דאין לוי מרוויח ע"י דחיית ראובן לשמעון, יתכן דהטענה שלו אינו מהני והמלוה הראשון יכול לגבות מ הלוה השני מדין שעבודא דר' נתן. ולפי"ז עדיין צ"ב בפסק של השו"ע, וצ"ע.

ה

בגדר דאין מוכרין חוב

ברשב"א מבואר יסוד שיטתו דאין שעבוד חל על שעבוד וביאר כי יש חסרון בבעלות של המלוה על החוב, וז"ל דאין שעבוד חל אלא על נכסי לוה ממש הא בנכסים שנשתעבדו ללוה שאין גופן ממון של לוה לא, וכדין מכר והקדש שאין אדם מוכר ולא מקדיש מלוה שיש לו על אחרים דבר תורה כדאיתא בפ' מי שמת (ב"ב קמח.) ובב"ק פרק הגוזל, ומכירת שטרות מדרבנן היא, ומעמד שלשתן הלכתא בלא טעמא היא עכ"ל. כלומר, כששמעון לוה ממון מראובן, השעבוד חל רק על נכסי שמעון ממש ואין החוב והשעבוד שיש לשמעון על לוי נחשבים כממון של שמעון להשתעבד לראובן. והרשב"א הביא ראיה לזה מהא דאין אדם מוכר או מקדיש חוב דיש לו ביד אחרים.[597] ומבואר מדבריו דהטעם דאין המלוה יכול להקדיש או למכור חוב שיש לו ביד אחר הוא בגלל חוסר בעלות.

ויש להעיר דהגר"ח זצ"ל (חידושי רבנו חיים הלוי פרק כב מהלכות מכירה הלי"ז) ביאר את הדין דאין בע"ח מוכר או מקדיש את חובו באופן אחר. דהרי הרמב"ם (פרק ו מהלכות מכירה הלי"ב) נקט כמו הרשב"א דאין מכירת שט"ח מדאורייתא, וז"ל קנין השטרות בדרך הזאת מדברי סופרים, אבל מן התורה אין הראיות נקנות אלא גוף הדבר בלבד קנוי, לפיכך המוכר שטר חוב לחבירו עדיין יכול למחול ואפילו יורשו מוחלו עכ"ל. והגר"ח זצ"ל דייק מלשון הרמב"ם "אין הראיות נקנות אלא גוף הדבר בלבד קנוי" דאין הטעם משום חוסר בעלות אלא בגלל דחסר מעשה קנין לשעבודים (בין לשעבוד הגוף ובין לשעבוד הנכסים) דהרי אין כאן חפצא שמעשה הקנין יכול לחול בו. והגר"ח גם הביא מלשון הרמב"ם (פרק כב מהלכות מכירה הל"ט) וז"ל אבל המלוה הואיל ולהוצאה ניתנה אינה בעולם ואין אדם יכול להקנותה אלא במעמד שלשתן עכ"ל, דהחסרון בהקנאת חוב הוא מפני דאין כאן חפצא ולא מפני חסרון בבעלות כדברי הרשב"א.[598]

[597] כידוע נחלקו הראשונים האם מכירת שט"ח מהני מדאורייתא או לא. ועיין בזה באריכות ברשימות שיעורים לב"מ (נו. בענין מכירת שטר חוב).

[598] ועיין ברשימות שיעורים לב"מ (נו. בענין מכירת שטר חוב, אות ב') דרבינו זצ"ל האריך בנ"מ בין ב' הצדדים האלו.

ו

המשך דברי הרשב"א בגדר שעבודא דר' נתן

ובהמשך דבריו כתב הרשב"א וז"ל וא"ת לר"נ כיון דמ"מ מוציאין מזה ונותנין לזה מאי נ"מ אי מדין שעבוד אי מחדוש דונתן לאשר אשם לו עכ"ל. וביאור קושייתו דהרשב"א נסתפק בגדר הגזה"כ דאשר אשם לו, האם התורה חידשה דבעצם שעבוד חל על שעבוד, או"ד הדין דר' נתן הוא דין בגבייה מצד אפוכי מטרתא למה לי. והרשב"א רוצה לדעת מהו הנ"מ בגדר זה או זה. והרשב"א העלה דיש נ"מ היכא דמת שמעון (הלוה הראשון), האם ראובן (המלוה הראשון) יכול לגבות מלוי (הלוה השני) וז"ל וכ"ת נפ"מ להיכא דנפלה קמי יתמי דאי מדין שעבוד אפי' נפלה קמי יתמי יהבי' למלוה דאבוהון דהא משתעבד לי' כנכסי דאבוהון ממש אבל השתא דלא משתעבד לי' מדין שעבוד דאבוהון אי איתיה לאבוהון מפקינן מהאי ויהבינן להאי מדחדית רחמנא ונתן לאשר אשם לו הא מת לוה ונפלה מלוה קמי יתמי לא יהבי' לי' למלוה שלו וכדר"ע דאמר בפרק הכותב (פד.) ינתנו ליורשים עכ"ל. כלומר דאם שעבוד חל על שעבוד, אזי ראובן גובה מלוי דהרי נכסי לוי משועבדים לראובן. מאידך אם שעבודא דר' נתן הוא דין באופן הגבייה, יתכן שאופן דגביית ראובן מלוי יגרום הפסד ליתומים דשמעון. שהרי באופן שאין ליתמי שמעון קרקע וראובן אינו יכול לגבות מהם אזי יתמי שמעון יכולים לגבות את החוב דשמעון מלוי בעצמם ולא ישלמו לראובן כלל. ואם ראובן יגבה מלוי אזי היתומים יפסידו דהרי עכשיו הם אינם יכולים לגבות מלוי. ולכן היכא דמת שמעון ולא השאיר קרקע ליורשיו, אזי א"א לומר דראובן יגבה מלוי מדין אפוכי מטרתא למה לי דהרי יש הפסד ליתמי דשמעון.

אבל הרשב"א דחה את הנ"מ הזה כי אפי' אם שעבודא דר' נתן הוא מדין שעבוד חל על שעבוד עדיין אין ראובן יכול לגבות מלוי, וז"ל לא היא דאפילו חל עלי' שעבוד אפ"ה היכא דנפלה קמי יתמי לא גבי מינייהו, וטעמא משום דהו"ל מטלטלי דיתמי דלא משתעבדי לבעל חוב עכ"ל. כלומר דראובן יכול לגבות רק מקרקע דיתמי דשמעון ירשו ממנו, והשעבוד דיש ליתומים דשמעון על לוי דינו כמטלטלין ולא כקרקע.

וכתב הרשב"א דבאמת יש נ"מ בין הצדדים היכא דמת שמעון, וז"ל וי"ל דודאי נ"מ להיכא דמית ונפלה קמי יתמי וכדאמרן, והא דלא גבי ב"ח ממטלטלי דיתמי אינה תורה דמדינא גבי אלא משום דלאו עיקר אסמכתין אמטלטלי והלכך כל שאינן ביד לוה ממש לא גבי מינייהו, אלא דכל שהוא קיים וישנן תחת ידו גבי מינייהו משום דשעבוד נכסיו ואפי' שעבוד מטלטליו נגרר אחר שעבוד גופו וכל היכא דאיהו משתעבד נכסיו

נמי משתעבד, וה"ה לפקדון שיש לו ביד אחרים דכל היכא דאיתיה ברשותיה איתי' ומלוה שיש לו אצל אחרים גובה ממנו מדר"נ, אבל היכא דמית לי' לוה ונפלו מטלטלי קמי יתמי כיון דעיקר אסמכתי' דלוה ליתי' אמטלטלי לא גבי מינייהו, [ואף דדאוריתא הוא], וכו' מ"מ מה"ט הוא משום דירדה תורה לסוף דעתן של בריות ומסתמא לאו עיקר אסמכתינהו אמטלטלי, ומיהו היכא דשעבד ליה מטלטלי בפירוש גבי ואפי' מיתמי וכדמוכח בההיא דעשה שורו אפותיקי ומכרו, אבל ממלותו דנפלה קמי יתמי לא גבי ואפי' שעבדה לו בפירוש משום דלא אפשר לחול עליה שעבוד כדאמרן עכ"ל. והביאור בזה הוא דמעיקר הדין שעבוד ראוי לחול גם על מטלטלי מדאורייתא, אלא דבדרך כלל אין סמיכות דעת שהשעבוד יחול על מטלטלין. ולכן כשעשו אפותיקי ויש סמיכות דעת דהמלוה, אזי חל דיני נכסים משועבדים על מטלטלין והמלוה יכול לגבותו אפי' מיתמי. ולפי"ז הרשב"א הסיק דנ"מ בין הפוכי מטרתא לבין שעבוד חל על שעבוד הוא היכא דהיה לשמעון (הלוה הראשון) שעבוד דאפותיקי על לוי (הלוה השני) אבל אין לשמעון קרקע דהשאיל לבניו. דמדין שעבוד חל על שעבוד, מכיון דיש לראובן שעבוד על המשועבדים דיתמי דשמעון ויש להם שעבוד דאפותיקי על לוי, אזי ראובן יכול לגבות את האפותיקי מלוי.[599] אבל אם ההלכה דר' נתן הוי דין בגבייה מצד אפכי מטרתא אזי יתמי דשמעון יכולים לגבות האפותיקי מלוי אבל אין טעם לומר דמפני זה גם ראובן יכול לגבות ישר מלוי.

ועיין בקצוה"ח (סימן לט סק"א) דדייק מתחילת לשון הרשב"א דבסתם חוב השעבוד חל על מטלטלין כמו קרקע אלא דמדרבנן הפקיעו השעבוד על המטלטלין. דהרי הרשב"א כתב וז"ל והא דלא גבי ב"ח ממטלטלי דיתמי אינה תורה דמדינא גבי עכ"ל. אבל לכאורה זה נסתר מהמשך דברי הרשב"א שכתב, וז"ל מה"ט הוא משום דירדה תורה לסוף דעתן של בריות ומסתמא לאו עיקר אסמכתינהו אמטלטלי עכ"ל, כלומר דהאומדנא דאין סמיכות דעת במטלטין ולכן אין שעבוד הוי סברא דאורייתא. אלא דבתחילת דבריו הרשב"א התכוון לומר דמעיקר הדין יש אפשרות לשעבוד דאורייתא לחול על מטלטלין וזה מה שבאמת קורה באפותיקי, אבל בדרך כלל אין סמיכות דעת ולכן השעבוד אינו חל.[600]

[599] הרשב"א נקט דבע"ח גובה אפותיקי מהיורשים. וכן איתא בחידושי הרשב"א לב"ב (מד. ד"ה שורו). אבל התוס' (ב"ק יא: ד"ה כגון) חולקים וסבורים דכמו דבע"ח אינו גובה אפותיקי מהלקוחות בגלל דאין קול כמו"כ אינו גובה מהיתומים.

[600] ועיין לעיל (יג: בענין שעבודא דאורייתא, אות ד') דרבינו זצ"ל האריך במחלקות הראשונים בנוגע לשעבודא על מטלטלין.

ז

ראיה דר' נתן הוא מדין שעבוד חל על שעבוד

אך בהמשך דבריו הרשב"א הקשה על עצמו מגמ' בפסחים (לא.) דכמעט מפורש דשעבוד חל על שעבוד. דנחלקו האמוראים אם בע"ח למפרע הוא גובה או מכאן ולהבא הוא גובה. והגמ' קס"ד להביא ראיה דלמפרע הוא גובה מהדין דר' נחמן, וז"ל דאמר רב נחמן יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב חוזר וגובה אותה מהן, אי אמרת בשלמא למפרע הוא גובה אמטו להכי חוזר וגובה אותה מהן דכמאן דגבו מחיים דאבוהון דמי, אלא אי אמרת מכאן ולהבא הוא גובה אמאי חוזר וגובה אותה מהן, הא הוי כמאן דזבין יתמי נכסי דמי, ואילו קני יתמי נכסי מי קא משתעבדי לבעל חוב עכ"ל. ואז הגמ' דחתה דאפי' אם מכאן ולהבא הוא גובה מ"מ המלוה יכול לגבות מהקרקע שגבו מהיתומים מדין דר' נתן, וז"ל שאני התם, דאמר להו כי היכי דמשתעבדנא ליה לאבוכון משתעבדנא נמי לבעל חוב דאבוכון מדרבי נתן, דתניא רבי נתן אומר מנין לנושה בחבירו מנה, וחבירו בחבירו, שמוציאין מזה ונותנין לזה תלמוד לומר ונתן לאשר אשם לו עכ"ל. והרשב"א לא ביאר את קושייתו אבל כוונתו ברורה. דהרי אם אמרינן דשעבודא דר' נתן הוא דין בהלכות גבייה דאפוכי מטרתא אזי לא מובן למה המלוה יכול לגבות מהקרקע שגבו היתומים דהרי זה כמו קרקע חדשה דהם קנו. ולכאורה הגמ' הביאה את הדין דר' נתן כדי ללמד דשעבוד חל על שעבוד ולכן יש למלוה שעבוד על הקרקע דגבו היתומים ולכן הוא יכול לגבותו מהם. והרשב"א עצמו לא תירץ את הפליאה הזאת. ולכאורה צ"ע דהיאך הוא נושא ונותן דאולי למסקנא אין דין דשעבוד חל על שעבוד דלכאורה מבואר בגמ' בהדיא דשעבוד חל על שעבוד והוא יסוד הדין דר' נתן.

ויתכן לבאר דברי הרשב"א בדוחק ולחלק בין שעבוד קרקע לבין שעבוד אפותיקי. די"ל דהיכא דיש הלוואה, שעבוד הקרקע נוצר ע"י עצם המלוה ולא צריך דעת או התחייבות נפרדת. אבל באפותיקי מכיון דבדרך כלל אין שעבוד חל על מטלטלין, אזי צריך דעת והתחייבות מיוחדת כדי להחיל השעבוד על האפותיקי. וא"כ באפותיקי מסתבר לומר דאין שעבוד חל על שעבוד כלומר דאם לוי לוה ממון משמעון ושעבד לו אפותיקי אזי אין האפותיקי הזה משועבד לראובן (הבע"ח דשמעון) כי אין ללוי דעת לשעבדו לראובן, ואין לשמעון הבעלות על האפותיקי כדי לשעבד אותו בנפרד לראובן. מאידך, כיון דשעבוד על קרקע חל ממילא, אזי י"ל דחל שעבוד על שעבוד בקרקע ממילא, וזה היסוד דהגמ' בפסחים. ולפי"ז י"ל דהדיון ברשב"א לגבי האם שעבוד חל על שעבוד הוא רק לגבי

שעבוד דאפותיקי דהשעבוד חל מדעת. אבל בשעבוד דקרקע דחל ממילא אזי אמרינן דשעבוד חל על שעבוד.

ח

הסדר של ההלוואות

ועיין בשו"ע (חו"מ סימן פו סעיף א) דנקט דבשעבודא דר' נתן הסדר של ההלוואות אינו מעלה ואינו מוריד, וז"ל ראובן שנושה ק' בשמעון ושמעון בלוי מוציאין מלוי ונותנין לראובן ל"ש אם נתחייב לו כבר לשמעון בשעה שלוה מראובן ל"ש נתחייב לו אח"כ עכ"ל. אבל עיין בש"ך (סק"א) דהביא דיש ראשונים דחולקים על זה וסבורים דשעבודא דר' נתן שייך רק היכא דלוי כבר חייב לשמעון לפני דשמעון לוה ממון מראובן. והש"ך הסיק כמפרשים האלו. וצ"ב בגדר המחלוקת.

ולפום ריהטא נראה דתלוי בב' הצדדים הנ"ל בהבנת שעבודא דר' נתן. דהיינו, אם ר' נתן הוי דין בגבייה מצד הפוכי מטרתא למה לי, אזי באמת אין הבדל בין סדר ההלוואות דהרי סוף כל סוף ראובן היה גובה משמעון דהיה גובה מלוי ויש לדלג על שמעון. אבל אם ר' נתן הוי דין בשעבוד חל על שעבוד, אזי השעבוד דראובן יכול לחול על השעבוד דיש לשמעון בנכסי דלוי רק אם השעבוד השני כבר היה בעולם. אבל אם ראובן הלווה כסף לשמעון ואח"כ שמעון הלווה ללוי כל היכא דראובן לא אמר דאיקני אזי השעבוד שלו חל רק על מה שהיה לשמעון בשעת ההלוואה ולא על השעבוד דחל אחרי כן.

אמנם יש לדחות דאפי' לפי הצד דשעבוד חל על שעבוד הסדר אינו מעלה ואינו מוריד. דהרי בדרך כלל הטעם דאין שעבוד המלוה חל על דברים שהלוה קונה אחרי ההלוואה הוא דנתינת המעות מהמלוה אל הלוה מהווה המעשה המשעבד את נכסי הלוה, ולנכסים שקנה הלוה אח"כ פשוט אין מעשה המשעבד. אבל כאן, אחרי ההלוואה מראובן לשמעון, יש עוד נתינת מעות משמעון ללוי דמשעבד את נכסי לוי לשמעון. ואולי י"ל דמכיון דחלק מהחידוש דר' נתן הוא דלוי אינו יכול לומר לראובן לאו בעל דברים דידי את, אזי כמו דנתינת הכסף משמעון ללוי משעבד את נכסי לוי לשמעון, כמו"כ הוא משעבד את השעבוד הזה מלוי לשמעון, לראובן. ואין כאן חסרון דדבר שלא בא לעולם דהרי מעשה הקנין דגורם השעבוד חל עכשיו ע"י נתינת מעות משמעון ללוי.

דף טו:

גמ'. אמר רב נחמן בר יצחק לעולם יליף שכיר שכיר ושאני הכא דאמר קרא יגאלנו, לזה ולא לאחר.

בענין גאולת קרובים לפי רבי

א

שיטת תוס' הרי"ד

לפי רבי אין דין גאולת קרובים חל בנמכר לישראל אלא רק בנמכר לעכו"ם. ועיין בתוס' הרי"ד (ד"ה יגאלנו) דנקט דפשיטא דיש לקרובים היכולת לגאול את העבד הנמכר לישראל אפי' בע"כ דאדון כמו בנמכר לעכו"ם, אלא דאין מצוה בכך, וז"ל יגאלנו לזה ולא לאחר, אי קשיא וכי אם רוצה הקרוב לפדות עבד עברי ולשחררו למה אינו יכול אי דאמר ליה לאו בעל דברים דידי את יהיב זוזי לעבד מתנה ויפדה עצמו וכו' יש לפרש דממצוה מיעט הקרוב שאינו מצווה לפדות הנמכר לישראל כמו שמצווה לפדות נמכר לעכו"ם עכ"ל. וכן ביאר הכס"מ (פרק ב מהלכות עבדים הל"ז) בדעת הרמב"ם. דכתב הרמב"ם וז"ל הנמכר לעכו"ם אם לא השיגה ידו לגאול קרוביו פודין אותו וקרוב קרוב קודם שנאמר או דודו או בן דודו יגאלנו, וב"ד כופין את קרוביו לפדותו שלא יטמע בעכו"ם וכו' אבל הנמכר לישראל אין הקרובים פודין אותו וכו' עכ"ל. וביאר הכס"מ וז"ל ומפרש רבינו דהיינו שאין הקרובים חייבים לפדותו עכ"ל.

אבל לכאורה השיטה הזאת אינו מוכרחת, דהרי יש לפרש דרבי סבור דאין דין דגאולת קרובים חל כלל בנמכר לישראל. כלומר, דכל הדין דגאולת קרובים הוי חידוש התורה, והיכא דאין מקור לחידוש הזה, כמו בנמכר לישראל, אין הקרובים יכולים לגאולו. וגם אין הכרח להבנת הכס"מ בדעת הרמב"ם, אלא נראה דכוונת הרמב"ם דאין לקרובים היכולת לשחרר את העבד ע"י נתינת כסף.[601]

ב

גרעון כסף ע"י אחרים מדעת האדון

ועיין במנחת חינוך (מצוה מב סק"ד) דביאר דהא דרבי סבור דאין דין גאולת קרובים חל בנמכר לישראל הוא רק היכא דהגאולה נעשית בע"כ דאדון, אבל מדעתיה דאדון אזי אפשר לשחררו בנתינת כסף ע"י אחרים, וז"ל ופשוט דדוקא בתורת גרעון אינו נגאל בקרובים ואינו לוה דהיינו בע"כ דהאדון אבל אם הוא ברצון האדון עמש"ל דזה אינו בתורת גרעון רק לא גרע מעבד כנעני א"כ בודאי יוצא לחירות ואסור בש"כ וז"פ עכ"ל.[602]

[601] וכן איתא בלחם משנה (פרק ב מהלכות עבדים הל"ד) דהביא דברי הכס"מ והעיר עליו וז"ל ולא ידעתי למה פירש בדברי רבינו ז"ל דמ"ש אין הקרובים פודים אותו ר"ל דאין חייבים לפדותו משמע דאית ליה דפודין אפילו בע"כ דאדון ואמאי לא נפרש דברי רבינו ז"ל דר"ל ואין הקרובים פודין אותו אפי' אם רצו בע"כ דאדון דמשמע דנמכר לעכו"ם דפודין אותו אפי' בע"כ דאדון עכ"ל.

[602] וכן איתא במאירי (ד"ה כבר ביארנו) וז"ל אבל נמכר לישראל אין קרובים יכולין לפדותו על כרחו של לוקח או של עבד עכ"ל. ומשמע להדיא דמדעת האדון והעבד, נתינת מעות דאחר מועיל לשחררו.

ומבואר בדבריו דהמקור לזה דנתינת כסף ע"י אחר מדעת האדון מהני הוא משחרור עבד כנעני, דהרי עבד עברי אינו גרוע מעבד כנעני.

אבל לכאורה אפשר לדחות את ראיית המנ"ח משחרור עבד כנעני. דהרי עבד כנעני הוי ממונו דהאדון כמו שורו וחמורו ולכן שפיר מובן דמדעת האדון, העבד יוצא לחירות ע"י ממון דאחר. אבל עבד עברי אינו באמת הממון של האדון, ולכן כל הדין דשחרור ע"י כסף הוי חידוש התורה. וא"כ יתכן דאין בו אלא חידושו ורק העבד עברי יכול לשחרר את עצמו ע"י נתינת כסף לאדון, אבל קרוב או אדם אחר אינו יכול אם אין מקור לכך.[603]

אמנם לכאורה יש עוד טעם לומר דאדם אחר יכול לגאול את העבד עברי מדעת האדון. דהרי הבאנו לעיל (דף ב. תוד"ה בפרוטה, אות ב' ודף יד: בענין גרעון כסף אות ג') את המחלקות בין ר"ת והרי"ד לגבי דין גרעון כסף היכא דהעבד נקנה בשטר. וביארנו דלפי ר"ת גרעון כסף הוי דין פריעת חוב דהעבד לאדון דהוי בע"ח. ולפי"ז כשקרוב או אדם אחר נותן כסף לאדון כדי לשחרר את העבד עברי, יש לדון ע"פ הסוגיא דפריעת בע"ח של חבירו. ובדיני פריעת חוב דאחר, לכאורה יש לחלק בין היכא דהוי מדעת המלוה או בע"כ, וגם היכא דהוי מדעת הלוה או בע"כ. דמצד המלוה, לכאורה פשיטא דאדם אחר אינו יכול לכפות את המלוה לקבל כסף בעד חוב דלוה, דהרי האדם האחר אינו בע"ד דמלוה כלל. אלא, ברור דפריעת חוב לבע"ח ע"י אחר מהני רק אם הבע"ח מקבלו מדעתו.

ולגבי פריעת חוב דאחר שלא מדעת הלוה מצינו דנחלקו התנאים במשנה (כתובות קז:) האם הלוה חייב לשלם את האדם השלישי דפרע את חובו, וז"ל מי שהלך למדינת הים, ועמד אחד ופירנס את אשתו, חנן אומר איבד את מעותיו, נחלקו עליו בני כהנים גדולים ואמרו ישבע כמה הוציא ויטול עכ"ל. ולכאורה כל המחלוקת היא לגבי תביעת האחר על הלוה, אבל משמע דהלוה עצמו נפטר מחובו למלוה ע"י האחר. ויש לעיין האם זה משום דפריעת האחר באמת נחשבת כפריעת החוב ע"פ דין ועכשיו אין עוד חלות חוב, או"ד דעצם החוב נשאר אבל הבע"ח אינו יכול לתבוע את הלוה כדי לגבות פעם שנייה כל זמן דקיבל את הסכום דהחוב. אבל אם לאחר זמן הבע"ח רוצה להחזיר את הממון למי ששילם לו, אזי הוא יכול לחזור ולגבות מהלוה עצמו.[604] ויתכן דבזה נחלקו חנן והחכמים. דלפי החכמים הלוה חייב לשלם למי שפרע את החוב, לכאורה פשיטא דהחוב דהלוה מסולק לגמרי ואין לו עוד חיוב למלוה. אבל חנן דנקט דהלוה אינו חייב

[603] והשווה למ"ש רבינו זצ"ל לעיל (דף יד: משנה הנרצע נקנה ברציעה) לגבי יציאה בכסף לנרצע. ועוד י"ל דגאולת אחר חלה בע"כ כדי שלא יטמע בין העכו"ם משא"כ בע"ע.

[604] והשווה לדברי רבינו זצ"ל ברשימות שיעורים לב"ק (ט. תוד"ה ורב) דחילק שם בין תשלומי ערב דהוי חלות פרעון, לתשלומין דאדם אחר דאינו חלות פרעון חוב.

לשלם לאדם דפרע את חובו, יתכן דהטעם הוא משום דס"ל דהלוה בעצם עדיין חייב לשלם למלוה אלא דבפועל המלוה אינו יכול לגבות ממנו מכיון דהוא כבר קיבל את הממון מאדם אחר. אבל מכיון דיש אפשרות בעתיד דהלוה יהיה חייב לשלם למלוה, הלוה פטור מלשלם לאדם מן השוק דפרע בעדו.

אבל לכאורה כל הספק הזה האם נתינת מעות ע"י אחר הוי חלות שם פרעון או לא, הוא רק היכא דהפרעון הוי שלא מדעת הלוה. אבל אם הלוה רוצה שהאדם מן השוק ישלם בעדו, אזי פשיטא דיש על זה חלות שם פרעון ואין למלוה עוד אפשרות לגבות מן הלוה עצמו.

ולפי כל זה ניתן לחזור לסוגיא דידן בדין שחרור עבד עברי דנמכר לישראל ע"י נתינת כסף דאחרים לאדון. דהנה אם שחרור ע"י כסף הוי חלות פריעת חוב אזי הדין תלוי באם יש לנתינה דאחר חלות שם פריעת חוב. ולפי הנ"ל י"ל דזה תלוי בדעת העבד דחייב הממון או השירות לאדון. דאם האחר נתן את הכסף לאדון מדעת העבד והוא רוצה לצאת לחירות, אזי מתסבר דיש לזה חלות שם פריעת חוב והעבד יוצא לחירות. אבל אם העבד אינו יודע דהאדם השלישי נותן את הממון בעדו לאדון, או אם הוא אינו רוצה לצאת לחירות, אזי לכאורה הדין תלוי במחלוקת התנאים בין חנן והחכמים. דלפי חנן אין נתינת אחר חלות פריעת חוב אלא דיש דין בהלוואה דנתינת ממון דאחר מונע את המלוה מלגבות את החוב מהלוה, וא"כ אין לנתינה דאחר שום משמעות לגבי שחרור עבד עברי. אבל לפי החכמים, יש לנתינה דאחר חלות שם פריעת חוב ולכן י"ל דנתינה דאחר מדעת האדון משחרר את העבד אע"פ דהנתינה לא היתה מדעת העבד. וא"כ אפשר לנקוט כמו המנחת חינוך דנתינה דאחר מועיל בעבד עברי, אבל לא מטעמיה. דלפי המנ"ח הא נתינת מעות ע"י אחר מהני בעבד עברי נלמד מהדין בעבד כנעני, ולפי הנ"ל אפשר לבאר ששחרור ע"י נתינת מעות דאחר חל מדין פריעת חוב.

וי"ל דאפי' לחנן דהאדם מן השוק הניח את מעותיו על קרן הצבי, עדיין יתכן דנתינת האחר הוי חלות פרעון חוב. דהרי אע"פ דיש חלות פריעות חוב מ"מ ניתן לומר דהלוה פטור מלשלם כי הלוה טוען דאילו האדם מן השוק לא שילם הוא (הלוה) היה מפייס את הבע"ח ובסופו של דבר לא היה פורע כלל.[605] ולפי"ז אין להוכיח משיטת חנן דאין חלות פרעון חוב באדם אחר, וא"כ גם לפי חנן אדם מן השוק יכול לשחרר עבד עברי ע"י נתינת כסף לאדון, אפי' שלא מדעת העבד עצמו.

[605] ועיין בזה בתוס' נדרים (לג: ד"ה חנן).

גמ'. דתניא לא יגאל באלה ר' יוסי הגלילי אומר באלה לשחרור בשאר כל אדם לשעבוד, ר"ע אומר באלה לשעבוד בשאר כל אדם לשחרור.

לפי ר' יוסי הגלילי ור"ע יש אפשרות דאדם קונה עבד עברי מעכו"ם לשם עבדות. ולכאורה צ"ע דהרי יש דין דאין מוכרין וקונין עבד עברי כדמבואר ברמב"ם (פרק ד מהלכות עבדים הל"י) וז"ל יתר על אותן הדרכים שקונה בהן עצמה כעבד עברי אין האדון יכול למכור אמה העבריה ולא ליתנה לאיש אחר בין רחוק בין קרוב ואם מכר או נתן לא עשה כלום שנאמר לעם נכרי לא ימשול למכרה בבגדו בה, וכן עבד עברי לא יכול למכרו לאחר ולא ליתנו וכו' עכ"ל. וכן איתא ברש"י עה"ת (שמות פרק כא פסוק ח ד"ה לעם נכרי). וא"כ היאך הקרוב או האדם האחר יכול לקנות עבד עברי מהעכו"ם. וצ"ל דיש גזה"כ מיוחדת ד"באלה" דעבד עברי נקנה מעכו"ם לשם עבדות.[606]

דף טז.

גמ'. אמר רבא זאת אומרת עבד עברי גופו קנוי, והרב שמחל על גרעונו אין גרעונו מחול.

בענין עבד עברי גופו קנוי

א

השו"ט דהגמ' בענין גופו קנוי

בהו"א הגמ' נקטה דמחילה מועילה לשחרר עבד עברי, אבל המסקנא היא דע"ע גופו קנוי ומחילה לא מהני. וצ"ב בביאור השו"ט דהגמ', במה חלוק ההו"א מהמסקנא. ובמיוחד צ"ב יסוד הדבר דעבד עברי גופו קנוי ולמה מחילה אינה מהניא בקנין הגוף. ונראה דנחלקו הראשונים בנידון.

עיין ברשב"א (ד"ה אמר רבא) דהקשה על מסקנת הגמ' דמחילה אינה מהניא בעבד עברי מכיון דגופו קנוי, וז"ל ואיכא למידק והיכן מצינו קנין מעשה ידיו שאינו יכול למחול בעל פה עכ"ל. והרשב"א הביא מהרמב"ן דלפי המסקנא יש לאדון קנין איסור בעבד עברי ולכן מחילה אינה מועילה, וז"ל ותירץ הרמב"ן נר"ו דכיון דשני קנינין הן בעבדות אחד קנין ממון והוא קנין מעשה ידיו ואחד קנין איסור שהוא אוסרו בבת ישראל ופוטרו ממקצת מצות, וקנין הגוף הזה הוא המצריכו גט חירות ואינו נפקע בדבור דומה לקנין אישות שהוא צריך גט להתירה וממנו הוא למד לפיכך אמרו שאף עבד עברי יש לרבו בו קנין אסור שהרי מתירו בשפחה כנענית ואין קנין איסור נפקע בלא גט בין באישות בין

[606] לכאורה יש לחלק דגאולת עבד עברי הנמכר לעכו"ם מהווה מצוה עם דינים משלה ואין לדמותה כלל לע"ע הנמכר לישראל דא"א למוכרו לישראל אחר דאין כאן מצות גאולה וחלות שם גאולה כלל אלא מכירה בעלמא דא"א לעשות בעבד עברי דעלמא.

בעבדות הלכך הרב שמחל על גרעונו אין גרעונו מחול אלא ה"ל כמפקיר עבדו שצריך גט שחרור ע"כ עכ"ל. כלומר, דלפי הרמב"ן בהו"א הגמ' כבר ידעה דיש לאדון קנין ממון למעשה ידיו בעבד עברי, ואעפ"כ הגמ' קס"ד דמחילה מהני לסלק את הקנין הזה. ואזי הגמ' חידשה דיש לאדון גם קנין איסור בעבדו וכדמוכח מזה דהוא מותר בשפחה כנענית, ומחילה אינה מועילה לסלק את קנין האיסור.

אבל התוס' (ד"ה לימא) הבינו את כל השו"ט באופן אחר לגמרי. דהרי התוס' נקטו דאפי' למסקנא דמחילה אינה מהני, מ"מ הפקר מועיל לשחרר עבד עברי, וז"ל תימה אמאי פריך גמרא לימא ליה באפי תרי זיל אמאי לא פריך ויפקירנו שהרי אפילו עבד כנעני שגופו קנוי יצא בהפקר לשמואל דאמר המפקיר עבדו יצא לחירות וא"צ גט שחרור בפ' השולח (גיטין לח.) ולמה לי שטרא ואפילו למ"ד (שם:) דהמפקיר עבדו יוצא לחירות וצריך גט שחרור היינו משום הפקעת איסור כדי להתירו בבת ישראל וא"כ בע"ע למה לי שטרא דבלאו הכי מותר וי"ל דאין ה"נ ומיהו לא הוה קשה למה לי שטרא ליפקוה בהפקר דפשיטא דיש יציאות אחרות לבד משטר וכו' עכ"ל. כלומר, דאפי' למסקנא דגופו קנוי אפשר לשחרר עבד עברי ע"י הפקר. ואע"פ דלגבי עבד כנעני מצינו מחלוקת האמוראים האם המפקיר עבדו יצא לחירות או בעי גם שטר שחרור, כל זה קאי בעבד כנעני. אבל בעבד עברי כו"ע מודים דהוא יצא לחירות בהפקר לבדו בלי שטר שחרור.

והביאור בזה הוא דבעבד כנעני יש לאדון קנין איסור בעבדו, ונחלקו האמוראים האם הפקר דחל על קנין הממון שבו גורם ממילא שיפקע גם קנין האיסור, או"ד דהפקר זקוק גם לשטר כדי להפקיע את קנין האיסור. ואילו בעבד עברי אין לאדון בעבדו אלא קנין ממון בלבד ולכן פשיטא דהוא יוצא לחירות בהפקר לבד. ולפי"ז צ"ל דמסקנת הגמ' בסוגיין דמחילה לא מהני בעבד עברי משום דגופו קנוי, אין פירושו דיש בו קנין איסור, אלא דגופו קנוי בקנין ממון. וחידוש הגמ' הוא דמחילה לא מהני לסלק את קנין הממון הזה. ולפי ההבנה הזאת במסקנא צ"ל דבהו"א דהגמ' ס"ל דמחילה מהניא הביאור הוא דאין לאדון קנין ממון בגוף עבדו העברי אלא רק שעבוד למלאכה בלבד, ולכן מחילה מהניא לסלק את השעבוד. והחידוש דמסקנת הגמ' הוא דיש לאדון קנין ממון בגופו של עבדו ומחילה איפוא אינה מועילה.

לסיכום, לפי הרמב"ן גם בהו"א הגמ' ידעה דיש לאדון קנין ממון בגוף עבד העברי שלו והמסקנא הוסיפה דיש לו גם חלות קנין איסור. ולפי"ז הדגש במסקנת הגמ' הוא במלה "גופו" דר"ל דיש קנין איסור בגוף העבד. ומאידך התוס' נקטו דלפי ההו"א יש רק דין שעבוד למלאכה על העבד, והמסקנא הוסיפה דיש לאדון קנין ממון בגופו. ולפי"ז הדגש

במסקנת הגמ' הוא במלה "קנוי" דהיינו דהחידוש הוא דיש חלות קנין ממון בגוף העבד. ויוצא מכל זה דנחלקו התוס' והרמב"ן גם בהלכות מחילה וגם בגדר הקנין דעבד עברי.

ב

המחלוקת לגבי מחילה בקנין

לפי התוס' מסקנת הגמ' בנויה על זה דמחילה חלה רק על שעבוד ולא על קנין ממש.[607] מאידך לפי הרמב"ן יוצא מהגמ' דמחילה מהניא אפי' לקנין אך לא מהניא להתיר איסורים. וזה מבואר בלשון הרשב"א וז"ל והיכן מצינו קנין מעשה ידיו שאינו יכול למחול בעל פה עכ"ל, כלומר דיש לאדון קנין בעבדו ואעפ"כ מחילה מהני. ולכאורה זהו חידוש גדול דמחילה מהני בקנין, דהרי הפשטות היא כמו התוס' דצריך מעשה קנין להעביר את הבעלות דקנין לאדם אחר ולא מהני מחילה דהוי רק מעשה סילוק בלבד.

אמנם לכאורה מצינו דגם הרמב"ם נקט דניתן למחול חפצא בעין. דהרי כתב הרמב"ם (פרק ה מהלכות מכירה הלי"א) וז"ל יש דברים הרבה שאינן צריכין קנין ואין לקניין בהם טעם, כגון המשחרר את עבדו, והמגרש אשתו, או עושה שליח, או המוסר מודעה, או המבטל מודעה, או המוחל לחבירו חוב או פקדון שיש לו בידו, וכל כיוצא בדברים אלו עכ"ל. ונראה מזה דס"ל דהמפקיד יכול למחול את הבעין דנמצא ביד השומר. ולפי"ז י"ל דהרמב"ן סבור כמו הרמב"ם דיש מחילה על בעין.

ברם יש להעיר שהרי נחלקו המפרשים בדעת הרמב"ם. כי בהלכות זכייה (פרק ג הל"ב) משמע דאין מחילה חלה בפקדון, וז"ל מחל לחבירו חוב שיש לו עליו, או נתן לו הפקדון שהיה מופקד אצלו, הרי זו מתנה הנקנית בדברים בלבד ואין צריך דבר אחר כמו שביארנו עכ"ל. והלח"מ דייק דהרמב"ם סבור דאין מחילה מועלת בפקדון בעין מכיון דהוא שינה את לשונו ונקט "נתן לו הפקדון", ולא כתב "מחל לו" כמש"כ לגבי חוב. אמנם יותר נראה לפרש דברי הרמב"ם כמו המשנה למלך דדחה את הדיוק שדייק הלחם משנה על פי דברי הרמב"ם בהלכות מכירה דבהדיא נקט שם דמחילה מועלת אצל פקדון. והמשל"מ גם הביא את דברי הרמב"ם בהלכות טוען ונטען (פרק א הל"ג) דכמו"כ הזכיר מחילה אצל מטלטלין ביד השומר, וז"ל הטוען מטלטלין על חבירו וכפר בכל ואמר לא היו דברים מעולם, או שהודה במקצת ונתנו מיד ואמר אין לך בידי אלא זה והילך, או שאמר אמת שהיה לך אצלי אבל מחלת לי עכ"ל. ולפי"ז יוצא דהרמב"ם סבור דיש מחילה במטלטלין, כמו שיטת הרמב"ן לגבי עבד עברי.

[607] והשווה לדברי המהרי"ק (מובאים בקצוה"ח סימן רמא סק"ג) דהוכיח ממסקנת הגמ' דידן דמחילה אינה מהני במטלטלין הקנויים לו, אלא רק בחוב בלבד.

ונראה דפשיטא דהדין דהרמב"ם והרמב"ן דמחילה מועלת בקניית בעין חל דוקא כשהבעין נמצא ברשות הקונה כגון פקדון שיש לו בידו, או בעבד עברי דהרי גופו תמיד נמצא ברשות עצמו.[608] אולם כשהבעין ביד המוחל אין המחילה מועלת בדבר בעין, אפי' להרמב"ם והרמב"ן.[609]

ועוד נראה דאין הכרח לומר דהרמב"ן סבור כמו הרמב"ם דיש מחילה בפקדון ביד השומר. דשפיר ניתן לחלק ולומר דרק בעבד עברי יש מחילה אבל לא בדבר אחר בעין, אפי' בפקדון דהוי כבר ביד הנמחל. דאע"פ דאמרינן עבד עברי גופו קנוי לאדון, מ"מ אין לאדון בעלות גמורה על עבדו,[611] דהרי אין האדון יכול למוכרו.[610] אלא הביאור בקנין הגוף דע"ע הוא דיש לאדון קנין בגוף העבד לענין מלאכה. ויוצא דבעבד עברי יש ב' טעמים למה מחילה מהני בו: א) אין לאדון בעלות גמורה על עבדו, ב) העבד נמצא ברשות עצמו.

ולפי"ז מחילת הקנין בעבד עברי דומה למחילת חוב היכא דיש שעבודים. דהרי לכאורה יש למלוה מקצת קנין של שעבוד נכסים בנכסי הלוה, ויש להקשות דאע"פ דהוא יכול לסלק את חובו במחילה, היאך המחילה מועילה לקניינו בנכסי הלוה. ולפי הנ"ל י"ל דאע"פ דיש למלוה מקצת קנין שעבוד בשדה, מ"מ אין לו בעלות גמורה והקרקע עדיין נחשב בבעלות דלוה.[612] ולכאורה רואים מזה דבעלים במקצת יכולים למחול על קניינם, וכמו"כ האדון דהוי בעלים במקצת על העבד יכול למחול על בעלותו.

אבל בפקדון לכאורה ב' הטעמים האלו אינן נכונים. דהרי יש למפקיד בעלות גמורה על

[608] כן הביא הקצוה"ח (סימן רמא סק"ג) מהמהרי"ק, דעבד עברי מוחזק בעצמו. אבל עיי"ש דהקצוה"ח עצמו חולק על זה ונקט וז"ל אבל ודאי נגד קנין הוי רשות רבו עליו ממש ורבו מוחזק בו ואינו יוצא מרשותו אלא בשטר עכ"ל.

[609] ע"ע בזה ברשימות שיעורים לב"ק (לה: בענין טענו חטין והודה לו בשעורין, אות ה').

[610] רבינו זצ"ל הוכיח דאין לאדון בעלות גמורה על עבד עברי שלו מהא דאין האדון יכול למוכרו. ויש להעיר מדברי הגר"ח זצ"ל בחידושי הגר"ח על הש"ס לקידושין יח. (מהדורת מישור) דביאר דלפי הרמב"ם יש לאדון בעלות בדיני ממונות למכור את עבדו ואמתו, אלא דיש דין אחר דנלמד מגזה"כ דמונע את המכירה. אמנם מדברי הרלב"ג (מובאים בכס"מ פרק ב מהלכות עבדים הלי"ב) משמע כביאור רבינו זצ"ל דאין האדון יכול למכור את עבדו בגלל חסרון בעלות. דהרי הרמב"ם שם הביא את הדין דכשמת האדון, עבד עברי עובד את הבן אבל לא את הבת, והכס"מ כתב וז"ל וכתב רבי לוי בן גרשון בפרשת משפטים שיתבאר מזה שאין האדון שליט למכור עבדו או לתתו לאחר עכ"ל. ונראה להדיא דלפי הרלב"ג אין לאדון בעלות גמורה על עבדו העברי.

[611] וגם מבואר במשנה (ב"מ יב.) דעבד עברי זוכה במציאה לעצמו ומשמע להדיא מזה דאין גופו קנוי ממש לאדון. הראייה הזאת הובאה ברמב"ן וברשב"א על אתר. אבל בפירוש הר"ח בב"מ שם (יב:) ביאר דכל הסוגיא שם הוא נגד רבא דנקט ע"ע גופו קנוי. ומשמע מזה דלפי רבא גופו קנוי לגמרי.

[612] אבל יש להעיר מדברי האבנ"מ (סימן ק סק"ז) דמחילה אינה מהני בשעבוד נכסים, אלא בשעבוד הגוף. אלא דבלי שעבוד הגוף ממילא גם השעבוד נכסים מסולקים.

החפץ כדמוכח מזה דהוא יכול להקדישו[614] ולמוכרו.[613] ויוצא דאע"פ דהפקדון נמצא ברשות השומר, מ"מ על פי דין הפקדון נחשב כשלו וברשותו דהמפקיד. ולכן מסתבר דאפי' הרמב"ן דנקט דיש מחילה בעבד עברי אע"פ דגופו קנוי, עדיין חולק על הרמב"ם לגבי מחילה בפקדון שע"פ דין נחשב כשלו וברשותו של המפקיד. וגם נראה דלפי הרמב"ן אין הנגנב יכול למחול לגנב את החפץ הגנוב, אע"פ דהחפץ נמצא ביד הגנב. דיתכן דהרמב"ן סבור דמחילה מהני רק בקנין בעבד עברי מכיון דהעבד אינו ברשותו של האדון וגם אינו שלו לגמרי. מאידך בגניבה, אע"פ דהחפץ ברשות הגנב מ"מ כיון דהוי שלו דהנגנב לגמרי,[615] י"ל דהרמב"ן סבור דמחילה אינה מהניא בו.

ויש להסתפק לפי מה שביארנו ברמב"ן מה הדין היכא דיש לאחד קנין הגוף בשדה ולשני יש קנין פירות, האם בעל קנין הפירות יכול למחול על קניינו בפירות לבעל קנין הגוף. דהרי לכאורה זה דומה למחילת האדון בקנין שלו במעשה ידים דהעבד, דמועיל מכיון דיש לעבד בעלות בגופו.[616] אמנם יש לפשוט דמחילה כזאת לא מהני מגמ' בגיטין (עז.), אלא דבעל קנין הגוף צריך לקנות את קנין הפירות במעשה קנין. דהרי יש לבעל קנין פירות בנכסי מלוג דאשתו ואעפ"כ מבואר בגמ' דהוא רק יכול לסלק עצמו בעודה ארוסה, דהיינו לפני דיש לו הקנין פירות. אבל אחרי הנישואין צריך מעשה קנין ולא סגי במחילה. ומשמע מזה דבעל קנין הפירות אינו יכול למחול לבעל קנין הגוף.[617]

ונראה לבאר את החילוק בין מחילת האדון על קנין מעשה ידיו בעבד עברי שלו דמהני, לבין מחילת קנין הפירות לבעל קנין הגוף דלא מהני. דהרי קנין במעשה ידים של אדם קשור לבעלות על גוף האדם ואינו חלות קנין נפרדת מגוף האדם. ומסתבר איפוא דאם

[613] עיין ברמב"ם (פרק כב מהלכות מכירה הל"ט) וז"ל מי שהיה לו פקדון ביד אחר הרי זה מקנהו בין במכר בין במתנה, לפי שהפקדון ברשות בעליו הוא והרי הוא בחזקת שהוא קיים עכ"ל.

[614] עיין במרב"ם (פרק ו מהלכות ערכין הלכ"ב) וז"ל אין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו, כיצד היה לו פקדון ביד אחר וכפר בו זה שהוא אצלו אין הבעלים יכולין להקדישו, אבל אם לא כפר בו הרי הוא ברשות בעליו בכל מקום שהוא עכ"ל.

[615] לכאורה זה תלוי בגדר דקניני גניבה דהגנב. ועיין בזה ברשימות שיעורים לב"ק ריש פרק מרובה.

[616] ועיין במאירי לסוגיין (ד"ה כל שביארנו) דנקט דמחילה לא מהני בעבד עברי כמו דלא מהני בדקל לפירותיו וז"ל ותירץ זאת אומרת שאין אומרין בעבד עברי שאין גופו קנוי עד שנאמר חוב ממון לבד הוא עליו ודיו במחילה אלא גופו קנוי למלאכתו כעין דקל לפירותיו עד שיגיע זמנו ואחר שכן הרב שמחל על גירעונו ר"ל מה שנגרע מהשלמת עבודתו אינו מחול עכ"ל. אך המאירי חולק על פירוש הרמב"ן במסקנת הסוגיא, וספיקת רבינו זצ"ל הוא דוקא לשיטת הרמב"ן.

[617] אמנם עיין ברשימות שיעורים ליבמות (לו: בענין קנין פירות וקנין הגוף, אות ב) דרבינו זצ"ל הביא מב"ב (קלו:) דהיכא דיש לאב קנין הפירות ויש לבן קנין הגוף יש הו"א דאפי' למ"ד קנין הפירות כקנין הגוף דמי דהמכירה חלה ויש חידוש דלא קנה לוקח. הגמ' הסבירה וז"ל אמר לך ר' יוחנן אף על גב דבעלמא קנין פירות כקנין הגוף דמי, הכא אצטריך, סלקא דעתך אמינא אבא לגבי בריה אחולי אחיל, קא משמע לן עכ"ל. ורבינו זצ"ל העיר דמשמע דמחילה מהניא בקנין פירות. ועיי"ש שהאריך לבאר דיש ב' מיני קנין פירות – זכות בפירות לבד וקנין בגוף לפירות.

יש לראובן קנין על מעשה ידים של שמעון, דראובן יכול לסלק את עצמו וממילא קנין המעשה ידים חוזרים לשמעון מכיון דהוא הבעלים על שאר הגוף שלו, והוא עכשיו הופך להיות הבעלים גם על מעשי ידיו. מאידך קנין הפירות וקנין הגוף שבשדה מהווים ב' קניינים נפרדים וקנין הפירות אינו יוצא ממילא מקנין הגוף. והראיה דהם ב' חלויות שונות היא דיש מ"ד בגמ' דקנין הפירות כקנין הגוף דמי, ומוכרח מזה דאין קנין הפירות נחשב כפועל יוצא מקנין הגוף. ולכן מסתבר דבעל קנין הפירות אינו יכול למחול את קנינו לבעל קנין הגוף כמו דא"א לסלק ע"י מחילה מכל קנין אחר.

ג

המחלקות האם יש קנין איסור בעבד עברי

ביארנו דהרמב"ן נקט דיש חלות קנין איסור בעבד עברי, מאידך התוס' נקטו דהעבד נקנה רק בדיני ממונות בלבד. ויוצא מזה נ"מ לגבי הדין דהמפקיר עבד עברי. דכבר הבאנו דהתוס' חילקו בין המפקיר עבד כנעני דתלוי דינו במחלוקת האמוראים לבין המפקיר עבד עברי דבודאי יוצא לחירות בלי שטר דהרי אין בו אלא קנין ממון לבד. אבל לפי הרמב"ן דיש קנין איסור בעבד עברי, אזי הדין דמפקיר עבד עברי תלוי באותה מחלוקת האמוראים לגבי המפקיר עבד כנעני האם צריך שטר שחרור. דהיינו דשמואל (גיטין לח.) דנקט דהמפקיר עבדו יצא לחירות ולא בעי שטר שחרור כמו"כ יסבור דהמפקיר עבד עברי יצא לחירות לגמרי, ומאידך ר' יוחנן (גיטין לט.) דנקט דהמפקיר עבדו צריך גט שחרור יסבור דה"ה בעבד עברי.

וכמו"כ יש נ"מ דלפי הרמב"ן אם יש היכי תמצי דעבד עברי בלי חלות קנין איסור אזי מחילה מהני בו לשחררו. וזהו כוונת הרשב"א בסוף דבריו וז"ל ולפי דברי רבינו נ"ר מוכר עצמו שאין רבו מוסר לו שפחה כנענית א"צ שטר שחרור אלא במחילת גרעונו סגי ליה, וצריך תלמוד דהא סתמא תניא עכ"ל. כלומר, דנחלקו התנאים לעיל (יד:) האם מוכר עצמו מותר בשפחה כנענית או רק מכרוהו ב"ד. ואם מוכר עצמו אסור בשפחה כנענית אזי אין הוכחה דגופו קנוי לענין איסורים דהרי אין שום נ"מ בדיני איסור והיתר בין בן חורין לבין עבד עברי המוכר את עצמו. ולכן הרשב"א נטה לומר דבמוכר את עצמו אנו חוזרים להו"א של הגמ' דאין גופו קנוי ומחילה מהני. אבל לפי התוס' דגופו קנוי פירושו קנין הגוף לממון, אזי אין לחלק בין מכרוהו ב"ד למוכר עצמו אפי' למ"ד דאין היתר שפחה כנענית במוכר את עצמו דהרי בשניהם יש אותה חלות קנין ממון בגופם.

ובנוגע לקושיית הרשב"א דמשמע מהגמ' דגם מוכר את עצמו אינו יוצא לחירות במחילה אע"פ דאין גופו קנוי לפי הרמב"ן, עיין בדברי הריטב"א לעיל (יד: ד"ה מוכר את עצמו)

דנקט דמחלוקת התנאים לגבי היתר שפחה כנענית במוכר עצמו היא רק לגבי כפיית האדון, אבל כו"ע מודים דמדעת העבד יש לו היתר שפחה כנענית. והריטב"א הוכיח את ההיתר לשפחה כנענית מזה דגם מוכר עצמו בעי גט שחרור ויוצא דיש בו קנין איסור דמתירו בשפחה כנענית, וז"ל מוכר עצמו אין רבו מוסר לו שפחה כנענית - יש אומרים שאסור גם כן אפילו מדעתו בשפחה כנענית וכו' ואין זה נכון דאם כן מוכר עצמו למה צריך גט חירות שהרי אין גופו קנוי ממש, ולא מצינו גט אלא במקום שיש לרב קנין איסור דומה לגט אשה שצריכה גט וכו' אבל לעולם הוא הדין שהמוכר עצמו מותר בשפחה כנענית אלא שאין רבו כופהו בכך עכ"ל. ונראה דהרשב"א והריטב"א ס"ל כשיטת הרמב"ן דכוונת הגמ' דגופו קנוי היא דחל בו קנין איסור, אלא דנחלקו האם קנין האיסור קיים בכל עבד עברי. דהרשב"א סובר דקנין איסור חל רק במכרוהו ב"ד ולא במוכר עצמו לפי המ"ד דמוכר עצמו אין רבו מוסר לו שפחה כנענית, ולפי הריטב"א בכל עבד עברי חל קנין איסור המתירו בשפחה כנענית, ואף במוכר עצמו.

ד

מחילה בעבד עברי לפי מסקנת הסוגיא

והנה הריטב"א (ד"ה אלא שטר) סובר כשיטת הרמב"ן דמחילה לא מהניא בע"ע מפאת הקנין איסור שבו. אמנם הריטב"א הוסיף דלפי"ז אם אדם מוחל על קניינו לעבד עברי אזי המחילה באמת מהני לקנין ממון ונשאר רק קנין איסור, וז"ל והשתא דאתינן להכי כי אמרינן דלא נפיק בדברים היינו להפקיע קנין איסור זה לאסרו בשפחה אבל קנין מעשה ידיו פקע בדברים והוה ליה דומיא דמפקיר עבדו שיצא לחירות וצריך גט שחרור, והוא הדין נמי שהמפקיר עבדו עברי יצא לחירות וצריך גט שחרור מיהו התם בעבד כנעני הפקר הוא דמהני ליה להוציאו לחירות מיהת משום דכיון דאפקריה סילק ידו ורשותו ממנו ויש לו יד לזכות בעצמו במעשה ידיו, אבל מחילה לא מהניא ליה אפילו להוציא לחירות דמחילה כמתנה הוא וכשם שאין לו יד לזכות במתנה מיד רבו כך אין לו יד לזכות במחילה זו במעשה ידיו, אבל עבד עברי שמקבל מתנה מיד רבו ויש לו יד זוכה נמי במעשה ידיו על ידי מחילה עכ"ל. כלומר דבעבד כנעני מהני הפקר להפקיע את קנין הממון כי ע"י הפקר האדון מסלק את עצמו. אבל מחילה אינה מועילה מכיון דמחילה כמתנה ואין לעבד כנעני יד לקבל המתנה. ובעבד עברי דיש לו יד, מחילה מהניא כמו הפקר.

ומדברי הריטב"א משמע דלולי הטעם דאין יד לעבד כנעני מחילה היה מהני לסלק את הקנין ממון כמו הפקר. ולכאורה צ"ב דהרי בשלמא בנוגע לעבד עברי דאין גופו קנוי

ממש אזי מחילה מהניא ביה כנ"ל. אבל בעבד כנעני הרי הוא כשור וחמור דהאדון ולכאורה פשיטא דמחילה אינה מהניא בחפצא דקנוי לו ממש.[618] ונראה ששיטת הריטב"א דומה לשיטת הרמב"ם הנ"ל שיש כח לבעלים למחול הפקדון שברשות השומר לשומר, דהו"ה בעבד כנעני, אילו היה לעבד יד בעצמו היה האדון יכול למחול אותו לעצמו. אך מכיון דאין לעבד יד בעצמו לפיכך מחילת האדון לא מהניא ליה.

ה

שיטת התוס' בענין ההיתר בשפחה כנענית

אמנם לכאורה קשה להבין את שיטת התוס'. דהרי הרמב"ן הוכיח דיש קנין איסור בעבד עברי מזה דחלות העבדות מתירה ביאה עם שפחה כנענית דבדרך כלל אסורה לישראל.[619] וא"כ צ"ע לפי התוס' דס"ל דיש בעבד עברי רק קנין ממון בלבד, שאם אין קנין איסור בעבד עברי א"כ מה מתירו בשפחה כנענית. וגם לכאורה מבואר דיש קנין איסור באמה עבריה דהרי אדונה יכול ליעדה ולקדשה בע"כ (לעיל דף ה.),[620] ורואים דיש נ"מ בדיני קידושין דהוו דיני איסור והיתר, והיאך אפשר לבאר את זה לפי התוס' דס"ל דיש בעבד עברי רק קנין ממון בלבד.[621]

ונראה לבאר דהתוס' נקטו דאע"פ דאין בעבד עברי קנין איסור מ"מ חל בעבד חלות שם איסור. כי קנין איסור פירושו דהיחס של העבד לאדון וקנין האדון בו משנה את דיני איסור והיתר של העבד, ולפי התוס' ליכא קנין איסור בעבד עברי. מ"מ חל בעבד עברי חלות שם איסור, דפירושה דחלות העבדות עצמה בלי קשר לאדון משנה את דינו באיסור והיתר ומתירו בשפחה כנענית. ולכן כשאיתא בגמ' "עבד עברי גופו קנוי" התוס' הבינו דאיירי בקנין ממון דלגבי זה העבד קנוי לאדון. אבל התוס' לא שללו שחלות העבדות תתיר את העבד בשפחה כנענית, ואליבא דתוס' אע"פ שאין בעבד עברי קנין איסור מ"מ חל שם איסור מסויים בעבד עברי.

---

[618] ועיין בקהלות יעקב (סנהדרין סימן ה) דגם העיר על דברי הריטב"א כמו רבינו זצ"ל והעלה דאולי הריטב"א לא התכוון לקנין ממון ממש אלא לחיוב העבודה דעבד כנעני דאולי ניתן למחילה.

[619] ואכן הרמב"ם (פי"ב מהלכות איסורי ביאה הלי"א – הלי"ב) הוכיח מההיתר של עבד עברי בשפחה כנענית דישראל הבא על השפחה הוי רק איסור דרבנן ולא מדאורייתא. ובביאור שיטת הרמב"ם עיין בשיעורים לעיל (פתיחה למסכת אות ד) ולקמן (דף כא: ד"ה חידוש הוא, אות א', ובדף סח:), וברשימות שיעורים ליבמות (לז. ד"ה ראשון, אות ג').

[620] עיין בשיעורים לעיל (ה. תוד"ה שכן ישנן) דלפי ר"ת היעוד חל ממש בע"כ, ולפי הרמב"ם היעוד חל בלי דעת קידושין שלה אבל מ"מ בעינן הסכמתה.

[621] ויש להעיר דהריטב"א לקמן (יט.) חילק בין עבד עברי לבין אמה העבריה ונקט דאין קנין איסור באמה העבריה ולכן מחילה מהני בה וז"ל והיינו דאמרינן לעיל דאע"ג דעבד עברי לא סגי ליה במחילה אמה העבריה במחילה סגי לה דהא לית בה קנין איסור עכ"ל. ואע"פ שמייעד אמה עבריה בע"כ אין זה מוכיח דחל בה קנין איסור כי יעוד אינו אלא קידושין דעלמא. ושלא כדין עבד עברי שמותר בשפחה שעצם חלות דינו בנוגע לאיסורים השתנה בגלל קנין אדונו שחל מדין קנין איסור ודו"ק.

ואפשר דהתוס' למדו את החילוק הזה ממחלוקת האמוראים לגבי המפקיר עבדו הכנעני האם בעי שטר שחרור או לא. דהרי שיטת רב דבעי שטר שחרור מאוד מובן: יש ב' קינינים בעבד כנעני – קנין ממון וקנין איסור – וההפקר מסלק רק את קנין הממון ולא את קנין האיסור ולכן בעי שטר שחרור. ולכאורה היסוד הזה גם עולה מספיקת הגמ' בגיטין (מב:) לגבי דיני קנס במי ששורו נגח מעוכב שטר שחרור וז"ל איבעיא להו מעוכב גט שחרור, יש לו קנס או אין לו קנס, כסף שלשים שקלים יתן לאדוניו אמר רחמנא, והאי לאו אדון הוא, או דלמא כיון דמחוסר גט שחרור אדון קרינא ביה עכ"ל. ולכאורה פשיטא דאין לאדון שום קנין ממון בעבדו לאחר שהפקירו,[622] ואעפ"כ הגמ' נסתפקה האם הוא עדיין נקרא אדון לגבי קנס. ומוכח מזה דיש לאדון בעלות דקנין איסור כמו דיש לו בעלות לענין קנין ממון.

אבל לכאורה צע"ק בשיטת שמואל דהמפקיר עבדו יצא לחירות בלי שטר שחרור. דהרי משמע מזה לכאורה דאין לאדון בעבד כנעני רק קנין ממון לבד. אבל פשיטא דיש בעבד כנעני חלות שם איסור דהרי הוא חייב במקצת מצוות בגלל חלות העבדות שלו. וא"כ היאך אפשר לומר דהפקר, דהוי מעשה בדיני ממונות גרידא, גם משנה את דיני איסור והיתר של העבד. ואע"פ ששמואל הביא מקור מגזה"כ, וז"ל דאמר שמואל המפקיר עבדו יצא לחירות ואינו צריך גט שיחרור, שנאמר וכל עבד איש מקנת כסף וכו' עבד שיש לו רשות לרבו עליו קרוי עבד, שאין לו רשות לרבו עליו אין קרוי עבד עכ"ל, אפ"ה צ"ב בגדר הדין.

ונראה דניתן לבאר את שיטת שמואל בב' אופנים: א) שמואל מודה לרב דיש לאדון קנין איסור בעבדו הכנעני, אלא נקט דהפקעת קנין הממון גורם שגם קנין האיסור יפקע, דהיינו דהפסוק "עבד איש" מלמד דקנין האיסור תלוי בקנין הממון ואינו יכול להתקיים לבדו. ב) באמת שמואל חולק על רב ונקט דאין לאדון שום קנין איסור בעבדו. אלא דהקנין ממון דיש לאדון בו מחיל בו חלות שם עבדות דגורם לנ"מ בדיני איסור והיתר.

[622] לכאורה יש להעיר דהגמ' בהמשך הסוגיא הניחה דאם הקנס הולך לאדון גם תשלומי נזק דעלמא הולכין לאדון. ועיי"ש בתוס' (ד"ה ד"ה חבלי) דביאר וז"ל כיון דקנסא לרבו חבלה נמי לרבו דמה לי קטליה כולו ומה לי קטליה פלגא עכ"ל. והפנ"י (ד"ה חבלי בהו) הקשה על התוס' דמה הסברא דרבו יקבל את תשלומי הנזק אם אין לו קנין ממון על עבדו וז"ל אבל בקטליה פלגא כגון בחובל או סימא עינו שהחיוב הוא חמישה דברים וכולם ממון גמור לכל הפוסקים זולת הרמב"ם ז"ל שסובר דנזק וצער הוי קנס כמו שאפרש בסמוך וא"כ מהיכא תיתי יזכה בו הרב כיון שאין לו עוד שום זכות ממון עכ"ל. ועיי"ש דתירץ דגוף העבד עדיין שייך לרבו אפי' לאחר דהפקירו וז"ל הנראה דבאמת לא מקשה הש"ס הכא משבת וריפוי ובושת וצער אלא מנזק לחוד כיון שהגוף עדיין לרבו נראה לש"ס דכיון דגלי קרא בשלשים של עבד שהוא לרבו כל היכא דנקרא אדון ה"ה לנזק דמה לי קטליה כוליה כו' עכ"ל. ומשמע מדבריו דעדיין יש לאדון קנין ממון מסויים בעבדו. וי"ל שהוא מדין שלו אך אינו ברשותו, שהקנין שלו תלוי נמי בקנין איסור שעדיין יש לו כל זמן שלא נתן לו שטר שחרור.

ולכן כשהקנין ממון פקע ע"י ההפקר, כל חלות העבדות פקע ואין עוד חלות שם עבד בגברא לגרום דיני איסור שלו.

ולפי"ז אפשר לבאר דתוס' בסוגיין ס"ל דהגדר דעבד עברי הוא כמו הפירוש הב' בשיטת שמואל לגבי עבד כנעני. דהיינו, דהתוס' נקטו דיש לעבד עברי חלות שם איסור בגברא ולכן הוא מותר בשפחה כנענית, אבל אין לאדון קנין איסור בעבדו. כי יש לאדון רק קנין הגוף בדיני ממונות בעבדו דמחיל בו חלות שם עבדות, וחלות השם של עבד שחל בגברא בלי קשר ישיר לקנין האדון גורם דיני איסור והיתר דהעבד. ולפי"ז מבואר למה לפי התוס' פשיטא לכו"ע דהמפקיר עבד עברי יצא לחירות בלי שטר שחרור.

ועוד נראה לבאר את דעת התוס' באופן אחר, דנקטו דאין קנין איסור כלל בעבד עברי. והא דהוכיח הרמב"ן דיש בו קנין איסור מזה דהוא מותר בשפחה כנענית, י"ל דמצינו דהתוס' עצמם כבר פירשו דההיתר בשפחה כנענית חל מכח הקנין ממון עצמו. דהגמ' ביבמות (ע.) דנה בגדר דתושב ושכיר דהתורה אומרת שאינם אוכלים בקרבן פסח, וגם בתושב ושכיר דכהן דאינם אוכלים בתרומה. ולגבי קרבן פסח איתא בגמ', וז"ל האי תושב ושכיר דכתב רחמנא בפסח מאי ניהו, אי נימא תושב ושכיר ממש (רש"י - קנוי קנין שנים או נרצע), משום דהוה ליה תושב ושכיר איפטר ליה מפסח והא קיימא לן גבי תרומה דלא אכיל אלמא לא קני ליה רביה, הכא נמי לא קני ליה רביה, אלא לאפנויי עכ"ל. ומבואר דפשיטא להגמ' דעבד עברי דנקנה לשש שנים וגם עבד נרצע אינם אוכלים בתרומה וחייבים בפסח, כלומר, דאינם שונים לגבי איסור והיתר מישראל בעלמא. והתוס' שם (ע: ד"ה אלמא) הקשו מזה דעבד עברי מותר בשפחה כנענית, וז"ל והא דאמר בפ"ק דקידושין (דף טז. ושם) דעבד עברי גופו קנוי היינו לענין שצריך גט שחרור ואין יוצא באמירה בעלמא אבל לענין מצות לא, והא דשרי בשפחה כנענית היינו משום שצריך שיעבוד את רבו בין ביום בין בלילה כדכתיב כי משנה שכר שכיר עבדך דשכיר קרייה רחמנא עכ"ל. ונראה דהתוס' נקטו דאין לעבד עברי קנין איסור, והא דעבד עברי מותר בשפחה כנענית הוא מחמת החיוב שלו לעבוד את רבו ביום ובלילה, דהיינו מחמת הקנין ממון שבו.

וצריך להבין היאך הרמב"ן וסיעתו הבינו את הגמ' הזאת, דהרי מבואר בגמ' דעבד עברי לא קני ליה רביה לענין איסורים כמו אכילת תרומה וקרבן פסח, בשונה מעבד כנעני. ולכאורה אם יש לאדון קנין איסור בעבדו העברי, למה פשיטא לגמ' דלא קני ליה רביה. ונראה דרש"י (שם ד"ה הכא נמי) כבר רמז לתירוץ של הקושיא הזאת בלשונו הזהב, וז"ל הכא נמי לא קני - גופיה לרביה וישראל מעליא הוא וחייב בפסח עכ"ל. כלומר,

דרש"י הדגיש דעבד עברי עדיין ישראל מעליא הוא בשונה מעבד כנעני. והביאור בזה הוא דחלות שם קנין כספו כדי לאכול בתרומה תלוי בסוג של חלות שם עבד דמגרעת מקדושת ישראל שבגברא. ובעבד כנעני כבר הבאנו לעיל (ו: ד"ה א"ל רבינא לרב אשי) את שיטת בעלי התוס' דטבילה ראשונה בעצם ראויה היא להחיל חלות שם קדושת ישראל על העבד אלא דהחלות שם עבד שבו מונע את הקדושה מלחול בפועל. ורק חלות שם עבדות כזאת דמגרעת מהקדושת ישראל שבגברא נחשבת כקנין כספו דאדון להאכילו בתרומה. מאידך בעבד עברי, אע"פ דיש לאדון בו קנין איסור מ"מ חל עליו קדושת ישראל גמורה, ולכן הוא אינו אוכל בתרומה. והא דמותר ע"ע בשפחה כנענית אינה מפאת חסרון בקדושת ישראל אלא היתר בעלמא על האיסור של שפחה.[623]

ע"כ ענין עבד עברי גופו קנוי

גמ'. אי משום מיתת האדון לאו שיורא הוא, דכיון דאיכא נמי באיש לא קתני.

הראשונים נחלקו בפירוש ההיכי תמצא דמיתת האדון בעבד עברי. דרש"י פירש (ד"ה דאיתא נמי באיש) וז"ל דנרצע נמי יוצא במיתת אדון דאינו עובד את הבן עכ"ל. והרשב"א (ד"ה מיתת האדון) ביאר בדעת רש"י דהגמ' איירי בעבד נרצע ולא בעבד עברי תוך שש, משום דעבד עברי בתוך שש עובד את הבן אלא דאינו בירושה לאח או לבת. אבל הרשב"א עצמו הוכיח מלשון המשנה והגמ' דמיתת האדון בעבד עברי קאי בכל עבד ואפי' תוך שש, וז"ל ומסתברא דאיתיה באיש בכל איש קאמר דהא נמי שאינו נרצע אינו עובד לא את הבת ולא את האח וכי קתני מלתא דליתא כלל באיש כגון סימנין מלתא דשייכא באיש לא קתני עכ"ל. ולכאורה שיטת רש"י צ"ב קצת, דלמה הוא נמנע מלפרש את הגמ' כמו הרשב"א דהיציאה לחירות במיתת האדון קאי בכל עבד, אפי' תוך שש כשאין לאדון בן.

ונראה לבאר דרש"י סובר דהדין דעבד נרצע ואמה העבריה יוצאים לחירות ע"י מיתת האדון חלוק ביסודו מיציאת העבד תוך שש כשאדונו מת כשאין לו בן. דהרי י"ל דבעבד נרצע ובאמה העבריה המיתה מפקיעה את חלות העבדות ולכן העבד לעולם יוצא לחירות. מאידך הא דאין העבד עובד לאח או לבת האדון כשמת תוך שש הוי דין מסויים בירושה, כלומר דהאח או הבת מופקעים מלירש את העבד. ומכיון דהאדון מת ואין יורש דזוכה בו, אזי העבד יוצא לחירות ממילא. אמנם עצם זה דהעבד עובד לבן האדון, בין אם זה מדין ירושה ובין אם זה מדין חדש,[624] מורה דאין מיתת האדון חלה

[623] עיין ברמב"ם (פרק יב מהלכות איסורי ביאה הלי"ג) דלפי התרגום שפחה אסורה באיסור זנות של קדשה. ובכן י"ל דביאת ע"ע בשפחה מחמת קנין האדון אינה ביאת זנות דקדשה.

[624] עיין בשיעורים לעיל (יד: ד"ה ואידך) דרבינו הביא את החקירה הזאת דהמנחת חינוך.

כמפקיעה של העבדות. ולכן לפי רש"י, אין טעם דמיתת האדון תוך שש יופיע בדרכי השחרור הנמנים במשנה.

תוד"ה מיתה. בא"ד. דאי חופה מוציאה מרשות אדון אין אדם קונה בת חבירו שהרי יכול להכניסה ולהוציאה מרשות אדון.

מבואר בתוס' דאין האב יכול להשיא את בתו אחר דמכר אותה כאמה עבריה ולהוציאה מרשות האדון בחופה דאז אף אחד לא היה רוצה לקנותה כאמה. ונראה דהתוס' קאי בשיטת רבי יוסי דמעות הראשונות לאו לקידושין ניתנו ולכן חופה היתה מוציאה מרשות האדון לגמרי. אבל לפי החכמים דמעות הראשונות לקידושין ניתנו, אזי מבואר בגמ' לקמן (יט:) דאחרי דהאב השיאה לאדם מן השוק עדיין ייעוד דהאדון מפקיע את האישות והיא מיועדת לאדון. וא"כ, גם אם חופה היתה מוציאה מרשון אדון עדיין היו אנשים רוצים לקנותה כאמה, שהרי יכולים לייעדה ולבטל את החופה למפרע מכח היעוד.[625]

תוד"ה מיתה. בא"ד. י"ל מה לחופה שכן אינה מוציאה מרשות אב אלא מדעתו.

עיין מש"כ בשיעורים לעיל (ה. בענין חופה קונה אות ה') לגבי דעת האב בנישואי בתו הקטנה.

דף טז:

גמ'. ואלא ארבעה מאי ניהו, שנים, ויובל, ויובל של רציעה, ואמה העבריה בסימנים.

א

יסוד הדין דעבד יוצא ביובל

לפי דחיית הגמ', הברייתא הזכירה יציאה דיובל בתוך שש ויציאה דיובל בעבד נרצע כשני דברים שונים, ומשמע מזה דהם ב' דינים חלוקים ביסודם. ונראה לבאר דכשיובל פוגע באמצע שש, אזי היציאה לחירות חלה כהגבלה בזמן העבדות מלכתחילה, כלומר דהעבד נמכר רק עד זמן היובל ולכן הוא ממילא יוצא ביובל כי כלה זמן העבדות. ואילו רציעה מחילה חלות עבדות לעולם ממש, אלא דיובל חל כמפקיע של העבדות.

ובנוגע לנידון זה האם עבד יוצא ביובל מכיון דכלה זמן המכירה או דהיובל חל כמפקיע דהעבדות, י"ל דיש נ"מ לגבי הדין דברח ופגע בו היובל. דלפי הרמב"ם נחלקו בזה הבבלי

[625] וכדברי רבינו זצ"ל כתב הפנ"י (ד"ה דאי חופה). אבל באמת יש לחלק דמעות הראשונות חלין ביעוד לבטל קידושין שהאב עושה למפרע, כי כשמיעדה האדון הריהי עדיין אמה עבריה שאפשר ליעדה. משא"כ אם חופה מוציאה דאינה עוד אמה אחרי החופה ולכן לכו"ע א"א ליעדה גם לפי המ"ד דמעות הראשונות לקידושין ניתנו. וא"כ דברי התוס' הם לכו"ע.

והירושלמי. דמבואר בגמ' לקמן (טז:-יז.) דעבד שברח תוך שש חייב להשלים את הזמן אצל אדונו, ונחלקו הראשונים האם גם בפגע בו יובל חייב להשלים.[626] והרמב"ם (פרק ב מהלכות עבדים הל"ד) פסק על פי הבנתו בגמ' לקמן דכשפגע בו יובל העבד אינו חייב להשלים את הזמן, וז"ל אחד המוכר עצמו או שמכרוהו ב"ד וברח חייב להשלים שש, ואם פגע בו יובל יוצא לחירות עכ"ל. ומבואר בזה דחלוק הדין דיציאה בשש מהדין דיציאה ביובל. אבל הכס"מ הביא את הירושלמי דחולק על זה ונקט דאפי' כשפגע בו יובל העבד חייב להשלים את הזמן אצל האדון כמו ביציאה דשש.

ונראה לבאר דלפי הרמב"ם נחלקו הבבלי והירושלמי בגדר הדין דיציאה ביובל. דהירושלמי נקט דכמו דעבד עברי בעלמא נמכר לזמן עד שש שנים, כמו"כ יובל באמצע העבדות גורם שהמכירה לכתחילה חלה לזמן מוגבל דהיינו עד היובל. וא"כ כמו דביציאה דשש העבד חייב להשלים את הזמן לאחר שש דהרי סוף סוף הוא חייב לשרת לאדונו לשש שנים, הו"ה דהעבד חייב לשרת לאדון למשך השנים עד היובל ולכן כשברח לפני היובל הוא חייב להשלים את הזמן אפי' לאחר היובל. ומאידך הבבלי נקט דיובל מהווה חלות דין מפקיע דמבטל את העבדות, וא"כ יובל גורם לשחרור גמור ואין העבד חייב להשלים את הזמן. ורק ביציאה דשש יש דין דהעבד שברח חייב להשלים את הזמן דהרי הוא חייב לשרת לאדון לשש שנים ולא השלים את הזמן.

וי"ל דהבבלי אזיל לשיטתו בזה דיובל הוי חלות דין מפקיע ולא חלות הגבלה בזמן מלכתחילה. דמבואר בשו"ט לעיל (ד.) דיש הו"א דאע"פ דסתם עבד עברי דכהן אינו אוכל בתרומה מ"מ עבד נרצע דכהן אוכל בתרומה, וז"ל דתניא תושב זה קנוי קנין עולם (רש"י - עבד עברי הנרצע ביד כהן), שכיר זה קנוי קנין שנים (רש"י - שלא הגיע לו עדיין שש שנים), יאמר תושב ולא יאמר שכיר ואני אומר קנוי קנין עולם אינו אוכל קנוי קנין שנים לא כ"ש, אילו כן הייתי אומר תושב זה קנוי קנין שנים, אבל קנוי קנין עולם אוכל, בא שכיר ולימד על תושב, שאע"פ שקנוי קנין עולם אינו אוכל עכ"ל. ולכאורה ההו"א הזה קצת צ"ב, דהרי מאי שנא עבד שש מעבד נרצע בנוגע לאכילת תרומה. אלא דמשמע מזה דהגמ' הניחה דב' סוגי העבד חלוקים ביסודם כנ"ל. דעבד שש הוי לכתחילה עבד רק לשש שנים בלבד והיציאה בסוף שש הוי ממילא, אבל עבד נרצע בעצם הוי עבד לעולם אלא דיובל חל כמפקיע, ולכן יש הו"א דעבד דהוי "קנין עולם" ממש מותר לאכול בתרומת אדונו ובעינן גזה"כ מיוחדת לאוסרו בתרומה.

[626] עיין בתוס' ר"י הזקן (יז.) ובריטב"א (טז: ד"ה בורח) דהביאו ב' דעות האם העבד חייב להשלים את הזמן דברח לאחר היובל.

ונראה דהחקירה הזאת בגדר דעבד נרצע והיציאה ביובל תלויה בב' הפירושים במכילתא לפסוק "ועבדו לעולם" דעבד נרצע. דהנה כו"ע מודו דהוא עובד רק עד היובל, אמנם נחלקו התנאים בפירוש המלה "לעולם", וז"ל ועבדו לעולם, עד היובל, שהיה בדין ומה אם הכסף שיפה כחו וקונה הכל אינו קונה אלא שש, רציעה שאינה קונה אלא עבדים אינו דין שלא תקנה אלא שש, הא מה ת"ל ועבדו לעולם עד היובל, או ועבדו לעולם כמשמעו, ת"ל (ויקרא פרק כה פסוק י) ושבתם איש אל אחוזתו, רבי אומר בא וראה שאין העולם אלא חמשים שנה, שנא' ועבדו לעולם (שם פסוק מ) עד היובל עכ"ל. ומשמע מדברי הת"ק דפירוש המלה "לעולם" הוי לעולם ממש, אלא דיש לימוד להגביל את העבדות עד היובל. אבל רבי נקט דהמלה "לעולם" פירושה עד היובל. ונראה לבאר דנחלקו בחקירה הנ"ל, דלפי הת"ק עבד נרצע הוי עבד לעולם ממש וכפירוש הפשוט דהפסוק, אלא דיש לימוד דיובל בא ומפקיע את העבדות. אבל לפי רבי, הפירוש הפשוט דהפסוק הוא דעבד נרצע הוי עבד רק עד היובל, כלומר דהוי מכירה לזמן.[627]

ב

חזרת שדות ביובל

ובדומה לחקירה הנ"ל לגבי הגדר דשחרור עבד נרצע ביובל, יש לעיין בדין דשדות חוזרות לבעליהן ביובל, האם המכירה מעיקרא חלה כמכירה לעולם אלא שבשנת היובל יש אפקעתא דמלכא העוקרת את הקנין ומחזירה את השדה לבעליה הראשונים, או"ד דעצם המכירה מעיקרא מוגבלת וחלה רק עד לזמן היובל, דהלוקח את השדה מלכתחילה קונה אותה לזמן רק עד שנת היובל בלבד.[628]

ולכאורה יש בספק זה סתירה בין הסוגיות. דאיתא בב"מ (קט.) דבקונה שדה בזמן שיובל נוהג הלוקח מחזיר רק את השדה עצמה ולא את השבח שהשביחה משום ד"דזביני מעליא הוא ויובל אפקעתא דמלכא". ומשמע מזה דהקנין חל בתחילה כקנין גמור לעולם אלא דבשנת היובל חלה אפקעתא דמלכא העוקרת את הקנין ומחזרת את השדה לבעליה הראשונים.

ומאידך בגיטין (דף מח.) איתא וז"ל א"ר יוסף אי לאו דאמר ר' יוחנן קנין פירות כקנין הגוף דמי לא מצא ידיו ורגליו בביהמ"ד, דא"ר אסי א"ר יוחנן האחים שחלקו לקוחות הן ומחזירות זה לזה ביובל, ואי ס"ד לאו כקנין הגוף דמי לא משכחת דמייתי ביכורים אלא חד בר חד עד יהושע בן נון עכ"ל. ומבואר בגמרא אליבא דר' יוסף דבזמן שהיובל

[627] והשווה לדברי המשך חכמה על הפסוק (שמות פרק כו פסוק ו).

[628] ועיין ברשימות שיעורים לב"מ (עט. בענין החזרת השדות לבעליהן ביובל) דרבינו זצ"ל דן בסוגיא הזאת באריכות.

נוהג הקנין חל רק כקנין פירות בלבד, ולכן דן בו האם כקנין הגוף דמי להביא ביכורים מהשדה או לא. ולכאורה מוכח דחלות הקנין אינה חלות קנין לעולם דא"כ למה הוי רק קנין פירות בלבד, בדין הוא שיהיה קנין הגוף. ומוכרח דחל הקנין רק עד לזמן היובל בלבד ולא לעולם, ומשו"ה אינו חל כקנין הגוף אלא רק כקנין פירות בלבד. ומשמע מכאן דהקנין בזמן שהיובל נוהג מוגבל הוא בזמן ואינה חלות קנין לעולם, דדין יובל חל בעצם המכירה מעיקרא לצמצמה ולהגבילה לקנין פירות דחל רק עד לזמן היובל, ואין הקנין חל כקנין הגוף לעולם.[629]

ובנוגע לשיטת הרמב"ם, עיין בדבריו (פכ"ג מהל' מכירה הל"ו) וז"ל ומה הפרש יש בין המוכר קרקע לזמן קצוב ובין המקנה אותה לפירותיה שהקונה לפירות אינו יכול לשנות צורת הקרקע ולא יבנה ולא יהרוס אבל הקונה לזמן קצוב הוא בונה והורס ועושה בכל זמנו הקצוב כמו שעושה הקונה קנין עולם לעולם עכ"ל. וכתב הראב"ד וז"ל איני מוצא מוכר לזמן קצוב שיבנה ושיהרוס כו' אפשר מוכר שדה לששים שנה או לחמישים שנה או לארבעים שנה שיעשה בו כל חפצו כל ימי המכר מפני שהוא כמוכר בזמן היובל עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם השווה מכירת קרקע לזמן למכירת קרקע בא"י בזמן שהיובל נוהג, והראב"ד מסופק האם אפשר להשוותן. ומבואר מכאן דהרמב"ם סובר דחלות המכירה בזמן היובל חלה כחלות מכירה לזמן, דעצם המכירה מעיקרא חלה רק עד לזמן היובל. ואילו הראב"ד מסופק דדלמא שאני מכירה בזמן דיובל דעצם המכירה חלה לעולם, אלא כשמגיע שנת היובל בא יובל ומפקיע את הקנין מדין אפקעתא דמלכא, ומשו"ה ס"ל שאין לדמותו לקנין לזמן קצוב.

גמ'. ולא קשיא הא דאיתיה לאב, הא דליתיה לאב.

ויש לעיין האם הדין דכשאין אב אזי אמה העבריה מקבלת את ההענקה חל רק היכא דהאב מת לפני היציאה בסימנין או"ד הבת זוכה בענק אפי' אם האב מת אחר שחרורה. ועיין ברמב"ם (פרק ג מהלכות עבדים הלט"ו) וז"ל וענק אמה העבריה וכן מציאתה לאביה, ואם מת אביה קודם שיבא לידו הרי הן של עצמה ואין לאחיה בהם כלום שאין אדם מוריש זכות שיש לו בבתו לבנו עכ"ל. ונראה מלשונו ד"אם מת אביה קודם שיבא לידו" דהדין דאין אדם מוריש ענק בתו לבנו חל כל זמן דהאב לא הספיק לגבות. וכן איתא בתוס' ר"י הזקן וז"ל דליתיה לאב – שלא הספיק לגבות עד שמת עכ"ל.

והקשה המשנה למלך (ד"ה ואם מת אביה) דמשמע מריש פרק ד' דכתובות דרק לגבי קנס אמרינן דאב אינו מוריש את החיוב לבניו, אבל בזכות ממון, כל זמן דהחיוב חל אזי

[629] ועיין בשיעורי רבינו חיים הלוי על ב"מ (קט.) דגם עמד על הסתירה הזאת בין הסוגיות ועיי"ש מה שתירץ.

האב מוריש את הזכות לגבות להאחין. וזה מה דאיתא במשנה שם (מב.) וז"ל מעשה ידיה ומציאתה, אף על פי שלא גבתה, מת האב הרי הן של אחין עכ"ל. וא"כ מדוע סובר הרמב"ם לגבי הענקה דאם מת האב לאחר השיחרור אך לפני הגבייה דהענק הולך אל הבת ולא אל האחין היורשין.

ונראה לבאר דשאני הענקה מחיוב ממון דעלמא דהרי אין שעבוד ממון חל כלל בהענקה אלא דהוי מצות נתינה בעלמא, ומכיון דהענקה אינו חיוב ממון מהאדון אל האמה י"ל דהאב אינו יכול להורישו בירושה לבניו.[630] והביאור בזה הוא דבעצם גם האב אינו ראוי לזכות בהענקה דבתו דהרי הענקה חלה כמצות נתינה מהאדון אל האמה ואינו חיוב ממון כדי לומר דהאב זוכה בו. אלא דכשהאב קיים הוא זוכה בהענקה מסבה אחרת, דהיינו מכיון דהוא מכר אותה הוא זוכה בממון דהאדון נותן. דהרי בדרך כלל פסקינן כמו הת"ק לעיל (יד:) דבמוכר עצמו אין מעניקים לו והיה ניתן לומר דגם אמה העבריה דאינה נמכרת ע"י ב"ד כמו"כ אינה מקבלת הענקה. אלא די"ל דרק בעבד עברי דבאמת מכר את עצמו אזי אין מעניקין לו, אבל אמה העבריה אינה מוכרת את עצמה אלא דהיא נמכרת ע"י האב ומפני זה מעניקין לה. ומכיון דהדין דהענקה חלה רק מפני דהאב מוכרה י"ל דהוא מקבל את הממון בסוף. אבל יוצא מכל זה דאין האב גובה את ההענקה בתורת זכות ממון דיש לו בבתו ומובן למה הוא צריך לגבות את הממון כדי להורישו לבניו.

ועל פי זה נראה נמי לבאר את פסק הרמב"ם (פרק ג מהלכות עבדים הלט"ו) דאין בע"ח גובה את הענקה מהעבד עברי אפי' לאחרי הגבייה, וז"ל ענק עבד עברי לעצמו ואין בעל חוב גובה הימנו עכ"ל. ולכאורה קשה, מדוע אין בע"ח גובה מהעבד דכבר זכה בדמי ההענקה דהרי לוה חייב לשלם כל ממון דיש לו לבע"ח. וי"ל דמצינו דין דומה בצדקה דקיבל עני. דהרי הקצוה"ח (ריש סימן לט) הביא מחלוקת בין הראשונים האם כופין על צדקה שלא בפניו וביאר הקצות דנחלקו האם יש שעבוד ממון בצדקה. ועיין במרדכי (ב"ב רמז תצז, מובא במשנה למלך פרק ג מהלכות עבדים הלי"ב) דהביא דעה דאין בע"ח גובה מן הצדקה דקיבל הלוה, וז"ל מעשה באחד שהיו נושין בו מנה ונצטרך לבריות ושט אחרי פרנסתו עד שהביא מאתים זוז ותבעו הנושה והלוה משיב לו לא רחמו עלי אלא כדי לפרנס בני ביתי ולא לפרוע חובי ושאלו לר' אבי העזרי ופטרו דתניא בתוס' דפאה מעשר עני אין פורעין ממנו מלוה וחוב ואין משלמין ממנו גמולין ואין פודין ממנו שבויין ורבינו

[630] אבל עיין לעיל (טו. ד"ה ואידך) דרבינו זצ"ל דייק מהגמ' שם דיש שעבוד ממון בהענקה, וצ"ע. ואולי י"ל דחיוב הממון דהענקה תלוי בקיום מצותה, וקיום מצות הענקה מתקיימת רק בנתינה לאב או לבת ולא ליורשי האב ולכן כשמת האב לפני שקבל את ההענקה, אזי קיום המצוה מחייבת לתת את ההענקה לבת או ליורשי האב, וממילא חיוב הממון לאב פקע וההענקה ניתנה רק לבת בלבד.

שמחה חייבו שצדקה אינו אלא כמתנה בעלמא כיון דנכסוהי דאיניש אינון ערבין ביה חייב עכ"ל. וסברת ר' אבי העזרי הוא דבע"ח יכול לגבות רק מממון דעלמא דיש ללוה, אבל צדקה בתחילה חלה כמצות נתינה מהעשיר אל העני בלי שעבוד ממון, וגם אחרי קבלת העני הממון נשאר עם חלות שם ממון דמצוה דמופקע משעבוד רגיל, ולכן אין הבע"ח גובה מהצדקה. וי"ל דהרמב"ם סבור בדומה לזה לגבי הענקה, דמכיון דהענקה חלה כמצות נתינה דעלמא מהאדון אל העבד בלי שעבודים אזי גם אחרי זכיית העבד, הממון מופקע משעבודים ואין בע"ח גובה הימנו.[631]

דף יז.

גמ'. אמר רב ששת הכא במאי עסקינן כגון שברח ופגע בו יובל, מהו דתימא הואיל ואפיק ליה יובל שילוחו מעמך קרינן ביה, ולא ניקנסיה ונעניק ליה, קמ"ל.

מבואר בגמ' דאם העבד ברח ועבר ששת שנים דהוא צריך להשלים את השנים דחיסר, וגם פשיטא דיש לו הענקה בסוף שש שנים דעבודה. אבל בברח ופגע בו יובל מבואר בגמ' דהוא לא מקבל הענקה, אמנם יש לעיין האם הוא חייב להשלים. ועיין בתוס' ר"י הזקן דהביא ב' דעות בנידון. והבאנו לעיל (טז: ד"ה ואלא) דהרמב"ם (פרק ב מהלכות עבדים הל"ד) פסק דאינו חייב להשלים, אבל הכס"מ הביא דהסמ"ג פסק כתלמוד ירושלמי דצריך להשלים. וצריכים לבאר את השו"ט לפי ב' הצדדים.

והנה צ"ב לפי המ"ד דהעבד חייב להשלים אחר היובל מהו החילוק בין ברח ופגע בו שש דהוא מקבל ההענקה מכיון דהשלים את השנים, לבין ברח ופגע בו יובל דאינו מקבל ההענקה אע"פ דהשלים את השנים. וצ"ל דחלוק דין ההשלמה בב' המקרים. דבברח ופגע בו שש אזי ההשלמה הוי המשך של הזמן הראשון דהיה עבד אצל האדון וחל מדין עבדות. כלומר, דהעבד צריך להיות חלות שם עבד לאדון לשש שנים והזמן דברח באמצע אינו מעלה ואינו מוריד משש שנים האלו. ומכיון דהוא ממשיך את העבדות שלו ומשלים את שש השנים, אזי הוא יוצא לחירות בהענקה כמו כל עבדים אחרים לאחר שש.

מאידך, בברח ופגע בו יובל אע"פ דהוא חייב להשלים זהו רק בתורת חיוב ממון כלפי האדון. כלומר, דהיובל מפקיע ממנו את חלות שם העבדות דאינו עוד עבד. אבל הוא שיעבד את עצמו לעבוד לאדונו לסכום השנים דהיו עד שנת היובל, ולכן עכשיו מדין

[631] עיין בש"ך (חו"מ סימן פו סוף סק"ג) דגם ביאר את הרמב"ם על פי המרדכי דאין הבע"ח גובה מן הצדקה, אבל בלי סברת רבינו זצ"ל.

חיוב ממון זה הוא צריך לעבוד לאדון כדי להשלים את השנים דהוא ברח. ולכן אחר היובל הוא אינו מותר בשפחה כנענית מכיון דאין עליו עוד חלות שם עבד.[632] ולפי"ז מובן למה הוא אינו מקבל ההענקה, דהרי הפקעת העבדות דיובל לא היה שילוחו מעמך שהרי ברח, והשנים דהוא עובד את האדון אחר היובל הרי הם בתורת פועל בלי חלות שם עבד.

ולפי המ"ד דהעבד אינו חייב להשלים אחר היובל אזי מסקנת הגמ' דהוא לא מקבל ההענקה מובן מאד, אבל קצת צ"ב בהו"א הגמ', דמאי טעמא קס"ד דהפקעת היובל הוי בגדר דשילוחו מעמך. ונראה לבאר דבגרעון כסף ברור דאין מעניקין לו לפי הת"ק בגלל אופן היציאה שלו, כלומר דהוא יצא מעצמו בלי רצון האדון. אבל בהו"א הגמ' קס"ד דזה דאין מעניקין לברוח אינו משום אופן היציאה שלו אלא מטעם אחר,[633] דהיינו דע"י בריחתו הוא עובר על האיסור לא תגזול ולא תעשוק דהוא גוזל מהאדון את שאר שנות העבדות שלו. וזה מדוייק בלשון הגמ' דמשמע דבורח אינו מקבל את ההענקה מדין קנס. ומכיון דהטעם דאין בורח מקבל הענקה הוא משום דגזל מהאדון בבריחתו, אזי יש הו"א דאם פגע בו יובל ועכשיו הוא אינו יוצא בגלל הגזילה שלו אלא מחמת היובל, דאולי אין טעם לקנוס אותו והוא זוכה בהענקה.[634]

ועוד נראה לבאר ע"פ גדר הדין דלא צריך השלמה לאחר היובל. די"ל דבעבד דראוי לעבוד לשש שנים ואז לצאת לחירות אין לאדון קנין גמור על העבד להחשיבו כשורו וחמורו. ואע"פ דיש לאדון עליו קנין הגוף מ"מ עיקר הקנין הוא שהעבד יעבוד בעדו כפועל ושכיר. ולפי"ז מובן למה אם הוא ברח ולא עבד את האדון למשך זמן מסויים דהוא חייב להשלים את הזמן. אבל בעבד דראוי לצאת ביובל אזי הקנין אינו בנוגע לעבודה או שירות שהעבד צריך לעבדו לזמן מסויים, אלא דיש בו קנין של בעלות בדומה לקנין שיש לאדם על שאר נכסיו. ומכיון דאין לאדון עליו שעבוד לעבודה, אזי כשברח העבד ופגע בו היובל הוא אינו צריך להשלים את הזמן דברח אחרי היובל.[635]

[632] והשווה לדברי הריטב"א (טז: ד"ה בורח השלמה) וז"ל ואפילו אם תמצא לומר דבתר יובל כייפינן ליה להשלים מה שברח, ההיא לאו בתורת עבדות הוא אלא מדין תשלומין כפורע חובו וכי משלים ליכא שלוח עבד דנעניק ליה דבן חורין גמור הוא מקודם לכן עכ"ל.

[633] לכאורה הביאור הוא דבדרך כלל מעניקין ליוצא ביובל וא"כ ברור דאופן היציאה דיובל אינו סותר את קבלת ההענקה.

[634] ורבינו זצ"ל לא ביאר את סברת המסקנא דאין מעניקין לו, ולכאורה נראה דקנסינן ליה מכיון דהוא גזל מהאדון מהזמן דברח עד היובל.

[635] נראה מדברי רבינו זצ"ל דכל עבד דיוצא ביובל – בין עבד נרצע ובין עבד עברי דעלמא דנכנס לעבדותו פחות משש שנים לפני היובל – יש בו חלות קנין אחר מעבד דיוצא בשש. ולכאורה זה הוי חידוש. דעיין בשיעורים לעיל (טז: ד"ה ואלא) דרבינו זצ"ל הוכיח דלפי כמה שיטות עבד נרצע חלוק מעבד שש, אבל קצת צ"ב למה עבד שש דיובל פגע בו באמצע שש שונה מעבד שש דעלמא.

ועפ"ז יש לבאר את ההו"א דהגמ' דפגע בו יובל כשברח מקבל ההענקה. דהרי כל המיעוט הוא מהדרשא דשילוחו מעמך, והפירוש ד"עמך" הוא דהעבד חייב לעבוד לאדונו. ולכן יש צד לומר דעבד דברח ופגע בו יובל דלא היה לו חיוב עבודה לאדון כלל אלא דכל גופו קנוי לו, אזי אינו בכלל המיעוט דעמך ומעניקין לו. וקמ"ל דאין מעניקין לו כי המיעוט דעמך כולל אפי' עבד כזה.

ולפי"ז גם אפשר להבין את גדר המחלוקת בין הראשונים האם העבד חייב להשלים אחרי דפגע בו יובל. דהצד דהוא חייב להשלים חולק על היסוד הנ"ל ונקט דכל עבד עברי – בין אלו דראויים לצאת בשש ובין אלו דראויים לצאת ביובל - יש להם חיוב עבודה לאדון ולא סתם קנין. ולכן אפי' כשברח ופגע בו יובל, העבד צריך להשלים אח"כ את חיוב העבודה לאדונו.

תוד"ה חלה שלש ועבד שלש אינו חייב להשלים.

א

התירוץ הראשון דהתוס' דעבד עברי גופו קנוי

התוס' חילקו בדין חלה בין עבד עברי לבין פועל דעלמא בב' אופנים: א) עבד עברי גופו קנוי ופועל אין גופו קנוי, ב) בעבד עברי יש גזה"כ דשלש שנים הוי שני שכיר ואין גזה"כ כזה לגבי פועל. ולכאורה החילוק הראשון של התוס' הוי כ"כ פשוט ומובן מאליו דצ"ב למה הוסיפו חילוק שני. דהרי רק היכא דיש קנין בגוף העבד שייך לומר דהוא אינו חייב להשלים אע"פ דלא עבד בעד האדון, אבל היכא דאין קנין הגוף כזה אלא דבעה"ב השכיר אותו לעבוד אזי מסתבר דהוא רק מקבל שכר בעד המלאכה דהוא עשה.

ובתחילה יש להעיר דיש קושי מסויים בחילוק הראשון של התוס' לגבי הדין דחלה יותר משלוש דחייב להשלים. דאם אמרינן דבחלה שלש העבד אינו חייב להשלים מכיון דגופו קנוי ואין אמדינן את העבדות ע"פ מה שהוא עשה בפועל, אזי לכאורה הסברא הזה שייך גם כשהוא חלה ליותר משלש. ובנקודה הזאת יש עדיפות בתירוץ השני דהתוס' דיש גזה"כ מיוחדת דשני שכיר הוי בדוקא ג' שנים ולא יותר. ולפי הדעה הראשונה בתוס' יש לבאר השיעור דשלש שנים באחד משני אופנים.

א) הריטב"א (ד"ה אמר רב ששת) ביאר דיש אומדנא בדעת הקונה עבד עברי דהוא לא התכוון לקנות את העבד אם הוא לא מקבל שום עבודה ליותר מחצי הזמן, וז"ל אבל עבד עברי לא נשתעבד לו לעשות דבר ידוע אלא נשתעבד לו שיכופהו למלאכתו לומר שכל מלאכתו תהא לרבו ולפיכך אם חלה ולא עשה כלום נסתחפה שדהו של אדון, אלא דכי חלה יותר משלש הוי אומדן דעתא דמוכח דלאו להכי נחת למזבן וכדי שלא יפסיד

הלה לגמרי ממונו חייב זה להשלים, ולפיכך פטרוהו לגמרי אפילו חלה כל שש כשלא נתבטל לגמרי והיה עושה לו מעשה מחט עכ"ל. לפי זה אין השיעור של שלוש שנים חל מדין מסויים אלא מאומדן דעת דהאדון.

ב) יתכן דאע"פ דעבד עברי גופו קנוי ומשו"ה הוא אינו חייב להשלים אם חלה לפחות מג' שנים, מ"מ ע"פ דין הוא חייב לעבוד לג' שנים. דהרי יש לחלק בין קנין הגוף דעבד עברי לבין קנין הגוף דעבד כנעני. דעבד כנעני הוי ממש כשורו וחמורו דגופו קנוי בקנין ממון גמור. אבל בעבד עברי י"ל דנהי דיש לאדון קנין הגוף בעבדו מ"מ קנין הגוף הוא רק בנוגע למלאכה.[636] ולכן אם העבד עברי לא עבד לרוב הזמן של העבדות י"ל דלא נתקיים כל תכלית הקנין דהוי קנין בגופו למעשי ידיו, ולכן העבד צריך להשלים.[637]

ב

קנין הגוף בשכיר

לכאורה צ"ב ביסוד התירוץ השני. דהרי מלשון התוס' משמע דהתירוץ השני הוי תירוץ בפני עצמו ואפי' חולק על התירוץ הראשון. ולכאורה, מה הסברא לחלוק על החילוק הראשון דהתוס' דעבד עברי גופו קנוי משא"כ בפועל.

ונראה לבאר ע"פ מחלוקת בין הרמב"ם והראב"ד ביסוד חלות דין דפועל.[638] דכתב הרמב"ם (פרק ד מהלכות שלוחין הל"ב) וז"ל האומנין שנשתתפו באומנות אע"פ שקנו מידם אינם שותפין, כיצד שני חייטים או שני אורגים שהתנו ביניהם שכל שיקח זה וזה במלאכתו יהיה ביניהן בשוה אין כאן שותפות כלל שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם עכ"ל. וכתב ע"ז הראב"ד וז"ל ורבותי הורו שאדם יכול להקנות את עצמו לחבירו בקנין כדין עבדים וכשם שמצינו באומרת יקדשו ידי לעושיהן עכ"ל. ומבואר דנחלקו הרמב"ם והראב"ד האם בן חורין יכול להקנות את עצמו לאדם אחר בקנין כמו הקנין דעבד עברי. דהרמב"ם סבור דא"א לבן חורין להקנות את ידיו לאדם אחר ולכן הקנין הזה לגבי המלאכה הוי קנין בדבר שלא בא לעולם ולא חלה השותפות. אבל הראב"ד נקט דאין זה קנין בדבר שלא בא לעולם דהרי כל אומן מקנה לחבירו את ידיו למעשה ידים, והידים שלהם הוו בעולם. והראייה לזה היא מהדין (כתובות דף נט.) דאשה יכולה לקדש את מעשה ידיה, דמוכח מזה דיש לאדם קנין במעשה ידיו להקנותם לשני ולפיכך מעשה ידיה הן ברשותה להקדישם. והראב"ד נקט בהדיא דהקנין הזה בידים של אחר

[636] וע"ע בזה בשיעורים לעיל (טז. בענין עבד עברי גופו קנוי אות ב'). וי"ל שבע"ע חלין גם התחייבות לעבוד וגם קנין בגופו. והחיוב להשלים נובע מחלות ההתחייבות. ויתכן דבכך יש להבין את דברי רבינו זצ"ל.

[637] ולכאורה כוונת רבינו זצ"ל היא דשעור ג' שנים חל מדין רובו ככולו דאם עבד ג' שנים כאילו עבד כל שש שנים. ויל"ע אי אמרינן מקצת היום ככולו בסוף הג' שנים.

[638] ועיין באריכות בגדר דפועל וקבלן ברשימות שיעורים לבבא מציעא (עו: בדין שכיר וקבלן).

הוי "בקניין כדין עבדים", דהיינו כמו הקנין דעבד עברי. ומבואר בזה דגם מי שאינו עבד יכול להיות קנוי בגופו לאדם אחר, לכל הפחות לגבי מלאכה.[639]

ולפי"ז י"ל דהתירוץ השני של התוס' סבור כמו הראב"ד דקנין הגוף שייך ג"כ בשכיר דעלמא. וא"כ א"א לומר כתירוץ הראשון דתוס' דשכיר רק משתלם כפי המלאכה שעשה משום דאין בו קנין הגוף, דהרי גם בפועל בעלמא יש לבעה"ב קנין הגוף לגבי המלאכה. ולכאורה החילוק הראשון של התוס' דאין בפועל קנין הגוף הוי כמו שיטת הרמב"ם דאין בן חורין יכול להקנות את עצמו בקנין הגוף כמו עבד.

ג

שו"ט בדעת הראב"ד והי"מ דיש קנין הגוף בשכיר

ולכאורה יש להקשות על שיטת הראב"ד דיש קנין הגוף בשכיר כמו בעבד עברי, ממחלוקת האמוראים האם ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף או אינה לשכירות אלא לבסוף. דהרי לפי הראב"ד דשכיר נקנה לבעה"ב לכאורה הקנין חל בהתחלת המלאכה, והבעה"ב צריך לשלם לשכיר תמורת זה דהשכיר הקנה את גופו לעבוד את בעה"ב באופן מסויים. ונראה דהראב"ד יכול לבאר את המ"ד דישנה לשכירות מתחילה ועד סוף דהבעה"ב חייב לשלם לשכיר כל רגע ורגע בעד קנין הגוף דיש לו בשכיר באותו רגע ומפני זה החיוב תשלומין לשכיר עולה בכל רגע ורגע. אבל המ"ד דאינה לשכירות אלא לבסוף, דהיינו דהחיוב תשלומין מהבעה"ב לשכיר חל רק במכוש האחרון, לכאורה אינו מובן לפי הראב"ד.

והנה עיין בסוגיא בע"ז (יט:) בנוגע לישראל הבונה ע"ז בשכירות, וז"ל א"ר אלעזר אמר רבי יוחנן אם בנה שכרו מותר וכו' אמר רבי ירמיה לא נצרכה אלא לעבודת כוכבים עצמה, הניחא למ"ד עבודת כוכבים של ישראל אסורה מיד ושל עובד כוכבים עד שתעבד שפיר, אלא למ"ד של עובד כוכבים אסורה מיד מאי איכא למימר, אלא אמר רבה בר עולא לא נצרכה אלא במכוש אחרון, עבודת כוכבים מאן קא גרים לה גמר מלאכה, ואימת הויא גמר מלאכה, במכוש אחרון, מכוש אחרון לית ביה שוה פרוטה, אלמא קסבר ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף עכ"ל. יוצא מהגמ' דלפי המ"ד דישנה לשכירות מתחילה ועד סוף אזי השכר דהשכיר מקבל בעד בנין הע"ז מותר בהנאה כי החלות שם מלאכה לע"ז חל רק במכוש האחרון דהוי פחות משו"פ. ומאידך משמע נמי מזה דלפי המ"ד דאינה לשכירות אלא לבסוף אזי השכר אסור דכל חיוב השכירות חל רק במכוש

[639] ועיין במחנה אפרים (הלכות שכירות פעולים סימן א) דדן באריכות בשיטות הראשונים האם שכיר גופו קנוי לענין מלאכה או לא.

האחרון וחלות שם שכר ע"ז חלה על דמי השכירות. ולפי הראב"ד לכאורה קשה להבין היאך חל חיוב התשלומין רק במכוש האחרון, דהרי התשלומין הוי תמורת הקנין דיש בשכיר דחל בתחילה או לכל הפחות בכל רגע ורגע, וצ"ב.

אבל לכאורה יש להוכיח כשיטת הראב"ד דחל קנין הגוף בשכיר ממקום אחר. דהברייתא במס' מעילה (יד:) דנה מה עשו למותר הקטרת בסוף השנה, וז"ל מותר הקטרת מה היו עושין בו, היו מפרישין ממנה שכר האומנין ומחללין אותה על מעות האומנין, ונותנין אותה לאומנין, וחוזרין ונוטלין אותה מתרומה חדשה עכ"ל. ונחלקו הראשונים בביאור הדין דמחללין את מותר הקטורת על מעות האומנין,[640] אבל לענייננו התוס' (ד"ה מותר) הביאו דעה דמעות האומנין פירושו שכר שעתיד לחייב לאומנין בגלל מלאכה שיעשו בעתיד, וז"ל וי"מ דמיירי בשכר שחייבים לאומנין בשביל מלאכה שעדיין לא נעשית וכו' אבל מפרישים כל שכר האומנין שעתיד ליתן להם לעשות המלאכה אשר התחילו כבר עכ"ל. כלומר, דלפי התוס' חיללו את קדושת מותר הקטורת על דמי המלאכה שהאומנין עדיין לא עשו. והפירוש הזה בגמ' צ"ב דהרי לכאורה מחללין הקדש רק על חולין בעין, והיאך אפשר לחלל את קדושת מותר הקטורת על שכר האומנין למלאכה שעדיין לא עשו.

ונראה, דמוכרח דהדעה הזאת בתוס' ס"ל כמו הראב"ד והי"מ בתוס' בסוגיין דיש קנין הגוף בשכיר, והתשלומין של בעה"ב הוי בעד הקנין הזה בגוף השכיר ולא בעד עצם המלאכה. וא"כ מכיון דהקנין בגוף הפועל כבר קיים מתחילת המלאכה, יש על מה לחלל את מותר הקטורת.

ד

שיטת הרמב"ם בגדר דשכיר וקבלן

ביארנו לעיל דלפי הרמב"ם אין קנין הגוף בשכיר. אבל לכאורה משמע מדין אחר ברמב"ם דיש קנין הגוף בשכיר והתשלומין הוי בעד הקנין הזה. דהרי פסק הרמב"ם (פרק יג מהלכות מכירה הלט"ו-הל"ח) וז"ל השוכר את הפועל לעשות עמו בין בקרקע בין במטלטלין אין לו הונייה מפני שהוא כקונה אותו לזמן, ועבדים אין בהם הונייה כו' נראה לי שהקבלן יש לו הונייה, כיצד כגון שקבל עליו לארוג בגד זה בעשרים זוזים או לתפור חלוק זה בשני זוזים הרי יש לו הונייה וכל אחד משניהם בין קבלן בין בעל הבגד חוזר לעולם כמוכר עכ"ל. והנה הרמב"ם נקט דאין אונאה בעבד ופועל אבל יש אונאה בקבלן. ולכאורה הביאור הוא דאין קנין בגוף הקבלן אלא דהוא חייב לעשות מלאכה

[640] עיין ברש"י שם (ד"ה מפרישין ממנה), ובתוס' שם.

מסויימת לבעה"ב ולכן יש לו אונאה, אבל בעבד ובפועל בעה"ב קונה את גוף העבד והפועל ולכן דומים לקנין בקרקע דאין בו אונאה.

ולכאורה מצינו חילוק דומה לזה בנוגע להדינים דחזרה באמצע. דבגמ' (ב"מ י.) איתא דפועל יכול לחזור בו אפי' באמצע היום, וז"ל והאמר רב פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום וכו' דכתיב כי לי בני ישראל עבדים, עבדי הם ולא עבדים לעבדים עכ"ל. ובסוגיא לקמן בב"ב (עז.) מבואר דכשהפועל חוזר בו אזי ידו על העליונה. אמנם משמע מהגמ' (שם) דזה דידו על העליונה אייריי דוקא בפועל, אבל בקבלן, אע"פ דמקבל שכר בעד המלאכה שעשה, מ"מ ידו על התחתונה. וכן פסק הרמב"ם (פרק ט מהלכות שכירות הל"ד) וז"ל אבל אם התחיל הפועל במלאכה וחזר בו אפילו בחצי היום חוזר שנאמר כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים, וכיצד דין הפועל שחזר בו אחר שהתחיל שמין לו מה שעשה ונוטל, ואם קבלן הוא שמין לו מה שעתיד לעשות, בין שהוזלו בעת ששכרן בין לא הוזלו בין שהוזלה מלאכה אחר כן בין לא הוזלה שמין לו מה שעתיד לעשות, כיצד קיבל ממנו קמה לקצור בשתי סלעים קצר חציה והניח חציה, בגד לארוג בשתי סלעים ארג חציו והניח חציו שמין לו מה שעתיד לעשות אם היה שוה ששה דינרין נותן לו שקל או יגמרו את מלאכתן עכ"ל.[641] ולכאורה משמע מפסק הרמב"ם דהדין דעבדי הם ולא עבדים לעבדים חל דוקא בפועל אבל לא בקבלן.

וא"כ לכאורה מצינו סתירה בפסקי הרמב"ם לגבי הדין דשכיר. דמצד אחד משמע מהרמב"ם דאין בן חורין יכול להקנות את עצמו לאחר בקנין הגוף כמו עבד. אבל מצד שני, משמע מפסקיו לגבי אונאה וחזרה בחצי היום דיש בשכיר קנין הגוף כמו בעבד, ורק קבלן מהווה דין התחייבות למלאכה בעלמא.

ונראה לבאר בדעת הרמב"ם דבין בשכיר יום ובין בקבלן ליכא חלות קנין בגופו של הפועל למעשה ידים, ובתרווייהו חל על הפועל התחייבות בלבד לעבוד והבעלים מחוייבים לשלם לו עבור פעולתו. ולשיטת הרמב"ם החילוק בין שכיר יום לקבלן הוא דבשכיר יום ההתחייבות והתשלומין הם בשביל הטרחא שטרח לעבוד עבור בעליו בזמן עבודתו. ואילו בקבלן ההתחייבות והתשלומין חלין עבור השבח שהשביח ע"י פעולתו, אך לא עבור טרחתו וזמן עבודתו. ונראה דלכן קבלן ושכיר יום חלוקים הן בדיניהם לענין חזרה ואונאה. דמכיון דבשכיר יום חלה ההתחייבות לטרוח בטרחא בזמן מסוים דומה הוא במקצת לעבד המחוייב לטרוח בשביל אדוניו, ומשו"ה קיי"ל דבשכיר חל הדין

[641] ועיין בתוס' (ב"מ מח. ד"ה והא בעי) דר"ת נקט דקבלן אינו חוזר בו כלל וכל הדין דעבדי הם קיים אך ורק בפועל.

הגמור דעבדי הם ויד השכיר על העליונה כשחוזר בו. ואילו קבלן לא התחייב לטרוח כלל אלא רק לשבח את החפצא, ומשו"ה אינו מוגדר כעבד. ונראה דיש נפ"מ ביניהם נמי לענין אונאה, דבשכיר יום מכיון דמשלמים לו בעד טרחתו, תשלומיו אינם כלולים בדיני אונאה דא"א לקראם דמי מכירה ודמי חפצא מכיון שאינם אלא דמי שכר טרחת הגברא, והויין איפוא כדמי עבד שאין בו אונאה. משא"כ בתשלומי קבלן הנקבעים לפי שווי השבח דבחפצא, חלין בהם דיני אונאה, כמו בתשלומי חפצא שנמכר. ואע"פ דליכא הקנאת חפצא דהשבח עצמו כיון דקיי"ל דאין אומן קונה בשבח כלי, מ"מ הרי התשלומין נמדדים כפי שווי השבח דבחפצא ומשום הכי חלין בתשלומי קבלן דיני אונאה. ובכך מבואר ההבדל בין שכיר יום לבין קבלן בדיני חזרה ואונאה.[642]

דף יז:

גמ'. אמר רבא דבר תורה עובד כוכבים יורש את אביו, שנאמר וחשב עם קונהו ולא עם יורשי קונהו, מכלל דאית ליה יורשים.

עיין בשיעורים לעיל (יד: ד"ה ואידך ועבדך לך ולא ליורש) דהבאנו דהמנחת חינוך נסתפק האם הדין דעבד עברי עובד את הבן הוי מדיני ירושה או דהוי הלכה מחודשת בפנ"ע. ולכאורה אפשר להוכיח מהגמ' דידן דהוי מדין ירושה. דהרי הגמ' קבעה דהדין דעבד עברי עובד את הבן אינו קיים באדון עובד כוכבים. ורבא דייק מזה דרק בעבד עברי אין דין ירושה בעובד כוכבים אבל בשאר נכסים יש ירושה בעכו"ם. ולכאורה כל זה שפיר מובן אם הדין הראשון דעבד עברי עובד את הבן הוי מדין ירושה, דאזי ניתן ללמוד מכאן לדיני ירושה בעלמא לגבי עכו"ם. אבל אם הדין דעבד עברי עובד את הבן אינו מדיני ירושה אלא מדין חדש, אזי קשה להבין היאך רבא יכול ללמוד מזה דיש גזה"כ דהדין הזה אינו קיים בעכו"ם דבדרך כלל יש ירושה בעכו"ם. דהרי לכאורה כל הלימוד שייך אך ורק לדיני עבד עברי דמופקע מירושה ועובד את בן האדון ישראל מדין אחר, וצ"ע.

תוד"ה חליפי.

התוס' ס"ל דאם אמרינן דירושת הגר הוי מדאורייתא והחלוקה חלה מדין ברירה אזי לא חלה חלות שם חליפי ע"ז על החלק שמגיע לגר. והסברא בזה הוא דחליפי ע"ז פירושו

[642] ועיין ברשימות שיעורים (שם) דרבינו זצ"ל גם תירץ על פי זה את קושיית המגיד משנה (פרק יג מהלכות שכירות הלי"ח) דלמה לגבי לא תלין הרמב"ם השווה קבלן לשכיר ופסק דגם בקבלן הבעה"ב עובר בלאו (פרק יא מהלכות שכירות הל"ג) אבל לגבי אונאה הרמב"ם חילק ביניהם. ורבינו זצ"ל ביאר דלדידן דס"ל דאין אומן קונה בשבח כלי, משלמים לקבלן בעד פעולתו ועבודתו, אלא שהתשלומים משוערים כפי שווי השבח. ולכן חל איסור בל תלין בתשלומי קבלן – דהרי התשלומין חל מדין שכר פועלים ולא מדין מכירת החפצא דהשבח כמכירה דעלמא. ועיין בזה עוד בשיעורים לקמן (מח: ד"ה איבעית אימא).

דמי מכירת ע"ז או חפץ דהוי תמורת ע"ז. ובשלמא אם אין ברירה אזי החלק שמגיע לגר הוי תמורת החלק שמגיע לגוי, אבל אם יש ברירה אזי אין תמורה ומכירה כלל בחלוקה אלא כל מה שהגר מקבל הוברר דזה הוי חלקו. אבל לכאורה אפשר לדחות ולומר דאפי' אם החלוקה הוי מדין ברירה עדיין הדין דחליפי ע"ז חל על מה שמגיע לגר. דהרי י"ל דאין חלות חליפי ע"ז תלויה במכירה או תמורה אלא דדין חליפי ע"ז חל כל פעם שיש חלוקה. וא"כ אפי' לפי המ"ד יש ברירה, מ"מ כיון דהגר קיבל חלק מסויים של נכסי האב, כל מה דהוא קיבל נחשב כחליפי החלק דהוא לא קיבל וחל ביה הדין דחליפי ע"ז. וזה בודאי נכון לפי שיטת הגר"ח זצ"ל דאפי' למ"ד יש ברירה לפני החלוקה אמרינן דיד שניהם שוה בכל הירושה.[643] דהרי לפי"ז יוצא דאע"פ דאחרי החלוקה כל אחד נחשב כיורש בחלקו ולא כלוקח, מ"מ מסתבר דחלק כל אחד נחשב כחליפי החלק השני.

תוד"ה חליפי. בא"ד. דאם כן אפילו באו לרשותו נמי יהא מותר מהאי טעמא.

התוס' נקטו דאם אמרינן יש ברירה אזי אפי' אם החלוקה קרה לאחר שבא ברשותו עדיין חל הדין דברירה ולא חל הדין דחליפי ע"ז. ולכאורה זה תמוה דהרי לאחר שבא הע"ז לרשות הגר הוא קונה אותו לגמרי ועכשיו הוא מוכר אותו לגוי, והיאך שייך כאן ברירה.[644] ובאמת התוס' בע"ז (סד: ד"ה תניא נמי הכי) ותוס' הרא"ש כאן (ד"ה ואי ס"ד) לא אמרו דברירה היה מועיל בירושה אחרי דבא ברשותו, אלא דברירה מועיל להתיר את חלק הגר במקרה הבא בברייתא דהיינו היכא דנשתתפו. כלומר דאיתא בברייתא, וז"ל בד"א שירשו אבל נשתתפו אסור עכ"ל, והתוס' בע"ז העירו דאם הברייתא נקטה דיש ברירה אזי גם בנשתתפו היינו אומרים דחלק הגר מותר. ומשמע מלשון התוס' בע"ז ותוס' הרא"ש דחלקו על התוס' שבסוגיין ונקטו דיש ברירה אינו מועיל להתיר את חלק הגר היכא דהירושה כבר בא ברשותו.

לא קשיא כאן שהורתו ולידתו שלא בקדושה וכאן שהורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה.

[643] עיין במש"כ הגר"ח זצ"ל בחידושי רבינו חיים הלוי על הרמב"ם (פרק ב מהלכות שכנים הלי"א) וז"ל להך מ"ד דיש ברירה, הרי אי אפשר לומר דהוברר הדבר דכל אחד היה צריך לירש אותו חלק שנטל, דהרי זה פשיטא דאינו, דהרי ברור דכל אחד יש לו כח ירושה על כל מקצת ומקצת, ואיך נימא דכח ירושתו של זה היינו רק על אותו חלק שנטל, וכן כחו של השני על חלק השני דוקא, אלא ודאי דהכי פירושו דיש ברירה דזה החלק שנוטל יהיה שלו מדין ירושה, והוי הדין דכל אחד ואחד כל מה שנוטל יהיה עליו דין יורש. ולפי זה הרי לא שייך דינא דיש ברירה אלא אחר שזכה כל אחד בחלקו, דאז אמרינן דהוברר הדבר דהוא יורש על זה החלק, אבל קודם שזכה כל אחד בחלקו הרי פשיטא דיד שניהם שוה בכל הירושה עכ"ל. וגם השווה לחידושי הגר"ח על הש"ס (תמורה ל. בענין מחיר כלב).

[644] וכן הקשה הפנ"י כאן (ד"ה חליפי ע"ז). אך לכאורה התירוץ לקושיא זו הוא שבא ברשותו אינו צריך להיות בתורת קנין וחלוקה ואה"נ אם יעשה חלוקה למ"ד יש ברירה יהיה מותר ואינו חליפי ע"ז ודו"ק. וכ"ז לתוס' דידן אך לא אליבא דתוס' בע"ז וכדביאר רבינו זצ"ל.

מבואר בגמ' דמי שהורתו לא היתה בקדושה ולידתו בקדושה אינו יורש את אביו מעיקר הדין. וכל זה לגבי ירושת האב. אבל לגבי ירושת האם מצינו לבעלי התוס' דיתכן דהוא יורש את אמו מדאורייתא. דעיין בתוס' בסנהדרין (סח: ד"ה קטן) דנסתפקו בזה וז"ל כגון שנתגיירה אמו כשהיא מעוברת כדאמרי' בפרק הערל (יבמות דף עח. ושם) אשת עובד כוכבים מעוברת שנתגיירה בנה אין צריך טבילה ואפשר השתא דאחרי כן יורש את אמו עכ"ל. ובתוס' בכתובות (יא. ד"ה מטבילין) נקטו דבודאי הוא יורש את אמו, וז"ל משכחת לה גר קטן מן התורה במעוברת שנתגיירה כדאמרי' בפרק הערל (יבמות דף עח. ושם) עובדת כוכבים מעוברת שנתגיירה בנה אין צריך טבילה והוי גר מן התורה דישראל גמור הוא ואית ליה ממון מן התורה כגון שירש את אמו עכ"ל.

ונראה לבאר את התוס' בכתובות דסבורים דמי שהורתו לא היתה בקדושה ולידתו בקדושה יורש את אמו דבר תורה על פי הברייתא ביבמות (צז:) וז"ל שני אחים תאומים גרים, וכן משוחררים לא חולצין ולא מייבמין ואין חייבין משום אשת אח, היתה הורתן שלא בקדושה ולידתן בקדושה לא חולצין ולא מייבמין אבל חייבין משום אשת אח, היתה הורתן ולידתן בקדושה הרי הן כישראלים לכל דבריהן עכ"ל. ומבואר מזה דיש דין שאר בשר ואיסורי עריות לשני האחין דהורתן לא היו בקדושה אבל לידתן בקדושה. ומזה למדו התוס' בכתובות דבן כזה גם יורש את אמו דבר תורה.[645] ולגבי התוס' בסנהדרין דנסתפקו בדין הזה, נראה לבאר דאע"פ דמבואר מהגמ' ביבמות דיש דין דשאר בשר בלידתן בקדושה, אבל יתכן דזה אינו סגי לירושה דאינו תלוי בשאר בשר אלא בדין משפחה.[646]

דף יח.

גמ'. אמר רבא, לא קשיא כאן בגניבה אחת, כאן בשתי גניבות. א"ל אביי בגניבתו טובא משמע, אלא אמר אביי לא קשיא כאן באדם אחד, כאן בשני בני אדם.

בענין מכירת גנב

א

בגדר הדין דאין עבד עברי נמכר פעמיים

נחלקו רש"י והתוס' בהבנת תירוצם דרבא ואביי לסתירה בין הברייתות. דלפי רש"י (ד"ה כאן בגניבה) בגניבה אחת אין העבד נמכר פעמיים אבל בב' גניבות הוא כן נמכר פעמיים.

[645] ועיין ברש"ש על התוס' שם דגם ציין לסוגיא דאחים תאומים כמקור לשיטת התוס'.
[646] וע"ע בזה ברשימות שיעורים ליבמות (כב. תוד"ה שניות).

אבל התוס' (ד"ה כאן) חולקים על רש"י ונקטו להיפך, דהיינו דבגניבה אחת העבד נמכר פעמיים אבל בב' גניבות אינו נמכר ונשנית. וצ"ב ביסוד מחלוקת הראשונים.

ונראה לבאר, דלפי הברייתא דידן יש דין דאין אמה העבריה נמכרת ונשנית. ונראה דזהו דין בהלכות עבדות דאין אמה העבריה נמכרת ונשנית כלל. ונחלקו הראשונים בעד כמה עבד עברי דומה לאמה העבריה בדין הזה. דלפי רש"י בעצם יש חילוק מהותי בין אמה עבריה לבין עבד עברי, דאמה עבריה מופקעת ממכירה שניה מדיני עבדות, משא"כ בעבד עברי אין דין כזה כלל, ומעיקר הדין הוא נמכר וחוזר ונמכר, ולכן בגניבה שניה ב"ד מוכרים אותו פעם שניה. והא דבגניבה אחת הוא אינו נמכר פעמיים, אין זה משום דיש מניעה מהלכות עבדות מלהיות נמכר פעם שניה, אלא דמצד הלכות תשלומי גניבה יש גזה"כ דאין מוכרין אותו פעמיים כדי לשלם גניבה אחת. אבל התוס' (ד"ה כאן) סבורים דעבד עברי דומה לאמה העבריה בדין הזה, דבדומה לאמה העבריה יש דין בהלכות עבדות דאין עבד עברי נמכר ב' פעמים. ולכן בב' גניבות אין העבד נמכר ונשנית. אבל בגניבה אחת יש רק מחייב אחד ואינו נחשב כמוכר ונשנית, ולכן אפשר למכור אותו פעמיים לאותה גניבה.

ב

ביסוד המחלוקת בין רבא ואביי לפי רש"י

רש"י ביאר דרבא ואביי נחלקו היכא דהוא גנב ב' פעמים מאותו נגנב. דלפי רבא זה נחשב כב' גניבות ולכן הוא חוזר ונמכר, אבל אביי חולק על זה ונקט דפטור ד"בגניבתו" כולל ב' גניבות מאותו אדם כל זמן דאין העמדה בדין באמצע. וצ"ב במאי קמיפלגי.

ונראה לבאר דנחלקו ביסוד הדין דמכירת גנב לעבדות. דרבא סובר דמזה דהגנב רק נמכר בעד הקרן ולא בעד הכפל נמצא דהמחייב של המכירה הוא מעשה הגניבה עצמה כמו הקרן. דכמו דבחיוב קרן ושאר חיובי ממון דעלמא מעשה הגניבה עצמה הוא המחייב ופסק הב"ד חל רק כמברר, הו"ה הכא במכירת הגנב לעבדות. ואע"פ דהב"ד רק מוכרין את הגנב לאחר העמדה בדין, מ"מ החיוב של ב"ד למכור הגנב חל בשעת הגניבה עצמה. ולפי"ז רבא סובר דמכירת הגנב לעבדות חל כסוג של תשלומין לחיוב ממון דקרן, דהיכא דאין לגנב מה לשלם לנגנב יש דין דב"ד מוכרין אותו כדי להיות יכול לשלם את הקרן. וא"כ מובן דלפי רבא החילוק בין גניבה אחת לבין ב' גניבות תלוי אך ורק האם היתה מעשה גניבה אחת או היו ב' מעשי גניבה, דהרי מעשה הגניבה הוא המחייב של הקרן, והמכירה חלה כדרך מיוחד לשלם את הקרן.

וי"ל דאביי מודה לרבא באופן כללי דהיכא דיש מחייב אחד אזי מוכרין אותו פעם אחת בלבד, אבל היכא דיש ב' מחייבים אזי עבד עברי חוזר ונמכר. אלא דאביי חולק על רבא בגדר המחייב של המכירה. דהיינו, דלפי אביי כל עוד דיש העמדה בדין אחת, אע"פ דיש ב' מעשי גניבה, זה עדיין נחשב כגניבה אחת ואינו חוזר ונמכר. ויוצא דלפי אביי אע"פ דהמכירה היא רק בעד הקרן ולא בעד הכפל, עדיין ההעמדה בדין נחשב כשעת המחייב של המכירה. והביאור בזה הוא דאין המכירה סוג של תשלומי הקרן, אלא דיש דין חדש דהיכא דאדם גנב ואינו יכול לשלם אזי מוכרין אותו לעבדות, והדין החדש הזה חל בשעת העמדה בדין.[647]

ועל פי זה נראה לתרץ קושיית המנחת חינוך (מצוה מב ד"ה עוד מבואר בר"מ שם) שהעיר דלכאורה יש סתירה בדברי רש"י (ד"ה אלא כאן באדם אחד) בדעת אביי. דבתחילת דבריו רש"י כתב וז"ל שעמד בדין בבת אחת אינו נמכר ונשנה אפילו בגניבות הרבה עכ"ל, ומשמע מזה דהכל תלוי בהעמדה בדין. אבל בסוף דבריו רש"י הוסיף דכדי שימכר פעמיים דהוא צריך להיות נמכר בינתיים ואח"כ לגנוב, וז"ל והוא הדין אם גנב ועמד בדין ונמכר וחזר וגנב משיצא חפשי חוזר ונמכר עכ"ל. ומשמע מזה דאם הוא גנב מחבירו, עמד בדין, ולפני המכירה חזר וגנב עוד הפעם ועמד בדין עוד הפעם דלפי אביי אינו נמכר ב' פעמים. ורק כשהוא נמכר בין ב' הגניבות אזי אמרינן דזה דומה לגנב מב' בני אדם דחוזר ונמכר. וב' נקודות צ"ב: א) הסתירה בין תחילת דברי רש"י לסוף דבריו,[648] ב) אם נקטינן כסוף דבריו ובנגנב אחד רק מוכרין את הגנב פעמיים כשיש מכירה בינתיים, מהי הסברא בכך. כלומר כשהוא גנב ב' פעמים מאדם אחד, למה ב' העמדות בדין עצמן בלי מכירה בינתיים אינו סגי כדי להיות בכלל מי שנמכר פעמיים, דהרי כשגנב מב' בני אדם אזי כל העמדה בדין נחשב כמחייב חדש ואין צורך להמכר בינתיים.

ונראה לבאר את שיטת אביי לפי רש"י ע"פ הנ"ל, דאין המכירה חלה כסוג של תשלומי הקרן לנגנב, אלא דמכירה הוי דין חדש. ויש לבאר את הדין החדש הזה בב' אופנים:

א) לפי אביי המחייב של המכירה אינו מעשה הגניבה, ואפי' אינו פסק הדין, אלא דפסק הדין מחיל עליו חלות שם גנב, והשם הזה מחייב את המכירה. ואם אדם גנב מב' נגנבים

[647] ואולי יש נ"מ בגדר המכירה האם הוי סוג של תשלומין על הקרן או דין אחר לגבי מי שהודה דגנב האם ב"ד מוכרין אותו. דהמנ"ח (מצוה מב סק"ו) נקט דהוא נמכר, אבל האו"ש (פרק ב מהלכות טוען ונטען הל"ב) סבור דאינו נמכר. ועיין באבן האזל (פרק ג מהלכות גניבה הל"ג) דהביא בשם הגאון ר' יהושע לייב דיסקין דחקר בגדר מכירת הגנב וז"ל וראיתי בליקוטי חידושי הגאון מהרי"ל דיסקין זצ"ל בס' תורת האוהל שעמד בד' הרמב"ם לעניין מה שחקר שם אם נמכר ע"פ הודאתו שגנב, בלא עדים ותלה חקירה זו בג' ספיקות, א' אם יש למכירה זו גדר קנס ב' אם תליא דין מכירה בדין כפל, ג' דאפשר הוא עכ"פ גדר עונש הגוף דאין עונשין ע"פ עצמו עכ"ל.

[648] עיין ברש"ש דנדחק לומר דהמלה "ונמכר" בסוף הרש"י הוא לאו דוקא.

אזי ממילא יש לו ב' שמות דגנב, דהרי יש לו חלות שם גנב לראובן וחלות שם גנב לשמעון ופשיטא דהוא חוזר ונמכר לשמעון. אבל אם הוא גנב ב' פעמים מאדם אחד, ואפי' אם היו ב' פסקי דין נגדו הרי חל עליו רק חלות שם גנב אחד ואינו נמכר פעמיים. והדרך היחיד שתחול עליו חלות שם גנב חדש כשגנב מאותו גנב הוא אם כל חלות דיני הגניבה הראשונה כבר נסתיימו, כלומר דהוא כבר נמכר לעבדות. וזהו הטעם דרש"י נקט בסוף דבריו דלפי אביי הוא רק חוזר ונמכר אם גנב מאותו אדם פעמיים אם הוא נמכר בינתיים, דאזי יש לו שם גנב חדש וחל הדין דחוזר ונמכר. וכוונת רש"י בתחילת דבריו "שעמד בדין בבת אחת" היא לאו דוקא העמדה בדין אחד, אלא דאם יש ב' העמדות בדין דרק מחילים חלות שם גנב אחד, גם אז הוא נמכר רק פעם אחת. לפי"ז יוצא דאביי נקט דהמכירה הוי דין חדש דתלוי בחלות שם גנב. ולכן אם הוא גנב מב' בני אדם אזי יש לו ב' שמות דגנב שונות והוא חוזר ונמכר. אבל כשגנב ב' פעמים מאדם אחד, אזי חלות שם גנב חדש חלה עליו רק אם הוא נמכר בינתיים.

ב) ועוד נראה דיתכן לבאר את שיטת אביי לפי רש"י באופן אחר. דלפי הביאור הנ"ל המחייב של המכירה הוא החלות שם גנב, ומפני שחלות שם גנב תמיד קשורה לגנגב מסויים, כשגנב מב' בני אדם יש לו ב' שמות גנב שונים ולכן הוא נמכר וחוזר ונמכר. ומאידך י"ל דהמחייב של המכירה הוא הפסק ב"ד המחייב את הגנב כגברא לעבוד כעבד כדי לשלם את חובו לגנגב. כלומר, דבנוסף לחלות שם גנב וחיוב לשלם את הקרן, ב"ד ג"כ מחייבים הגנב בחיוב גברא נפרד להמכר כדי לשלם.

ולפי"ז יש לבאר את ההבדל בין גנב מאדם אחד לגנב מב' בני אדם. דכשגנב מב' בני אדם, מכיון דיש ב' גנגבים שונים אזי חלין ב' פסקי דין שונים, דהיינו דיש לו חיוב גברא לעבוד לראובן ואף יש לו חיוב גברא אחר לעבוד לשמעון. אבל כשגנב ב' פעמים מאותו גנגב אפי' אם עמד בדין בינתיים, אין משמעות כלל לפסק הדין השני. דהרי בשלמא אם המכירה הוי סוג של תשלומין אזי יש לגנב חיוב תשלומין בעד כל ממון וממון דגנב ושייך למוכרו ב' פעמים כדי לשלם. אבל מכיון דלפי אביי המכירה הוי חיוב גברא דב"ד מחייבים אותו לעבוד כדי לשלם את הגנגב, אזי אין משמעות לחייבו כגברא ב' פעמים. דהרי אין בי"ד יכול לחייבו להמכר בעוד שש שנים, דאין פסק דין דחל לאחר זמן.[649] ואין משמעות לחייבו כגברא עכשיו להמכר פעם שניה דהרי כבר יש לו חיוב גברא הזה. וזה דומה קצת לאדם דעבר על ב' עבירות דמחייבים מיתה, דאין משמעות לחייבו מיתה ב'

[649] ורבינו זצ"ל הטעים את זה, דאם נאמר דבעצם המכירה חלה לעולם ובא סוף שש השנים ומפקיע את העבדות, אזי בודאי מובן דאין משמעות לב' פסקי דין של מכירה.

פעמים. ולכן כשגנב ב' פעמים מאדם אחד, הוא רק נמכר פעם שניה אם הגניבה השניה היתה לאחר ההעמדה בדין והמכירה הראשונה לעבדות, דאזי יש משמעות לחיוב גברא שני כלפי הנגנב.

ויוצא מכל זה דלפי רש"י נחלקו רבא ואביי בכל יסוד הדין דמכירת הגנב לעבדות. דרבא נקט דגדר המכירה הוא סוג של תשלומי קרן ולכן המחייב הוא מעשה הגניבה. אבל אביי נקט דהמכירה היא דין חדש דתלוי או בחלות שם גנב או בפסק הדין דב"ד. ולכן אם הוא גנב מב' בני אדם אזי יש לו ב' שמות דגנב שונים ויש ב' פסקי דין שונים והוא חוזר ונמכר. אבל כשגנב ב' פעמים מאדם אחד, אזי רק יש לו חלות שם גנב חדש או רק יש משמעות לפסק הדין השני אם הוא נמכר לפני הגניבה השניה.

ונראה דגם התוס' הבינו את המחלוקת בין אביי ורבא כמו רש"י, דהיינו האם ב' מעשי הגניבה הוו ב' מחייבים שונים או רק ב' בני אדם. אלא דהתוס' למדו את הסוגיא באופן הפוך מרש"י ונקטו דבמחייב אחד הגנב חוזר ונמכר, ובב' מחייבים אזי אינו חוזר ונמכר בדומה לאמה העבריה, כנ"ל.

ג

שיטת הרמב"ם

כתב הרמב"ם (פרק ג מהלכות גניבה הלט"ו) וז"ל גנב ונמכר וחזר וגנב, אם לשני גנב הרי זה נמכר פעם שנייה ואפילו גנב מאה איש נמכר מאה פעמים, ואם את הראשון גנב פעם שנייה אינו נמכר שנייה אלא ישאר עליו הכל חוב עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם בעצם סבור כמו רש"י דבב' מחייבים עבד העברי חוזר ונמכר ולא כמו התוס'. אלא דהרמב"ם חולק על רש"י בנוגע להגדרת מחייב אחד לעומת ב' מחייבים בכמה נקודות: א) בב' נגנבים הרמב"ם פסק דהגנב נמכר רק בעד הגניבה השניה אם הגניבה השניה היתה לאחר המכירה הראשונה. ורש"י רק הצריך את המכירה באמצע בנגנב אחד, אבל בב' נגנבים רש"י נקט דלעולם הוא נמכר בגלל שתי הגניבות. ב) הרמב"ם פסק דבנגנב אחד הגנב אף פעם אינו נמכר פעם שניה, אפי' אם הגניבה השניה היתה לאחר שנמכר ויצא חפשי. מאידך לפי רש"י אם הגניבה השניה היתה לאחר דיצא חפשי מהעבדות הראשונה אזי הוא נמכר פעם שניה אפי' בנגנב אחד. וצ"ב בביאור שיטת הרמב"ם וביסוד המחלוקת בין רש"י והרמב"ם.

ולכאורה היה נראה לבאר את הרישא של הרמב"ם לגבי ב' נגנבים ע"פ הדרך הראשון ברש"י הנ"ל. דהיינו, דהמחייב של המכירה הוא החלות שם גנב דחל ע"י פסק ב"ד וכדי להמכר ב' פעמים צריך חלות שם גנב חדש. אלא דהרמב"ם נקט דחלות שם גנב אינה

קשורה לנגנב מסויים ולכן אפי' בב' נגנבים כל עוד דיש עליו חלות שם גנב הרי זה עדיין רק מחייב אחד והוא אינו נמכר פעם שניה. והדרך היחיד לסלק את החלות שם גנב הוא ע"י המכירה הראשונה. ולפיכך פסק הרמב"ם דבב' נגנבים, הגנב נמכר בעד הגניבה השניה רק אחרי המכירה הראשונה דאז אין לו עוד שם גנב. וכל זה נגד רש"י, דהרי ביארנו במהלך הראשון ברש"י דהשם גנב קשור לנגנב מסויים ולכן ב' נגנבים תמיד נחשבים כב' מחייבים.

אבל לכאורה קשה לומר בדעת הרמב"ם דהמחייב של המכירה היא אך ורק החלות שם גנב דאינה קשורה לנגנב כלל. דהרי א"כ למה בנגנב אחד הגנב אינו נמכר פעם שניה אפי' לאחר דנמכר ועבד לשש שנים בגלל הגניבה הראשונה, דמאי שנא חלות שם גנב בנגנב אחד מחלות שם גנב בב' נגנבים. ולכאורה צ"ל דאפי' להרמב"ם הנגנב קשור למחייב של המכירה ולכן בנגנב אחד הגנב לעולם אינו נמכר פעם שניה. ומסתבר דא"א לנתק את חיוב המכירה מהנגנב לגמרי, דהרי פשיטא דאם הנגנב מוחל על הקרן דהגנב אינו נמכר. ואפי' אם הנגנב אינו מוחל לגמרי אלא רק אומר דהוא אינו מקפיד על ממונו עכשיו ואינו רוצה שהגנב ימכר, לכאורה ב"ד אינו מוכר את הגנב. ויוצא מזה דאפי' להרמב"ם דהמחייב של המכירה הוא החלות שם גנב, מ"מ הנגנב גם כן הוי חלק של המחייב ולכן בנגנב אחד הרמב"ם פסק דהגנב לעולם אינו נמכר פעם שניה.

ד

מכירת עדים זוממים

איתא בברייתא במכות (ב:) וז"ל ת"ר ד' דברים נאמרו בעדים זוממין וכו' ואין נמכרין בעבד עברי עכ"ל. והגמ' הביאה שקלא וטריא בהיכי תמצא של הברייתא, וז"ל סבר רב המנונא למימר ה"מ היכא דאית ליה לדידיה דמיגו דאיהו לא נזדבן אינהו נמי לא מיזדבנו (רש"י - שיש לו לגנב ממון לשלם דמי הגניבה אם לא הוזמו ולהם אין מה לשלם דמיגו דאיהו לא הוה מזדבן אם לא הוזמו אינהו נמי כי הוזמו לא מזדבני שהרי לא זממו למכרו) אבל היכא דלית ליה לדידיה, אע"ג דאית להו לדידהו מיזדבנו, (א"ל רבא) ולימרו ליה אי אנת הוה לך מי הוה מיזדבנת, אנן נמי לא מיזדבנינן עכ"ל. וצ"ב ביסוד שיטת רב המנונא וקושית הגמ' עליו.

ונראה דיתכן לבאר דרב המנונא נקט כמו אביי בסוגיא דידן דחיוב המכירה אינו סוג של תשלומין. ולפיכך כשהעדים זוממין העידו דפלוני גנב, הם מעידים על ב' דברים שונים: א) דהוא חייב לשלם את הקרן, ב) אם אינו משלם את הקרן יש לו חיוב גברא להמכר כעבד. וא"כ מסתבר דהעונש דהעדים זוממים תלוי בכמה ממון יש למי שהעידו עליו.

דהרי אם אין לו ממון והוא היה נמכר אזי העדות שלהם היתה מועילה לגבי המכירה והם נמכרים, אבל אם יש לו ממון ולא היה נמכר, אזי העדות שלהם חלה רק לגבי חיוב התשלומין ולא למכירה ולכן העדים אינם נמכרים.

אבל הגמ' הקשה על זה דאפי' אם אין למי שהעידו עליו ממון והוא היה נמכר, מ"מ אם יש לעדים ממון לשלם הם אינם נמכרים, דהרי הם יכולים לטעון שאם היה לו ממון כמוהם הוא לא היה נמכר ודינם כדינו. ונראה לבאר דקושיית הגמ' סבורה כמו רבא בסוגיא דידן דהמכירה הוי חלק מחיוב התשלומין דהקרן. ולכן אין לומר דהעדות שלהם כוללת ב' חלקים והם מקבלים את העונש שהיה מקבל זה שהעידו עליו, כי בעצם הם היו מחייבים אותו רק לשלם, דהיינו או לפרוע את דמי הקרן או להמכר ולעבוד בעד הקרן. וא"כ יוצא דאפי' אם אין לו ממון והוא היה נמכר, עדיין ה"כאשר זמם" שלהם מוגדר כחיוב תשלומין ואם יש להם ממון הם משלמים ואינם נמכרים.

ולפי כל זה יתכן דמצינו רבא לשיטתו. דהרי רבא בסוגיא דידן סבור דהמכירה הוי סוג של תשלומין ולכן מעשה הגניבה ולא ההעמדה בדין מהווה המחייב של המכירה. ולפי גירסא אחת בסוגיא במכות, רבא הוא בעל הקושיא על רב המנונא וביארנו דיסוד הקושיא הוא דמכירה הוי סוג של תשלומין ולא חיוב חדש.

ה

דנמכר כולו אמר רחמנא ולא חציו

הרמב"ם הביא את הדין הזה בפרק ג' מהלכות גניבה (הלי"ד) וז"ל היה הגנב שוה מאה ואחד אינו נמכר שנ' ונמכר בגניבתו עד שיהיו דמיו כולן מובלעין בגניבתו עכ"ל. אבל בהמשך הפרק (הלט"ז) הרמב"ם פסק דאם אדם גנב מכמה גנבים והסכום שהוא חייב לכולם שווה את ערכו, אזי הוא נמכר בעד כל הגניבות ביחד, וז"ל גנב לזה וחזר וגנב לזה וחזר וגנב לזה כולן שותפין בו, אם היו דמיו כנגד הקרן של שלשתן או פחות מן הקרן נמכר ומחלקין ביניהן ושאר הכפלות חוב עליו, ואם היו דמיו יתר אינו נמכר והכל חוב עליו עד שיעשיר עכ"ל. והמנחת חינוך (מצוה מב ד"ה עוד מבואר בר"מ) הקשה דכשיש כמה גנבים אזי לכאורה יש כמה העמדות בדין וא"כ למה כל הגנבות מצטרפות לדין אחד ששוה לערך הגנב.

ונראה דיש לעיין בגדר הדין דנמכר כולו ולא חציו. די"ל דיש גזה"כ דאין חיוב מכירה כלל היכא דהעבד שוה יותר מהגניבה, או"ד דבעצם החיוב להמכר חל אלא דאין אפשרות לקיים את דין המכירה ושכולה תהיה דמי הגניבה אם הוא שווה יותר מהדמים דהוא גנב. וי"ל דהרמב"ם נקט כצד השני, דתמיד יש חיוב מכירה בגניבה אפי' אם

הגניבה שווה פחות מהעבד. ולכן כשהוא גנב מכמה בני אדם וכל הגניבות ביחד שוות את ערך הגנב, אזי יש אפשרות לקיים את דין המכירה ומוכרין אותו.

ו

גנב מגוי ומהקדש

כתב הרמב"ם (פרק ג מהלכות גניבה הלי"ג) וז"ל גנב את הגוי או את ההקדש אינו נמכר על הקרן אלא הרי זה עליו חוב עד שיעשיר עכ"ל. לכאורה צ"ב במקור דהרמב"ם דהרי הגונב את הגוי או את ההקדש פטור מכפל מהפסוק "ישלם שנים לרעהו" (ב"ק סב: ומכילתא דרבי ישמעאל מסכתא דנזיקין פרשה טו). אבל אין המלה "רעהו" מופיע בפסוקים דעוסקים בדיני מכירת הגנב. ויש לדחוק דמכיון דהפסוק "ונמכר בגנבתו" (שמות פרק כב פסוק ב) הוא קרוב לפסוק "ישלם שנים לרעהו" (שמות פרק כב פסוק ח) הרמב"ם הבין דהמיעוט דעכו"ם והקדש מכפל גם הוי מיעוט ממכירה לעבדות.[650]

אבל עוד נראה לפרש דעצם המיעוט דרעהו שייך רק לכפל ולא לכל הפרשה. אמנם הרמב"ם הבין דהמיעוט מכפל אינו רק מיעוט מדין מסויים אלא מלמד על דין יותר כללי לגבי גניבה מהקדש ומעכו"ם. דהיינו, דיש כמה חילוקים בין גניבה לבין גזילה, וכפל הוי רק אחד מהנ"מ, ויתכן דהרמב"ם סובר דהמיעוט דרעהו הוי בעצם מיעוט דהקדש ועכו"ם מכל החלות שם גניבה ולעולם מי שגונב ממון מעכו"ם והקדש מוגדר כגזלן ולא כגנב.[651]

וא"כ פסק הרמב"ם דמי דגנב מהם אינו נמכר שפיר מובן, דהרי כל דיני מכירה שייכים רק לגניבה ולא לגזילה. דהרי הרמב"ם כתב בתחילת רשימת ההלכות דמכירת הגנב, וז"ל דין הגנב לשלם הקרן והכפל או תשלומי ארבעה וחמשה מן המטלטלין שלו, אם לא נמצאו לו מטלטלין בית דין יורדין לנכסיו וגובין הכל מן היפה שבנכסיו כשאר הנזקין שנ' בהן מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם, ואם אין לו קרקע ולא מטלטלין בית דין מוכרין אותו ונותנין דמיו לניזק שנ' אם אין לו ונמכר בגניבתו עכ"ל. ומשמע מרצף לשון הרמב"ם דהמכירה שייכת רק לדיני גנב. וגם יש להעיר דהרמב"ם הביא את כל דיני מכירה בהלכות גניבה ולא בהלכות גזילה. ומכיון דעכו"ם והקדש מופקעים מדיני

[650] עיין במנ"ח (מצוה מב ד"ה ודברי הר"מ) דהביא דהאור החיים עה"ת פירש דהרמב"ם למד מסמיכות הפרשיות דאין מכירה בגנב מהקדש ועכו"ם.

[651] ורבינו זצ"ל הוסיף דיש להטעים את הדין דאין חלות גניבה בהקדש, דהרי הגדרת גניבה הוא לקיחת ממון בסתר וזה אינו שייך כשגונב מהקב"ה. ועוד י"ל דיעויין בשיעורים לריש פרק מרובה דרבינו זצ"ל הביא בשם הגר"ח זצ"ל דהגדרת גניבה, דהיינו מעשה הוצאת החפץ מרשות הנגנב, אינו שייך בהקדש דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא. אך צ"ע בעכו"ם, מה טעם מיעטיה הגזה"כ מחלות דין גניבה.

גניבה והגזה"כ דרעהו מלמד דאין דין גניבה בעכו"ם והקדש, אזי מובן למה הרמב"ם פסק דאין מכירה בגניבה מהקדש ועכו"ם.[652]

גמ'. דכתבנא ליה שטרא אדמיה וכו' יהיבנא ליה חספא.

לכאורה משמע מהכא דאין לשטר התחייבות דין כסף. ועיין לעיל (דף ב. בענין כסף וממון אות ג', דף ה. בענין אין פודין הקדש ומע"ש בשטר וגדר שטר התחייבות אות ג') **בביאור** מחלוקת הראשונים בנידון וגם היאך להבין את הסוגיא דידן.

גמ'. בע"כ דאב.

עיין ברש"י (ד"ה בע"כ דאב) דביאר דכופין את האב לפדות את בתו. ולכאורה יש להקשות דביארנו לעיל (דף טו: בענין גאולת קרובים לפי רבי אות א') דנחלקו הראשונים האם יש דין דגאולת קרובים בנמכר לישראל. ובשלמא לפי שיטת תוס' הרי"ד והכס"מ דיש דין דגאולת קרובים בנמכר לישראל אזי האב יכול לפדות את בתו. אבל לפי רוב הראשונים דאין דין דגאולת קרובים בנמכר לישראל ורק העבד יכול לפדות את עצמו בגרעון כסף, אזי היאך האב יכול לפדות את בתו. והביאור הפשוט הוא דיש לחלק בין שאר הקרובים דאין להם שום שייכות למכירה עצמה, לבין האב דהוי דעת המקנה למכירת בתו. ויוצא מזה דלכו"ע יש דין דשחרור ע"י גרעון כסף במי דהיתה דעת המקנה במכירה.

ולפי"ז יש לעיין מה הדין במכרוהו ב"ד, האם ב"ד יכולים לפדות את העבד לאחר זמן בגרעון כסף מדין דעת המקנה, דהרי הם מכרו את העבד בעל כרחו. ומסתבר דב"ד שונה מהאב ואין להם חלות שם מוכר ודעת מקנה כשמוכרים את הגנב לעבדות. דהרי אין לב"ד שום קשר או בעלות על הגנב הזה כדי שדעתם תהא נחשבת כדעת מקנה למכירת הגנב. אלא צ"ל דיש גזה"כ דהב"ד יכול למכור את הגנב בע"כ, אע"פ דאין כאן דעת מקנה כלל.

ולכאורה הגזה"כ הזאת דב"ד מוכרין אותו בע"כ בלי דעת מקנה שייך רק בקנין כסף. אבל בקנין שטר א"א לומר הכי דהרי כל מהות דשטר קנין הוי דעת המתחייב בכתב כדמבואר בשיעורים לעיל (דף ט. קונטרס בענין עדי חתימה כרתי או עדי מסירה כרתי, אות א'). ויוצא מזה דב"ד מוכרין את העבד בשטר רק אם העבד אומר רוצה אני והוי דעת המתחייב דהשטר. וזה דבמכרוהו ב"ד בשטר הגנב עצמו צ"ל דעת המקנה גם עולה מדברי הרמב"ם (פרק ב מהלכות עבדים הל"א) וז"ל עבד עברי שמכרוהו ב"ד והמוכר עצמו נקנה בכסף ובשוה כסף ובשטר, כיצד בשטר כותב לו על הנייר או על החרס הריני מכור לך הריני קנוי לך ונותן לו השטר עכ"ל. ומשמע מלשונו דגם במכרוהו ב"ד לשון השטר

[652] ועיין בשיעורי רבי שמואל לקידושין (אות רפו) דהביא את כל המהלך הזה בשם הגרי"ז זצ"ל.

הוי "הריני מכור לך" דקאי על העבד עצמו, וזה מובן רק אם העבד הוי דעת המקנה.[653] וזה לעומת לשון השטר כשהאב מוכר את בתו דהוי בשם האב כדמבואר ברמב"ם (פרק ד מהלכות עבדים הל"ג) וז"ל אמה העבריה נקנית בכסף או בשוה כסף ובשטר ואינה נקנית בפרוטה מפני שצריך לקנותה בדמים שראויין לגרעון כדי שתגרע פדיונה ותצא, כיצד בשטר כותב על הנייר או על החרס בתי מכורה לך בתי קנויה לך ונותן ביד האדון, ושטר אמה העבריה האב כותבו עכ"ל. והנוסח הזה מוכיח כדברינו דבמוכר את בתו האב הוי דעת המקנה.

ולפי"ז יתכן דגם במכרוהו ב"ד בקנין כסף אינו מוכרח דהמכירה חלה בלי דעת מקנה. אלא די"ל דכמו דקנין שטר מכרוהו ב"ד חל רק בדעת מקנה דהעבד עצמו, כמו"כ מכרוהו ב"ד בכסף חל ע"י הדין דכופין אותו עד שיאמר רוצה אני. וא"כ בשני המקרים דגנב הנמכר לעבדות, הוא עצמו הוי דעת המקנה.

דף יח:

גמ. בעי רבה בר אבוה יעוד נישואין עושה או אירוסין עושה.

בענין גדר דיעוד

א

גדר דיעוד לפי המ"ד דמעות הראשונות לקידושין ניתנו

לכאורה ספק הגמ' צ"ב, דהרי מדוע יש הו"א דיעוד נישואין עושה אם בעלמא בעינן קידושין לפני נישואין.[654] ונראה לבאר דמצינו דיבום נישואין עושה והביאור הוא דיבום הוי דרך מחודשת ליצור אישות והתורה לא חידשה את החילוק בין חלות קידושין לבין חלות נישואין בדרך המחודשת הזאת. וי"ל דגם ייעוד הוי דרך מחודשת ליצור אישות ומפני זה יש הו"א דאולי החילוק באישות דעלמא בין קידושין לבין נישואין אינו שייך ליעוד. והיסוד הזה דיעוד הוי דרך מחודשת ליצור אישות נכון בין למ"ד דמעות הראשונות לקידושין ניתנו ובין למ"ד דלאו לקידושין ניתנו כדיבואר להלן.

[653] ועיין במאירי (יד: ד"ה אמר המאירי) דחולק על זה ונקט בהדיא דבמכרוהו ב"ד נוסח השטר אינו בשם העבד וז"ל ובשטר שבמוכר עצמו כותב לו על הנייר או על החרס הריני קנוי לך ונותן לו השטר ובמכרוהו בית דין כותבין לו בית דין הרי זה קנוי לך ובאמה כותב האב הרי בתי קנויה לך עכ"ל. והמנ"ח (מצוה מב ד"ה והנה הקנין של ע"ע) דחק לומר דזה גם כוונת הרמב"ם. אבל רבינו זצ"ל נקט כפשטות דברי הרמב"ם דגם במוכר עצמו וגם במכרוהו ב"ד, נוסח השטר הוי בשם העבד.

[654] ועיין במאירי (ד"ה לענין ביאור) דביאר דההו"א דיעוד נישואין עושה הוא דמכיון דהאמה נכנסת לרשות האדון אולי זה דומה למסרה האב לשלוחי הבעל וז"ל לענין ביאור זה ששאלו בייעוד אם עושה נשואין פירשו גדולי המפרשים דהוה ליה כמסרה אב לשלוחי הבעל שיורשה ומיטמא לה ומיפר נדריה אבל לתרומה לא עכ"ל.

עיין לקמן (יט:) דלפי החכמים דמעות הראשונות לקידושין ניתנו הגמ' השווה קידושי יעוד לקידושין מעכשיו ולאחר ל' ולכן אם בא אחר וקידשה בתוך שש, היעוד לבסוף מפקיע את קידושי השני, וז"ל ת"ר כיצד מצות יעוד, אומר לה בפני שנים הרי את מקודשת לי הרי את מאורסת לי, אפילו בסוף שש ואפילו סמוך לשקיעת החמה, ונוהג בה מנהג אישות ואינו נוהג בה מנהג שפחות, רבי יוסי ברבי יהודה אומר אם יש שהות ביום כדי לעשות עמו שוה פרוטה מקודשת ואם לאו אינה מקודשת, משל לאומר לאשה התקדשי לי מעכשיו לאחר שלשים יום, ובא אחר וקידשה בתוך שלשים יום, שמקודשת לראשון, משל למאן וכו' אמר רב אחא בריה דרבא משל לרבנן, פשיטא מהו דתימא הא לא אמר ליה מעכשיו, קמ"ל עכ"ל. ומזה דהברייתא השווה את קידושין מעכשיו ולאחר ל' והמ"ד מעות הראשונות לקידושין ניתנו, משמע דלפי החכמים כמו בקידושין מעכשיו ולאחר ל' דנתינת הכסף בתחילת השלושים מהווה מעשה הקידושין, כמו"כ הכא המכירה מהווה מעשה הקידושין ולא רק מעשה קנין לשפחות.

אבל לכאורה א"א לומר דקנין האדון לשם שפחות גם מהווה מעשה קידושין. דהרי לא מצינו דהאדון צריך לכוון בשעת הקנין לחלות קידושין אלא לשפחות בלבד. ומשמע משתיקת הסוגיות דאפי' אם בשעת המכירה האדון אינו יודע כלל מהלכות יעוד ובודאי אינו מתכוון שהקנין שלו יהא מעשה קידושין, מ"מ הוא יכול לייעד לבסוף.[655] אלא דברור מכל זה דמעות הראשונות אינן נחשבות ככסף קידושין דעלמא ואין נתינת המעות של האדון להאב נחשב למעשה קידושין אלא למעשה קנין לשם שפחות בעלמא.

ולפי"ז החידוש דיעוד הוא דחלות השפחות נכללת בתוך חלות האישות, ומעשה היעוד הופכת את חלות השפחות לחלות אישות. ולפי המ"ד מעות הראשונות לקידושין ניתנו מכיון דיש חלות אישות מסויימת כחלק של חלות השפחות, היעוד יכול להפוך אותה לחלות אישות גמורה למפרע משעת המכירה. אמנם אין זה משום דנתינת הכסף בתחילה היתה מעשה קידושין, אלא דהיתה מעשה מכירה לשם שפחות בעלמא דיצרה חלות שפחות.[656] אלא דחלות האישות מהווה חלק בלתי נפרד של חלות השפחות. ונראה דבזה מובן יותר לשון הגמ' (יט:) דלאחר היעוד וז"ל ונוהג בה מנהג אישות ואינו נוהג בה מנהג שפחות עכ"ל. כלומר, דבתחילה יש חלות שפחות וחלות אישות ביחד, והיעוד גורם שרק תשאר חלות האישות לעומת חלות השפחות דנסתלק.

[655] ולכאורה עוד יותר מפורש דיאתא בגמ' לקמן (יט:) דאם קנתה ע"מ שלא לייעדה התנאי בטל ויכול לייעדה ואע"פ שלא היתה לו דעת כלל לייעדה כשקנתה.

[656] וכמו"כ עיין בלשון התוס' לעיל (ה. תוד"ה שכן) וז"ל בתחילה לא בא הכסף בשביל אישות עכ"ל.

ומוכח מהגמ' לקמן דלפי המ"ד דמעות הראשונות לקידושין ניתנו דההפיכה הזאת של חלות השפחות לחלות אישות היא חלה למפרע משעת המכירה.[657] דהרי מבואר בגמ' דלפי החכמים היעוד מפקיע את קידושי השני דנעשית תוך שש. ולכאורה כמו"כ נראה שאם בא עליה אדם אחר מן השוק ואז האדון ייעד אותה, דיש לבועל חיוב מדין בא על אשת איש והולד יהא ממזר. וחלות האישות יכולה לחול למפרע משום דכבר יש חלות אישות במובן מסויים כחלק של חלות השפחות, והיעוד רק מסלק את חלות השפחות ונותנת לחלות האישות שבה להיות חלות אישות גמורה. אבל יש להעיר, דאע"פ דהיא למפרע מקודשת לאדון, מ"מ האישות שלה עדיין פגומה דהרי לא אמרינן דלמפרע היו לו חיובי שאר כסות ועונה וכדומה. אבל יש לה חלות ערוה גמורה מדין אשת איש.

ב

הוכחות דאין מעשה המכירה הופך להיות מעשה הקידושין

ויש להוכיח כדברינו שאין יעוד הופך את מעשה ומעות המכירה למעשה וכסף קידושין, דהרי יעוד מהני אפי' כשהקנין בתחילה היה על ידי שטר. וכבר העיר המנ"ח (מצוה מג אות יח) דלפי המ"ד מעות הראשונות לקידושין ניתנו לכאורה קשה להבין היאך יעוד מהני אם לא היה כסף כלל בתחילה כדי לומר דהמעות ניתנו לשם קידושין.[658] אבל לפי דברינו זה מובן מאד, דמעות הראשונות לקידושין ניתנו אין פירושו דנתינת הכסף בתחילה היה לשם קידושין אלא דחלות השפחות דנוצרה מתחילה הופכת להיות חלות אישות. ולכן דרך הקנין שהאדון קונה את האמה אינו מעלה ואינו מוריד את חלות האישות דהיעוד גורם.

[657] כאן רבינו זצ"ל נקט דלפי המ"ד מעות הראשונות לקידושין ניתנו, דחלות הקידושין חלה למפרע. אבל עיין בשיעוריו לקמן (יט: ד"ה ונוהג בה מנהג אישות ואינו נוהג בה מנהג שפחות) דרבינו זצ"ל ביאר דבאמת יש בזה מחלוקת הראשונים וגם הציע ב' פירושים בתלמוד הירושלמי דנחלקו האם הקידושין באמת חלה לגמרי למפרע או לא. ועיין בתוס' הרא"ש לקמן (יט. ד"ה משל לרבנן) דנקט דהקידושין חלין למפרע. אבל הגר"ח זצ"ל (חידושי הגר"ח על הרמב"ם פרק ד מהלכות יבום וחליצה הלט"ז) נקט דהיעוד חל מכאן ולהבא ולא למפרע אף לשיטה דמעות הראשונות לקידושין ניתנו וז"ל וכדחזינן דלמ"ד מעות הראשונות לקידושין ניתנו אם הלכה ונתקדשה לאחר קודם יעוד הא תניא בקדושין דף י"ט ע"ב דאם רצה ליעד מיעד ובטלו קידושי האחר, ומפרש שם בגמ' הטעם משום דדמי לאומר לאשה התקדשי לי מעכשיו, וקשה דהרי אכתי לא נעשית אשת איש למפרע, ואמאי לא תפסי בה קידושין, ואין זה דומה למעכשיו דנעשית אשת איש למפרע, אלא ודאי דהא מיהא דביעוד שוב אין הקידושין גומרין אלא מדעת האדון לחוד, ועל כן למ"ד מעות הראשונות לקידושין ניתנו דנעשה מעשה הקידושין לענין זה שאין היעוד תלוי שוב בדעתה, על כן אהניא זאת גם לענין זה שאינה יכולה לקבל עוד קידושין מאחר, לא ע"י עצמה ולא ע"י אביה, ודמיא זאת למעכשיו בחדא מילתא, דלענין זה שאין הקידושין תלויין עוד אלא בדעת האדון מהני היעוד שאח"כ למפרע עכ"ל.

[658] ועיין בשיטה לא נודע למי (טז. ד"ה רב הונא) דנקט שלפי רב הונא דהאדון כותב את שטר קנין דאמה העבריה, אמרינן דע"י היעוד השטר הזה יכול להיות שטר קידושין, וז"ל אבל לרב הונא דאמר אדון כותבו אפשר דמיעד לה בההוא שטרא דקניה אדון וכי היכי דאמרי' מעות הראשונות לקדושין נתנו הכי נמי אמרינן שטרא זביני לקדושין עכ"ל.

ולכאורה היסוד הזה גם עולה משיטת הרמב"ם לגבי היכולת של האב למכור את בתו לשפחות לאחר אישות. דהרמב"ם (פרק ד מהלכות עבדים הלי"ג) פסק דאדם מוכר את בתו לשפחות אחר שפחות אבל לא לשפחות אחר אישות, וז"ל המקדש את בתו כשהיא קטנה ונתארמלה או נתגרשה אינו יכול למוכרה שאין אדם יכול למכור את בתו לשפחות אחר אישות אבל מוכרה לשפחה אחר שפחות, כיצד מכרה לשפחות תחלה ויעד אותה האדון ומת האדון או גרשה וחזרה לרשות האב כשהיא קטנה הרי האב מוכרה פעם שנייה אפילו לכהן וכו' עכ"ל. ולכאורה דברי הרמב"ם צ"ע דהרי אם האב אינו יכול למכור את בתו לאחר אישות, מדוע הוא יכול למוכרה לאחר יעוד. דהרי הרמב"ם (פרק ד מהלכות עבדים הלט"ו) פסק מעות הראשונות לקידושין ניתנו, וז"ל המוכר את בתו ואח"כ הלך וקדשה לאחר אם רצה האדון לייעד מייעד ואם לא ייעד האדון לא לו ולא לבנו כשתצא מרשות האדון יגמרו קידושיה ותיעשה אשת איש עכ"ל. ואם גדר היעוד לפי המ"ד מעות הראשונות לקידושין ניתנו הוא דכסף המכירה נחשב ככסף הקידושין, אזי מהי הסברא לחלק ולומר דהאב יכול למוכרה אחר יעוד אבל לא לאחר קידושין. אלא מוכח מזה דאפי' למ"ד מעות הראשונות לקידושין ניתנו אין מעשה המכירה נחשבת כמעשה הקידושין אלא דחלות השפחות כוללת את חלות הקידושין והיעוד הופך השפחות למפרע לחלות אישות. והדין דאין אדם מוכר את בתו לשפחות אחר אישות חל רק כשהיה מעשה קידושין.

וגם, כבר הבאנו בפתיחת המסכת (דף ב. בענין מצות קידושין, אות ה') דהיסוד הזה בגדר דיעוד גם עולה מדברי הרמב"ם במקום אחר. דהרמב"ם (פרק ד מהלכות מלכים הל"ד) השווה בין פילגש דמותרת למלך לבין יעוד דאמה העבריה, וז"ל וכן לוקח מכל בגבול ישראל נשים ופלגשים, נשים בכתובה וקדושין, ופלגשים בלא כתובה ובלא קידושין אלא ביחוד בלבד קונה אותה ומותרת לו, אבל ההדיוט אסור בפילגש אלא באמה העבריה בלבד אחר ייעוד עכ"ל. וצ"ע בגדר הדמיון הזה בין פילגש דמלך לבין יעוד, דהרי הם שונים ביחס למעשה הקידושין שלהם וביחס לחלות האישות. דהרי בפילגש למלך אין מעשה קידושין והאישות חלה ע"י יחוד בעלמא, וגם התוצאה של היחוד הזה הוא חלות פילגשות דלכאורה שונה מחלות אשת איש בעלמא. ולכאורה כל זה שייך רק בפילגש, לעומת יעוד דאמה העבריה דהרי הרמב"ם פסק מעות הראשונות לקידושין ניתנו דמשמע דיש מעשה קידושין, וגם דהיא נחשבת כאשת איש רגילה לאחר היעוד.

וביארנו לעיל דבנוגע לחלות האישות אע"פ דאין לפילגש כתובה, מ"מ יש לה חלות אישות. דהרי הרמב"ם פסק דפילגש דעלמא אסורה להדיוט מדין קדשה וקשה למה

חלוק מלך מהדיוט לגבי איסור לאו דקדשה שבתורה. אלא מוכרח מזה דלגבי הדיוט אי אפשר ליצור חלות אישות בפילגש, משא"כ במלך יש גזה"כ דביחוד בעלמא נוצרה חלות אישות בין הפילגש לבין המלך. ולפי"ז הדמיון של הרמב"ם בין יעוד לבין יחוד דמלך מבואר היטב, דהרי בשניהם אין מעשה קידושין ואעפ"כ נוצרה חלות אישות. וא"כ יוצא מזה דגם ביעוד, למ"ד מעות הראשונות לקידושין ניתנו, אין כאן מעשה קידושין דכסף אלא היעוד יוצר חלות אישות בלי מעשה קידושין. וצ"ל כנ"ל, דחלות השפחות עצמה כוללת את חלות האישות והיעוד הופך את חלות השפחות לחלות אישות.

ג

הצורך לעדי קיום בשעת האמירה

אולם לכאורה קשה לומר דלפי המ"ד מעות הראשונות לקידושין ניתנו דאין מעשה קידושין כלל, לא בתחילת שש ולא בסוף שש. דהרי הגמ' לקמן (יט:) נקטה בהדיא דבעינן עדי קיום בשעת היעוד לבסוף לכו"ע, וז"ל ת"ר כיצד מצות יעוד אומר לה בפני שנים הרי את מקודשת לי, הרי את מאורסת לי, אפילו בסוף שש ואפילו סמוך לשקיעת החמה, ונוהג בה מנהג אישות ואינו נוהג בה מנהג שפחות עכ"ל. ולכאורה מהא דצריך עדי קיום לבסוף מוכח דיעוד הוי מעשה קידושין ושלא כנ"ל דהיעוד רק הופך את חלות השפחות לחלות אישות גמורה. והרמב"ם עצמו פסק את ההלכה הזאת דעדי קיום (פרק ד מהלכות עבדים הל"ז) אע"פ דפסק מעות הראשונות לקידושין ניתנו.[659]

ואולי י"ל דהצורך לעדי קיום אינו מוכיח דהיעוד מהווה מעשה הקידושין, דהרי יתכן דע"פ דין צריך עדי קיום אפי' היכא דיש פעולה הגורמת לחלות קידושין אע"פ דאינה מהווה חלות שם מעשה קידושין. וא"כ אפי' אם אין יעוד מעשה קידושין, מכיון דהיעוד הוי מעשה ההופך את חלות השפחות לחלות אישות צריך עדי קיום. אולם לכאורה הביאור הזה תלוי במחלוקת ראשונים. דהרי אם אדם קידש אשה על תנאי ואז חזר וביטל את התנאי, הרמב"ם (פרק ז מהלכות אישות הלכ"ג) נקט דלא בעינן עדי קיום והקידושין חלין אע"פ דהוא ביטל את התנאי בינו לבינה, וז"ל המקדש על תנאי וחזר אחר כמה ימים וביטל התנאי אע"פ שבטלו בינו לבינה שלא בפני עדים בטל התנאי והרי היא מקודשת סתם עכ"ל. והראב"ד השיג עליו וז"ל א"א אינו כן אלא א"כ כנסה סתם בעדים דהוה ליה כמו שביטל תנאו בעדים עכ"ל. ונראה לבאר דנחלקו מתי בעינן עדי קיום בנוגע לקידושין. דהראב"ד נקט דכל פעם דנוצר חלות קידושין בעינן עדי קיום, אע"פ

[659] עיין בשיעורים לקמן (דף יט: ד"ה ונוהג בה מנהג אישות ואינו נוהג בה מנהג שפחות) דרבינו זצ"ל דן בשאלה הזאת לפי כמה שיטות בראשונים. וגם עיין במנ"ח (מצוה מג אות יד) דעמד על זה דאם הקידושין חלין למפרע למה צריך העדות בשעת האמירה, ונקט דזה הוי חלק מהגזה"כ דיעוד.

דאין כאן מעשה קידושין, וכגון פעולת ביטול התנאי. ולכאורה הרמב"ם חולק על זה וסבור דבעינן עדי קיום רק כשיש מעשה קידושין, לעומת יצירת חלות אישות ע"י פעולה מסויימת דאינה צריכה עדי קיום.[660]

ואם נחזור לסוגיא דידן אזי הדרא קושיא לדוכתא. דבשלמא לפי הראב"ד י"ל דאע"פ דיעוד אינו מהווה מעשה קידושין מ"מ יעוד הוי פעולה הגורמת לחלות קידושין ולכן בעינן עדי קיום. אבל לפי הרמב"ם, אם נקטינן כנ"ל דאין מעשה קידושין ביעוד, קשה למה בעינן עדי קיום דהרי מוכח מדבריו לגבי ביטול התנאי דעדי קיום הם דין במעשה הקידושין ולא ביצירת חלות קידושין. וא"כ יש סתירה בדברי הרמב"ם דהרי הוכחנו לעיל מדבריו בהלכות מלכים דאין מעשה קידושין ביעוד, אבל לפי"ז קשה להבין למה בעינן עדי קיום, וצ"ע.[661]

ד

מעשה קידושין ביעוד

ולכאורה גם אם נתעלם מדברי הרמב"ם בהלכות מלכים דמשמע דאין מעשה קידושין ביעוד כלל וננקוט דיעוד מהווה מעשה קידושין, עדיין צ"ב בגדר מעשה הקידושין דנצרך לבסוף. דהרי לפי החכמים דמעות הראשונות לקידושין ניתנו, הברייתא (יט:) משווה את יעוד לקידושין מעכשיו ולאחר שלושים, וז"ל משל לאומר לאשה התקדשי לי מעכשיו לאחר שלשים יום ובא אחר וקידשה בתוך שלשים יום, שמקודשת לראשון עכ"ל. ולכאורה קשה, דהרי בקידושין מעכשיו ולאחר ל', לא בעינן מעשה קידושין בסוף ל' כדי שהקידושין יחולו אלא דנתינת הכסף בתחילה הוי מעשה הקידושין. אבל ביעוד בעינן מעשה קידושין לבסוף, וצ"ב מהו השוואת הגמ' ביניהם.

ונראה לבאר דחלות אישות יכולה לחול רק אם יש מעשה קידושין. ובדרך כלל בעינן מעשה קידושין בתחילה דאל"כ אין דבר לגרום את החלות ולכן בקידושין מעכשיו ולאחר ל' מעשה הקידושין הוא בתחילה. אבל ביעוד יש מצב מיוחד דלא בעינן מעשה קידושין בתחילה דהרי כמ"ש לעיל, התורה חידשה דחלות אישות כלולה בתוך חלות השפחות. וא"כ יש חלות אישות מסויימת אפי' בלי מעשה קידושין, דהרי המעשה בתחילה היתה רק מעשה קנין לשם שפחות. אבל לבסוף כשהאדון רוצה להפוך את חלות השפחות לחלות אישות גמורה ע"י יעוד, הוא צריך לעשות מעשה קידושין

[660] וע"ע בשיעורים לקמן (סא. בענין מחילת התנאי אות ג-ד) דרבינו זצ"ל ביאר את המחלוקת בין הרמב"ם והראב"ד באופן שונה קצת.

[661] ואולי י"ל דהצורך בעדי קיום הוא מחמת הדעת לחלות היעוד דהוי דעת היוצרת את חלות האישות שביעוד. ועיין לקמן אות ז'. וע"ע בחידושי הגר"ח זצ"ל על הרמב"ם הל' יבום וחליצה. א"נ דשאני מעשה יעוד דיוצר חלות האישות עצמה משא"כ ביטול התנאי שאינו אלא הסרת תנאי מבחוץ.

מפני הכלל דכל חלות אישות צריך מעשה קידושין. ולכן היעוד לבסוף מהווה מעשה הקידושין ההופך את חלות השפחות לחלות אישות. וכל זה שייך לגבי יעוד דלא היתה מעשה קידושין בתחילה אלא רק מעשה קנין לשם שפחות, לעומת קידושין דמעכשיו ולאחר ל' דיש מעשה קידושין בתחילה ולכן לא בעינן מעשה הקידושין לבסוף.

ולפי"ז חשוב להדגיש דאע"פ דיש סתירה לכאורה בדברי הרמב"ם האם יעוד מהווה מעשה קידושין או מעשה יחוד בעלמא, עיקר היסוד שביארנו - דלפי המ"ד מעות הראשונות לקידושין ניתנו אין הפשט דמעשה הקנין בתחילה היה גם מעשה קידושין - עדיין קיים. דאם נלך בתר דברי הרמב"ם בהלכות מלכים דאין מעשה קידושין ביעוד כלל, אזי מוכרח לומר דחלות השפחות עצמה כוללת חלות האישות. ואפי' אם נלך בתר דברי הרמב"ם בהלכות עבדים דבעינן עדי קיום ביעוד, עדיין מעשה הקידושין דיעוד נצרך רק כדי להפוך את חלות השפחות לחלות אישות ולא ליצור חלות אישות חדשה.

ה

גדר דיעוד לפי המ"ד דמעות הראשונות לאו לקידושין ניתנו

ביארנו דלפי החכמים יש להסתפק האם יעוד נישואין עושה משום דיעוד הוי דרך מחודשת ליצור אישות ואולי התורה לא חילקה בין קידושין ונישואין בדרך המחודשת הזאת. ויש להקשות דכל זה נכון לפי החכמים, אבל לפי רבי יוסי ברבי יהודה דמעות הראשונות לאו לקידושין ניתנו לכאורה יעוד הוי כמו קידושין דעלמא. דהרי מבואר בברייתא (יט:) המובא לעיל (אות א') דבסוף שש הוא אומר לה הרי את מקודשת לי כשיש עדיין פרוטה שנשאר בעבודה שלה. ולכאורה הוא מקדש אותה בפרוטה הזאת והקידושין אינן חלין למפרע ולמה יש הו"א דיעוד נישואין עושה.

וי"ל ע"פ מה דייסדנו בשיעורים לעיל (ט: ד"ה ור' יוחנן) דאין כוונת רבי יוסי ברבי יהודה דהוא מקדש אותה בפרוטה בסוף ל' בקידושין חדשים. דהרי מבואר בגמ' לקמן (יט:) דלפי רבי יוסי ברבי יהודה, יעוד דומה לקידושין לאחר ל', וז"ל תניא אידך המוכר את בתו והלך וקידשה לאחר שיחק באדון ומקודשת לשני דברי רבי יוסי ברבי יהודה, וחכ"א אם רצה לייעד מייעד, משל לאומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שלשים יום, ובא אחר וקידשה בתוך שלשים יום, שמקודשת לשני, משל למאן וכו' אלא אמר רב אחא בריה דרבא משל לר' יוסי בר' יהודה עכ"ל. ולכאורה המשל הזה מוכיח דאפי' לפי רבי יוסי ברבי יהודה יש התחלה לקידושין במובן מסויים בשעת המכירה אבל חלות

הקידושין הגמורה חלה רק בסוף שש.[662]

וגם הבאנו לעיל (דף ה. תוד"ה שכן ישנן) את מחלוקת הראשונים בנוגע לדעת האמה בשעת היעוד. דר"ת (שם) נקט דיעוד חל בע"כ ממש כל עוד דהיא יודעת דהאדון מייעדה, בניגוד לשיטת הרמב"ם (פרק ד מהלכות עבדים הל"ח) דבעינן הסכמתה, וביארנו שזה אינו דעת מקנה לקידושין. וכל הדיון הזה נמי מוכיח דאפי' לרבי יוסי ברבי יהודה אין הפשט דהאדון מקדש אותה בקידושין חדשים בסוף שש, דאזי פשיטא דבעינן דעת מקנה לקידושין גמורה כמו כל אשה דעלמא.[663]

אלא מוכח מכל זה דכוונת רבי יוסי ברבי יהודה היא כנ"ל בדעת החכמים, דהמכירה יוצרת חלות שפחות דכוללת חלות אישות. והיעוד לבסוף אינו מעשה קידושין חדש, אלא דהיעוד הופך את חלות השפחות לחלות אישות. אלא דלפי החכמים מכיון שחלות האישות הוי חלק של חלות השפחות, הגזה"כ דיעוד הוא דהאדון יכול להפוך את החלות שפחות לחלות אישות למפרע. ולעומת זה, רבי יוסי ברבי יהודה סבור דההפיכה הזאת יכולה לחול רק משעת היעוד עצמו. ולפי"ז הקידושין באמת התחילו במובן מסויים משעת המכירה ולכן הגמ' השווה את יעוד לפי רבי יוסי ברבי יהודה לקידושין לאחר ל'.[664] וגם מובן עתה למה לא בעינן דעת מקנה לקידושין מהאמה ולפי ר"ת היעוד אפי' חלה בע"כ, דהרי חלות הקידושין כבר קיים בכח בתוך חלות השפחות והיעוד רק משנה את החלות שפחות לאישות ואינו יוצרת אישות חדשה.[665]

ועל פי זה יש לבאר את ההו"א שיעוד נישואין עושה לפי רבי יוסי ברבי יהודה באותו דרך דביארנו אותו לפי החכמים. כלומר, דמכיון דיעוד הוי דרך מחודשת ליצור אישות, הגמ' נסתפקה דאולי הדינים הרגילים של קידושין ונישואין אינם קיימים, ויעוד יוצר אישות גמורה דנישואין.

---

[662] ויש להעיר דבשיעורים לעיל (ט: ד"ה ור' יוחנן) רבינו זצ"ל ביאר דלפי רבי יוסי ברבי יהודה מעשה המכירה מהווה מעשה קידושין. אבל כאן רבינו זצ"ל הביא כמה וכמה ראיות דמעשה המכירה אינה מעשה קידושין.

[663] וכמו"כ עיין בשיעורים לעיל (ט: ד"ה ור' יוחנן) דגם לפי רבי יוסי ברבי יהודה, תנאי שלא יהיה יעוד לבסוף הוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה בנוגע לקנין האמה. וזה גם מוכיח דאין כוונת רבי יוסי ברבי יהודה דיש מעשה קידושין חדש בסוף שש.

[664] ועיין ברמב"ן (יט. ד"ה ורב נחמן בר יצחק) דכבר הקשה קושיית רבינו זצ"ל על המשל אבל תירץ דהוא לדבריכם דחכמים וז"ל וקשיא לי למאן דאמר לאו לקדושין ניתנו היכי תניא לקמן משל לאומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שלשים, והרי לא קדשה מעתה כלל ולא נתן לאביה כלום אלא בתורת שפחות, איכא למימר התם ר' יוסי הוא דקאמר להו לרבנן, לדידכו דקא אמריתו אם רצה ליעד מייעד אי אפשר, שאפי' נתן לה בתורת קדושין אינו אלא כאומר לאחר שלשים יום שאם בא אחר וקדשה מקודשת לשני ולא זכתו בה תורה מעכשיו עכ"ל.

[665] ולכאורה היסוד דרבינו זצ"ל בדעת רבי יוסי ברבי יהודה גם עולה מהגהת הב"ח (יט: אות א') דהוסיף דגם לשון "הרי את מיועדת לי" מועיל ליעוד. ולכאורה זה על פי דברי רש"י לעיל (ו. ד"ה מיועדת). אמנם בקידושין דעלמא הגמ' לעיל (ו.) נסתפקה האם לשון מיועדת הוי לשון המועיל לקידושין. ולכאורה אם לשון דאינו מועיל בקידושין דעלמא מהני ביעוד, מוכח דיעוד גם לפי רבי יוסי ברבי יהודה אינו קידושין חדשים בסוף שש.

ויש להעיר דאפי' לפי הביאור שלנו אין המשל של קידושין לאחר ל' דומה ממש ליעוד לפי רבי יוסי ברבי יהודה. דהרי כאמור, לפי ר"ת האדון יכול לייעדה בע"כ. אבל בקידושין לאחר ל' נחלקו האמוראים לקמן (נט.) האם תוך הזמן היא יכולה לחזור משום דאתי דיבור ומבטל מעשה או היא אינה חוזרת משום דלא אתי דיבור ומבטל מעשה. ואנן פסקינן כר' יוחנן דהיא חוזרת. וא"כ צ"ל דקידושין לאחר ל' אינן בדיוק כמו יעוד לפי רבי יוסי ברבי יהודה, אלא דהם דומים בזה דהקידושין התחילו בשעה מסויימת אבל החלות הגמורה אינה חלה אלא לבסוף (שעת היעוד או בסוף ל'), ולכן אם בא אחר וקידשה באמצע היא מקודשת לשני.

ו

יעוד בפרוטה האחרונה לפי המ"ד דמעות הראשונות לאו לקידושין ניתנו

ולכאורה הביאור שביארנו בדעת רבי יוסי ברבי יהודה גם מדוייק בברייתא לקמן (יט:) וז"ל רבי יוסי ברבי יהודה אומר אם יש שהות ביום כדי לעשות עמו שוה פרוטה מקודשת, ואם לאו אינה מקודשת עכ"ל. ומשמע מלשון הברייתא דהיעוד חל דוקא ע"י הפרוטה דנשאר בסוף עבודת השש, אבל אם נשאר רק חצי פרוטה והאדון רוצה לצרף לחצי פרוטה דנשאר ועוד חצי פרוטה מממונו, דלפי רבי יוסי ברבי יהודה אין חלות יעוד. וכמו"כ יוצא דאם נשאר פרוטה בעבודה והאדון מקדש אותה ע"י שטר או ביאה דהקידושין חלין מדין קידושין דעלמא, אבל אין חלות יעוד דהרי יעוד חל דוקא ע"י הפרוטה האחרונה של העבודה ולא בדרך אחר.[666] ולכאורה אם לפי המ"ד דמעות הראשונות לאו לקידושין ניתנו צריך קידושין חדשים בסוף שש, אינו מובן מדוע האדון צריך להשתמש דוקא בפרוטה דהעבדות עצמה ככסף קידושין, דהיינו למה לא סגי בדרך אחרת לקידושין בתוך זמן העבדות. אלא משמע מזה דאפי' למ"ד מעות הראשונות לאו לקידושין ניתנו, היעוד הופך את חלות השפחות לחלות אישות ולכן מסתבר דהאדון צריך להשתמש בפרוטה של חלות העבדות עצמה. אבל כשמקדשה בשטר או בכסף אחר, אין לזה שייכות לחלות השפחות ולכן הדרך האחר דקידושין אינו יכול להפוך את חלות השפחות לחלות אישות.

ובזה גם נראה לבאר דברי הגמ' ורש"י לעיל (יב.), דהגמ' העלה הו"א דאדם יכול לקנות אמה העבריה בפרוטה אחת אע"פ דאין אפשרות ליציאה לחירות ע"י גרעון כסף. והגמ' דחתה דרואים מהלכות יעוד דאם אין אפשרות ליעד בסוף (כמו במוכרה לקרובים) אזי אין קנין העבדות חל כלל, וז"ל לא ס"ד דומיא דייעוד, מה ייעוד אע"ג דאי בעי מייעד

[666] וכן איתא במנחת חינוך (מצוה מג אות לב).

ואי בעי לא מייעד כל היכא דלא מצי מייעד לא הוו זבינא זביני, ה"נ כל היכא דלא מצי מיגרעא לא הוו זבינא זביני עכ"ל. ולכאורה צ"ע בהשוואת הגמ' בין הצורך שיהא אפשרות ליעוד לבסוף לבין האפשרות לגרעון כסף לבסוף, והשוואה זו תמוה, דהרי מה הקשר בין אפשרות לייעד לבין אפשרות לצאת לחירות בדרך מסויים.

ועוד יש להקשות קושיא אחרת על דברי רש"י שם (ד"ה לא ס"ד), דכשהוא ביאר מה זה יעוד הוא נקט כדעת רבי יוסי ברבי יהודה, וז"ל ולמדנו שרשאי האדון ליעדה לו בתוך שני אמהות ותהיה מקודשת לו אם יאמר לה הרי את מיועדת לי במה שיש לי עליך ואין צריך כסף אחר עכ"ל. ומשמע מהמלים "במה שיש לי עליך" דהוא מקדשה בפרוטה האחרונה כדעת רבי יוסי ברבי יהודה ולא כדעת החכמים דלא צריך פרוטה לבסוף. ולכאורה צ"ב, למה נקט רש"י כדעת רבי יוסי ברבי יהודה דהוי דעת היחיד בתנאים ולא כדעת החכמים.[667]

ונראה דרש"י בא לתרץ את קושייתנו על הגמ' בנוגע לקשר בין האפשרות ליעד לבסוף לבין האפשרות לצאת לחירות ע"י גרעון כסף. דהרי לפי החכמים דמעות הראשונות לקידושין ניתנו, לכאורה אין קשר כלל בין הדברים. אבל לפי הביאור שביארנו בדעת רבי יוסי ברבי יהודה דהוא צריך להשתמש דוקא בפרוטה מהעבדות ליצור את חלות האישות, אזי ניתן להבין את הקשר בין הדברים. דהרי ביציאה לחירות ע"י גרעון כסף וגם ביעוד, האדון משתמש בפרוטה מהעבדות ליצור חלות חדשה. ומכיון דהם דומים בזה דהוא משתמש בפרוטה מהעבדות, מסתבר דיש להם דינים שווים וכמו דצריך להיות יכול להשתמש בפרוטה האחרונה לשם יעוד, כמו"כ הוא צריך להיות יכול להשתמש בפרוטה האחרונה לשם גרעון כסף.

ז

אישות תוך הזמן

הרמב"ם (פרק ד מהלכות אישות הלט"ו) פסק כדעת החכמים דמעות הראשונות לקידושין ניתנו ולכן אם בא אחר וקידשה ואז האדון מייעדה, היא מקודשת לאדון, וז"ל המוכר את בתו ואח"כ הלך וקדשה לאחר אם רצה האדון לייעד מייעד ואם לא ייעד האדון לא לו ולא לבנו כשתצא מרשות האדון יגמרו קידושיה ותיעשה אשת איש עכ"ל. ומבואר ברמב"ם עוד חידוש, דאפי' אם האדון לא ייעד אותה לבסוף, מ"מ קידושי השני חלין רק לאחר גמר השפחות. ולכאורה הדין הזה צ"ב, דאם האדון לא מייעד אותה לבסוף והיא

[667] עיין ברש"ש דגם עמד על הדיוק הזה בדברי רש"י.

אינה אשת איש למפרע מדוע קידושי השני אינן חלין מיד משעת הקידושין.[668]

ולכאורה מוכח מזה כיסוד הנ"ל שנתבאר בדעת החכמים, דחלות אישות כל שהיא כבר קיימת בתוך חלות השפחות והיעוד חל להפוך את חלות השפחות לחלות האישות גמורה. והרמב"ם סובר דאפי' אם הוא לא מייעד אותה, לפי המ"ד דמעות הראשונות לקידושין ניתנו חלות האישות כל שהיא דבשפחות עצמה מספיק כדי שתחול עליה שם ערוה במקצת למנוע את חלות קידושי השני עד שתצא מהשפחות. ורק אחר גמר השפחות כשנסתלק שם הערוה דאשת איש דהאדון, אזי חלין קידושי השני. וזה גם כוונת הרמב"ם בדבריו (פרק ד מהלכות עבדים הל"ז) וז"ל יעד אותה האדון לעצמו או לבנו הרי היא כשאר ארוסות עכ"ל. ונראה דהמלים "כשאר ארוסות" בא ללמד דאע"פ דכבר היתה חלות אישות כל שהיא כשהיא היתה אמה עבריה, מ"מ עכשיו לאחר היעוד היא כשאר ארוסות.

אבל אם באמת אמה העבריה נחשבת כאשת איש עד כדי כך דהשם ערוה שלה מונע את קידושי השני מלחול, לכאורה צ"ב היאך בסוף שש היא יכולה לצאת בלי כלום. דהרי נקטינן דקידושין לא פקעי בכדי וכאן אע"פ דבתוך שש היא נחשבת כאשת איש במקצת עד כדי כך דאין קידושי השני תופסין בה, מ"מ בסוף שש היא חוזרת להיות פנויה גמורה בלי שום מעשה להפקיע את חלות האישות. וצ"ע.

וגם יש להקשות על הדין דהיא מקודשת לשני רק לאחר יציאתה לחירות. דהרי ממ"נ, אם האמה הוי ערוה ואין קידושי השני חלין אזי למה קידושי השני חלין כלל לאחר זמן, דלכאורה יש חסרון של דבר שלא בא לעולם. ואם היא כבר בעולם של תפיסת קידושין כדי לומר דהיא מקודשת לאחר זמן, אזי מסתמא אין לה שם ערוה תוך שש כדי למנוע את חלות קידושי דשני. וצ"ע במצב הביניים הזה.[669]

גמ'. ת"ש אין מוכרה לקרובים.

עיין במנחת חינוך (מצוה מג אות ח') דדן האם אשה יכולה לקנות אמה העבריה, דהרי אנן פסקינן כחכמים דאין מוכרה לקרובים דאין להם בה תפיסת קידושין.[670] ונראה

[668] ועיין בשיעורים לקמן (יט: ד"ה ונוהג בה מנהג אישות ואינו נוהג בה מנהג שפחות) דרבינו זצ"ל ביאר את הרמב"ם באופן אחר.

[669] וע"ע בשיעורים לקמן (יט: ד"ה ונוהג בה מנהג אישות ואינו נוהג בה מנהג שפחות, אות ה'). ואולי י"ל דהרמב"ם כתב "כשתצא מרשות האדון יגמרו קידושיה" דהיינו דהקידושין דהשתא אכן חלין במקצת כשהיא אמה אבל לא נגמרו אלא רק כשתצא מרשות האדון ואולי חלין לאוסרה אכו"ע אבל לא מתירים אותה לארוס כל זמן שהיא אמה, דההיתר חל כשכלה העבדות. ועיין בסוגיית קדושי גמרי בגיטין (מג:) וברמב"ם (פרק ד מהלכות אישות הלט"ז). אך רבינו זצ"ל נקט דאין קידושי שני חלין כלל עד לאחר שש, ועיין עוד לקמן בשיעורים.

[670] ועיי"ש דהמנ"ח הסיק דאשה יכולה לקנות אמה העבריה דהרי אע"פ דאין לה בה תפיסת קידושין מ"מ הרמב"ם (פרק ד מהלכות עבדים הלי"א) פסק כהברייתא לקמן (כ.) דאם יש תפיסת קידושין לבן האדון אזי

לבאר דספק המנ"ח תלוי בנקודה הזאת - האם הגזה"כ ד"יעדה" דממעט קרובים (עיין ברש"י ד"ה אין מוכרה) הוא דין דוקא בערוה דאינו יכול לקנות את האמה, או"ד הוא דין כללי בתפיסת קידושין, דהיינו דכל מי דאינו יכול לקדש את האמה אינו יכול להיות האדון שלה. ונראה, דהספק הזה תלוי בדיון הנ"ל בגדר דחלות שפחות. דביארנו דלפי הרמב"ם כל חלות שפחות כוללת חלות אישות עד כדי כך דאפי' תוך שש בלי יעוד אין קידושי השני תופסין בה. וא"כ מסתבר דכל חלות שפחות צריכה אפשרות לייעד לבסוף דהרי חלות אישות מהווה חלק של חלות השפחות. ויתכן דהגזה"כ הזה דבעינן דהאדון יהיה בר תפיסת קידושין הוא המקור דממנו למד הרמב"ם דיש חלות אישות בתוך חלות השפחות.

אמנם נראה דגם לפי הרמב"ם עדיין ספק המנ"ח קיים. דהרי י"ל דזה דביארנו דחלות השפחות כוללת חלות אישות ולכן בעינן אפשרות לייעד לבסוף, איירי רק בסוג מסויים דחלות שפחות דחלה היכא דהאדון הוי בפרשה של קידושין. אבל באשה דאינה בת תפיסת קידושין כלל, אזי היא יכולה לקנות אמה העבריה וליצור חלות שפחות שונה דאינה כוללת חלות אישות. ואז חוזר הספק של המנ"ח האם הגזה"כ הזה דאין מוכרה לקרובים האם הוי דין דוקא בערוה או"ד כולל נמי אשה.

ונראה להוכיח דאין הגזה"כ ד"יעדה" דממעט מכירה לקרובים קשור ליסוד הנ"ל דחלות שפחות כוללת חלות אישות מהגמ' לעיל (יא:) דהשווה בין הצורך לאפשרות לייעד לבין הצורך לאפשרות לגרעון כסף. דהגמ' העלה בהו"א דהיכא דהקנין היה בפרוטה אזי קנין העבדות חל ואין אפשרות לעבד לצאת בגרעון כסף. ואז הגמ' דחתה את ההו"א הזה דהרי אם אין אפשרות כלל לעשות גרעון כסף אזי אין קנין עבדות כלל, וז"ל לא ס"ד, דומיא דייעוד, מה ייעוד אע"ג דאי בעי מייעד ואי בעי לא מייעד כל היכא דלא מצי מייעד לא הוו זבינא זביני, ה"נ כל היכא דלא מצי מיגרעא לא הוו זבינא זביני עכ"ל. ואם נאמר דהגזה"כ ד"יעדה" דממעט מכירה לקרובים יסודו מפאת דין מסויים דקנין שפחות כולל חלות אישות, אזי לכאורה אין קשר בין הגזה"כ הזה לבין גרעון כסף. אבל אם הגזה"כ דממעט קרובים הוא מיעוט בעלמא דבעינן אפשרות ליעוד, אזי שפיר מובן השוואת הגמ' בין קרובים לבין גרעון כסף.

ועוד ראייה דאין הדין דאין מוכרה לקרובים קשור לדין אישות שבשפחות היא משיטת ר"מ לקמן (יט:-כ.). דהרי ר"מ סבור דאפשר להתנות על היעוד וז"ל תניא אידך המוכר את

המכירה חלה. ובאשה, אע"פ דאין לה תפיסת קידושין באמה העבריה, מ"מ יש תפיסת קידושין בין בנה והאמה, ולכן המכירה חלה.

בתו ופסק על מנת שלא לייעד נתקיים התנאי דברי ר"מ, וחכ"א אם רצה לייעד מייעד מפני שהתנה על מה שכתוב בתורה וכל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל עכ"ל. ולכאורה מוכח מזה דלפי ר"מ אין חלות אישות מהווה חלק בלתי נפרד מעצם חלות השפחות, דהרי ניתן ליצור חלות שפחות בתנאי בלי אפשרות לייעוד. ולכאורה זה גם מורה דאין לה חלות אישות עכשיו תוך שש. ואע"פ דר"מ סבור דהאב יכול להתנות ע"מ שלא לייעד וליצור חלות שפחות בלי חלות אישות, מ"מ הוא נקט דהאב אינו יכול למוכרה לקרובים. ויוצא מזה דלכל הפחות ר"מ לא הבין את המיעוט מקרובים כמקור לזה דכל חלות שפחות צריכה לכלול חלות אישות. אלא דהמיעוט מקרובים הוי גזה"כ בעלמא בלי קשר ליסוד הנ"ל דיש חלות אישות בשפחות.[671]

גמ'. האי מאי בשלמא אירוסין מאירוסין שאני, אלא נישואין מנישואין מי שאני.

מוכח מזה דהא דנישואין מפקיע רשות האב והוא אינו יכול למוכרה אח"כ, אינו דין מסויים דמכיון דהוא השיאה אותה הוא מאבד את זכותו למוכרה. אלא דעצם זה דהיא נשואה מפקיעה את רשות האב, ולכן לא שנא מי השיא אותה, מ"מ חל הדין דהאב אינו יכול למוכרה לאחר הנישואין. אבל הדין דהאב אינו מוכרה לשפחות אחר אישות הוי דין דוקא בקידושין דנעשו ע"י האב.

דף יט.

גמ'. ולרב נחמן בר יצחק דאמר אפילו לרבי יוסי ברבי יהודה מעות הראשונות לקידושין ניתנו, במאי מוקים לה.

משמע מהגמ' דלפי רב נחמן בר יצחק כל התנאים מודים דמעות הראשונות לקידושין ניתנו והיעוד מחיל את הקידושין למפרע, ורק נחלקו החכמים ורבי יוסי ברבי יהודה בגזה"כ האם בעינן פרוטה כדי לייעד או לא. אבל לכאורה זה מאד קשה דהרי הברייתא לקמן (יט:) לפי רבי יוסי ברבי יהודה השווה את חלות היעוד למקרה דקידושין על תנאי דלאחר ל', דאם בא שני וקידשה היא מקודשת לשני. וא"כ יש ברייתא מפורשת דלפי רבי יוסי ברבי יהודה אין האישות דיעוד חלה למפרע, ומסתמא רבי נחמן בר יצחק אינו חולק על הברייתא. וצ"ל דגם לפי רב נחמן בר יצחק נחלקו התנאים האם האישות חלה למפרע או לא כנ"ל, אלא דרב נחמן בר יצחק חידש דאפי' לפי רבי יוסי ברבי יהודה דהאישות אינה חלה למפרע, אין הפשט דהאדון לוקח את הכסף דנשאר ומשתמש בו לכסף קידושין, אלא דהאדון משתמש במעות הראשונות לשם היעוד עכשיו. ומכיון

[671] והשווה לדברי רבינו זצ"ל בדעת ר"מ לקמן (כ. ד"ה ור"מ).

דמעות הראשונות לקידושין ניתנו, נחשב דהאב מסר את בתו לקידושין כמו דלפי החכמים, וא"כ חל הדין דאין שפחות אחר אישות.[672]

גמ'. בעי ריש לקיש מהו שמייעד אדם לבנו קטן, בנו אמר רחמנא בנו כל דהו, או דילמא בנו דומיא דידיה, מה הוא גדול אף בנו גדול.

נראה דאם קטן קנה אמה העבריה בעצמו על ידי דעת אחרת מקנה דהוא אינו יכול לייעדה בסוף שש דהרי אין לו דעת.[673] וע"כ ספיקת ריש לקיש הוא דוקא אם האב קנה את האמה, האם הוא יכול לייעדה לבנו קטן. ועוד יש לדייק מלשון הגמ' דריש לקיש נקט דכשהאב מייעדה לבנו גדול אין צורך למעשה ודעת הבן עצמו כלל (שלא כמסקנת הגמ' דאין יעוד אלא מדעת). דהרי ריש לקיש לא הזכיר את הצורך במעשה ודעת הבן כטעם דאינו יכול לייעדה לבנו קטן אלא נקט דיש גזה"כ דבנו דומיא דידיה, ואם ביעוד לבנו בעלמא צריך מעשה ודעת הבן אזי פשיטא דאינו מייעדה לבנו קטן. וא"כ משמע דלא בעי מעשה ודעת הבן ביעוד לבנו גדול.[674]

אמנם אם כנים הדברים דלא בעינן מעשה ודעת הבן עצמו ביעוד, אזי לכאורה הסברא נותנת דהאב יכול לייעדה לבן קטן כצד הראשון בספק דריש לקיש. ולכאורה צ"ב בגדר הצד השני דהספק דבנו דומיא דידיה דאין האב מייעדה לבנו הקטן. ולכאורה י"ל דהגמ' נסתפקה דאולי קטן מופקע מחלות אישות לגמרי, דהיינו דאפי' הכא דלא בעינן מעשה או דעת קידושין מהבן, מ"מ א"א שתהיה חלות אישות לקטן. אבל אין הביאור הזה משמע מלשון הגמ', דהרי ר"ל לא נימק את הצד השני דהספק "או"ד אין אישות לקטן" אלא הוא העלה גזה"כ מיוחדת בהלכות יעוד דהבן צריך להיות דומיא דהאב. וא"כ צ"ב בגדר הגזה"כ המסויימת בהלכות יעוד.

ונראה דריש לקיש סבור: א) יש אישות לקטן, ב) כשהאב מייעד לבנו לא צריך מעשה ודעת הבן, ג) אם קטן הוי האדון הוא אינו יכול לייעד. ונראה לבאר דספיקת ר"ל הוא בנוגע לדין הג' דאין קטן יכול לייעד. די"ל דהוא דין בחלות שפחות דקטן, דהיינו דרק חלות שפחות דאדון גדול כוללת חלות אישות אבל לא חלות שפחות דאדון קטן. ולפי"ז מסתבר דכשהאדון הוי גדול ויש חלות שפחות גמורה דכוללת חלות אישות אזי האדון

[672] והשווה לדברי הריטב"א על הברייתא (יט: ד"ה משל) וז"ל אלא אפילו אי סבירא ליה מעות הראשונות לקידושין ניתנו כדרב נחמן בר יצחק, נהי דניתנו לקידושין אבל לא מקדשא למפרע משעת מכירה אלא משעת ייעוד, כאומר הרי את מקודשת בכסף זה לאחר שלשים יום שאע"פ שנתאכלו המעות מקודשת אם לא חזרה בה או לא קדשה אחר תוך שלשים יום עכ"ל.

[673] ועיין במנחת חינוך (מצוה מג אות ח') דגם נקט דמהלכות קנינים, קטן יכול לקנות אמה העבריה מדאורייתא בדעת אחרת מקנה. אמנם הסיק דלהלכה הקנין דהקטן אינו חל בגלל דהוא אינו יכול לייעד לבסוף וכל מכירה דאין לה אפשרות של ייעוד לבסוף אינו חל כלל.

[674] עיין לקמן (יט. ד"ה אמר ר' אייבו) דבמסקנא נחלקו בזה רש"י והרמב"ם.

יכול לייעדה לבנו קטן, דהרי יש אישות לקטן בעלמא וגם לא בעינן דעת הבן כלל ליעוד. והצד השני דהספק הוא דהטעם דאדון קטן אינו יכול לייעד הוא משום דקטן מופקע מיעוד. וההפקעה הזאת שייכת בין כשהאדון עצמו הוי קטן ובין כשהאדון הוי גדול ורוצה לייעדה לבנו קטן.[675] אבל עדיין יש להעיר דהצד הזה דהספק קצת קשה להבין דהרי מהו גדר הגזה"כ הזה דמפקיע קטן מיעוד, אם לא בעינן דעתו ובדרך כלל יש אישות לקטן.[676]

גמ'. אמר רבי זירא, תא שמע איש פרט לקטן, אשר ינאף את אשת איש פרט לאשת קטן, ואי אמרת מייעד, אם כן מצינו אישות לקטן.

דייקנו לעיל מלשון האיבעיא דר"ל נקט דיש מושג דאישות לקטן בעלמא, אלא דנסתפק האם יש דין מיוחד דקטן מופקע מיעוד. ולכן רבי זירא רצה לפשוט דכל הנחת האיבעיא אינו נכון דהרי יש דין כללי דקטן מופקע מאישות.

גמ'. אמר רב אשי הכא, ביבם בן תשע שנים ויום אחד הבא על יבמתו עסקינן.

כבר הבאנו לעיל בשיעורים (דף י. תוד"ה וחייבין) דנחלקו הראשונים בהבנת דחיית רב אשי. דרש"י כתב (ד"ה דמדאורייתא חזיא ליה) דהמיעוט הוי רק מחיוב מיתה, וז"ל כלומר זקוקה לו באותה ביאה לכל דבר וקנאה ליורשה כדתנן (נדה מה.) בן תשע שבא על יבמתו קנאה עכ"ל. מבואר ברש"י דיבם קטן יכול ליצור חלות אישות דאורייתא בביאתו עם רוב דיני אישות, אלא דאין חיוב מיתה על מעשה ניאוף. מאידך התוס' (ד"ה ומדאורייתא חזיא ליה) הקשו על זה דהרי דמבואר בגמ' דעשו ביאת בן ט' כמאמר בגדול דרק קונה מדרבנן. ולכן התוס' הסיקו דהמיעוט דפרט לאשת קטן מלמד דאין יבם קטן יכול ליצור חלות אישות מדאורייתא בכלל וז"ל כלומר אי לאו האי קרא דמעטיה ה"א מדאורייתא חשובה כאשתו קמ"ל שאינו קונה אותה אלא מדרבנן כדאמרינן בעלמא עשו ביאת בן ט' כמאמר בגדול עכ"ל.[677]

והקשה הרשב"א (ד"ה מהו דתימא) על שיטת רש"י דאם יש חלות אישות לקטן בנוגע ליבום, למה לא נאמר דכמו"כ האדון יכול לייעדה לבנו קטן, וז"ל וקשה לי על זה דא"כ אמאי נדינן מלאוקמי במיעד לבנו קטן דמאי קושיא אי מצינו אשת איש לקטן אימא אה"נ אלא דרחמנא מיעטיה ממיתה כדאמרינן השתא כי מוקמת לה ביבמה לקטן עכ"ל.

[675] לפי רבינו זצ"ל קטן בודאי יכול להיות האדון של אמה העבריה אלא דאינו יכול לייעד. ויש להעיר דהשיטה לא נודע למי (יט. ד"ה או"ד) נקט דכל הטעם דאין קטן יכול לייעד לאמתו הוא משום דאין לו קנין דאורייתא באמה כלל.

[676] אולי י"ל דאב מייעד לבנו מדין שליח הבן ואין שליחות לקטן, עיין בתוס' ד"ה תרתי.

[677] ועיין ברשימות שיעורים ליבמות (נא. ד"ה ביאת בן תשע) דרבינו זצ"ל דן בזה באריכות.

ובגלל הקושיא הזאת הרשב"א הסיק כמו התוס' דאין חלות אישות לקטן מדאורייתא ביבום.

ויש להעיר דלפי הביאור שביארנו לעיל בספק דריש לקיש אין מקום לקושיית הרשב"א. דהרי גם אם מצינו חלות אישות לקטן מדאורייתא ביבום זה אינו פושט את האיביעא דר"ל דהיה ספק מסויים בהלכות יעוד. ולכאורה הרשב"א נקט בקושייתו דהאיביעא דר"ל היה ספק כללי האם יש חלות אישות לקטן או לא. ולכן אם מצינו חלות אישות לקטן מדאורייתא ביבום אזי זה פושט את האיביעא דריש לקיש. אבל ביארנו לעיל דההבנה הזאת בספק דר"ל אינו משמע מלשון הגמ' דמייתי גזה"כ מיוחדת ביעוד ואינו ספק בדיני אישות לקטן בכלל.

אמנם לכאורה יש להקשות מעין קושיית הרשב"א עליו ועל התוס'. דהרי הרשב"א הניח דאם יש חלות אישות מדאורייתא לקטן ביבום אזי כמו"כ יש להסיק דיש לו חלות אישות מדאורייתא ביעוד דאביו. אבל לפי שיטת התוס' והרשב"א יוצא דבודאי אין חלות אישות מדאורייתא ליבם קטן ואעפ"כ הגמ' עדיין נסתפקה האם יש חלות אישות מדאורייתא ביעוד לקטן. וקשה להבין, מהי הסברא לחלק בין יבום לבין יעוד בדרך הזה, כלומר דמה הצד לומר דאין חלות אישות מדאורייתא ליבם קטן אבל יש חלות אישות מדאורייתא לקטן ביעוד.

ונראה לבאר על פי חקירת הגר"ח זצ"ל בגדר דביאת יבום דגומרת את הזיקה, האם הביאה מהווה קיום דמצות יבום ואז חלות האישות נגמרת ממילא משמים, או"ד דהביאה מהווה מעשה קנין ע"י היבם בדומה לביאת קידושין.[678] די"ל דהתוס' והרשב"א נקטו כצד הב', דיבום הוי מעשה קנין מצד היבם. וא"כ שפיר מובן דיש לחלק דאע"פ דאין חלות אישות ביבם קטן דהרי הוא אינו יכול לעשות מעשה קנין, מ"מ יש צד לומר דחל יעוד לקטן דהרי הוא אינו עושה את המעשה בעצמו.

ועוד יתכן דהרשב"א והתוס' נקטו כהצד הראשון בחקירת הגר"ח זצ"ל דאין היבם עושה את קנין היבום ואעפ"כ יש לחלק בין יבום לקטן לבין יעוד לקטן. דהרי גם לפי רש"י דיש חלות אישות דאורייתא ליבם קטן אלא דפטור ממיתה, נראה דהפטור ממיתה הוי סימן דחלות האישות אינה גמורה כמו שהוכחנו בשיעורים לעיל (דף י. תוד"ה חייבין). וי"ל דהתוס' והרשב"א כמו"כ נקטו כמו רש"י דיבום דקטן ראוי ליצור חלות אישות לקויה בלי חיוב מיתה. דהרי שיטת רש"י משמע מלשון הגמ' דיש הו"א ד"הבא עליה מתחייב באשת איש", וא"כ משמע דהקמ"ל הוא דהיא הויא אשת איש אלא דאין עליה חיוב

[678] עיין בשיעורים לעיל (ד: ד"ה ובעלה), וברשימות שיעורים למסכת יבמות (ב. בענין מצות יבום וקנין יבום).

מיתה. אלא דהתוס' והרשב"א סבורים דאם ביאת היבם אינה גומרת את האישות לגמרי בחלות אישות גמורה דיש בה חיוב מיתה, אזי הכל בטל ואין חלות אישות מדאורייתא כלל. דהרי הזיקה עצמה הוי חלות אישות במקצת והביאה באה לגמור את הזיקה לחלות אישות גמורה. וכל עוד דחלות האישות דנוצרה ע"י הביאה הוי חלות לקויה, הביאה אינה פועלת שום חלות אישות והיא נשארת בזיקה. וכל זה ביבום, אבל ביעוד עדיין יתכן דיש חלות אישות מדאורייתא לקויה לקטן. ולכן אע"פ דלפי התוס' והרשב"א אין חלות יבום לקטן מדאורייתא, עדיין הגמ' נסתפקה האם יש יעוד מדאורייתא לקטן.[679]

גמ'. אמר ר' אייבו א"ר ינאי אין יעוד אלא בגדול, אין יעוד אלא מדעת, תרתי, מה טעם קאמר מה טעם אין יעוד אלא בגדול, לפי שאין יעוד אלא מדעת.

מבואר בגמ' דאין יעוד אלא מדעת המייעד ולכן אין האדון יכול לייעדה לבנו הקטן. ונראה לבאר את מסקנת הגמ' ע"פ מחלוקת הראשונים בנוגע ליעוד לבנו. דאיתא ברש"י עה"ת (שמות פרק כא פסוק ט) וז"ל ואם לבנו ייעדנה – האדון, מלמד שאף בנו קם תחתיו ליעדה אם ירצה אביו, ואינו צריך לקדשה קידושין אחרים אלא אומר לה הרי את מיועדת לי בכסף שקיבל אביך בדמיך עכ"ל. ומבואר בדבריו דבעצם הבן עושה את מעשה היעוד ואומר לה הרי את מיועדת לי. וזה גם עולה מדברי התוס' בסוגיין (ד"ה תרתי) דכתבו דביעוד לבן, האב הוי שליח הבן וזה הטעם דהבן צ"ל גדול, וז"ל פי' בקונטרס הא בהא תליא כלומר חדא מילתא היא דכיון שאין יעוד אלא מדעת פשיטא דאין יעוד מועיל אלא בגדול שהרי קטן לא מצי לשוויי שליח לקדש עכ"ל. וא"כ פשיטא דהבן דהוי המשלח מהווה הבעלים על מעשה היעוד ולא האב דהוי השליח. אבל הרמב"ם (פרק ד מהלכות עבדים הל"ז) כתב וז"ל וכיצד מיעדה לבנו אם היה בנו גדול ונתן רשות לאביו ליעדה לו הרי האב אומר לה בפני שנים הרי את מקודשת לבני עכ"ל. ורהיטת לשון הרמב"ם משמע דהאב עושה את מעשה היעוד בעד בנו אלא דבעינן הסכמת הבן כדי שלא יהא בע"כ.[680] ולכאורה שיטת הרמב"ם מדוייקת בגמ' דהרי לפי האיבעית אימא הגזה"כ דבעינן דעת ביעוד קאי על דעת האמה ולא על דעת הבן. ואם אין מקור דצריך דעת הבן משמע דהבן אינו הבעלים על מעשה היעוד אלא האדון הוא הבעלים.

[679] ולכאורה הסברא הזאת מגם עולה מדברי תוס' הרא"ש (ד"ה דמדאורייתא) וז"ל והיינו טעמא דלא אמרי' גבי יבום כדהוה בעי למימר גבי ייעוד דמדאורייתא מצי קטן לייעודי ואפ"ה מיעטיה קרא מחיובא דכיון דיבם בא מכח זיקת אחיו אם איתא דקני לה מדאוריתא לא מסתבר לפוטרו ממיתה עכ"ל. כלומר, דמכיון דכבר יש זיקה ביניהם לא מסתבר לומר דהיבום גורם לחלות אישות דאורייתא דאינה גמורה ופטורה ממיתה, וזה כדברי רבינו זצ"ל.

[680] ועיין בחידושי הגר"ח על הש"ס (בענין יעוד) דגם עמד על המחלוקת הזאת. אבל עיין בלח"מ דנקט דלא נחלקו רש"י והרמב"ם.

ולפי רש"י שפיר מובן הלישנא קמא דהחסרון דיעוד לבן קטן הוי משום דאין לו דעת, דהרי הבן צריך לעשות את מעשה היעוד בעצמו ואם הוא קטן דאין לו דעת אין לו היכולת לייעד. אבל לכאורה לפי הרמב"ם דבדרך כלל האב עושה את מעשה היעוד בעד בנו, אזי קשה לל"ק[681] למה רבי ינאי ממעט יעוד בבן קטן בגלל חסרון דעת, דהרי אע"פ דיעוד לבן אינו יכול להיות בע"כ דהבן, מסתבר דסגי בהסכמתו בלבד שלא תהא בע"כ וזה גם קטן יכול לעשות. וא"כ למה לא נאמר דגם בבן קטן האדון יעשה את מעשה היעוד עם דעת לייעד והבן יסכים כדי שלא יהא בע"כ.

ונראה לבאר דאף לפי הרמב"ם אין לומר דבעינן הסכמת הבן רק כדי שלא תהא בע"כ. אלא דיש דין דאע"פ דלא בעינן דעת הבן למעשה היעוד עצמו, מ"מ צריך דעת הבן לחלות היעוד. ומכיון דאין דעת לקטן בעניני אישות, רבי ינאי הסיק דאין יעוד לבן קטן בגלל החסרון בדעת לחלות היעוד.[682]

אבל יש להקשות על החידוש הזה דצריך דעת הבן לחלות יעוד מגמ' לקמן דלכאורה מוכח מיניה דבעינן דעת רק למעשה הקידושין ולא לחלות הקידושין. דאיתא לקמן (נט:) דאם קידש אשה לאחר ל' נחלקו האמוראים האם היא יכולה לחזור בה וז"ל לא בא אחר וקידשה וחזרה בה מהו, ר' יוחנן אמר חוזרת אתי דיבור ומבטל דיבור, ריש לקיש אמר אינה חוזרת לא אתי דיבור ומבטל דיבור עכ"ל. ונראה מלשון הגמ' דכל המחלוקת היא בנוגע להיכולת שלה לבטל את מעשה הקידושין. אבל אפי' לפי ר' יוחנן דנקט דהיא חוזרת, אין הטעם משום דבעינן דעת לחלות הקידושין דרק קורה בסוף השלושים יום. ולכאורה מוכח מזה דאין צורך לדעת לחלות הקידושין אלא למעשה הקידושין. וא"כ הדרא קושיא לדוכתא על הרמב"ם דאם האב עושה את מעשה היעוד בעד בנו, למה חסרון בדעת הבן מפקיע את הבן מיעוד.

ברם עדיין יש לדחות דבאמת הרמב"ם נקט דבעינן דעת הבן לחלות הקידושין. דהרי רק אפשר להוכיח מהסוגיא לקמן (נט:) דהיכא דמעשה ודעת הקידושין הוו ע"י אותו אדם דלא בעינן דעת נפרדת לחלות הקידושין. והרמב"ם הבין דאין הפשט משום דלא בעינן דעת לחלות האישות כלל, אלא משום דדעת למעשה הקידושין שייכת אף לחלות הקידושין. ולפיכך, הדרך היחיד לחזור מהקידושין לאחר מעשה הקידושין הוא לבטל את המעשה. אבל כאן ביעוד להבן, דמעשה היעוד נעשה ע"י האב וחלות היעוד מתייחס

[681] עיין בנודע ביהודה (מהדו"ק אה"ע סימן סד) דדייק מלשון התוס' בסנהדרין (נב: ד"ה פרט) דלפי הלישנא בתרא דסוגיא דידן, הטעם דאין יעוד לקטן הוי מגזה"כ ולא מפני סברא דחסרון בדעת.

[682] ועיין לעיל בשיעורים (דף ז. ד"ה מי דמי התם בהמה, הכא דעת אחרת) ולקמן (מו. ד"ה איתמר קטנה) דרבינו זצ"ל ג"כ חידש דאולי יש צורך לדעת נפרדת לחלות קידושין אע"פ דכבר יש דעת למעשה הקידושין.

לבן, אזי הרמב"ם נקט דבעינן דעת הבן לחלות היעוד. וא"כ כשהבן הוא קטן ואין לו דעת לאישות אזי הדין הוא דאין לו יעוד.

ויש לדייק דהרשב"א חולק על הרמב"ם וסבור דאפי' בב' בני אדם לא בעינן דעת לחלות היכא דיש דעת למעשה. דידוע שיטת הרשב"א (כג. ד"ה ולענין פסק), דבנוגע לזכין לאדם שלא בפניו דהיכא דהוי זכות גמור הזכייה חלה אע"פ דהזוכה עומד וצווח. וצ"ל דהרשב"א סבור דזכייה לאו מטעם שליחות, דהרי אם זכייה מטעם שליחות אזי גם המעשה וגם החלות מתייחסים לזוכה וא"א לומר דהוא קונה אם הוא עומד וצווח. אלא פשיטא דהרשב"א נקט דזכייה אינה מטעם שליחות וא"כ המזכה עושה את מעשה הקנין וחלות הקנין מתייחס לזוכה. ויוצא מהרשב"א דלא בעינן דעת נפרדת של הזוכה לחלות הקנין דהרי הוא עומד וצווח ואעפ"כ הקנין חל. אלא דמסתבר דהרשב"א הבין מהגמ' בקידושין (נט.) דהיכא דיש דעת למעשה לא בעינן דעת נפרדת לחלות כלל, אפי' בב' בני אדם. וזה נגד שיטת הרמב"ם דצריך דעת לחלות גם היכא דיש דעת למעשה.

וגם יש להעיר דאפי' הראשונים דחולקים על הרשב"א וסבורים דאפי' בזכות גמור הקנין אינו חל היכא דהזוכה עומד וצווח, יתכן דאינם חולקים על הרשב"א בעיקר יסודו דלא בעינן דעת לחלות. אלא דנקטו דהיכא דעומד וצווח אין הקנין מוגדר כזכות וממילא כל הדין דזכין לאדם אינו קיים כלל.

גמ'. דתני אביי בריה דרבי אבהו אשר לא יעדה וכו' רב נחמן בר יצחק אמר אפילו תימא לקידושין ניתנו, שאני הכא דאמר רחמנא יעדה.

לכאורה שיטת אביי בריה דרבי אבהו דלא בעינן דעתה כלל לפי החכמים קשה להבין. דהרי יש ברייתא מפורשת לקמן (יט:) דאפי' לחכמים בעינן מעשה יעוד עם עדי קיום בסוף שש, וז"ל ת"ר כיצד מצות יעוד אומר לה בפני שנים הרי את מקודשת לי, הרי את מאורסת לי, אפילו בסוף שש ואפילו סמוך לשקיעת החמה ונוהג בה מנהג אישות ואינו נוהג בה מנהג שפחות עכ"ל. ואם מעשה היעוד נעשה בסוף שש, צ"ב למה סובר אביי בריה דרבי אבהו דאליבא דהחכמים לא בעינן דעתה כלל. ויתכן לתרץ דאביי לא קיבל את הברייתא דלקמן וסבר דלפי החכמים אין מעשה יעוד בפני עדי קיום בסוף שש, אבל זה דחוק.

ונראה לבאר ע"פ מחלוקת ר"ת והרמב"ם בגדר דעת האמה ביעוד להלכה (עיין בשיעורים לעיל דף ה. תוד"ה שכן ישנן). דהרמב"ם (פרק ד מהלכות עבדים הל"ח) סבור דדעתה פירושו הסכמתה ואין האדון יכול לייעדה בע"כ. אבל ר"ת (דף ה. תוד"ה שכן ישנן) נקט דהאדון צריך להודיעה דהוא מייעד אותה אבל מעשה היעוד עצמו נעשית בע"כ. וביארנו לעיל

דלפי ר"ת דלא בעינן דעתה ורצונה ביעוד, מ"מ היא צריכה לדעת דהוא מייעדה כדי שהמעשה שלו יהא בתורת קידושין, בדומה לגירושין דנעשית בע"כ אבל היא צריכה לדעת שהיא מתגרשת כדי שהמעשה יהא ע"פ דין בתורת גירושין. אבל הרמב"ם סבור דבעינן דעתה למעשה היעוד עצמו (אע"פ דאין לה דעת מקנה ממש כמו בקידושין דעלמא).

אך לפי הרמב"ם עדיין קשה להבין את שיטת אביי בריה דרבי אבהו, דהרי אם בעינן דעתה למעשה היעוד ומעשה היעוד נעשה רק בסוף שש, אזי לכאורה גם לחכמים בעינן דעתה בסוף שש. ברם לפי הביאור שביארנו בדעת ר"ת שפיר מובן החילוק בין החכמים לבין רבי יוסי בריה דרבי יהודה. דהרי אע"פ דלכו"ע מעשה היעוד נעשה רק בסוף שש, מ"מ מכיון דלפי החכמים האב כבר קיבל מדעתו את הכסף בתורת קידושין ויעוד, יתכן דזה סגי להחיל תורת יעוד לאחר זמן גם על המעשה של האדון ולכן לא בעינן דעתה כלל בסוף שש.[683]

ולפי זה גם נראה לבאר את דחיית רב נחמן בר יצחק "שאני הכא דאמר רחמנא וייעדה" בדרך מחודשת. דרש"י (ד"ה שאני) ביאר דדורשין את המלה "יעדה" בלשון "דיעה", כלומר דהדרשא מיוסד על הדמיון בין המלים. אבל נראה לבאר דרב נחמן בר יצחק הדגיש דהפסוק ד"ייעדה" מלמד דבעינן מעשה יעוד גמור בסוף שש. וכחלק של מעשה היעוד בעינן דעתה (כמו שיטת הרמב"ם) ולכן אין טעם לחלק בין החכמים לבין רבי יוסי ברבי יהודה דלכו"ע בעינן מעשה יעוד גמור בסוף שש.

גמ'. אמר רבא אמר רב נחמן אומר אדם לבתו קטנה צאי וקבלי קידושיך, מדרבי יוסי ברבי יהודה וכו'.

בענין צאי וקבלי קידושין בבתו קטנה

יש לעיין בגדר הדין דקטנה יכולה לקבל קידושין כשאביה אומרת לה צאי וקבלי קידושיך. ויש כמה שיטות בראשונים בנידון:

א

שיטת התוס'

עיין בתוס' (יט. ד"ה אומר אדם) וז"ל אלא הכי מוכיח ע"כ קטנה יש לה יד לקבל קידושין מדאשכחן גבי יעוד דאמר רחמנא שתייעד על ידי עצמה שאם לא היה מועיל בעלמא

[683] ובזה מתורצת קושיית הרשב"א (ד"ה מלמד) על ר"ת דמה הסברא של אביי בריה דרבי אבהו לחלק בין החכמים לבין רבי יוסי ברבי יהודה וז"ל דאי גזרת הכתוב קאמר ולהודיעה בלבד למה הוצרך אבימי לאוקומה אליבא דר' יוסי בר' יהודה דאמר מעות הראשונות לאו לקדושין ניתנו דאפילו לרבנן נמי דאמרי לקדושין ניתנו אתי שפיר דבין למר ובין למר אינו אלא גזרת הכתוב עכ"ל. ולפי רבינו זצ"ל החילוק מובן כדמבואר בפנים, דהיינו דהיא צריכה לדעת כדי שתחול חלות שם מעשה יעוד על המעשה שלו, ולפי החכמים הצורך הזה כבר נתקיים ע"י קבלת הכסף ע"י האב.

כשנותן לה רשות להתקדש מדעת ע"י עצמה לא היה אומר הכתוב שיהיה מועיל לענין יעוד עכ"ל. כלומר דבדרך כלל בעינן ב' דברים מצד האשה כדי להתקדש: א) מעשה קבלת הקידושין, ב) דעת להתקדש.

ופשיטא דיש לחלק בין מי דיש לו דעת המקנה לקידושין לבין מי דעושה את מעשה הקידושין. דהרי כל היכי דהאשה ממנה שליח לקבלת קידושין השליח עושה את מעשה הקידושין אע"פ דהאשה מהווה דעת המקנה. וההו"א של הגמ' דידן הוא דכל זה שייך רק היכא דהשליח הוי בר דעת דיש לו דעת לעשות את המעשה דקבלת הכסף בתורת קידושין, אבל אם השליח אינו בר דעת אזי אע"פ דיש דעת מקנה מצד המשלח, מ"מ הקידושין אינן חלין דהרי אין דעת מצד השליח לעשות את המעשה לשם מעשה הקידושין. ולכן רב נחמן בא וחידש, דרואים מיעוד דאע"פ דקטנה מופקעת מקידושין דעלמא בגלל חסרון בדעת המקנה שלה, מ"מ מצד מעשה הקידושין יש לה יד לעשות את המעשה וגם יש לה דעת לעשות את המעשה בתורת מעשה הקידושין. וא"כ כשהאב אומר לה צאי וקבלי קידושיך היא יכולה להתקדש בצירוף של מעשה שלה עם דעת האב. וזה גם הדרך דהגר"ח זצ"ל בדינא דצאי וקבלי קידושיך (עיין לעיל בשיעורים ט. ד"ה אמר רבא אמר רב נחמן כתב לו על הנייר).

ונראה דהתוס' הלכו לשיטתם לגבי קבלת גט ע"י קטנה. דהרי רש"י לקמן (מג: ד"ה היא ואביה) נקט דקטנה בחיי האב אינה יכולה לקבל גיטה בעצמה. אבל התוס' שם (מג: ד"ה תנן התם) חולקין על זה וסבורים דקטנה בחיי אביה יכולה לקבל גיטה.[684] וביאור שיטת התוס' הוא דבגיטין לא בעינן דעת האשה בכלל דהרי היא מתגרשת בע"כ, והיא רק צריכה מעשה דקבלת הגט. ומכיון שהיא הגיעה לגדר דיודעת לשמור את גיטה אזי יש לה יד לקבל הגט והיא יכולה לעשות המעשה דקבלת הגט. וא"כ הו"ה לגבי קידושין היכא דלא בעינן דעתה (כמו יעוד) או דהאב מעניק דעתו (כמו בצאי וקבלי קידושיך) דיש יד לקטנה לעשות מעשה דקבלת הקידושין בעצמה.

ולפי זה יוצא דהדין דצאי וקבלי קידושיך שייך רק היכא דהבת הוי בת כוונה דהמעשה שלה תהא לשם קידושין. אבל בקטנה ביותר דאינה יכולה להתכוון דהמעשה שלה תהא בתורת קידושין, אזי אי אפשר לצרף את דעת המקנה דהאב למעשה שלה והיא אינה מקודשת.

ולכאורה גם אפשר לבאר דברי רש"י לקמן ע"פ יסוד הנ"ל דהגר"ח זצ"ל. דעיין לקמן (מד:) וז"ל איתמר קטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה, אמר שמואל צריכה גט וצריכה

[684] ועיין בזה בשיעורים לעיל (י. תוד"ה ומקבל את גיטה) ולקמן (מג: ד"ה תנן התם).

מיאון וכו' אמר רב אחא בריה דרב איקא צריכה גט שמא נתרצה האב בקידושין, צריכה מיאון שמא לא נתרצה האב בקידושין, ויאמרו אין קידושין תופסין באחותה, אמר ר"נ והוא ששדכו עכ"ל. ורש"י ביאר (ד"ה והא ששדכו) וז"ל הא דאמר צריכה גט כששידך בה לאביה קודם קידושין דאיכא לספוקי שמא נתרצה כששמע והוו להו קידושין למפרע עכ"ל. הרי לפי רש"י ריצוי האב בקידושין מועיל למפרע והיא מקודשת משעה שקיבלה את כסף הקידושין. ולכאורה צ"ב דהרי היאך הקידושין מהני למפרע, הרי בקטנה רק האב יכול לקדשה והיא אינה יכולה לקדש את עצמה בלי דעת האב. ונראה לבאר דרש"י סבור כמו הגר"ח זצ"ל דיש יד לקטנה לעשות מעשה הקידושין בעצמה ורק צריך צירוף של דעת אביה דהוא מסכים לזה. וצירוף דעת כזה מהני בתורת איגלאי מילתא למפרע דניחא ליה.

ולפי"ז מובן מה דאיתא בהמשך הסוגיא שם (מה:) וז"ל אמר רבינא אפילו למאן דאמר חיישינן שמא נתרצה האב שמא נתרצה הבן לא אמרינן עכ"ל. ולכאורה מאי שנא דחיישינן שמא נתרצה האב ולא הבן. ונראה לבאר דהיכא דהקטנה קיבלת את כסף הקידושין בעצמה היא עשתה את מעשה קידושין לבד ורק צריך צירוף דדעת האב. אמנם הבן הוי הבעלים היחיד על הקידושין שלו והוא צריך לעשות גם את מעשה הקידושין וגם לפעול את דעת הקנין דקידושין. וזה אי אפשר לעשות ע"י ריצוי למפרע.

אמנם עיין ברש"י שם (מה. ד"ה שמא נתרצה הבן) דלכאורה ביאר את החילוק באופן אחר וז"ל בקידושין שקידש לו האב שלא מדעתו לא אמרינן דאב בקידושי בתו בכל דהו ניחא ליה דטב למיתב טן דו אבל גברא דייק ונסיב ובן אינו ברשות אביו לקדש לו אשה שלא בשליחותו עכ"ל. וצ"ע למה רש"י צריך את החילוק הזה, אם לכאורה בבת דנתקדשה רק צריך את ריצוי דהאב, ואילו בבן צריך את דעתו גמורה לקידושין.

ב

שיטת הרא"ש

הרא"ש (פרק א סימן טו) נקט דיש שליחות לקטנה היכא דהיא זוכה לעצמה, וז"ל על כרחינו צריכין אנו לומר כשקבלה קידושין מדעת אביה הויא היא שליח האב דאין לה יד להתקדש מכח קבלתה הלכך נראה לי דהא דאין שליחות לקטן היינו כשעשה שליחות לזכות לאחר דמיעוטא דקטן משליחות היינו משום דאיש כתיב בכל דוכתא דאתרבאי שליח בגט ובתרומה ובפסח לקמן בריש פ' האיש מקדש (מא.) והיינו דוקא לזכות לאחר בשליחותו אבל בקידושי קטנה שהיא זוכה לעצמה בשליחות אביה מהני שליחותה לעצמה כאילו קבל אביה קידושין בשבילה דקטן אית ליה זכייה כשדעת

אחרת מקנה לו ובשליחות אביה היא זוכה לעצמה עכ"ל.[685] ולכאורה יוצא דלפי הרא"ש הדין דצאי וקבלי קידושיך גם מהני בגירושין כי גם שם היא יכולה להיות שליח האב לחלות גירושין דידה.[686]

ונראה לבאר את חידוש הרא"ש דהוא נקט דהפקעת קטן משליחות אינו משום חסרון במינוי, דהיינו דקטן אינו יכול למנות שליח או לקבל מינוי ממשלח. דהרי איתא בב"מ (י:) דאם חצר מדין שליחות איתרבאי אזי אין לקטנה קנין חצר דאין לה שליחות. ומכיון דחצר הוי חלות שליחות בלי מינוי שליחות ואעפ"כ החצר אינו יכול להיות השליח דהקטן, ומוכח מזה דהדין דאין שליחות לקטן אינו משום דאיכא חסרון מסויים במינוי.[687] אלא דיש דין דעלמא דאין אדם אחר יכול לעשות מעשה בעד הקטן, וגם דאין קטן יכול לעשות מעשה בעד אחר. ולפי"ז שפיר מובן דברי הרא"ש דמכיון דהיא זוכה לעצמה אזי היא יכולה להיות השליח דהאב, דהרי אין המעשה שלה פועלת עבור אדם אחר אלא פועלת חלות לעצמה. ולכן אין חסרון דשליחות דקטן והיא יכולה להיות שליח לעשות חלות לעצמה.

ולכאורה יש לדייק דהרמב"ם ג"כ נקט כמו הרא"ש דצאי וקבלי קידושיך מהני מדין שליחות דהרי הוא הביא הדין הזה בתוך הלכה דאיירי בדיני שליחות, (פרק ג מהלכות אישות הלי"ד-טו) וז"ל יש לאיש לעשות שליח לקדש לו אשה בין אשה פלונית בין אשה משאר הנשים, וכן האשה הגדולה עושה שליח לקבל קידושיה בין מאיש פלוני בין מאיש משאר האנשים, וכן האב עושה שליח לקבל קידושי בתו כשהיא ברשותו, ואומר אדם לבתו הקטנה צאי וקבלי קידושיך. כל העושה שליח לקבל הקידושין צריך לעשותו בפני שני עדים עכ"ל. ומזה דגם לפני וגם לאחרי ההלכה של צאי וקבלי קידושיך הרמב"ם איירי בהלכות שליחות, משמע להדיא דגם צאי וקבלי קידושיך מהני מדין שליחות. ולפי"ז יוצא דלפי הרמב"ם האב צריך לומר צאי וקבלי קידושיך בפני ב' עדים כמו כל שליח לקבלה.

אולם יתכן לבאר את שיטת הרא"ש באופן קצת אחר ע"פ דברי התוס' הנ"ל. דביארנו בדעת התוס' דצאי וקבלי קידושיך חל מצירוף דעת המקנה דהאב ומעשה קידושין של הבת אפי' בלי חלות שליחות. וי"ל דגם הרא"ש נקט כמו התוס' דאין כאן חלות שליחות

[685] ועיין לקמן בשיעורים (מג: ד"ה תנן התם נערה המאורסה) דרבינו זצ"ל העיר דהרא"ש חולק על הרמב"ן שם לגבי גדר הדין דאין קטנה יכולה להיות שליח.

[686] צע"ק בלישנא דהרא"ש (סימן כה) וז"ל אע"ג דאין שליחות לקטן, לטובתה לזכותה נעשה שליח עכ"ל. והתינח קידושין, אך גירושין לכאורה אינה לטובתה ולזכותה.

[687] ועיין בחידושי רבי עקיבא איגר (כתובות יא.) דבתחילה נקט דאין קטן יכול להיות המשלח הוא רק משום חסרון בדעת למינוי אבל הקשה על עצמו מהגמ' בב"מ דאם חצר חל מדין שליחות דאין חצר לקטן, כמו רבינו זצ"ל.

אלא דין צירוף דדעת האב ומעשה הבת. וכשהרא"ש כתב דיש שליחות לקטן היכא דהיא זוכה לעצמה, כוונתו לבאר היאך אפשר לצרף את דעת מקנה דהאב למעשה שלה בלי מינוי שליחות. והרא"ש ביאר דרק היכא דהחלות מתייחסת למשלח בעינן מינוי שליחות ליצור צירוף בין דעת המקנה דהמשלח לבין מעשה דהשליח. אמנם הכא דהחלות מתייחסת למי דעושה את המעשה (הבת), אזי לא בעינן מינוי והקידושין חלין בצירוף דעת האב והמעשה דידה.

ג

שיטת הראב"ד

הרא"ש (פרק א סימן טו) הביא מהראב"ד דהקידושין חלין מדין ערב, וז"ל ופירש הראב"ד ז"ל דלאו מתורת שליחות הוא דקטן וקטנה לאו בני שליחות נינהו אלא משום דהוי ליה כמו שאמר תן ככר לכלב שלי או תן ע"ג סלע שלי ותתקדש בתי לך וכיון שאמר לבתו קבלי קידושיך הוה ליה כמי שאמר מי שיתן לך מנה מעלה אני עליו כאילו נתנו לי והתקדשי בו עכ"ל.[688] לכאורה יוצא מהראב"ד דצאי וקבלי קידושיך מהני רק בקידושין, אבל לפי השיטות דקטנה אינה יכולה לקבל גט בחיי אביה, האומר לבתו "צאי וקבלי גיטך" לא מהני כי אין דין ערב בקבלת גט.

ולפי"ז יוצא דהראב"ד נקט דאין הבת עושה את מעשה הקידושין כאן אלא דהיא דומה לכלב, דקבלתה מחיל את הקידושין מדין ערב. וזה דלא כשיטת התוס' (עיין לעיל, אות א') דנקטו דהבת עושה את מעשה הקידושין. אמנם יתכן לבאר דאפי' הראב"ד מסכים עם התוס' דהבת עושה את מעשה הקידושין בעצמה ולא בעינן דין ערב למעשה הקידושין. דהרי קשה לומר דהאב עושה את מעשה הקידושין ע"י דין ערב דהרי המקדש לא דיבר עמו כלל והאב אפי' לא ידע דהמקדש נותן את הכסף לבת.[689]

אלא י"ל דהבת עושה את מעשה הקידושין ע"י קבלתה, והראב"ד רק הזכיר הדין דערב לבאר למה הבת זוכה בכסף. דהרי כשהאב מקדש את בתו קטנה או נערה הוא זוכה

[688] רבינו זצ"ל ביאר דהראב"ד התכוון לדין ערב. ועיין בבית שמואל (סימן לז סק"ז) דדחה הביאור הזה בראב"ד כי אז הדין דצאי וקבלי קידושיך מהני רק בקידושי כסף דיש הנאה, אבל בשטר דאין כאן הנאה לא היה ראוי להועיל וז"ל דאלו מטעם דהוי כאלו אמר תן מנה לפלוני אתי' מדין ערב אז דוקא כשנהנה הפלוני משא"כ בשטר עכ"ל (והשווה לדברי הרא"ש פרק א סימן כה). וכן עיין בקרבן נתנאל (לסימן טו ברא"ש) דביאר בדעת הראב"ד דיש ב' טעמים דצאי וקבלי קידושיך מהני: א) ערב דשייך רק בקידושי כסף, ב) קנין חצר דשייך אפי' בקידושי שטר. וגם קצ"ע דבשיעורים לעיל (ט. ד"ה אמר רבא אמר רב נחמן כתב לו על הנייר) רבינו זצ"ל הביא הרמב"ן דביאר הדין דצאי וקבלי קידושיך בלשון מאד דומה להראב"ד, ורבינו זצ"ל ביאר הרמב"ן על פי הגר"ח זצ"ל דיש לקטנה יד לעשות מעשה קידושין, ולא ע"פ דינא דערב.

[689] וכן איתא בתוס' (ד"ה ואומר) ובר"ן (ה. בדפי הרי"ף ד"ה וכתב הרמב"ן), דהדין ערב חל רק היכא דהמקדש והאב דיברו.

בכסף, וא"כ צ"ע באומר לה צאי וקבלי קידושיך אע"פ דיש לה מעשה קבלת הקידושין, מ"מ היאך היא זוכה בכסף בעד אביה. ולכן הראב"ד בא והסביר דהאב נותן לה הכח לזכות בכסף מדין ערב. ונמצא דאע"פ דמעשה הקידושין נעשית ע"י הבת, מ"מ האב מהווה חלות שם מקבל הכסף ע"י דין ערב.[690]

והתוס' (ד"ה אומר) גם התקשו בזה דהיא מקבלת הכסף ולא האב, ותירצו דהבת זוכה ע"י דעת אחרת מקנה. ולכאורה לפי זה הבת לא רק עושה את מעשה הקידושין אלא גם מקבלת את הכסף בעצמה, דהרי ע"י דעת אחרת מקנה היא רק זוכה לעצמה מדאורייתא אבל לא לאחרים כדמבואר בגיטין (סה.). ואע"פ דסוף כל סוף האב זוכה בכסף הקידושין מדין שבח נעורים לאביה, הדין הזה חל אחרי דהבת מקבלת את הכסף ולא כחלק של מעשה הקידושין.[691] ולפי כל זה יוצא דהתוס' והראב"ד הסכימו דהבת עושה את מעשה הקידושין אבל נחלקו במי הוי חלות שם מקבל כסף הקידושין. דלפי הראב"ד האב מקבל את הכסף מדין ערב, לעומת התוס' דהבת מקבלת את הכסף מדין דעת אחרת מקנה.

ובנוגע למי הוי ע"פ דין מקבל הכסף, עיין ברשב"א (ד"ה אמר רבא) דלכאורה יש לו ב' דעות בנידון. דהוא נקט כמו התוס' דהקטנה זוכה מדין דעת אחרת מקנה, והקשה הרשב"א וז"ל ואכתי לא ניחא דזו זוכה לאחרים היא דכסף קדושיה דאביה הוא והתם משמע דאינו זוכה לאחרים עד שיגדל ויביא שתי שערות עכ"ל, כלומר דהיא אינה יכולה לזכות בעד אביה מדאורייתא. ותירץ הרשב"א בב' אופנים וז"ל ושמא נאמר דטעמא דזוכה לעצמו ואינו זוכה לאחרים משום שלזכות עצמו נותן דעתו ומתכוין הוא לזכות אבל לזכות לאחרים אינו נותן דעתו כ"כ ואינו זוכה להן והכא כיון שהמקדש נותן לה והיא מתכוונת לקנות לעצמה אע"פ שהאב חוזר ונוטל ממנה משום שבח נעורי' שזכתה לו תורה מ"מ זכייתה זכייה וכו' ונראה דרבותינו בעלי התוס' ז"ל דעתם לפסוק כרב יהודה א"ר אסי דאמר חפץ ומחזירו זוכה בין לעצמו בין לאחרים דהא אותיבו רב חיננא ורב אויא עליה דשמואל מברייתא, ואע"ג דשנינהו שינויי דחיקי נינהו, ולדעתם ז"ל לא תיקשי מידי דמוקמי' קטנה זו ביודעת להחזיר החפץ לאחר שעה שזוכה בין לעצמה בין לאחרים עכ"ל. ולכאורה יוצא דלפי התירוץ הראשון דהרשב"א הבת מהווה עיקר מקבל הכסף דהרי היא זוכה לעצמה מדין דעת אחרת מקנה ואח"כ האב זוכה ממנה מדין שבח נעורים, ואילו לפי התירוץ השני אנו פוסקים כמ"ד בגיטין דמי שזוכה בעצמו גם זוכה לאחרים וא"כ הקטנה יכולה לזכות בעד האב, יוצא דהאב הוי ע"פ דין מקבל הכסף.

[690] צ"ע בכוונת רבינו זצ"ל דהא לכאורה בערב אין האשה זוכה בכסף וכגון דאומרת לו לתת הכסף לכלב אלא דנחשבת כאילו קיבלה את הכסף כדי להתקדש, והו"ה כאן בנוגע לאב.

[691] ועיין בזה בשיעורים לעיל (דף ג: בענין שבח נעורים לאביה, אות ב').

ונמצא דנחלקו ב' הדעות בהרשב"א במחלוקת בין התוס' לבין הראב"ד בנוגע למי הוי חלות שם מקבל הכסף בדין דצאי וקבלי קידושיך.

אמנם יש לדחות ולומר דאפי' לפי הדעה הראשונה בהרשב"א האב הוי חלות שם מקבל הכסף. דאם באמת כוונת הרשב"א הוא דהאב רק זוכה כשלב שני אחרי דהבת זוכה בכסף, אזי צע"ק באריכות לשונו, דלכאורה הרשב"א היה צריך לומר בקיצור דהיא זוכה תחילה בעצמה והאב זוכה אח"כ ממנה. אלא משמע מאריכות לשונו דהדין דשבח נעורים הופך את האב לעיקר מקבל הכסף ולא רק כמי שזוכה ממנה. ולפי"ז י"ל דנחלקו ב' הדעות בגדר החסרון דבעלמא אין הקטן זוכה לאחרים. דלפי הדעה השניה, יש דין כללי דאין הקטן זוכה לאחרים, ולכן בסוגיא דידן דהאב צריך להיות חלות שם מקבל הכסף צ"ל דקאי למ"ד בגמ' דקטן זוכה לאחרים. אבל הדעה הראשונה ברשב"א סבורה דהא דקטן אינו זוכה לאחרים הוי משום חסרון בדעת הקונה דהקטן, דהיינו דאפי' היכא דיש דעת אחרת מקנה, יש לקטן רק דעת קונה בעצמו אבל אין לו שיעור הדעת דנצרך כדי לזכות לאחרים. אבל כל זה שייך היכא דהיא רוצה לזכות בעד אחר מדין זכייה בעלמא. אבל כאן, התורה קובעת דאע"פ דיש לה דעת לקנות כסף הקידושין לעצמה זה גורם לקנין ישיר להאב מדין שבח נעורים לאביה. וא"כ אין חסרון בשיעור הדעת דנצרך כדי לזכות לאחרים כי בעצם בעינן רק דעתה לזכות לעצמה. וא"כ שתי הדעות ברשב"א נקטו דהאב מהווה חלות שם מקבל הכסף, אלא דלפי הדעה הראשונה היא מתכוונת לקנות בעצמה והתורה קובעת דחלות הקנין מתייחסת ישירה אל האב, והדעה השניה סבורה דאפי' בעלמא היא יכולה להתכוון לזכות בעד אחר.

ד

שיטת הרב אב ב"ד

שיטה רביעית היא הרב אב ב"ד (מובא ברמב"ן דף מג: ד"ה הא דתנן) דאיירי בסוגיא אחרת. דעיי"ש ברש"י (מג: ד"ה היא ואביה) דקטנה בחיי האב אינה מקבלת גיטה בעצמה. והתוס' שם (מג: ד"ה תנן התם) הקשו על רש"י מגמ' לקמן (מד:) דמשמע דקטנה יכולה לקבל גט גם כשאביה קיים וז"ל ומיהו קשה דלקמן בשמעתין קאמר קטנה שאמרה התקבל לי גיטי אינו גט עד שיגיע גיטה לידה משמע אבל כשהגיע גט לידה מגורשת עכ"ל. והרב אב"ד תירץ לפי שיטת רש"י דהגמ' שם איירי דהיא מקבלת הגט מדעת אביה, וז"ל והרב אב"ד ז"ל מוקי לה במקבלתו מדעת אביה עכ"ל. ולכאורה הרב אב"ד אינו יכול לסבור כמו התוס' בסוגיא דידן דצאי וקבל קידושיך דהרי לפי התוס' קטנה בחיי אביה יכולה לעשות מעשה קידושין או גירושין בעצמה, נגד שיטת הרב אב"ד דקטנה בחיי אביה

אינה יכולה לקבל גיטה. וגם נראה דהרב אב"ד אינו סבור כמו הרא"ש והראב"ד דהרי הרב אב"ד אינו מזכיר ערבות או שליחות כלל.

אלא נראה דהרב אב"ד מהווה דעה רביעית, דהיינו אע"פ דאין יד לקטנה כלל בחיי אביה לגיטין וקידושין, האב יכול לתת לה היד לעשות מעשה דקבלת הקידושין והגט וגם הדעת דנצרכת לקידושין. וכל זה אינו בגדר שליחות. אלא בנוגע ליד לקבלת הקידושין והגט י"ל דבעצם יש לקטנה יד בגו"ק כדמוכח מזה דיתומה בחיי אביה יכולה לקבל גט בעצמה. אמנם רש"י נקט האב מפקיע את הכח הזה מהבת ולכן בחיי אביה היא אינה יכולה לקבל את גיטה.[692] ולכן כשהיא מקבלת הגט מדעתו הגירושין חלין מכיון דהוא בעצם מסלק בעלותו מעליה והיא יכולה להשתמש ביד שלה. ולגבי דעת בקידושין, י"ל הרב אב"ד סבור כשיטת התוס' דדעת האב יכול להצטרף עם מעשה הבת. ומכיון דיש מעשה הבת (מכיון דהאב סילק הפקעתו) וגם דעת מהאב, הקטנה יכולה להתקדש מדאורייתא, וזה ביאור הדין דצאי וקבלי קידושיך.[693]

גמ'. ואמר רבא א"ר נחמן המקדש במלוה שיש עליה משכון מקודשת.

בענין המקדש במלוה שיש עליה משכון

יש לעיין מה הוי כסף הקידושין בדין דר' נחמן. ונישנו כמה שיטות בראשונים כדלהלן:

א

שיטת הרמב"ם

הרמב"ם (פרק ה מהלכות אישות הלי"ד) כתב וז"ל היה לו אצלה מלוה על המשכון וקידשה באותה מלוה והחזיר לה את המשכון הרי זו מקודשת שהרי היא נהנית במשכון מעתה והרי הגיעה הנאה לידה עכ"ל. מבואר בדבריו דהוא צריך להחזיר לה את המשכון ומשמע מזה דהמשכון עצמו מהווה כסף הקידושין. ולכאורה דברי הרמב"ם צ"ב. דבשלמא הוא יכול לקדשה במשכון דאחרים כדמבואר לעיל (ח:) דהרי יש לבע"ח קנין במשכון שהוא מקנהו לאשה, והרמב"ם עצמו הביא את הטעם הזה (פ"ה מהל' אישות הלכ"ג) וז"ל היה בידו משכון על חוב שיש לו אצל אחרים וקידש בו אשה אע"פ שאינו שלו הרי זו מקודשת, מפני שבעל חוב יש לו מקצת קנין בגופו של משכון עכ"ל. אבל הכא במשכון דידה, הוא רק מסתלק מהמשכון כשמוחל את החוב והיא קונה את

[692] וע"ע בזה בשיעורים לעיל (י. תוד"ה ומקבל את גיטה) ולקמן (מג: ד"ה תנן התם נערה המאורסה).

[693] והשווה לדברי הריטב"א (יט. ד"ה אמר רבא) וז"ל יש מפרשים דלעולם מדין ידה ואע"ג דקטנה אין לה יד היינו מדין עצמה, מכל מקום כיון שיש לאב יד עליה לקבל קידושיה והוא מרשה אותה ומרקן רשותו אצלה הרי ידה כידו דומה קצת להרשאה דעלמא עכ"ל.

המשכון ממילא בלי הקנאתו והיאך הוא מקדשה בו.[694]

ונראה לבאר ע"פ מה דייסדנו לעיל (דף יג. בענין קידושין בגזל, אות א') בנוגע לגזלן דרוצה לקדש את הנגזלת בחפץ הגזול, דמשמע מהגמ' דאם יש לה דעת לקידושין אזי הקידושין חלין. והקשינו דלכאורה החפץ הגזול נשאר תחת בעלותה, וא"כ קשה להבין היאך הוא יכול לקדשה בדבר דשייך לה. וביארנו דקידושי כסף תלויים בקבלת האשה ולא בנתינת והקנאת המקדש, ולפיכך כל היכא דהוא מאפשר לה לגמור את קנינה וליהנות בפרוטה, סגי בזה למעשה הקידושין. ולכן אם הגזלן מחזיר לה את החפץ דגזל ובכך היא גומרת את קנינה בחפץ, זה הוי מעשה קידושין. ולפי"ז י"ל דאע"פ דהמשכון שלה ביד הבע"ח עדיין שייך לה, מ"מ אין לה בעלות גמורה על המשכון. וא"כ כשהבע"ח מחזיר לה את המשכון הוא מאפשר לה לגמור את קנינה במשכון ובזה הוא מקדשה.

ומסברא אפשר לדון מהו הדין אם אדם רוצה לקדש אשה ע"י הנחת חפצא של הפקר לפניה כדי דהיא יכולה לזכות בה. דע"פ הנ"ל אולי הקידושין חלין מכיון דהוא מאפשר לה לקנות את החפצא דהפקר. אבל נראה דאין זה סגי לקידושין מכיון דהיא היתה יכולה לזכות עפ"י דין בחפצא של הפקר בלי סיוע של המקדש. משא"כ היכא דהוא מאפשר לה ע"פ דין לגמור את הקנין שלה בחפצא, ובלעדיו היא לא היתה יכולה לגמור את הקנין (כמו בגזלן ובבע"ח עם משכון) דאזי סגי בזה למעשה קידושין.

אבל עדיין יש להקשות דאם הוא מקדשה ע"י זה שהיא גומרת את קנינה במשכון, למה הוא צריך להחזיר לה את המשכון בפועל. והרי אם הוא מוחל את החוב אזי ממילא נפקע מקצת הקנין דיש לבע"ח על המשכון וממילא האשה חוזרת להיות הבעלים הגמורים על המשכון. וא"כ אפי' אם הוא אינו מחזיר לה את המשכון בפועל, כל עוד דהוא מוחל את החוב הוא בעצם מאפשר לה לגמור את הקנין שלה במשכון. ונראה לבאר דאה"נ, אם הוא באמת מחל את החוב ויש להם דעת דהמשכון יהא כסף הקידושין אזי הקידושין חלין בלי החזרת המשכון בפועל. אבל בדינא דר' נחמן הבע"ח לא התחיל את הקידושין ע"י מחילת החוב, אלא דאיירי דהוא בתחילה החזיר את המשכון וממילא החוב נמחל. ולכן הוא באמת צריך להחזיר את המשכון בפועל כדי שהקידושין יחולו.[695]

ב

שיטת התוס'

[694] ויש להעיר דהרמב"ן (ד"ה המקדש במלוה) ביאר דהדין דר' יצחק דבע"ח קונה משכון שייך אפי' למשכון בשעת הלואתו, ובסוגיא דידן הוא יכול לקדשה במשכון בגלל הקנין דיש לו בו.

[695] ועוד י"ל דאה"נ הוא מקדשה במחילת החוב אך צריך לתת לה המשכון כדי שיהיה מעשה קידושין בפועל, והוא מוחל את החוב בב"א עם נתינת המשכון.

ועיין בתוס' (ד"ה במלוה) דהבינו דהקידושין חלין ע"י הנאת מחילת החוב. ובסוף דבריהם הקשו דהיאך ר' נחמן מקשר את הדין דהנאת מחילת חוב לשיטת רבי יוסי ברבי יהודה ביעוד, דהרי דבגמ' לעיל (טז.) איתא בהדיא דמחילה אינה מהני בעבד עברי משום דגופו קנוי, וא"כ היאך האדון יכול למחול על החוב שהשפחה חייבת לו.[696] ותירצו בב' אופנים, וז"ל ונ"ל לדקדק דקסבר ר' יוסי בר' יהודה דעבד עברי אין גופו קנוי דאי גופו קנוי מה ענין זה אצל מלוה שיש עליה משכון אין כאן מלוה כלל אלא מקדשה בהקנאת גופה לעצמה, ומיהו י"ל דע"כ לא בהקנאת גופה שהיא קנויה לו מקדשה דאם כן איך תקדש בלא שטר שחרור ובלא הפקר עכ"ל. הדעה הראשונה בהתוס' נקטה דבאמת רבי יוסי ברבי יהודה חולק על כל המושג דעבד עברי גופו קנוי ולכן מחילה מהני בעבד עברי ובאמה העבריה. ואילו הדעה השניה נקטה דאע"פ דגופו קנוי מ"מ הקידושין חלין ע"י מחילה. אמנם לכאורה עיקר התירוץ חסר מן התוס', דהרי התוס' לא ביארו היאך מחילה מהני אם יש לאדון קנין הגוף בה.

ונראה לבאר דאע"פ דאיתא לעיל דמחילה אינה מהני בעבד עברי, יתכן דכל זה איירי רק במחילה כדי להוציא את העבד לחירות. אבל התוס' נקטו דאע"פ דמחילה אינה מהני לשחרר את העבד, מ"מ מחילת האדון מהני לכל הפחות כדי לסלק את השעבוד דהעבד עברי לעבוד בעד האדון. ונמצא דאחרי מחילת האדון, העבד אינו יוצא לחירות בלי שטר שחרור וכדומה מפני דגופו קנוי, אבל מ"מ אינו מחוייב לעבוד לאדון. ולפי"ז י"ל דהדעה השניה בתוס' ס"ל דהיעוד חל במחילה מכיון דהוא נותן לה הנאת פרוטה מכיון דאחרי המחילה היא אינה צריכה לעבוד.[697]

אולם עוד נראה לבאר את הדעה השניה בתוס' ע"פ הגדר דקידושין ע"י הנאת מלוה לפי הרמב"ם. דביארנו לעיל (ו: ד"ה ארווח לה זימנא, אות א'-ב) דאין הפשט דקידושין חלין מפני דיש להנאה דין של כסף. אלא דהרמב"ם הבין דהיכא דיש מעשה הגורמת לחלות התחייבות ממון, אזי יש למקדש היכולת להתנות שבמקום שתחול חלות התחייבות בדיני ממונות תחול חלות קידושין, ומפני זה אפשר לקדש ע"י מעשה של הנאה.

וי"ל דזהו גם היסוד דיעוד לפי רבי יוסי ברבי יהודה. דביארנו לעיל (דף יח: בענין גדר דיעוד, אות ו') דלפי רבי יוסי ברבי יהודה היעוד חל רק ע"י גרעון פרוטה משיעור העבדות

[696] ועיין בריטב"א (ד"ה וכי תימא) דנקט דרק בעבד עברי גופו קנוי (יש בו קנין איסור לפי דעת הריטב"א) אבל לא באמה העבריה, וזהו הטעם דמחילה מהני באמה.

[697] וכן איתא בקובץ שיעורים (אות קכד) דביאר דקנין הגוף דיש לאדון בעבדו אינו סגי כדי להכריח את העבד לעבוד, ובגלל זה יש לאדון גם שעבוד על העבד למלאכה. ולפי התוס', המחילה מסלקת את השעבוד ואין האדון יכול עוד לכפות את העבד לעבוד. והשווה לדברי רבינו בשיעורים לעיל (יד: בענין גרעון כסף, אות ב').

עצמה ולא ע"י שטר או כסף אחר. ולפי"ז י"ל דגרעון כסף בעלמא המהווה מעשה שחרור מחייבת אותה לשלם את הממון דנשאר לאדון. ובדרך כלל כדי להיות חלות שם מעשה שחרור דגרעון כסף, היא צריכה לשלם לאדון בפועל ולכן מחילה אינה מהני לגרעון כסף. ורבי יוסי ברבי יהודה חידש דאם יש מעשה גרעון כסף, אזי במקום שהמעשה הזה יחייב חיוב ממון כדי לשחרר את השפחה אם היא משלמת בפועל את החיוב הממון, האדון יכול לבחור לייעדה ע"י הפיכת חיוב הממון לכסף קידושין, בדומה ליסוד הנ"ל בדעת הרמב"ם לגבי הנאה.

ולפי"ז אין מקום להקשות היאך מחילה מהני באמה העבריה אם גופה קנוי. דהרי מחילה אינה יכולה להיות מעשה השחרור דגרעון כסף מכיון דהיא לא משלמת לו את הכסף מיד. אבל ביעוד י"ל דהמחילה שפיר יכולה להיות מעשה גרעון כסף כי במקום חיוב הממון (דהיא צריכה לשלם מיד), האדון רוצה שתחול חלות קידושין. ונמצא דאין כוונת התוס' דע"י המחילה היא יוצאת לחירות ורק אח"כ הוא מקדשה בהנאת מחילת המלוה, אלא להיפך דהכל חל בבת אחת, דהיינו עצם זה דהאדון רוצה שתחול חלות הקידושין גורם שיחול חלות גרעון כסף ולא סתם מחילה.[698]

והשתא דאתית להכי, י"ל דנחלקו ב' הדעות בתוס' ביחס שבין המחילה לבין חלות הקידושין. דביארנו דלפי הדעה השניה הם חלין בבת אחת, ורק מפני דיש חלות קידושין אמרינן דהמחילה מהווה מעשה שיחרור דגרעון כסף. אבל לפי הדעה הראשונה בתוס' דלפי רבי יוסי ברבי יהודה אין גופה קנוי ומחילה מהני, משמע דהמחילה מוציאה לחירות ומיד אח"כ חלין קידושי יעוד. ולכאורה הדעה הזאת קשה להולמה, דאם המחילה מוציאה לחירות, אזי היאך חל היעוד אח"כ, שהרי היא כבר בת חורין בלי זיקה לאדון, וצ"ע.[699]

ועיין לקמן בשיעורים (דף יט: ד"ה משל) דלפי קרבן העדה יש ב' דעות בירושלמי בשיטת רבי יוסי ברבי יהודה האם יעוד חל היכא דהאדון היה נשוי לאחות האמה בשעת המכירה אבל היא מתה לפני היעוד. וי"ל דב' הדעות נחלקו באותה נקודה דב' הדעות בתוס', דהיינו ביחס בין השיחרור לבין חלות היעוד. דהיינו, דלפי הדעה הראשונה בתוס' דביעוד השיחרור חל לפני חלות האישות, אזי פשיטא דיעוד חל אם אחות האמה מתה תוך השפחות, דהרי אין קשר בין חלות האישות לבין חלות השפחות. אבל

[698] והשווה לדברי הרש"ש (ד"ה במלוה בסופו) דגם הסיק דהשיחרור והקידושין חלין ע"י גרעון כסף, דהיינו דבמקום דהיא נותנת כסף או שוה כסף לגרעון כסף היא בעצם נותנת את עצמה לאדון לשם קידושין. ולכאורה זה דומה לדברי רבינו זצ"ל, דהאדון מקבל חלות הקידושין במקום דיחול חיוב ממון ע"י גרעון כסף.

[699] ואולי י"ל דהיעוד חל בתורת הנאת מחילת מלוה וכדין קידושין דעלמא.

לפי הדעה השניה בתוס' דביעוד חלות האישות חלה דוקא כשהיא שפחה, וע"י חלות האישות היא יוצאת לחירות, אזי מסתבר דיעוד אינו חל אם הוא היה נשוי לאחותה כשחלות השפחות התחילה דאזי עצם השפחות לא היתה ראויה ליעוד.

דף יט:

גמ'. ונוהג בה מנהג אישות ואינו נוהג בה מנהג שפחות.

בענין ונוהג בה מנהג אישות

א

פירוש אחד ב"נוהג בה מנהג אישות"

הפירוש הפשוט בברייתא הוא דעד היעוד היא שפחה ונוהג בה מנהג שפחות, ואחרי היעוד היא אינה עוד שפחה אלא רק אשתו גמורה ולכן הוא נוהג בה מנהג אישות. ולכאורה לפי זה צ"ב מה בא הברייתא לחדש דהרי למה היינו חושבים דהשפחות ממשיכה אפי' לאחר היעוד. וי"ל דלפי המ"ד מעות הראשונות לקידושין ניתנו היינו חושבים דחלות האישות חלה למפרע, וא"כ איגלאי מילתא דבתוך שש היא גם אשת איש וגם שפחה. וצ"ל דחלות אישות שלה היא אינה חלות אישות גמורה אלא חלות אישות מיוחדת דאינה נסתרת מחלות שפחות שלה. ומכיון דבתוך שש היא גם אשת איש וגם שפחה יש הו"א דשתי החלויות האלו ממשיכות ביחד גם לאחר היעוד. ולכן בא הברייתא ומלמד דאחרי היעוד נסתלקה חלות השפחות לגמרי ומעכשיו היא רק אשת איש כמו אשת איש דעלמא.[700] וזה הוי הפירוש הפשוט בהברייתא.

אבל גם אפשר להבין את הברייתא דאחרי היעוד הוא "נוהג בה מנהג אישות" למפרע משעת המכירה. כלומר, דעד היעוד הוא נהג בה כשפחה, אבל אחרי היעוד איגלאי מילתא למפרע דבאמת היא לא היתה שפחתו כלל אלא רק אשתו גמורה.[701] ויש להוכיח דהירושלמי ס"ל הכי בשיטת החכמים דמעות הראשונות לקידושין ניתנו, דהרי הירושלמי (פרק א הל"ב) נקטה דמעיקר הדין אחרי היעוד האדון צריך להחזיר את מעשה ידיה לאביה, וז"ל על דעתון דרבנין משעה ראשונה ניתן כסף לייעודים מה נפקא

[700] לפי רבינו זצ"ל א"א לומר דיש לה חלות שפחות גם לאחר היעוד, אלא דהיא אשת איש גמורה. ויש להעיר דהנצי"ב בהעמק דבר (שמות פרק כא פסוק ז) נקט דגם לאחר היעוד היא שונה מאשת איש דעלמא ויש לה חלות שפחות במקצת לגבי שעבוד מלאכה לבעלה וז"ל ואחר שנשאה אע"ג שהיא בתורת אמה, לא כאשה מיוחסת שאין להבעל עליה השתעבדות שום מלאכה מה"ת, משא"כ אמה גם לאחר שיעדה הרי קנאה להיות משמשת בבית כאמה, והיא כעין פילגש כמבואר בלשון הרמב"ם הל' מלכים פ"ד ה"ד אבל הדיוט אסור בפילגש אלא באמה העבריה אחר יעוד, מ"מ לענין זה היא כאשה שאינה יוצאה בשום אופן אלא בגט אשה עכ"ל.

[701] עיין בשיעורים לעיל (יח: בענן גדר דיעוד, אות א') דרבינו גם דן בעד כמה היעוד מחיל את האישות למפרע לפי המ"ד מעות הראשונות לקידושין ניתנו.

מביניהון מעשה ידיה מ"ד בסוף נתן לה כסף לייעודים מעשה ידיה של בעלה מ"ד משעה ראשונה ניתן כסף של ייעודים מעשה ידיה של אביה אפילו כמאן דאמר משעה ראשונה ניתן כסף לייעודים מעשה ידיה של בעלה נעשה כאומר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת שמעשה ידייך שלי עכ"ל. כלומר, דלפי החכמים דס"ל דמשעה ראשונה ניתן כסף לייעודים (מעות הראשונות לקידושין ניתנו), ע"פ דין האדון היה צריך להחזיר את מעשה ידיה לאביה דהרי היא אף פעם לא היתה שפחה אלא היתה ארוסתו משעת המכירה. אלא דבפועל הוא אינו צריך להחזיר את מעשה הידיים דנעשה כאומר לה על מנת שמעשה ידייך שלי.

ב

מסקנת הירושלמי וגדרי מתנה ע"מ שכתוב בתורה

ויש לעיין בגדר מסקנת הירושלמי. דמשמע מלשון דהירושלמי דהכוונת היא לתנאי בקידושין, כלומר דכאילו הוא קידש אותה בתחילת שש ע"מ דמעשיה ידיה יהיו שלו משעת האירוסין. אבל יש להעיר דלכאורה הדין הזה תלוי במחלוקת התנאים בין ר"מ ור"י בנוגע למתנה ע"מ שכתוב בתורה בתנאי שבממון, וא"כ לפי ר"מ התנאי ראוי להיות בטל ולפי"ז הירושלמי קאי רק לשיטת ר"י. ועוד, אפי' לר"י דהמתנה ע"מ שכתוב בתורה בדבר שבממון תנאו קיים, יש להעיר דלכאורה רק מצינו תנאי ע"מ שכתוב בתורה כשהמתנה נסתלק מחיובים ע"י התנאי כמו המקדש את האשה ע"מ שאין לה עליו שאר כסות ועונה. אבל לא מצינו דרבי יהודה סבור דאדם גם יכול לחדש זכות או חיוב לעצמו ע"י תנאי ע"מ שכתוב בתורה. וא"כ יתכן דמסקנת הירושלמי היא גם נגד רבי יהודה דהרי כאן האדון רוצה להוסיף על הזכויות שלו ע"י תנאי ע"מ שכתוב בתורה.[702]

אבל לכאורה יש להוכיח דרבי יהודה סבור דאפשר להתנות ע"מ שכתוב בתורה בדבר שבממון אפי' לחדש דבר נוסף מגמ' בב"מ (צד.), דמתנה שומר שכר להיות כשואל. דהרי הסוגיא שם העלה את המחלוקת לגבי מתנה ע"מ שכתוב בתורה אע"פ דהוא רוצה לחדש עוד חיובים על עצמו. ויש ללמוד את כל הסוגיא שם כדי לדעת האם באמת הוספת חיובי שואל על שומר שכר מהווה מתנה ע"מ שכתוב בתורה. דהרי איתא במשנה וז"ל מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה, והשואל להיות פטור מלשלם, נושא שכר והשוכר להיות פטורין משבועה ומלשלם עכ"ל. ובתחילת הסוגיא הגמ' הקשה דהרי זה מתנה ע"מ שכתוב בתורה, וז"ל מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה,

[702] לכאורה יש לתרץ דמתנה ע"מ שכתוב בתורה היא רק כשמתנה לשנות חלות דין התורה דהיינו אם היה מתנה שהקידושין יתנו לו זכות מעשיה ידיה דליכא זכות זו בקידושין דעלמא. אך כאן לא התנה אלא התחייבות מופרדת לגבות מעשה ידיה כל שנות שפחתה, אך לא מדין קידושין וחלה כמו כל התחייבות ממון דעלמא.

והשואל להיות פטור מלשלם, נושא שכר והשוכר להיות פטורין משבועה ומלשלם וכו' ומי מצית מוקמת לה כרבי יהודה וכו' אלא, כולה רבי מאיר היא, ושאני הכא דמעיקרא לא שעבד נפשיה עכ"ל. כלומר דיש הו"א דהמשנה קאי רק בשיטת ר"י. אמנם הגמ' נקטה דהמשנה אינה יכולה להיות כר"י מטעם אחר והסיקה דאפי' לרבי מאיר מתנה שומר חנם להיות פטור כי מעיקרא לא שעבד נפשיה.

ועד כאן הגמ' אייתי היכא דהשומר רוצה להוריד את חיוב השמירה שלו. אבל מיד אח"כ הגמ' הביאה ברייתא אחרת דהשומר יכול להעלות את מדריגת חיוב השמירה שלו, וז"ל תנא ומתנה שומר שכר להיות כשואל במאי, בדברים, אמר שמואל בשקנו מידו, ורבי יוחנן אמר אפילו תימא בשלא קנו מידו בההיא הנאה דקא נפיק ליה קלא דאיניש מהימנא הוא גמיר ומשעבד נפשיה עכ"ל. הגמ' כאן אינה מקשרת את הברייתא הזאת למחלוקת התנאים בנוגע למתנה ע"מ שכתוב בתורה בהדיא, אבל לכאורה אם הגמ' כבר ידעה את הברייתא הזאת בתחילת הסוגיא אזי ההו"א הראשונה דהמשנה קאי בשיטת רבי יהודה גם שייך להברייתא הזאת. ולפי"ז יוצא דבהו"א של הגמ', היכולת של שומר להוריד או להעלות את רמת החיוב שלו תלוי בשיטת רבי יהודה דהמתנה ע"מ שכתוב בתורה תנאו קיים. ויוצא, דלכל הפחות לפי ההו"א של הגמ' בהבנת הברייתא, שומר שכר יכול לחדש חיוב נוסף ע"י תנאי ע"מ שכתוב בתורה לפי רבי יהודה. וא"כ אפשר להבין את דברי הירושלמי דהאדון יכול להתנות על הקידושין להוסיף זכות לעצמו.

ויש לעיין מהי מסקנת הגמ' דשומר יכול להוריד או להעלות את רמת החיוב שלו אפי' למ"ד דהמתנה ע"מ שכתוב בתורה תנאו בטל. בנוגע להמשנה הגמ' הסיקה דאפי' לרבי מאיר מתנה שומר חנם להיות פטור כי "מעיקרא לא שעבד נפשיה".[703] ונראה לבאר דהדין דמתנה ע"מ שכתוב בתורה שייך רק היכא דיש לאדם דעת ליצור חלות מסויימת וממילא חלין חיובים מחמת החלות. למשל, אדם מקדש אשה עם דעת לקידושין דמפאת חלות האישות הוא נתחייב ממילא בחיוב דשאר כסות ועונה. ואם האדם רוצה לשנות את חלות האישות כדי שלא יתחייב בשאר כסות ועונה, אזי זה נקרא מתנה ע"מ שכתוב בתורה. ובהו"א הגמ' קס"ד דשמירה דומה לשאר כסות ועונה, דהשומר צריך דעת רק כדי להחיל על עצמו חלות שם שומר חנם או חלות שם שומר שכר ואז ממילא התורה מחייבת אותו בחיוב שמירה מסויימת. וא"כ היכולת של השומר להוריד או להעלות את חיוב השמירה שלו תלוי בדין דמתנה ע"מ שכתוב בתורה. אבל הגמ' דחתה דאפי' לרבי מאיר "מעיקרא לא שעבד נפשיה", כלומר דחיובי השומר אינן חלין מחמת חלות

[703] ועיין ברשימות שיעורים לב"מ (צד.) לביאור כל הסוגיא באריכות לפי שיטות הראשונים.

שם שומר שחנם או שומר שכר אלא דיש אומדנא דהשומר מחייב את עצמו בחיובים השונים.[704] וא"כ הדין דמתנה שומר שכר להיות כשומר חנם או להיות כשואל אינו תלוי כלל במחלוקת דמתנה ע"מ שכתוב בתורה.[705]

אבל לכאורה לפי זה קשה להבין את קושיית הגמ' על הברייתא דמתנה שומר שכר להיות כשואל – "במאי בדברים", כלומר דהגמ' נקטה דהשומר אינו יכול לחייב את עצמו בחיובי שמירה יותר מהרגיל על ידי דברים בעלמא. והגמ' לא דחתה את הנקודה הזאת במסקנא אלא תירץ דקנו מידו. ולכאורה לפי הביאור דחיובי שמירה חלין מחמת התחייבות מדעת של השומר, צ"ע למה שומר שכר צריך קנין כדי לחייב את עצמו בחיובי שמירה דשואל, הרי מעיקרא הוא שעבד נפשיה לחיובי שואל. ומזה דהשומר בעי קנין להתחייב יותר, משמע דחיובי שמירה חלין ממילא מחלות שם שומר והקנין בא לשנות את החיוב מהרגיל. וא"כ לכאורה מתנה שומר שכר להיות כשואל ראוי להיות תלוי במחלוקת התנאים לגבי המתנה ע"מ שכתוב בתורה.

ונראה לבאר ע"פ מחלוקת הראשונים האם כל שומר צריך קנין כדי להיות חייב. דאיתא בב"ק (עט.) וז"ל כדרך שתיקנו משיכה בלקוחות כך תיקנו משיכה בשומרין עכ"ל, ונחלקו הראשונים האם הגמ' איירי בנוגע לכל חיובי שמירה או רק לגבי היכולת לחזור בו.[706] ולפי הצד דשומר לא צריך קנין כדי להתחייב (וכן נקטו רוב הראשונים) יש לעיין היאך חלין חיובי השמירה. וצ"ל דיש לאדם דעת המתחייב להיות שומר ועצם זה דהמפקיד מסר את הפקדון לשומר לשמור והניחו לפניו הוי מעשה הקנין מסוים דשומר דגומר את חיובי השומר. וכל זה בשומר חנם. אבל שומר שכר, מכיון דהוא רוצה להתחייב בחיובי שמירה נוספים, צריך קנין יותר חזק לגמור את דעת המתחייב שלו ולכן לא סגי בזה דהמפקיד מסר לו את החפץ בעלמא אלא דגם צריך לקבל שכר. ובשואל צריך קנין עוד יותר חזק דכל ההנאה שלו. וא"כ יוצא דאע"פ דחיובי השומר חלין ע"י דעת המתחייב, בעינן ג"כ קנין מסויים כדי להתחייב כשומר שכר וכשואל. וזהו הטעם דהגמ' דמתנה שומר שכר להיות כשואל צריך קנין דקנו מידו, דאע"פ דיש לו דעת המתחייב עדיין חסר הקנין החזק והמסויים דשואל כדי להחיל את חיובי השואל על השומר שכר.

ויוצא מכל הביאור הנ"ל בסוגיא, דבהו"א הגמ' נקטה דלפי רבי יהודה מתנה ע"מ שכתוב בתורה בדבר שבממון תנאו קיים שייך אף להוסיף חיובים חדשים, ומסקנת הגמ' אינה

[704] רבינו זצ"ל הוסיף דיתכן דהאומדנא הזאת הוא ע"פ דין, דהרי מסתמא אין כל אדם יודע בדיוק את ההלכות השונות של כל השומרים.

[705] וע"ע בזה בשיעורים לקמן (כג: בענין מה שקנה עבד קנה רבו, אות ה).

[706] ועיין בזה ברשימות שיעורים לב"ק (עט. ד"ה כדרך שתיקנו).

נגד ההנחה הזאת. וא"כ הא דאיתא בירושלמי דהאדון אינו צריך להחזיר לה את מעשה ידיה אחר היעוד משום דנעשה כאומר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת שמעשה ידייך שלי, יתכן דכל זה אזיל לפי רבי יהודה.

ג

ביאור שני במסקנת הירושלמי

אבל נראה יותר לבאר את מסקנת הירושלמי באופן אחר. דאין כוונת הירושלמי דלמפרע היא אשת איש גמורה ולא שפחה כלל ולכן מעיקר הדין מעשה ידיה שייכים לה אלא דהתנה תנאי שמעשה ידיה שלו, אלא דחלות האישות מההתחלה אינה אישות גמורה. כלומר, דאפי' לאחר היעוד דהיא נחשבת כמקודשת משעת המכירה, חלות האישות אינה מפקיעה את חלות השפחות שלה ויש לה שתי החלויות משעת המכירה עד שעת היעוד. וא"כ מובן למה האדון זוכה במעשה ידיה תוך שש מעיקרא דדינא דהרי היא עדיין שפחתו, ואין כאן מתנה ע"מ שכתוב בתורה כלל, והלשון "נעשה כאומר לה וכו'" אינו אלא דמיון בעלמא ולאו דוקא הוא.

ולכאורה יש נ"מ בין ב' הפירושים הנ"ל בירושלמי היכא דהאדון בא על האמה תוך שש. דלפי הפירוש הראשון שכתבנו בירושלמי דלמפרע היא אשת איש גמורה ולא שפחה כלל, אזי למפרע הביאה היתה מותרת. אמנם לפי הפירוש השני בירושלמי דאחרי היעוד היא אינה אשת איש גמורה למפרע, אלא גם שפחה וגם אשת איש ביחד עד היעוד, אזי מסתבר דההיתר דאשה לבעלה מתחיל רק לאחר היעוד דאז נסתלק חלות שפחות והיא אשת איש גמורה. וא"כ הביאה תוך שש הוי ביאת זנות אפי' למפרע אחר היעוד.[707]

ד

מחלוקת ראשונים האם האישות חלה למפרע

ונראה דנחלקו הרשב"א והרמב"ם האם לאחר היעוד יש לאמה חלות דין אשת איש גמורה למפרע בלי חלות שפחות כלל או לא. דהגמ' השווה את שיטת החכמים לקידושין מעכשיו ולאחר ל' דאם בא אחר וקידשה בתוך ל' יום דהיא מקודשת לראשון. וקשה דהרי בגמ' לקמן (נט:) נחלקו האמוראים במקרה דקידושין מעכשיו ולאחר ל' ובא אחר וקידשה תוך ל'. דשמואל סבור דהיא מקודשת לשניהם מספק דהרי מספקינן האם "לאחר ל'" הוי תנאי או חזרה, ורב נקט דהיא בודאי מקודשת לראשון דהרי מעכשיו ולאחר ל' הוי תנאי, ור' יוחנן נקט דהיא מקודשת לשניהם דהרי הקידושין מתחילים

[707] והא דחל יעוד למפרע הוא כדי לאוסרה על אחרים אך לא להתירה לאדון למפרע.

מעכשיו ורק נגמרים לאחר ל'. וא"כ למה פשיטא לגבי יעוד דהיא מקודשת לאדון (לראשון).

והרשב"א (יט: ד"ה אלא משל לרבנן) תירץ וז"ל אלא על כרחין בשפירש ואמר מעכשיו אם אין אני חוזר בי מכאן ועד ל' יום ובשפירש פשיטא דמקודשת לראשון וכו' אלא ודאי המשל בא כאן ללמד ולומר דכי היכי דפשיטא לן התם דמקודשת לראשון ה"ה גבי יעוד דמעות הראשונות לקדושין ניתנו עכ"ל. כלומר דכאן לגבי יעוד, ברור דהוא מקדשה מעכשיו על תנאי דאם הוא מייעדה לבסוף, ולכן הקידושין הראשונים דהאדון מפקיעים את קידושי השני. ויוצא מזה דלפי הרשב"א, מכירת האמה לאדון מהווה מעשה קידושין על תנאי דהוא מייעדה לבסוף, והיעוד מחילה את הקידושין למפרע משעת המכירה. וא"כ ברור דאחרי היעוד האמה הויא אשת איש גמורה משעת המכירה ואיגלאי מילתא למפרע דלא היתה שפחה כלל כמו הפירוש הראשון בירושלמי הנ"ל. ואם האדון לא ייעד אותה לבסוף אזי הוא לא קיים את התנאי ואין כאן קידושין כלל והיא היתה רק שפחה לכל שש השנים. יוצא מזה דאין באמה תערובת של חלות שפחות וחלות אישות, אלא דהיא או שפחה גמורה או אשת איש גמורה.

אמנם נראה דהרמב"ם חולק על זה. דהרי כבר הבאנו לעיל (יח: בענין גדר דיעוד, אות ז) דלפי הרמב"ם (פרק ד מהלכות אישות הלט"ו) אפי' אם האדון לא ייעד לבסוף והיא מקודשת לשני, דהקידושין האלו חלין רק בסוף שש ולא משעת מעשה הקידושין דשני. וביארנו דהרמב"ם נקט דלפי המ"ד מעות הראשונות לקידושין ניתנו, אזי חלות השפחות עצמה כוללת חלות אישות במקצת, דלא כהרשב"א דהיא או אשת איש גמורה או שפחה גמורה. ונראה לבאר דהרמב"ם פסק בקידושין מעכשיו ולאחר ל' כר' יוחנן דהיא מקודשת לשניהם דחלות הקידושין התחילה מעכשיו ורק נגמרה לאחר זמן.[708] וכמו"כ לגבי יעוד, הרמב"ם הבין דחלות האישות התחילה במקצת משעת המכירה אבל רק נגמרת אחר היעוד.

ולפי"ז יוצא מדברי הרמב"ם דמשעת המכירה עד שעת היעוד היא גם שפחה וגם אשת איש במקצת. והתפקיד של היעוד הוא להפוך את חלות האישות במקצת לחלות אישות גמורה מכאן ולהבא, אבל אין טעם לומר דהשפחות נעקרת למפרע. ויוצא, דהרמב"ם והרשב"א נחלקו האם תוך שש יש לה ב' חלויות ביחד, או דהיא או שפחה גמורה או אשת איש גמורה, כמו ב' הביאורים שביארנו במסקנת הירושלמי.

[708] לביאור פסק הרמב"ם בענין קידושין מעכשיו ולאחר שלושים עיין בדבריו (פרק ז מהלכות אישות הלי"ב) ובדברי רבינו זצ"ל לעיל (ו. בענין שפחה חרופה אות ד') ולקמן (ס. ד"ה עולא אמר רבי יוחנן אפי' מאה תופסין בה). ויש להעיר דהמגיד משנה שם הבין דהרמב"ם פסק שלא כר' יוחנן.

ה

מניעת קידושי שני תוך שש

אבל לפי זה לכאורה עדיין צ"ע בפסק הרמב"ם לגבי הפקעת קידושי השני לאחר יעוד. דהרי קשה, למה בקידושין מעכשיו ולאחר ל' פסק הרמב"ם דהיא מקודשת לשניהם, אבל באמה העבריה תוך שש קידושי השני אינן תופסין בה כלל. דהרי ממ"נ, אם האדון מייעדה אחר שש אזי קידושי השני נפקעין לגמרי, ואם אינו מייעדה אזי הרמב"ם פסק דהיא מקודשת לשני רק אחר שש. ואם באמת הרמב"ם השווה את חלות הקידושין לאדון תוך שש לחלות האישות בהיכי תמצא דמעכשיו ולאחר ל' דבשניהם יש חלות אישות שאינה גמורה, צ"ב מדוע במעכשיו ולאחר ל' קידושי השני תופסין בה לעומת תוך שש דהיא אינה מקודשת לשני.[709]

ונראה לבאר דמצד חלות האישות הלקויה דחלה, תוך שש דומה למעכשיו ולאחר ל', כלומר דבשניהם יש מקום לקידושי שני לחול. אלא דבאמה העבריה בנוסף לחלות האישות המיוחדת, יש לה ג"כ חלות שפחות דמעכבת את הקידושין מלחול, ולכן קידושי השני חלין רק לאחר שש כשחלות השפחות נסתלקה.

ולכאורה מוכרח לומר דחלות השפחות מעכבת את קידושי השני מלחול. דהרי לעיל (יח: בענין גדר דיעוד, אות ז') הקשינו דלפי הרמב"ם דיש מקצת חלות אישות לאדון תוך שש לפני היעוד דא"כ היאך השחרור מהשפחות מתירה את חלות האישות. דהרי לא מצינו היתר לחלות אישות אלא בגט ובמיתת הבעל, וכאן נראה דסוף שש שנים או סימנין מתירין את חלות האישות המיוחדת של אמה העבריה תוך שש. ונראה דצ"ל דאע"פ דתוך שש האמה היא אשת איש דאדון במקצת, אם האדון אינו מייעד בסוף שש אזי למפרע זה מפקיע את כל חלות האישות. וא"כ אין הפשט דהשחרור מהשפחות ג"כ מתיר את איסור אשת איש, אלא דההחלטה לא לייעד כשמשתחררת מפקיע את כל חלות האישות מעיקרא. ואם כנים הדברים אזי פסק הרמב"ם דקידושי השני חלין רק לאחר שש לכאורה צ"ב, דהרי למפרע היא אינה אשת איש כלל ולמה קידושיו אינן חלין למפרע משעת מעשה הקידושין. וצ"ל דעצם זה דהיא שפחה מונעת את קידושי השני מלחול ולכן היא רק מקודשת לשני לאחר שנשתחררה, וצ"ע.

[709] באמת לשון הרמב"ם (פרק ד מהלכות עבדים הלט"ו) משמע דקידושי השני חלין במקצת תוך שש כל זמן דליכא יעוד וז"ל המוכר את בתו ואח"כ הלך וקדשה לאחר אם רצה האדון לייעד מייעד ואם לא ייעד האדון לא לו ולא לבנו כשתצא מרשות האדון יגמרו קידושיה ותיעשה אשת איש עכ"ל. וא"כ דינה כדין המקודשת לשני במעכשיו ולאחר ל' דחלין קידושין במקצת, ואם יעדה אזי קידושי האדון חלין למפרע לגמרי ופקע קידושי שני.

ו

הצורך בעדי קיום

ביארנו דלפי הרשב"א היעוד חל בתורת קיום תנאי דמחיל את חלות הקידושין משעת המכירה. וכבר הקשינו לעיל (דף יח: בענין גדר דיעוד, אות ג') דלפי השיטה הזאת ושיטות דומות, למה צריך עדי קיום בשעת היעוד, דהרי לא מצינו דיש צורך לעדי קיום בשעת קיום תנאי דגורם לחלות הקידושין. ויתכן דיש לתרץ ע"פ דיוק בלשון הברייתא "כיצד מצות יעוד". וקצת צ"ב, למה הברייתא הזכירה דיעוד הוי מצוה. דאע"פ דמבואר במשנה בבכורות (יג.) דיעוד הוי מצוה, וז"ל מצות יעידה קודמת למצות הפדייה שנאמר באשר לא יעדה והפדה עכ"ל, מה השייכות של המצוה לסדר היעוד דמתואר בברייתא. ולכאורה לשון הירושלמי (פרק א הל"ב) יותר מובן דמביא את הברייתא בלי להזכיר דיעוד הוי מצוה וז"ל תני רבי הושעיה כיצד הוא מייעדה אומר לה בפני שנים וכו' עכ"ל.

ואולי יש לתרץ דהברייתא בגמרא דידן בא ללמד דאין יעוד מהווה סתם תנאי במעשה הקידושין דשעת המכירה, אלא דחלות האישות תלויה בקיום מצות היעוד. כלומר דיש דין בשפחות דאמה העבריה דקיום מצות יעוד הופך את חלות השפחות לחלות אישות גמורה למפרע. ואין כוונת הרשב"א דיעוד הוא ממש כמו מעכשיו בתנאי דעלמא, אלא דהם דומים בזה דהקידושין חלין לגמרי למפרע כשהגיע הזמן. אלא דביעוד בעינן קיום מצוות יעוד כדי להפך את חלות השפחות בתחילה לחלות אישות גמורה, ולא סתם קיום תנאי בעלמא. ולפי"ז יתכן דבעי עדי קיום ביעוד מכיון דמעשה הייעוד מהווה קיום מצוה דמחדש את האישות למפרע. אבל עדיין כל זה צ"ע.

גמ. משל, לאומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שלשים יום, ובא אחר וקידשה בתוך שלשים יום, שמקודשת לשני וכו' משל לר' יוסי בר' יהודה.

הירושלמי נסתפק בדין הקונה אמה העבריה בשעה שנשוי לאחותה ואז האחות מתה תוך שש, האם האדון יכול ליעדה לבסוף. וזהו גירסת קרבן העדה וז"ל היה נשוי את אחותה ומתה, מאן דאמר בסוף ניתן כסף לייעודים אינה צריכה כסף אחר, ומאן דאמר משעה ראשונה ניתן כסף לייעודים צריכה כסף אחר, אפי' כמאן דאמר בסוף ניתן כסף לייעודים צריכה כסף אחר עכ"ל. וביאר קרבן העדה דלפי החכמים דמעות הראשונות לקידושין ניתנו אזי פשיטא דהאדון אינו יכול לייעד וצריך כסף אחר כדי לקדש את האמה בסוף שש. והסברא הוא דהקידושין חלין למפרע משעת המכירה ואז האדון היה נשוי לאחות האמה והיא היתה ערוה עליו. מאידך לפי רבי יוסי ברבי יהודה דמעות הראשונות לאו לקידושין ניתנו יש ב' דעות בירושלמי האם האדון יכול לייעד. ולכאורה

הדעה הראשונה דלפי רבי יוסי ברבי יהודה האדון יכול לייעד מאד מובנת דהרי היעוד חל רק בסוף שש אחרי מיתת האחות ואז האמה אינה ערוה עליו. וצ"ב בסברת הדעה השניה, דהיינו מהי הסברא לומר דלפי רבי יוסי ברבי יהודה היעוד אינו חל.

ונראה לבאר ע"פ היסוד דביארנו לעיל (דף יח: בענין גדר דיעוד אות ה') בדעת רבי יוסי ברבי יהודה דיעוד בסוף שש שונה ממעשה קידושין חדשה. דהרי מעשה קידושין בעי דעת האשה, ואפי' לפי רבי יוסי ברבי יהודה לא בעי דעת מקנה לקידושין בשעת יעוד. וייסדנו דלפי רבי יוסי ברבי יהודה היעוד הופך את חלות השפחות דהתחילה משעת המכירה לחלות האישות. ולפי זה י"ל דאם חלות השפחות התחילה בשעה דהאמה היתה ערוה על האדון, אזי חלות השפחות אינה יכולה להתהפך להיות חלות אישות.

ולפי"ז יש לבאר את הדעה הראשונה דהיעוד חל אחרי מיתת האחות בב' אופנים: א) הדעה הראשונה חולקת על היסוד הנ"ל ונקטה דהיעוד מחיל חלות חדשה בסוף שש. וא"כ לא קפדינן דהאמה היתה ערוה בשעת המכירה. ב) הדעה הראשונה הסכימה ליסוד הנ"ל דהיעוד הופך את חלות האישות לחלות השפחות, ומ"מ לא קפדינן דהאמה היתה ערוה בשעת המכירה. דהרי י"ל דחלות שם ערוה דאולי תסתלק ע"י מיתה לפני היעוד, אינה עושה את חלות השפחות לחלות דאינה יכולה להשתנות ולהיות חלות אישות.[710]

ועיין בפני משה דגרס גירסא הפוכה בירושלמי, וז"ל היה נשוי את אחותה ומתה מאן דאמר בסוף ניתן כסף לייעודים צריכה כסף אחר, ומאן דאמר משעה ראשונה ניתן כסף לייעודים אינה צריכה כסף אחר, אפי' כמאן דאמר משעה ראשונה ניתן כסף לייעודים צריכה כסף אחר עכ"ל. וביאר הפני משה, וז"ל מאן דאמר בסוף ניתן כסף לייעודים צריכה כסף אחר - הא לאו דוקא דלהאי מ"ד לעולם צריכה כסף אחר ומשום רבותא דאידך נקטה וכלומר ודאי להאי מ"ד לית דינא ולית דיינא שצריכה כסף אחר אלא למאן דאמר משעה ראשונה ניתן הכסף אתא לאשמעינן דלא תימא הואיל ומשעה ראשונה לא היתה ראויה לו וא"כ כסף הראשון לאו לשם יעוד ניתן קמ"ל דאפילו בכה"ג ס"ל להאי מ"ד שאינה צריכה כסף אחר דמכיון שמתה אחותה נעשה למפרע כסף הראשון כמו שניתן לייעוד עכ"ל. כלומר, דלפי רבי יוסי ברבי יהודה פשיטא דהיעוד חל. ולפי החכמים, יש ב' דעות בירושלמי. הדעה הראשונה נקטה דהיעוד חל דהרי עכשיו האחות מתה ולמפרע המעות הראשונות לקידושין ניתנו, אבל הדעה השניה נקטה דהוא אינו יכול לייעד דהרי בשעת המכירה היא היתה ערוה עליו. ונמצא דהפני משה וקרבן העדה

[710] ועוד י"ל דליכא חלות אישות ממש בשעת מכירה אלא דחל דין בשפחות שיכולה להתהפך לאישות ע"י יעוד. וערוה אינה מופקעת מזה כי רק מופקעת מחלות אישות דעלמא ולא מדין שפחות שיש בה דין יעוד.

ביארו את הירושלמי באופן הפוך, דלפי קרבן העדה פשיטא דלפי החכמים הקידושין אינן חלין, אבל יש ב' דעות לפי רבי יוסי ברבי יהודה, מאידך לפי הפני משה פשיטא דלרבי יוסי ברבי יהודה הקידושין חלין, אבל יש ב' דעות האם הקידושין חלין לפי החכמים.

ולכאורה הצד בפני משה דלפי החכמים היעוד חל קשה להולמו. דהרי פשיטא דהיא אינה יכולה להיות מקודשת לו משעת המכירה דהרי אז היא היתה ערוה עליו. וא"כ ה"למפרע" של הפני משה צריך להיות רק בשעת מיתת האחות. ומאד קשה להבין למה היעוד דאינה יכולה לחול למפרע בשעת המכירה חל משעת מיתת האחות, וזה תימה.[711]

גמ'. אמר חזקיה שאני הכא דאמר קרא לאמה, פעמים שאינו מוכרה אלא לאמה בלבד.

יוצא מהשו"ט, דבהו"א כו"ע סברי שהקונה אמה ע"מ שלא לייעד הוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה. והטעם הוא דהגמ' קס"ד דבכל שפחה צריך להיות אפשרות של יעוד ולכן הנסיון של האב ליצור חלות שפחות שאינה ניתנת ליעוד הוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה. וא"כ לכאורה גדר הגזה"כ ד"אמה" הוא דהתורה חידשה דיש ב' סוגי שפחות שונים: א) שפחות עם אפשרות לייעוד, ב) שפחות בלבד בלי אפשרות של יעוד.

גמ'. ורבנן האי לאמה מאי עבדי ליה, האי מיבעי להו לכדתניא לאמה, מלמד שמוכרה לפסולים.

יוצא מהגמ', דלפי החכמים, בלי גזה"כ ד"אמה" הו"א דפסולים אינם יכול לקנות אמה העבריה. ולכאורה צ"ע דהרי בשלמא בקרובים אין תפיסת אישות כלל ואין אפשרות לאדון לייעד, וי"ל דאם אין אפשרות של יעוד אזי הוא אינו יכול לקנותה כשפחה. אבל בפסולי לאוין יש חלות אישות, וא"כ למה יש הו"א דהוא אינו יכול לקנותה.

ויש להקשות עוד דלכאורה אין סתירה כלל בין זה שהאדון אסור לשפחה באיסור לאו לבין היכולת שלו לייעד בהיתר. דהרי חלות יעוד הוי חלות קידושין ומשמע דקיום מצוות היעוד הוי ביצירת חלות הקידושין.[712] ולכאורה כל האיסור דחייבי לאוין הוי איסור ביאה ולא איסור קידושין. וא"כ מסברא האדון שאסור לשפחה באיסור לאו יכול

[711] ואולי י"ל דהירושלמי סובר דלחכמים השפחות הופכת לאישות למפרע משעה שהאישות יכולה לחול דהיינו משעת מיתת האחות, והמעות הראשונות אינן מעשה הקידושין כי היעוד הוי מעשה הקידושין והחלות חלה למפרע, וצ"ע.

[712] ויש להעיר דהמנחת חינוך (מצוה מג אות כז) נקט דמצוות יעוד צריך נישואין וז"ל ונ"ל דמ"ע של יעוד אינו מקיים ביעוד לחוד שתהא לו ארוסה רק המצוה שישאנה וכ"ה בד' הרהמ"ח בתחלת דבריו ובסוף דבריו אבל אם קדשה וגירשה לא קיים המ"ע אף דנמכרת לח"ל כיון דקדושין תופסין כך גזה"כ דנמכרת לאיש כזה אבל מ"מ המצוה אינו מקיים בקדושין לחוד ואם כן אם נמכרה לח"ל אין מצוה כלל על האדון שיקדש אותה כיון שא"י לישא אותה וכן היעוד לבנו כנ"ל מדברי הרהמ"ח וברמ אינו מבואר היטב עכ"ל.

אפי' לייעדה בהיתר ולקיים מצוות יעוד. ולפי"ז אינו מובן כלל למה לפי החכמים יש הו"א דפסול אינו יכול לקנות אמה העבריה, דהרי הוא אפי' יכול לייעדה בהיתר.

ולכל הפחות יש לתרץ את הקושיא השניה ע"פ שיטת הרמב"ם (פרק טו מהלכות איסורי ביאה הל"ב) דבחייבי לאוין אין לוקין על ביאה לחוד אלא צריך קידש וביאה, וז"ל אחד ממזר שנשא ישראלית או ישראלי שנשא ממזרת כיון שבעלו אחר הקידושין לוקין, קידש ולא בעל אינו לוקה, בעל ולא קידש אינן לוקין משום ממזרות שאין לך בכל חייבי לאוין מי שלוקה על בעילה בלא קידושין אלא כהן גדול באלמנה כמו שיתבאר, המחזיר גרושתו משנשאת הולד כשר שהרי אינה ערוה עכ"ל. ומבואר ברמב"ם דס"ל בכל חייבי לאוין שאישות הוי' מגופו של האיסור ואינו עובר באיסור גמור ללקות עליו אלא אם כן קידש ובעל.[713] וא"כ מעשה הקידושין בחייבי לאוין הוי חלק מהאיסור ויוצא דיש סתירה בין מעשה היעוד לבין זה דהאדון הוי מן הפסולין. אבל עיין שם דהראב"ד השיג על הרמב"ם דס"ל דעוברין על האיסור לאו בביאה לחוד, וכן נקטו רוב הראשונים. וא"כ הדרו שתי הקושיות לדוכתן, אם אין סתירה כלל בין מעשה היעוד לבין הדין דחייבי לאוין למה בעינן גזה"כ דפסול יכול לקנות אמה העבריה.

וי"ל דהגמ' סוברת בהו"א דאע"פ דיש לחייבי לאוין את האפשרות לייעד, מ"מ הם עדיין מופקעים ממצות יעוד, ומכיון דהם מופקעים מהמצוה, הם ממילא מופקעים מכל פרשת יעוד. וא"כ בלי גזה"כ היינו חושבים דפסולים מופקעים מיעוד ומפני דאינם יכולים לייעד לבסוף הם לא יכולים לקנות אמה העבריה. ואז באה הגזה"כ ומלמדת דאע"פ דפסולים מופקעים מיעוד, מ"מ יש סוג של שפחות דחלה אפי' בלי האפשרות של יעוד לבסוף ולכן פסולים יכולים לקנות אמה העבריה אע"פ דאינם יכולים לייעד לבסוף.

ולפי"ז יוצא דאע"פ דהחכמים ור' אליעזר מודים דפסולים יכולים לקנות אמה העבריה, מ"מ יתכן דנחלקו בנוגע לדין יעוד לבסוף. דהרי ר' אליעזר לומד דמוכרה לפסולין מהפסוק "אם רעה בעיני אדוניה" ומבואר מהמשך הפסוקים דגם באדון דהוי "רעה בנישואין" היעוד חל. אבל לפי הביאור שביארנו בשיטת החכמים דבהו"א פסולים מופקעים מיעוד והגזה"כ דאמה רק קאי על זה דהאדון יכול לקנותה, אולי החידוש הוא דיש סוג של שפחות דאינה תלויה באפשרות ליעוד לבסוף ואפי' במסקנא אין יעוד חל כלל לפסולין.

[713] וע"ע בזה בשיעורים לקמן (סו: ד"ה כל מקום שיש קידושין ואין עבירה) וברשימות שיעורים ליבמות (ב. בא"ד ואפילו בנדתה).

ויש להעיר דהביאור הנ"ל בדעת החכמים הוא לכאורה נגד מה דמשמע מדברי רש"י (ד"ה מלמד שמוכרה לפסולים) וז"ל ממזר ונתין שאין רשאי לייעד ואינה נמכרת להם אלא לשפחות בלבד עכ"ל. דהרי מלשון רש"י "אין רשאי לייעד" משמע דפסול אסור לייעד אבל היעוד חל אם הוא עבר וייעד.

דף כ.

גמ'. ור"מ לפסולין נפקא ליה מהיכא דנפקא ליה לר"א בקרובים סבר לה כרבנן, דאמרי אין מוכרה לקרובים.

ר"מ סבור דעושין תנאי ע"מ שלא לייעד אבל אין מוכרה לקרובים. והחילוק הזה צ"ב, דהרי לכאורה שני המקרים תלויים באותה נקודה – האם מכירת אמה העבריה חלה היכא דאין אפשרות של יעוד לבסוף, וראוי להיות דין אחד בשני המקרים. ובשלמא אם ר"מ היה נוקט להיפך, דהיינו דמוכרה לקרובים אבל אינו עושה תנאי, אזי הסברא הוא דהאב אינו יכול ליצור מצב של שפחות בלי אפשרות ליעוד לעומת היכא דמצד הדין האדון אינו יכול לייעד דאזי המכירה חלה. אבל אם האב יכול להתנות ע"מ שלא לייעד והוא יכול בעצמו לגרום מצב של שפחות בלי אפשרות לייעד, למה הפקעה מיעוד מצד הדין דקרובים גרוע יותר עד כדי כך דהמכירה אינה חלה כלל, וצ"ע.[714]

גמ'. מאי בגופו נכנס בגופו יצא, אמר רבא לומר, שאינו יוצא בראשי אברים כעבד.

ונראה לבאר את הדרשא, דבגופו נכנס ובגופו יוצא משמע דגוף העבד מהווה החפצא דנכנס ויוצא מהעבדות, אבל גופו אינו הדבר דמוציאו לחירות. ולכן אינו יוצא בגלל שינוי בגופו כמו ראשי אברים.[715]

גמ'. אמר רב נחמן בר יצחק הכי קאמר יש לו אשה ובנים רבו מוסר לו שפחה כנענית, אין לו אשה ובנים אין רבו מוסר לו שפחה כנענית.

עיין בריטב"א דנקט דאם אין לו אשה ובנים אין האדון מכריחו לקבל שפחה כנענית אבל מ"מ עדיין יש לעבד היתר בשפחה כנענית, וז"ל ופרישנא שאם אין לו אשה ובנים אין רבו כופהו ליתן לו שפחה כנענית, אבל הוא מותר בה דומיא דמוכר עצמו כדכתיבנא

[714] ועיין בשיטה שלא נודע למי דעמד על קושיית רבינו וז"ל ור"מ סבר אפכא דעדיף לן לאוקומי לאמה לרבו מתנה שלא ליעד דתנאו קיים, מלאוקומי למכיר' קרובים דלא חזו ליעודי דקא מעקר ליה דין יעוד עכ"ל. לכאורה השיטה נקט דיש יותר עקירת דין יעוד במכירה לקרובים היכא דהמניעה הוי מצד ההלכה מלגבי תנאי. וע"ע בדעת ר"מ בשיעורים לעיל (יח: ד"ה ת"ש אין מוכרה לקרובים).

[715] והשווה לדברי המאירי דביאר את הדרשא באופן אחר וז"ל כבר ביארנו בעבד עברי שאינו יוצא בראשי איברים ואם סימא את עינו נותן לו את דמיו כבשאר בני אדם והוא שאמרו אם בגפו יבא בגפו יצא בגופו נכנס בגופו יוצא כלומר שלם כשנכנס שאם חסרו הרי משלימו בתשלומין עכ"ל.

לעיל (יד: ד"ה מוכר) עכ"ל. ונראה לבאר דהריטב"א אזיל לפי שיטת הרמב"ן דיש קנין איסור בעבד עברי ומפני כך העבד מותר בשפחה כנענית. ולכן בנפרד מהזכויות דיש לאדון בעבדו, יש לעבד עברי דינים שונים מישראל בן חורין מכיון דקנין איסור יוצר חלות שם עבד בגברא. מאידך לפי התוס' דלא פירשו הא דעבד עברי גופו קנוי ע"פ יסוד דקנין איסור, אלא דקאי על קנין ממון דהאדון, אזי כל הדינים המיוחדים דעבד חלין מחמת הקנין ממון דהאדון. וא"כ אי אפשר לחלק ולומר דאין לאדון זכות למסור לו שפחה כנענית אבל מ"מ ההיתר קיים. דהרי לפי התוס' כל יסוד דההיתר בשפחה הוא זכות האדון בעבדו העברי.

גמ'. ת"ר נמכר במנה והשביח ועמד על מאתים, מנין שאין מחשבין לו אלא מנה וכו' נמכר במאתים והכסיף ועמד על מנה, מנין שאין מחשבין לו אלא מנה וכו' מכדי הני קראי איכא למידרשינהו לקולא ואיכא למידרשינהו לחומרא, מאי חזית דדרשינהו לקולא נידרשינהו לחומרא.

א

ביאור ההו"א דהגמ'

מבואר בגמ' דבלי גזה"כ היה מקום להסתפק מסברא האם גרעון כסף נמדד לפי הכסף דהאדון שילם לקנות את העבד או"ד לפי שוויות העבד דעכשיו. ועיין לעיל (יד: בענין גרעון כסף, אות ג') דהבאנו מחלוקת בין ר"ת והרי"ד האם יש דין דגרעון כסף היכא דהעבד אינו נקנה בכסף אלא ניתן לאדון במתנה. ולכאורה צריכים לעיין בשו"ט דסוגיא דידן לפי ב' הדעות האלו בראשונים.

לפי תוס' הרי"ד דעבד יוצא בגרעון כסף אפי' היכא דנקנה במתנה, פשיטא דאין הגרעון תלוי בכסף דקנין כלל. דהרי במתנה האדון לא נתן שום כסף לעבד או לבית הדין כדי לגרוע מכסף דקשור לקנין. אלא צ"ל דגרעון כסף הוא מהשוויות דהעבד עצמו. וא"כ שפיר ניתן להבין דבהו"א הגמ' נסתפקה ספק בעלמא האם משערינן את גרעון הכסף לפי שוויות העבד בשעת הקנין, או"ד לפי שוויות העבד דהשתא בשעת הגרעון. והגמ' למדה מפסוקים דהולכין לפי השיעור היותר נמוך משני הזמנים.

אמנם לפי ר"ת דנקט דאין דין גרעון כסף בעבד דנקנה במתנה, מסתבר דגרעון כסף אמור לגרוע מהכסף דקשור לקנין. ולפי"ז שפיר מובן ההו"א דאם נמכר במאתים והכסיף ועמד על מנה דהגרעון הוא מהמאתים, דהרי זה הוי כסף הקנין, ולכן צריך גזה"כ דאמדינן לפי השוויות דהשתא. אבל לכאורה קשה להבין את ההו"א האחר דהגמ', דהיינו דהיכא דנמכר במנה והשביח ועמד על מאתים דיש הו"א דהגרעון הוא מהמאתים. ולכאורה אם

גרעון כסף צריך להיות מכסף דשייך לקנין, מדוע יש הו"א דאם העבד השביח דהגרעון הוא מהשוויות דהשתא.

וצ"ל, דלכל הפחות בהו"א של הגמ' גם לפי ר"ת יש צד לומר דהגרעון הוי מהשוויות דהעבד ולא מכסף הקנין. דהרי זהו הטעם היחידי לומר דמשערינן הגרעון לפי השוויות דהשתא. אמנם, י"ל דאע"פ דגרעון כסף אינו קשור לכסף הקנין, מ"מ אין גרעון כסף היכא דהעבד נקנה במתנה כי יש תנאי בשיחרור ע"י גרעון דמהני רק היכא דהעבד נקנה בכסף. אבל התנאי הזה אינו מגדיר חלות דין הגרעון, ולכן מסברא אפשר לחשוב דשיעור הגרעון הוא לפי השוויות דהשתא.[716]

ב

ביאור השו"ט בענין האם מחילה מהני כגרעון כסף

לפי מה שביארנו, בהו"א של סוגיא דידן כו"ע סברי דגרעון כסף יכול להיות מהשוויות דהעבד בשעת גרעון ולא מכסף הקנין. ולכאורה יש להעיר דזה נגד ההו"א דהגמ' לעיל (טז.) דמחילה מהני לגרעון כסף והרב דמחל על גרעונו גרענו מחול. דהרי הצד לומר דמחילה מהני בעבד עברי הוא דנתינת כסף מהאדון לעבד בתחילת העבדות יוצרת שעבוד הגוף על העבד לשרת את האדון. וכמו בכל בע"ח אחר, האדון יכול למחול על שעבודו וממילא כל העבדות דהיתה מבוססת על השעבוד נפקעת, והעבד יוצא לחירות. ואם כנים הדברים דחלות העבדות תלויה בשעבוד דנוצר בשעת נתינת המעות מהאדון אל העבד, אזי ההו"א דהגמ' דידן אינה מובנת דהרי אין טעם לומר דהשיעור דגרעון כסף הוא לפי שוויות העבד דהשתא אם חלות העבדות תלויה אך ורק בשעבוד דחל בתחילה.

אבל כל זה לפי ההו"א של הסוגיא לעיל דמחילה מהני לגרעון כסף. אמנם ההו"א דהגמ' דידן שפיר מובן לפי מסקנת הגמ' שם דעבד עברי גופו קנוי והרב שמחל על גרעונו אין גרעונו מחול. דהרי לפי מסקנת הגמ' דעבד עברי גופו קנוי אזי אין הפשט דנתינת המעות של האדון לעבד יוצר שעבוד הגוף דניתן למחילה, אלא דאפי' בלי שעבוד יש לאדון קנין בגוף העבד. וא"כ שפיר מובן דיש צד לומר דגרעון כסף אינו קשור כלל לכסף הקנין, אלא דנמדד לפי שוויות העבד דהשתא, כמו בהו"א דהגמ' אצלנו לפי כל הראשונים.[717]

ג

ביאור מסקנת הגמ'

[716] ועיין בשיעורים לעיל (יד: בענין גרעון כסף) דרבינו זצ"ל האריך האם הדין דגרעון כסף הוי מכסף קנין, כסף פרעון או דבר אחר לגמרי.

[717] ועיין בשיעורים לעיל (יד: בענין גרעון כסף אות ב') דרבינו זצ"ל ביאר את השו"ט דהגמ' בענין מחילה באופן דומה.

הגמ' הסיקה מגזה"כ דאמדינן לקולא, דהיינו דיש לעבד היכולת לבחור האם הוא רוצה למדוד הגרעון ע"פ כסף מקנתו או ע"פ השוויות שלו דהשתא. ולפי הנ"ל נראה לבאר דהגמ' חידשה דיש ב' דינים בגרעון כסף: א) גרעון כסף מהשעבוד דנוצר ע"י מסירת הכסף דהאדון בתחילה, ב) גרעון כסף מהקנין דיש לאדון על העבד דנמדד לפי השויות דהשתא. והעבד יכול לבחור איזה דין דגרעון כסף דהוא רוצה.[718]

אמנם יש להדגיש דאע"פ דיש דין דגרעון כסף מהשעבוד דנוצר בתחילה, זה אינו אומר דמחילה מהני כמו בהו"א דהגמ' לעיל (טז.). דבגרעון כסף העבד נותן ממון דמהווה חלות שם מעשה שיחרור דגרעון כסף, אלא דהתורה נותנת ב' אופנים מאיזה שוויות הוא יכול לגרוע. אבל מחילה אינה מעשה שחרור אלא מעשה סילוק בעלמא, ורק מהני בהו"א של הגמ' לעיל לפני דידעינן דיש קנין הגוף בעבד עברי. והגמ' הסיקה לעיל דעבד עברי גופו קנוי ולכן צריך מעשה שיחרור דגרעון כסף. ואז באה הסוגיא דידן ומלמדת דיש ב' אופנים היאך לעשות את המעשה הזה.

דף כ:

גמ'. בעא מיניה רב הונא בר חיננא מרב ששת עבד עברי הנמכר לעובד כוכבים, נגאל לחצאין או אינו נגאל לחצאין וכו'.

בענין גאולה לחצאין

א

יסוד הדיון דגאולה לחצאין

לכאורה הדין דגאולה לחצאין תלוי בגדר הדין דגאולה. דהרי הרשב"א (ד"ה אי אמרת) הביא מהגמ' בב"מ (עז:) דבפרעון חוב דעלמא הלוה בודאי יכול לפרוע לחצאין, וז"ל ואמר רבא האי מאן דאוזפיה מאה זוזי לחבריה ופרעיה זוזא זוזא פרעון הוי, אלא דאית ליה תרעומת גביה עכ"ל. אמנם אם הגאולה הוי מעשה קנין אזי מסתבר דאינו נגאל לחצאין. לפי"ז נראה דמהא דשדה אחוזה אינו נגאל לחצאין ניתן ללמוד דגאולת שדה אחוזה ע"י המוכר אינו חלות שם פרעון חוב. אלא דהקונה שדה אחוזה הוי הבעלים הגמורים על השדה, אלא דהתורה נותנת למוכר זכות לקנות אותו בחזרה ע"י גאולה. ומכיון דגדר גאולת שדה אחוזה הוי קנין חדש שפיר מובן למה אינו נגאל לחצאין.

[718] אבל עיין לקמן (כ: ד"ה בעא מיניה רב הונא, אות א') דרבינו זצ"ל ביאר דהרמב"ן הבין את הסברת המסקנא באופן אחר.

ויוצא מזה דספיקת הגמ' האם עבד עברי נגאל לחצאין או לא תלוי בגדר הדין דגרעון כסף. דאם גרעון כסף הוי גרעון בשיעור דשוויות העבד דעכשיו ואינו קשור לשעבוד דחל על העבד בשעת המכירה, אזי אין כאן חלות פרעון חוב כלל ואינו נגאל לחצאין. אבל אם גרעון כסף הוי מכסף הקנין, וביארנו לעיל דהסברא בזה הוא דהכסף הזה יצר שעבוד על העבד לעבוד לאדון, אזי י"ל דיש לגרעון כסף חלות דפרעון חוב, וא"כ מסתבר דהעבד נגאל לחצאין כמו בפרעון חוב דעלמא.

ולפי"ז נראה לבאר את פירוש רש"י בהמשך הסוגיא. דהרי הגמ' הקשה דאולי הגז"ש בין שדה אחוזה לעבד עברי חל רק לקולא אבל לא לחומרא. ורש"י (ד"ה או דילמא לקולא) פירש את הגמ' כפשוטה וז"ל דגאולת חצאין יש בה להקל ולהחמיר כדלקמיה והיכא דהוי קולא לגביה אמרינן דנגאל והיכא דהוי חומרא אמרינן דאינו נגאל כדאמר קרא גבי השביח והכסיף דאזלינן לקולא עכ"ל. אבל הרמב"ן (ד"ה או דילמא) הקשה על רש"י דהיכן מצינו דיש דרשא דרק נלמד לקולא אבל לא לחומרא וז"ל ואינו מחוור לי דאי גמרינן ג"ש ע"כ בין לקולא בין לחומרא גמרינן כי התם ואין גזירה שוה לחצאין עכ"ל. ולכן הרמב"ן ביאר דהגמ' הקשה דאולי גז"ש דיש בו חומרא לא גמרינן כלל לגבי עבד עברי וז"ל ומשמע דהכי פירושא או דילמא כי גמרינן שום ג"ש הני מילי להקל על העבד שמצינו שהקילה התורה עליו, אבל ג"ש זו שהיא להחמיר עליו לא גמרינן לה עכ"ל. ולכאורה פירוש רש"י צריך ביאור.

ונראה לבאר דרש"י פירש את הסוגיא ע"פ היסודות הנ"ל. דהיינו דרש"י הבין דספיקת הגמ' בנוגע לגאולה לחצאין תלוי בגדר דגרעון כסף, האם הוי פרעון חוב של הכסף דהאדון נתן בתחילה, או"ד הוי קנין חדש ע"פ השוויות העבד דהשתא. ורש"י הבין דהספק הזה תלוי בסוגיית הגמ' לעיל בנוגע לעבד דנמכר במנה והשביח או עבד דנמכר במאתים והכסיף. וכמו שביארנו לעיל, מסקנת הגמ' היא דיש ב' דינים דגרעון כסף ויש לעבד הרשות לבחור באיזה דרך הוא רוצה לגרוע ולצאת לחירות, דהיינו דהוא יכול לגרוע מכסף דקנין או מהשוויות שלו דהשתא. וי"ל דהדרכים האלו גם הוו ב' חלויות שונות דגרעון כסף. דגרעון מכסף הקנין חל כפריעת חוב דהשעבוד, לעומת גרעון מהשוויות דהשתא דהוי חלות קנין חדש. ולפי"ז שפיר מובן קושיית הגמ' דתמיד נלך לקולא בנוגע לגאולה לחצאין, דהיינו דכמו בעבד דהכסיף או השביח יש לעבד היכולת לבחור איזה דין דגרעון כסף הוא רוצה, כמו"כ בגאולה לחצאין יש לעבד היכולת הזאת דהרי הכל תלוי בגדר דגרעון כסף. והגמ' דחתה דיש גזה"כ דנגאל כולו ולא חציו.

והרמב"ן, דנמנע מפירוש רש"י בסוגיא, לכאורה הבין את מסקנת הסוגיא דלעיל באופן שונה. דהיינו, דהיכולת של העבד לבחור מאיזה סכום לגרוע היכא דהשביח או הכסיף הוי דין מסויים בשיעור דגרעון כסף. אבל זה אינו אומר דבאמת יש ב' דינם שונים בעצם יסוד דין דגרעון כסף. ולכן הרמב"ן הבין דאם יש גז"ש דלומדים משדה אחוזה לעבד עברי אזי הגדר דגרעון כסף הוי קנין חדש ואין טעם לומר כלל דנגאל לחצאין.

ב

גדר הצד דיש גאולה לחצאין

הראשונים נחלקו בהבנת הצד דעבד עברי נגאל לחצאין. דרש"י (ד"ה לחצאין) פירש וז"ל הגיע ידו לדמי חצי גרעונו יתנם וימעט חצי שניו מעליו עכ"ל. ומבואר דלפי הצד דנגאל לחצאין יש חלות פדיון לחצאין והעבד אינו עובד לשש שנים מלאים. מאידך הרשב"א כתב דאין חלות פדיון לחצאין כלל, וז"ל דאף כשתימצי לומר נגאל לחצאין בעבד אינו עובד את רבו יום אחד ואת עצמו יום אחד ואם קרקע הוא כגון בית בבתי ערי חומה אינו נוטל חצי פירותיו אלא כולהו פירות דלוקח הוו עד דפרע ליה כוליה עכ"ל. ומבואר דהוא השווה את הדין בבתי ערי חומה לדין דעבד עברי, וכמו דבבתי ערי חומה אין חלות פדיון לחצאין כלל עד דיהיב כל דמי הבית, כמו"כ אין חלות פדיון בעבד עברי לחצאין כלל עד דיהיב כל דמי גרעון הכסף. ולפי"ז צ"ל דהצד דנגאל לחצאין הוי דין בקבלת האדון, דהיינו דהעבד יכול להכריח את האדון לקבל את מקצת הדמים עכשיו אפי' אם האדון רוצה לסרב ולומר דהוא רק רוצה לקבל את כל סכום הכסף בבת אחת.[719]

ונראה לבאר דלפי הרשב"א אע"פ דאין חלות גאולה לחצאין, מ"מ לפי המ"ד דנגאל לחצאין יש מעשה גאולה לחצאין. דהרי מבואר בגמ' דאם הוא נתן חצי הדמים ואז העבד השביח, דהעבד צריך רק לתת את חצי הדמים השני לפי השיעור של מה דנתן, ולא כל מה דנשאר מהשיעור דהשתא. וזה מוכיח דאפי' להרשב"א יש מעשה פדיון לחצאין דקובע את השיעור.

ועיי"ש בהמשך דבריו דהרשב"א השווה את דין גאולת עבד עברי לחצאין לדין פדיון בשדה אחוזה דהקדיש אותו בזמן דהיובל נוהג, וז"ל ועד דפרע ליה כולה מלוה לא שקיל פירי ולא כלום, וכ"נ דעת הרשב"ם בב"ב פ' בית כור (קג.) גבי היו שם נקעין עמוקים י"ט אין נמדדין עמה ואקשי' נהי דבהדי ארעא לא קדשי ליקדשי באפי נפשייהו ופי' שם הרב ז"ל נהי נמי שאינן בכלל השדה לענין פדיון יפדו בפני עצמן לחשבון בית זרע חומר שעורים בחמשים שקל כסף ונ"מ שנגאלין בפני עצמן, ולפום ריהטא קשיא לי

[719] וכן ביאר המרומי שדה (ד"ה עבד) בדעת הרשב"א.

לפירושו דהא מקדיש שדה אחוזה דברי הכל נגאל לחצאין ואפי' הוי מכלל השדה נגאל הוא לחצאין, אלא שדעת הרב ז"ל דהא דאמרינן גואל לחצאין לא שיאמר לגזבר הא לך חצי דמיו ותן לי חצי שדה דגזבר אומר לו שדה הקדשת ולא חצי שדה אלא לומר שיכול לכופו לקבל חצי הדמים שעד היובל ונ"מ שחצי השדה אינו נחלט לכהנים ביובל עכ"ל. כלומר דאע"פ דמבואר בגמ' אצלנו דהמקדיש שדהו יכול לגאול אותו לחצאין, הרשב"ם נקט דהגמ' בב"ב (קג.) דנה האם הנקעים נמדדים עם שאר השדה או דהם נמדדים בפני עצמם לענין פדיון. והרשב"א הקשה, הרי אם המקדיש שדהו גואל לחצאין, למאי נ"מ אם הנקעים הוו חלק מהשדה או לא, בין כך ובין כך אפשר לגאול אותם ביחד עם השדה וגם אפשר לגאול אותם לבד. והרשב"א תירץ דהרשב"ם נקט דגאולה לחצאין בהקדש הוי כמו שיטתו בגאולה לחצאין בעבד עברי, דהיינו דיש מעשה פדיון אבל הפדיון חל רק לאחר דנתן כל דמי השדה. ולכן חשוב להגדיר האם הנקעים הוו חלק מהשדה דהרי אין חלות פדיון כלל עד דנתן כל דמי השדה. והרשב"א הוסיף דלפי הרשב"ם דאין חלות פדיון לחצאין בשדה אחוזה דהקדיש, צ"ל דיש נ"מ לזה דגואל לחצאין דהחצי דנתן דמיו עליו אינו נחלט לכהנים ביובל. ורואים מזה דאפי' לפי הדעות האלו דאין חלות גאולה לחצאין, מ"מ יכול להיות מעשה גאולה עם נ"מ לשיעור הפדיון בעבד עברי, ובשיעור השדה דנחלט לכהנים ביובל בשדה דהקדיש. ועיי"ש בתוס' (ב"ב קג. ד"ה ואמאי) דחולקין על הרשב"ם בפירוש הגמ' ומבואר בדבריהם דגאולה לחצאין במקדיש שדהו חלה מיד, דהיינו דחלק מהשדה יוצא לחולין כשנתן חצי מהכסף.

ונמצא דהרשב"ם והתוס' נחלקו ביסוד הדין דגאולה לחצאין בשדה אחוזה דהקדיש, באופן דומה למה דנחלקו רש"י והרשב"א בסוגייתנו, דהיינו האם יש חלות פדיון לחצאין או רק מעשה פדיון לחצאין בלי חלות. ומשמע מהרשב"א דהדינים תלויים זה בזה ויש גדר אחד דגאולה לחצאין לשני הדינים. כלומר דלפי הרשב"ם יש להשוות עבד עברי לשדה אחוזה דהקדיש, דבשניהם גאולה לחצאין פירושו מעשה גאולה בלי חלות.

אמנם לכאורה אפשר לדחות את תליית הרשב"א. דהרי מסברא יש לחלק ביניהם ולומר דבעבד עברי אין חלות גאולה לחצאין לעומת שדה דהקדיש דיש חלות גאולה לחצאין. דעבד עברי הוי גברא אחד ובכן לית בו חלות גאולה לחצאין דהרי א"א שחלות עבד עברי וחלות בן חורין יחולו באותו גברא. מאידך השדה אינו גוף אחד וניתן להתחלק לכמה וכמה חלקים, ולכן אפשר שחצי השדה יהיה חולין וחצי השדה יהיה הקדש.

ויתכן דזוהי שיטת הרמב"ם. דבנוגע למי דהקדיש שדהו ורוצה לפדותו כתב הרמב"ם (פרק ה מהלכות ערכין הל"ב) וז"ל רצה האדון למכור שדות אחרות משדותיו או ללוות כדי

לפדות שדה זו שהקדיש הרשות בידו, בין בזמן שהיובל נוהג בין בזמן שאין היובל נוהג, והוא קודם לכל אדם, וכן אם רצה לגאול חציה גואל, מה שאין כן במוכר להדיוט, זה חומר בהדיוט מבהקדש עכ"ל.[720] מלשון הרמב"ם "אם רצה לגאול חציה גואל" משמע דהגאולה חלה מיד על חצי השדה. מאידך בנוגע לעבד עברי הרמב"ם (פרק ב מהלכות עבדים הל"ז) כתב רק "וגואל לחצאין" כלשון הגמ' וז"ל הנמכר לעכו"ם אם לא השיגה ידו לגאול קרוביו פודין אותו וקרוב קרוב קודם שנאמר או דודו או בן דודו יגאלנו וכו' ויש לו ללוות ולגאול את עצמו מן העכו"ם וגואל לחצאין וכו' עכ"ל. והלשון "וגואל לחצאין" קצת משמע דיש מעשה גאולה לחצאין אבל הוא צריך להשלים את המחצה האחר כדי שהגאולה תחול בכלל.

ועיין עוד ברשב"א דכתב דכל האיבעיא בגמ' לגבי גאולה לחצאין בעבד עברי רק הוי שלא מדעת האדון, אבל מדעת האדון בודאי הוא נגאל לחצאין, וז"ל דאף כשת"ל דאינו נגאל לחצאין היינו שאינו יכול לכוף את האדון לקבל פדיונו לחצאין אע"ג דבעלמא הוי פרעון כדאמרינן במציעא (עז:) פרעי' זוזא זוזא פרעון הוי אבל אי ארצייה ואיתרצי וקביל לפרעון אמאי לא הוי פרעון כיון דקבלי' קבלי' עכ"ל. ונראה לבאר דהרשב"א הלך לשיטתו דנגאל לחצאין פירושו דיש מעשה פדיון בלי חלות פדיון. דלפי"ז מסתבר דאפי' אם אין לכפות את האדון לקבל את הכסף בתורת מעשה פדיון, מ"מ אם האדון מסכים, קבלתו מהווה מעשה פדיון. אמנם לפי רש"י דנגאל לחצאין פירושו דחלות שם דהעבד משתנה והוא עכשיו דומה לחצי עבד וחצי בן חורין, מסתבר דהמ"ד דאין נגאל לחצאין נקט דעצם החלות הזאת דגאולה לחצאין היא בלתי אפשרית. ויוצא מזה דלפי רש"י, אפי' מדעת האדון אין נגאל לחצאין דהרי אין בכח האדון ליצור חלות זו.

דף כא.

גמ'. א"ל רבינא משום דאיכא למימר עבד עברי הנמכר לעובד כוכבים יוכיח, שיפה כחו ליגאל בשנה שניה, ואין לוה וגואל וגואל לחצאין.

יוצא מדברי רבינא דאע"ג דבנוגע לעבד עברי הגמ' נסתפקה לעיל (כ:) האם הוא נגאל לחצאין או לא, מ"מ פשיטא דאינו לוה וגואל. והטעם דאינו לוה וגואל הוא כמו דמבואר ברש"י (ד"ה עבד עברי) דהפסוק בעבד עברי משמע דהעבד צריך שיהיה לו הכסף בעצמו, וז"ל ואין לוה וגואל דהא או השיגה כתיב עכ"ל. אבל הרמב"ם (פרק ב מהלכות עבדים

[720] ויש להעיר דהרמב"ם פסק דעבד עברי נגאל לחצאין רק אם נמכר לעכו"ם, אבל בהמשך פסק דעבד עברי דנמכר לישראל אינו נגאל לחצאין. ועיין בזה בכס"מ ובלח"מ.

הל"ז) פסק דעבד עברי דנמכר לעכו"ם לוה וגואל נגד הפשיטותא דרבינא, וז"ל הנמכר לעכו"ם אם לא השיגה ידו לגאול קרוביו פודין אותו וכו' ויש לו ללוות ולגאול את עצמו מן העכו"ם וגואל לחצאין עכ"ל. ועיין בלח"מ דתמה על פסק דהרמב"ם דהרי הגמ' לא נסתפקה כלל בזה דעבד עברי אינו לוה וגואל.[721]

ונראה לבאר דבכל משך הסוגיא הגמ' השווה את הדין דגאולה לחצאין ואת הדין דלוה וגואל. דהרי בשדה אחוזה אין גאולה לחצאין וג"כ אינו לוה וגואל. ובבתי ערי חומה נחלקו התנאים האם שניהם חלין או שניהם אינן חלין, אך יש לשניהם דין אחד. ובמקדיש שדה אחוזה הדין הוא דלוה וגואל וגואל לחצאין. וי"ל דהרמב"ם הבין דאין זה מקרה דשני הדינים תמיד הולכים ביחד, אלא דשניהם תלויים בגדר דהפדיון. דהרי ביארנו לעיל (כ: בענין גאולה לחצאין אות א') דהדין דגאולה לחצאין תלוי האם הפדיון הוי חלות דין פרעון חוב דאזי בודאי יש גאולה לחצאין, או"ד דהפדיון הוי חלות דין של קנין חדש דאזי מסתבר דאינו נגאל לחצאין. וי"ל דגם הדין דלוה וגואל תלוי באותה השאלה, דהרי אם פדיון הוי חידוש התורה דיש לאדם זכות לקנות את השדה מחדש בע"כ של המוכר, אזי מסתבר דיש דינים מסויימים לקנין הזה ואם אין לאדם הממון בעצמו לא חידשה לו התורה את הקנין. אמנם אם יסוד דין הפדיון הוי חלות של פריעת חוב, אזי אין טעם לומר דאינו לוה וגואל דהרי בפרעית חוב דעלמא אין חילוק היאך הלוה קיבל את הכסף, והעיקר הוא רק דהבע"ח יקבל את דמי חובו מהלוה.

ולפי זה אתי שפיר פסק הרמב"ם. דהרי הרמב"ם פסק כמו האת"ל דאביי לעיל (כ:) דעבד עברי דנמכר לעכו"ם נגאל לחצאין. ולפי"ז יוצא דהגדר דגרעון כסף בנמכר לעכו"ם הוא פריעת חוב. וא"כ, מסברא יוצא דהעבד יכול להיות לוה וגואל כדי לפרוע את החוב לאדונו העכו"ם, אע"פ דהדין הזה אינו מופיע להדיא בגמ'. וזהו הטעם דהרמב"ם פסק נגד רבינא בסוגיא דידן.

גמ'. כדאמר רב נחמן בר יצחק לקרוב קרוב קודם, ה"נ לקרוב קרוב קודם.

א

בגדר הדין דקרוב קרוב קודם בענין גאולה

מבואר בגמ' דלכל הפחות בגאולת שדה אחוזה ובגאולת עבד עברי הנמכר לעכו"ם יש דין דגאולת קרובים, ומהריבוי ד"יגאלנו" לומדים דקרוב קרוב קודם. ויש לעיין בגדר הדין דקרוב קרוב קודם, האם ר"ל דכל הדין דגאולת קרובים שייך רק למי דהוי הכי קרוב

[721] עיי"ש דהלחם משנה הציע דאולי היה להרמב"ם גירסא אחרת בגמ' דהאיבעיא לעיל (כ.) היה לגבי גאולה לחצאין וגם לגבי האם לוה וגואל.

ואין דין דגאולת קרובים חל כלל לקרוב השני כל עוד דהקרוב הראשון בחיים. ולפי"ז אפי' אם הקרוב הראשון אינו רוצה או אפי' אינו יכול לגאול מ"מ הדין דגאולת קרובים אינו חל לגבי הקרוב השני. או"ד הדין דקרוב קרוב קודם הוא רק לקדימות בעלמא אבל בעצם כל הקרובים שייכים לדין דגאולת קרובים. וא"כ אם הגואל הראשון אינו רוצה או אינו יכול לגאול, אזי הדין דגאולת קרובים חל על הקרובים האחרים.

וכדי לבאר את הספק יותר נראה להוסיף דהרי מצינו כמה מיני דיני קורבה בתורה דכל אחד שונה מהשני. דבקורבה לעדות ובקורבה לעריות יש כמה אנשים דנחשבים כקרובים בבת אחת אע"פ דיש מי דיותר קרוב מהשני. אבל בירושה לכאורה יש דין אחר לקורבה, דהיינו מי שקרוב יותר מבטל את החלות שם קרוב ממי שיותר רחוק. כלומר דאם הבן קיים אזי אין חלות שם קרוב לאח כלל. ולכן יש להסתפק בדין דגאולת קרובים, האם הוא דומה לעריות ועדות, והדין גאולה בעצם חל על כל הקרובים ביחד אלא דיש קדימות להכי קרוב, או"ד הדין דגאולת קרובים דומה לירושה והחלות שם קרוב חל רק על אדם אחד, או על סוג אחד דקורבה, כמו על כל הבנים ביחד.

ונראה דרש"י והרשב"א נקטו כצד השני דגאולת קרובים דומה לירושה והדין קורבה חל רק לאדם אחד. דרש"י (ד"ה לקרוב קרוב) כתב וז"ל ואם אין לו דוד בן דודו ואי לאו משאר בשרו עכ"ל, ומשמע מדבריו דהבן דוד גואל רק אם "אין לו דוד". אבל אם יש לו דוד, אזי אפי' אם הדוד אינו יכול או אינו רוצה לגאול מ"מ אין הבן דוד יכול לגאול. וכן איתא ברשב"א (ד"ה כדאמר) בהדיא וז"ל אבל השתא דכתיב יגאלנו רבה כל הגאולות לעכב שיהו דוקא כסדר הזה ואם בן דודו אמיד ודודו אינו אמיד אינו נגאל עכ"ל.[722]

ולפי"ז נראה דהדין דגאולת קרובים דומה לדין ירושה באופן אחר. דהיינו דאם מת מי דיותר קרוב אזי הדין דקרוב חוזר למי דרחוק יותר אם הוא הכי קרוב דקיים כמו דמצינו בירושה. אבל עוד צ"ב בזה.[723]

ב

בדין קורבה בגואל הדם

וכמו"כ יש לעיין בגדרי קורבה בדין גואל הדם. דאיתא ברמב"ם (פרק א מהלכות רוצח הל"ב) וז"ל מצוה ביד גואל הדם שנ' גואל הדם הוא ימית את הרוצח, וכל הראוי לירושה הוא גואל הדם עכ"ל. ומזה דהרמב"ם השווה את הדין דגואל הדם לדין ירושה, משמע דהמצוה חלה על אדם הכי קרוב לבד ולא על שאר הקרובים. אמנם לכאורה לפי"ז יש

[722] אבל עיין במאירי (כא. ד"ה כל שביארנו) דמשמע מדבריו דהדין דקרוב קרוב קודם מהווה דין קדימות בעלמא וז"ל ואם באו שנים לגאול הקרוב קרוב קודם שנאמר או דודו או בן דודו או אחד מאחיו יגאלנו עכ"ל.

[723] לכאורה כן איתא בגמ' למ"ד דגאולת קרובים רשות וז"ל וכי יש אדם בישראל שאין לו גואלין עכ"ל.

להקשות מההלכה הבאה ברמב"ם (פרק א מהלכות רוצח הל"ג) וז"ל האב שהרג את בנו, אם היה לנהרג בן הרי זה הורג אבי אביו מפני שהוא גואל, ואם אין לו בן אין אחד מן האחין נעשה גואל הדם להמית את אביו אלא בית דין ממיתין אותו עכ"ל. ומקור הדין הוא במכות (יב.) דהשווה את הדין דאין האח הופך להיות גואל הדם לאב הרוצח לדין הכללי דאין הבן יכול להיות שליח ב"ד להכות את אביו, וז"ל וכן תנא דבי רבי ישמעאל לכל אין הבן נעשה שליח לאביו להכותו ולקללתו, חוץ ממסית עכ"ל. ולכאורה צ"ע דלפי הרמב"ם דרק מי שבא בירושה מהווה הגואל הדם, אזי למה בעינן דין מיוחד דאין האח של הנרצח הופך להיות גואל האדם להרוג את האב, דהרי האב קודם בירושה ואין הו"א בכלל דאפשר לדלג על האב כדי שהאח יהפוך להיות גואל הדם.

ובילדותי שאלתי את הקושיא הזאת למו"ז הג"ר אליהו מפרוזי'ן זצ"ל. והוא השיב דאע"פ דבעלמא האב קודם לירושה מהאח, מ"מ כאן הרמב"ם איירי היכא דהנרצח מת בלי בנים, ואם היה נשוי אזי אשתו נופלת ליבום. וא"כ האח המייבם קם על שם אחיו המת לנחלה ויורש את אחיו המת אפי' במקום האב. ולפי"ז שפיר מובן דברי הגמ' דיש הו"א דהאח המייבם הוא קודם לאב וראוי לירושה ולכן יחול עליו שם גואל הדם.

אבל אני הקשיתי על דברי מו"ז זצ"ל דאע"פ דבפועל האח המייבם קודם לאב לירושה, מ"מ מסברא זה אינו מעלה ואינו מוריד לגבי הדין קורבה דגואל הדם. דבעלמא הדין דירושה תלוי בחלות שם שארו הקרוב אליו וכל הקודם בקורבה קודם בירושה. ולפי"ז האב קודם בירושה מכיון דהאב יותר קרוב לבנו מהאחין. אמנם הדין דהיבם יורש את אחיו אפי' במקום האב אינו תלוי בחלות קורבה בין האחין אלא מהווה דין אחר דיקום על שם אחיו לנחלה. וא"כ אין לזה שייכות לדין של גואל הדם, ואע"פ דבפועל האח המייבם יורש את אחיו המת, מ"מ האב עצמו ראוי להיות גואל הדם, והדרא קושיא לדוכתא. ומו"ז זצ"ל הסכים לי.[724]

אולם לכאורה נראה לפרש את כל דברי הרמב"ם באופן אחר. דהמלים "כל הראוי לירושה" אינו משמע כל הקודם לירושה ולא קרוב אחר, אלא כל מי דמוגדר כ"ראוי לירושה" נחשב כגואל הדם אע"פ דאינו יורש בפועל. וא"כ שפיר מובן למה יש הו"א דהאח נחשב כגואל הדם להרוג את אביו אע"פ דהאב יורש קודם להאחין.

אבל אם "כל הראוי לירושה" כולל כל היורשים בבת אחת לכאורה צ"ב דמי נחשב כ"ראוי לירושה". דהרי כל ישראל בעצם ראוי לירוש כל ישראל אחר דכל עם ישראל

[724] וע"ע בזה ברשימות שיעורים ליבמות (יז: רש"י ד"ה והא) דרבינו זצ"ל ביאר דנחלקו הראשונים האם יבם יורש מדין ירושה דעלמא אלא דיש לו קדימות, או דיש לו דין אחר דירושה. ורבינו זצ"ל הזכיר דיש לזה נ"מ בנוגע לגואל הדם.

קרובים אחד לשני, כדמבואר בגמ' (ב"ב קטו:) דהנחלה ממשמשת והולכת עד ראובן. וכן איתא בסוגיא דידן דאין לך אדם מישראל דאין לו גואלים. ולכאורה קשה לומר דכל ישראל (חוץ מהגרים) נחשבים כגואלי הדם מכיון דיש להם אפשרות לירוש אם מתו כל הקודם מהם בירושה.

וי"ל דיש לעיין בגדר דמשמוש נחלה, האם אמרינן דמי דיורש בפועל נחשב כקרוב המת וזוכה בירושה ישיר מהמת, או"ד הוא אינו יורש באופן ישיר מהמת אלא דמי דיותר קרוב זוכה בירושה בקבר ואז הירושה עוברת ליורשיו דעדיין בחיים. ונחלקו בזה הראשונים. ועיין ברמב"ן עה"ת (במדבר פרק כז פסוק ט) דרק הבן והאב יורשים באופן ישיר וכל שאר הקרובים יורשים מהם, וז"ל ועוד כי הירושה היא בשלשלת הזרע ביוצאי חלציו לא בצדדין, אם כן "ונתתם את נחלתו לאחיו" משמע נחלה שהאב יורש בקבר וממנו תבא לאחים עכ"ל.[725] ומסברא נראה לחלק בין הקרובים דמוזכרים בתורה ושאר כל הקרובים. די"ל דבנו, בתו, אביו, אחיו ואחי אביו דמוזכרים בתורה יורשים באופן ישיר מהמת, לעומת כל שאר קרובים דנכללים במלים "ואם אין אחים לאביו ונתתם את נחלתו לשארו הקרב אליו ממשפחתו וירש אתה" דרק יורשים דרך הקרובים הכתובים בקרא. וע"פ זה נראה לבאר דברי הרמב"ם לגבי גואל הדם ד"כל הראוי לירושה הוא גואל הדם", דכוונתו היא להקרובים דמוזכרים בפרשת פנחס דיורשים באופן ישיר ולא בדרך משמוש נחלה בקבר, דכולם נחשבים כגואלי הדם.[726] וגם נראה דהיכא דכל הקרובים האלו דמוזכרים בתורה מתו והירושה ממשמשת והולכת לקרובים שלהם, אזי מי דיורש בפועל גם נחשב "ראוי לירושה" ומהווה הגואל הדם.

דף כא:

גמ'. ההוא לקובעו חובה, ואפי' לרבי יהושע.

מבואר בגמ' דנחלקו התנאים האם יש חיוב על הקרובים לגאול שדה אחוזה, אבל כו"ע סברי דיש חיוב כזה בעבד עברי הנמכר לעכו"ם. ויש לעיין בגדר המצוה הזאת. דהרי לפי ר"א דיש חיוב על הקרובים לגאול גם שדה אחוזה וגם עבד עברי, פשיטא דיש מצוה כללית חדשה של גאולת קרובים. אבל לפי רבי יהושע דהחיוב חל על הקרובים רק בעבד עברי, אזי יש להסתפק האם איירי בדין חדש דגאולת קרובים, או"ד גאולת עבד עברי הוי פרט במצוה הכללית דפדיון שבוים, דהיא עצמה מהווה קיום דכמה

[725] ועיין ברעק"א (על שלחן ערוך חושן משפט סימן רפא סעיף א) דדייק מלשון הרמב"ם דאח יורש באופן ישיר מאחיו ולא מהאב בקבר.

[726] ועיין ברשימות שיעורים ליבמות (לז: הערה 55) דרבינו זצ"ל הזכיר כל המהלך הזה בדברי הרמב"ם בקצרה.

מצוות דאורייתא כדמבואר ברמב"ם (פרק ח מהלכות מתנות עניים הל"י) וז"ל והמעלים עיניו מפדיונו הרי זה עובר על לא תאמץ את לבבך ולא תקפוץ את ידך ועל לא תעמוד על דם רעך ועל לא ירדנו בפרך לעיניך, ובטל מצות פתח תפתח את ידך לו, ומצות וחי אחיך עמך, ואהבת לרעך כמוך, והצל לקוחים למות והרבה דברים כאלו, ואין לך מצוה רבה כפדיון שבויים עכ"ל. ואע"פ דמצינו פרטים בפדיון שבוים דאינם קיימים בגאולת עבד עברי כמו דלא פודין מי שמכר עצמו לגוי בפעם השניה (גיטין מו:), י"ל דהדינים השונים הם משום דפדיון שבויים וגאולת עבד עברי מיד עכו"ם הוו ב' מחייבים שונים.[727] אבל מ"מ יתכן דשניהם הוו אותה קיום מצוה.

ולכאורה יש לדייק דהרמב"ם נקט דמצות גאולת עבד עברי מהווה פרט בפדיון שבוים. דהרי הוא פסק (פרק ב מהלכות עבדים הל"ז) כמסקנת הגמ' דיש חיוב על הקרובים לגאול עבד עברי דנמכר לעכו"ם, וז"ל הנמכר לעכו"ם אם לא השיגה ידו לגאול קרוביו פודין אותו וקרוב קרוב קודם שנאמר או דודו או בן דודו יגאלנו, וב"ד כופין את קרוביו לפדותו שלא יטמע בעכו"ם, לא פדאוהו קרוביו או שאין ידם משגת מצוה על כל אדם מישראל לפדותו עכ"ל. וגם פסק דבשדה אחוזה אין חיוב על הקרובים לגאול (פרק יא מהלכות שמיטה ויובל הלי"ח) וז"ל ואם רצו קרוביו לגאול גואלים שנאמר ובא גואלו הקרוב אליו עכ"ל. ונמצא דהרמב"ם פסק כרבי יהושע. ואעפ"כ לא מנה את מצות גאולת עבד עברי ע"י הקרובים כמצות עשה חדשה במנין המצות שלו. ונראה דהביאור הוא כנ"ל, דהרמב"ם הבין דהחיוב דגאולת קרובים בעבד עברי הנמכר לעכו"ם מהווה קיום במצות פדיון שבויים.[728]

גמ'. אין נרצע אלא בגובה של אזן.

נראה לבאר ע"פ מה דאיתא לקמן (כב:) בטעם להרצעת האוזן, וז"ל רבן יוחנן בן זכאי היה דורש את המקרא הזה כמין חומר מה נשתנה אזן מכל אברים שבגוף, אמר הקב"ה אזן ששמעה קולי על הר סיני בשעה שאמרתי כי לי בני ישראל עבדים, ולא עבדים לעבדים, והלך זה וקנה אדון לעצמו ירצע עכ"ל. ונמצא דזה שהאוזן נרצעה קשורה לחוש השמיעה. וא"כ שפיר מובן למה רק גובה האוזן נרצע, דהרי החלק הזה דהאוזן מסייע בהקלטת הקול דנשמע, ולא החלק התחתון דהאוזן דאינו מסייע בשמיעה.

[727] כי בשבוי יש סכנה משא"כ בע"ע.

[728] ועיין בחידושי ר' אריה לייב (סימן לב) דחקר כמו רבינו זצ"ל וגם הוכיח מהרמב"ם כדברי רבינו זצ"ל.

גמ'. איבעיא להו עבד עברי כהן מהו שימסור לו רבו שפחה כנענית, חידוש הוא לא שנא כהנים ול"ש ישראל, או דילמא שאני כהנים, הואיל וריבה בהן הכתוב מצות יתירות.

לכאורה כוונת הגמ' "מצוות יתירות" היא האיסור זונה, דכהן הבא על השפחה עובר על הלאו דאשה זונה לא יקחו כדמבואר ברמב"ם (פרק יח מהלכות איסורי ביאה הל"א) וז"ל מפי השמועה למדנו שהזונה האמורה בתורה היא כל שאינה בת ישראל עכ"ל.[729] וא"כ, צ"ב למה הגמ' נקטה מצות יתירות בכלל, דלכאורה היה אפשר לומר באופן לכאורה יותר מדוייק, דבכהן יש עוד איסור בשפחה דאולי לא הותר.

גמ'. חידוש הוא, לא שנא כהנים ול"ש ישראל.

בענין איסור שפחה לישראל ולכהן

א

בענין הלאו דקדשות

הבאנו בפתיחה למסכת (אות ד') דנחלקו הראשונים האם ישראל הבא על השפחה כנענית עובר בלאו מדאורייתא. דעל הפסוק (דברים פרק כג פסוק יח) לא תהיה קדשה מבנות ישראל ולא יהיה קדש מבני ישראל, אונקלוס תרגם וז"ל לא תהי אתתא מבנת ישראל לגבר עבד ולא יסב גוברא מבני ישראל אתא אמא עכ"ל. ומבואר בדבריו דישראל הבא על השפחה עובר בלא יהיה קדש. ומאידך הרמב"ם (פי"ב מהלכות איסורי ביאה הל' יא-יב) הוכיח מזה דעבד עברי מותר בשפחה כנענית דאין לאו כזה, וז"ל והבא על השפחה מכין אותו מכת מרדות מדברי סופרים, שהרי מפורש בתורה שהאדון נותן שפחה כנענית לעבדו העברי והיא מותרת לו שנאמר אם אדוניו יתן לו אשה, ולא גזרו חכמים בדבר זה ולא חייבה תורה מלקות בשפחה אלא א"כ היתה נחרפת לאיש כמו שביארנו, אל יהי עון זה קל בעיניך מפני שאין בו מלקות מן התורה שגם זה גורם לבן לסור מאחרי ה' שהבן מן השפחה הוא עבד ואינו מישראל ונמצא גורם לזרע הקדש להתחלל ולהיותם עבדים הרי אונקלוס המתרגם כלל בעילת עבד ושפחה בכלל לא יהיה קדש ולא תהיה קדשה עכ"ל. וביארנו לעיל, דאע"פ דהרמב"ם נקט דכל ביאה בלי קידושין הוי ביאת זנות ועוברין על הלאו, מ"מ זה רק היכא דיש תפיסת קידושין בין הבועל והנבעלת. אבל בישראל ושפחה דאין אפשרות לקידושין כלל, אזי האיסור לא תהיה קדשה אינה קיימת.

[729] ועיין במנחת חינוך (מצוה רסו) דהביא מכמה אחרונים דנסתפקו בזה ונקטו דכהן הבא על שפחה כנענית אינו עובר באיסור דאורייתא דזונה. וע"ע בזה בשיעורים לקמן (עז. ד"ה ר' יוסי אומר אף גר).

ועיין במשנה למלך (פרק ג מהלכות עבדים הל"ג) דהקשה על הרמב"ם מהגמ' דידן. דהרי הגמ' הניחה דיש חידוש בהיתר שפחה כנענית לעבד עברי ישראל דאולי גם מתיר אותה לכהן אע"פ דיש איסור לאו נוסף דזונה. ובשלמא לפי אונקלס יש כאן חידוש גדול דהתורה התירה הלאו דלא יהיה קדש. אבל לפי הרמב"ם דאין איסור דאורייתא בישראל הבא על השפחה, מהו החידוש בעבד עברי לשפחה דיש הו"א דגם האיסור דאורייתא דזונה לכהן הותר.

ואולי יש לתרץ דגם לפי הרמב"ם אע"פ דאין איסור דאורייתא דלא יהיה קדש, מ"מ ביארנו לעיל (פתיחת למסכת, אות א-ב) דיש איסור עשה דביאה בלי קידושין. וא"כ החידוש בעבד עברי לשפחה כנענית הוא דהאיסור עשה הזה הותר. אבל לכאורה קשה לקבל הביאור הזה, דהרי בשלמא אם החידוש הוא דהותר הלאו דלא יהיה קדש אזי שפיר מובן למה יש להסתפק דגם הלאו דזונה לכהן הותר. אבל אם רק הותר איסור עשה דכי יקח איש אשה, אזי מסברא אין טעם לומר דגם הותר האיסור לאו דזונה לכהן.[730]

ב

ב' דינים בביאת זנות

ונראה לבאר ע"פ מה דחילקנו לעיל (פתיחה למסכת, אות ו') בדעת הרמב"ם בין האיסור דאורייתא דביאת זנות (לא תהיה קדשה) לבין החלות שם זונה בגברא בנוגע לאיסור זונה לכהן. דהרי פנוי הבא על פנויה אינה נעשית לזונה (חוץ מדעת רבי אליעזר ביבמות סא: דלא פסקינן כוותיה) אע"פ דלפי הרמב"ם יש איסור לאו דאורייתא דלא תהיה קדשה. וגם להיפך, דהרי שפחה כנענית מהווה חלות שם זונה בגברא והכהן הבא עליה עובר בלאו דזונה לא יקחו, אע"פ דלפי הרמב"ם אין ישראל הבא על שפחה כנענית עובר בלאו דלא יהיה קדש. וכמו"כ הרמב"ם (פרק יח מהל' איסורי ביאה הל"ג) פסק דאפי' גיורת ומשוחררת אסורות לכהן מדין זונה בגברא, אע"פ דברור דקידושין תופסין בהן ואם הכהן קידשן אינו עובר בלאו דלא יהיה קדש. וגם בנבעלת לעכו"ם דאין איסור דאורייתא בלי דרך חתנות (פרק יב מהלכות איסורי ביאה הל"א-ב), ואעפ"כ היא נחשבת כזונה לאוסרה לכהן. יוצא מכל זה דיש לחלק בין חלות שם זונה בגברא בנוגע לאיסור זונה לכהן לבין מעשה דביאת זנות דאסור מדין לא תהיה קדשה לפי הרמב"ם.

וכמו"כ לפי הרמב"ם צריך לחלק בין שני סוגי מעשים דביאת זנות. דהרי הדין דאתנן זונה תלוי במעשה דביאת זנות, ואעפ"כ פסק הרמב"ם (פרק ד מהל' איסורי מזבח הל"ח) דפנוי

[730] ועיין ברשימות שיעורים ליבמות (לז. ד"ה ראשון, אות ג) דרבינו הראה דיש סתירות בדברי הרמב"ם האם ישראל הבא על השפחה עובר באיסור דאורייתא או באיסור דרבנן בעלמא, ונשאר בצ"ע. וע"ע בשיעורים לקמן (סח:) דרבינו זצ"ל גם דן בזה.

הבא על פנויה אינו יוצר חלות שם אתנן זונה, וז"ל אי זהו אתנן האומר לזונה הא ליך דבר זה בשכרך, אחד זונה כותית או שפחה או ישראלית שהיא ערוה עליו או מחייבי לאוין, אבל הפנויה אפילו היה כהן אתננה מותר, וכן אשתו נדה אתננה מותר אע"פ שהיא ערוה עכ"ל. וזה שונה מהלאו דקדשה דהרמב"ם פסק דחל בפנוי הבא על הפנויה. ולהיפך, הרמב"ם פסק דישראל הבא על שפחה כנענית אינו עובר בלאו דקדשות, ומ"מ ביאה עם שפחה מחילה חלות דין דאתנן זונה. וצ"ל דיש ב' מיני מעשים דביאת זנות. דכדי לעבור על הלאו דקדשות בעינן מעשה ביאה בלי קידושין היכא דניתנת להתקדש, ולכן פנוי הבא על פנויה עובר בלאו, אבל הבא על שפחה כנענית דאינה בת תפיסת קידושין אינו עובר בלאו. אבל חלות דין אתנן זונה אינו תלוי כלל בדין תפיסת קידושין, אלא דאם יש פסול מסויים באשה כגברא, אזי הביאה נחשבת כביאת זנות דיוצרת חלות שם אתנן זונה. ולכן בפנוי הבא על פנויה דשניהם כשרים אין חלות דין אתנן זונה, משא"כ ישראל הבא על השפחה דיש דין דאתנן זונה.

ועפ"ז הגר"ח זצ"ל[731] ביאר מה דפסק הרמב"ם (פרק ד מהל' איסורי מזבח הל"י) ע"פ הגמ' (תמורה ל.) בנוגע לדין אתנן זונה בעבד עברי הבא על שפחה כנענית, וז"ל האומר לחבירו הא לך דבר זה ותלין שפחתך אצל עבדי העברי הרי זה אתנן, והוא שאין לו אשה ובנים, אבל אם יש לו אשה ובנים הרי זה מותר בשפחה כנענית כמו שיתבאר, והוא הדין באומר לזונה הא ליך דבר זה והבעלי לפלוני הישראלי הרי זה אתנן עכ"ל. כלומר, דאם אין אשה ובנים להעבד דאין רבו נותן לו שפחה כנענית, אזי ביאת עבד עברי בשפחה כנענית מחילה דין דאתנן זונה, לעומת אם יש לו אשה ובנים דרבו מוסר לו שפחה כנענית, דאזי אין דין דאתנן זונה. והביאור הוא, דאם אין החידוש דין דרבו נותן לו שפחה כנענית אזי ביאת העבד עברי בשפחה מוגדרת כביאת זנות בנוגע לדין אתנן זונה. אבל חידוש התורה דרבו מוסר לו שפחה כנענית מפקיע את הפסול גברא מהשפחה ביחס להעבד ולכן אין ביאתו נחשבת כביאת זנות לגבי דין אתנן זונה.[732]

ויוצא מכל זה, דאפי' להרמב"ם דאין איסור דאורייתא בישראל הבא על שפחה כנענית, עדיין יש חידוש דין בעבד עברי דהשפחה אינה נחשבת כפסול בגברא כדי להגדיר את הביאה כביאת זנות בנוגע לדין אתנן זונה. וזהו ספיקת הגמ' והמחלוקת בין רב ושמואל. דרב נקט דמכיון דהתורה הפקיעה את הפסול גברא דשפחה בנוגע לדין אתנן זונה כמו"כ

[731] וכן איתא בחידושי הגר"ח על הש"ס (בדין איסור שפחה לישראל).
[732] וע"ע בזה ברשימות שיעורים ליבמות (לז. ד"ה ראוי להיות כ"ג, אות ג').

היא אינה נחשבת כזונה בנוגע לאיסור כהן לזונה. ושמואל חולק על זה וסבור דאין קשר בין הדברים, דהרי פסול בגברא בנוגע לדין אתנן זונה לחוד ואיסור זונה לכהן לחוד.

ג

גדר האיסור דלא תהיה קדשה

ולכאורה הא דלוקין על איסור קדשות לפי הרמב"ם צ"ב, דלכאורה הרי זה דומה לאיסור דביאה ריקנית. דכתב הרמב"ם (פרק א מהלכות חגיגה הל"א) וז"ל ומי שבא לעזרה ביום ראשון ולא הביא עולה לא דיו שלא עשה מצות עשה אלא עובר על לא תעשה שנאמר לא יראו פני ריקם, ואינו לוקה על לאו זה שהרי לא עשה מעשה עכ"ל. ובשאג"א (סי' לב) הקשה הלא בביאה ריקנית יש מעשה ביאת הגברא לעזרה ולמה לא ילקה. וביאר השאג"א שם ובספרו טורי אבן ריש מס' חגיגה (ב.) דהלאו דביאה ריקנית אליבא דהרמב"ם תלוי בביטול העשה, זאת אומרת, האיסור הלאו אינו עצם מעשה הביאה למקדש ריקנית אלא המניעה מהבאת קרבנות בשעת הביאה. כלומר, עיקר העבירה של הלאו הוא שאינו מקיים העשה, ולכן לאו שאין בו מעשה הוא. והוסיף הגר"ח זצ"ל לבנו הגר"מ זצ"ל שכן הוא הביאור האמיתי ברמב"ם.[733] יוצא שלשיטת הרמב"ם חלות שם לאו שאין בו מעשה תלוי בעיקר חלות הלאו, ואילו מעשה הגברא בפועל אינו קובע את דינו. ולכאורה לפי"ז יש להקשות למה לוקין על הלאו דלא יהיה קדש ולא תהיה קדשה, הלא לפי הרמב"ם כדי לעבור על הלאו בעינן איש ואשה דקידושין תופסין בהן, ומשמע מזה דגדר הלאו אינו מעשה הביאה עצמה, אלא החסרון דחלות קידושין בשעת הביאה. וא"כ לכאורה ראוי להיות דינו כמו הלאו דלא יראו פני ריקם, דאע"פ דהגברא עושה מעשה ביאה אך מכיון דעצם הלאו הוי אי-קיום וחסרון דחלות הקידושין אזי הלאו מוגדר כלאו דאין בו מעשה.

וצ"ל דהגדר דלאו דקדשה הוי מעשה הביאה עצמה ולא אי-קיום הקידושין. אלא דהמעשה נחשבת למעשה ביאת זנות רק אם היו להם האפשרות לתפיסת קידושין ומ"מ בעלו בלי קידושין. אבל אם אין קידושין תופסין ביניהן אזי מעשה הביאה שלהם אינה נחשבת כמעשה ביאת זנות.

גמ'. איבעיא להו כהן מהו ביפת תואר, חידוש הוא לא שנא כהן ולא שנא ישראל, או דילמא שאני כהנים הואיל וריבה בהן מצות יתרות.

לכאורה החידוש ביפת תואר הוא דהביאה נעשה בגיותה, ובעלמא הבועל כנענית עובר בלאו דלא תתחתן בם. והצד לומר דיפת תואר מותרת גם לכהן הוא דאם התורה התירה

[733] וע"ע ברשימות שיעורים לנדרים (עניינים, ענין לאו שאין בו מעשה) שרבינו זצ"ל הרחיב בנידון.

את הלאו דלא תתחתן בם אזי מסתבר דהתורה גם התירה איסור ביאה דזונה לכהן. אמנם הפירוש הזה איננו נכון בדעת הרמב"ם (פרק יב מהלכות איסורי ביאה הל"א) דנקט דביאה עם כנענית באקראי בעלמא דאינו דרך אישות אסור רק מדרבנן, וז"ל ישראל שבעל עכו"ם משאר האומות דרך אישות או ישראלית שנבעלה לעכו"ם דרך אישות הרי אלו לוקין מן התורה שנאמר לא תתחתן בם בתך לא תתן לבנו ובתו לא תקח לבנך עכ"ל. ולפי"ז לכאורה הגמ' דידן צ"ב, דמה הוי החידוש מדאורייתא ביפת תואר לישראל כדי שיש צד לומר דאין איסור זונה לכהן.[734]

ונראה לבאר ע"פ מה דביארנו לעיל (כא: ד"ה חידוש הוא לא שנא כהנים ול"ש ישראל) לגבי החידוש דעבד עברי לשפחה כנענית לפי הרמב"ם דאין איסור לאו בישראל הבא על השפחה. דהיינו, אע"פ דאין חידוש בהיתר של הביאה, מ"מ יש חידוש דהתורה הפקיעה את החלות שם דמעשה ביאת זנות, ויש לזה נ"מ בנוגע לאתנן זונה. וכמו"כ יש לבאר כאן. דאע"פ דאין איסור דאורייתא בבועל ארמית, מ"מ הרמב"ם (פרק ד מהלכות איסורי מזבח הל"ח) פסק דהדין דאתנן זונה חל בבועל ארמית משום דנחשב כמעשה דביאת זנות. וביפת תואר התורה באה והפקיעה את החלות שם מעשה דביאת זנות, ולא חל הדין דאתנן זונה בישראל הבא על יפת תואר. ולכן יש צד לומר דאם התורה הפקיעה את חלות שם מעשה דביאת זנות, אזי כמו"כ התורה גם התירה את האיסור זונה לכהן.

גמ'. בביאה ראשונה דכ"ע לא פליגי דשרי וכו' א"ד בביאה שניה כ"ע לא פליגי דאסירא.

בענין יפת תואר

לכאורה יש להבין ב' נקודות עיקריות בשו"ט דהגמ': א) מהי הסברא דב' הלשונות, ב) למה באיבעיא הראשונה לגבי עבד עברי כהן בשפחה כנענית הגמ' לא חילקה כלל בין ביאה ראשונה לביאה שניה, לעומת באיבעיא דכהן ליפת תואר יש חילוק כזה. ושמעתי מאאמו"ר הגר"מ זצ"ל דיש ג' שיטות עיקריות בראשונים בהבנת החידוש דיפת תואר, וצריך לבאר את מהלך הסוגיא לפי כל שיטה.

א

שיטת התוס'

לפי התוס' (עיין תוד"ה בביאה שניה, ובדף כב. תוד"ה שלא), ביאה ראשונה נעשה בשעת המלחמה בגיותה, ואז אח"כ הוא מכניס אותה לתוך ביתו והיא מתנהגת בכל דיני יפת

[734] ועיין בתוס' הרא"ש (ד"ה לא) ובריטב"א (ד"ה איבעיא להו) דהקשו כמו רבינו זצ"ל, ותירצו דמלחמה הוי מקום פרהסיא דיש איסור דאורייתא לבעול ארמית שם, אפי' שלא בדרך אישות.

תואר המבוארים בתורה דגלחה את ראשה ועשתה את צפרניה וכו'. ובסוף ל' יום, אם הוא רוצה לישא אותה הוא מגיירה בע"כ ואז ביאה שניה מותרת באישות בין ישראל וגירות. לפי"ז יש ב' חידושים ביפת תואר: א) ההיתר דביאה ראשונה בגיותה, ב) דהיא מתגיירת בע"כ. אמנם אין חידוש בהיתר דביאה שניה דהרי היא כבר ישראלית גמורה ע"י הגירות כדמבואר בלשון התוס' (כא: ד"ה בביאה שניה) וז"ל ואע"פ שמתגיירת בעל כרחה עשאה הכתוב כגיורת גמורה עכ"ל.[735] וזה דחלק מהחידוש דיפת תואר הוא בנוגע לחלות הגירות עצמה מדוייק בלשון הגמ' בשתי הלשונות, וז"ל דהא הויא לה גיורת עכ"ל, כלומר דהגמ' הדגישה דיש כאן דין חדש דגירות בע"כ.

ולפי"ז התוס' (ד"ה בביאה) ביארו למה ביפת תואר יש סברא לחלק בין ביאה ראשונה דכהן לבין ביאה שניה דכהן, אבל בעבד עברי כהן לשפחה כנענית אין סברא כזאת. דהרי בעבד עברי כהן לשפחה כנענית, לעולם יש אותו איסור דזונה לכהן, ונחלקו האמוראים האם כשם דהתורה חידשה היתר לאיסור דלא יהיה קדש בביאת ישראל לשפחה כנענית התורה כמו"כ התירה את האיסור זונה לכהן. והספק הזה קיים בשוה בין בביאה ראשונה ובין לגבי ביאה שניה. מאידך בנוגע לכהן ביפת תואר יש ב' שאלות שונות- בביאה ראשונה בגיותה יש איסור דזונה לכהן, ובביאה שניה לאחר גירותה יש איסור שונה של גיורת לכהן.

וא"כ מובן למה בביאה בראשונה כו"ע סברי דמסברא יש היתר לכהן לבוא על היפת תואר. דבלישנא קמא כו"ע נקטו דכהן מותר בביאה ראשונה ביפת תואר. ואפי' בלישנא בתרא דנחלקו האמוראים האם כהן מותר בביאה ראשונה ביפת תואר או לא, מ"מ שמואל רק אוסר בביאה ראשונה בגלל דיש גזה"כ דאם אין היתר בביאה שניה אזי הכהן אינו מותר בביאה ראשונה. אמנם, בלי הגזה"כ הזאת, גם שמואל היה מודה דמסברא כהן מותר בביאה ראשונה. והטעם דכל האמוראים נקטו דמסברא כהן מותר בביאה ראשונה הוא דכשם דהתורה התירה את האיסור דלא תתחתן בם כמו"כ היא התירה את האיסור דזונה לכהן, דהרי כל איסור דשייך לגיותה נכלל בחידוש דיפת תואר. וזה כוונת הגמ' "דלא דברה התורה אלא כנגד יצר הרע", כלומר דמכיון דהתורה התירה אותה אע"פ דהיא אמורה להיות אסורה באיסור לאו דלא תתחתן בם, מסתבר דהחידוש הזה גם כולל את האיסור דזונה לכהן.

[735] רבינו זצ"ל העיר דיתכן לבאר את לשון התוס' ע"פ הרמב"ן (עיין אות ב' לקמן) דהיא רק כגיורת גמורה אבל לא גיורת גמורה. אבל הוא אמר דרהיטת לשון התוס' משמע דהגירות בע"כ חלה והיא ישראלית גמורה לפני ביאה שניה.

ובנוגע לביאה שניה התוס' ביארו דאין כאן חידוש כלל בישראל מכיון דהיא גיורת גמורה. ולגבי כהן שמואל סבור דמכיון דאין חידוש התורה ביפת תואר דעלמא אזי אין חידוש להתיר את האיסור דגיורת לכהן. מאידך לפי הלישנא קמא, רב נקט דהואיל ואישתריא אישתרי, כלומר דחידוש התורה להתיר ביאה ראשונה מכל איסורי ביאה גם מתיר איסורי ביאה דביאה השניה.

ב

שיטת הרמב"ן

הרמב"ן חולק על התוס' בנוגע לחלות הגירות דיפת תואר ונקט דאין חידוש כזה דגירות בע"כ מחילה עליה קדושת ישראל גמורה. דהרי הרמב"ן (דברים פרק כא פסוק יב ד"ה והנה) ביאר דרק אם היא רוצה להתגייר ברצון אזי היא מתגיירת בבית דין ונעשית ישראלית גמורה, וז"ל אבל אם רצתה להתגייר בחפץ נפשה בבית דין כמשפט הרי היא מותרת מיד גם לו גם לאביו ולאחיו עכ"ל. אמנם אם היא אינה מתגיירת מרצון אזי מטבילין אותה בע"כ, אבל אינה נעשית ישראלית גמורה מיד כדעת התוס'. ולפי הרמב"ן (שם פסוק יב ד"ה והטעם) זהו הטעם דאינו מותר בה בחודש הראשון, וז"ל והטעם בפרשה הזו, מפני שהיא מתגיירת בעל כרחה ואין שואלין אותה אם תחפוץ לעזוב דתה ולהתיהד כאשר נעשה בגרים, אבל יאמר לה הבעל שתשמור תורת ישראל בעל כרחה ותעזוב יראתה וכו' והכלל כי היא מתאבלת על עזבה את דתה ותהיה לעם אחר, ויתכן שב"ד מטבילין אותה בעל כרחה כמו שעושים בעבדים, ומפני שאינה מתיהדת כמשפט הרחיק אותה הכתוב כל הזמן הזה עכ"ל. הרי הרמב"ן כתב דהיא אסורה לו אחרי הטבילה מפני דאינה מתיהדת כמשפט. אמנם אע"פ דטבילה בע"כ אינה מחילה עליה קדושת ישראל גמורה, מ"מ היא חייבת במצוות במשך החודש כשהיא בבית האדון כדמבואר בדברי הרמב"ן לעיל "אבל יאמר לה הבעל שתשמור תורת ישראל בעל כרחה".

ואז בסוף חודש הבעל צריך להחליט האם הוא רוצה לקיימה כאשתו או לא. אם הוא לא חפץ בה אזי הוא משלח אותה מביתו, ומכיון דהיא לא התגיירה ברצון היא נחשבת כגויה גמורה כדברי הרמב"ן (סוף פסוק יב) וז"ל ואמר "ושלחתה לנפשה", שתעשה כרצונה ולא נכריחנה לשמור דת משה ויהודית, כי המתגיירת ברצון נכריח אותה לשמור התורה ואם תחלל השבת תסקל ואם תאכל החזיר תלקה כדין ישראל המשתמד עכ"ל. ואם בסוף החודש הוא רוצה לישא אותה, אזי נוצרה חלות אישות מיוחדת. דהרי לפי הרמב"ן היא לא נתגיירה כדין ואין לה קדושת ישראל גמורה ואין קידושין תופסין בה, ואעפ"כ יש גזה"כ דנוצרה חלות אישות מיוחדת ביניהם והוא חייב בשאר כסות ועונה.

ואלו דברי הרמב"ן (שם פסוק יג ד"ה ואחר כך) וז"ל "ואחר כן תבוא אליה ובעלתה", אמרו בספרי (תצא יג), אין לך בה אלא מצות בעילה, נתכוונו לומר שאין קדושי כסף ושטר תופסין בה וגם הבעילה לא לשם קדושין, שדינה עדיין כעובדת כוכבים שאין קדושין תופסין בה, אלא שיתיר לו בעילתה, ומפני שאמר "והיתה לך לאשה", יורה שהיא אשתו גמורה ואם זנתה תחתיו תדון כאשת איש, וכך אמרו בגמרא במסכת קידושין (כב.) ולקחת לך לאשה, ליקוחין יש לך בה, כלומר אחר המעשים הללו, ובספרי (שם) והיתה לך לאשה, כענין שנאמר שארה כסותה ועונתה לא יגרע. א"כ היא אשתו לגמרי כי התורה הקנתה אותה לו עכ"ל. ויוצא דלפי הרמב"ן הגירות בע"כ אינה חלה אלא מדין מסוים אבל היא עדיין נקנה לו כאשה וחלה ביניהם חלות אישות מסוימת מדאורייתא. **אמנם** הרמב"ן עצמו נסתפק מה הדין כשהוא רוצה להפקיע את האישות האם היא צריכה גט או לא, וז"ל והנה כיון שהכתוב אומר שישלחנה לנפשה ומזהיר שלא ימכרנה בכסף ולא יתעמר בה כשפחה, נלמוד שאינה צריכה ממנו גט, אבל הכתוב עשה אותה אשת איש בהיותה עמו וכאשר ישנא אותה ישלחנה כאנוסה, ויתכן כי טעם הכתוב לומר שאם יבעלנה ויחפוץ בה תהיה לו לאשה, אבל אם יבעלנה ולא תהיה ערבה עליו ולא יחפוץ בה כענין אמנון עם תמר (שמאול ב פרק יג פסוק טו) ישלחנה לנפשה, והכל תלוי בבעילה הזאת. כי אם אחרי בעילתה תעמוד עמו ימים ויבא עליה, אם יחזור וישנא אותה כאיש אשר ישנא את אשתו, כבר נעשית אשתו, והנה היא יהודית ומתגרשת בגט עכ"ל. לפי הדעה הראשונה ברמב"ן יש לה חלות אשת איש כשהיא עמו ואם זינתה תחתיו היא חייבת מיתה, ואעפ"כ היא יוצאת בלי גט וחוזרת לגיותה לאחר הפקעת האישות כשמשלחה לנפשה. ואילו לדעת השניה אם אחרי ביאה ראשונה שלחה לנפשה אזי יוצאת בלי גט וחוזרת לגיותה, ואם בעלה עוד פעם נעשה אשת איש ויהודיה גמורה לכל דינה וצריכה גט.

והביאור בזה הוא דלפי הרמב"ן גירות בע"כ לבדה אינה יכולה להעניק לה קדושת ישראל גמורה. אבל התורה חידשה דיש לה חלות אישות דאורייתא עם ישראל, והאישות הזאת גורמת שגם תהיה לה חלות גירות.[736] והרמב"ן נסתפק בגדר החלות דקדושת ישראל דנוצרה ע"י חידוש התורה מחלות האישות. דבדעה הראשונה שלו הוא נקט דחלות קדושת ישראל קיימת רק כשהיא תחתיו אבל אם הוא אינו רוצה בה עוד, אזי היא רק צריכה שילוח כמו אישות דעכו"ם וחוזרת להיות גויה גמורה. ובדעה השניה

[736] והשוה לביאור הדברי יחזקאל (סימן מג) בשיטת הרמב"ן וז"ל דאין הכוונה דהיא גיורת גמורה לכל מילי אלא דחדית בה רחמנא דיני גירות רק לענין זה שיהא מותר לבעול, וכן לענין שיתפס בה תורת א"א ואם זינתה בחנק ואעפ"כ אינה צריכה גט משום דלשאר מילי הרי היא גויה גמורה עכ"ל.

שלו הוא נקט דאם בעלה פעם שנית דמכיון דגירות כזאת חלה אזי היא אינה נפקעת לעולם ולכן היא צריכה גט ונשארת ישראלית לכל חייה.

ויש להעיר דהרמב"ן גם העלה צד כמו התוס' דהגירות בע"כ חלה לבדה, ואפי' לפני יצירת האישות בסוף הל' יום, והיא נשארת ישראלית לעולם, וז"ל ושלחתה לנפשה אמרו בספרי (תצא יד) ולא לבית אביה. ולא ידעתי אם לומר שהיא יהודית ואין מניחין אותה לעזוב תורת ישראל ולשוב אל עמה ואל אלהיה, או לומר שלא ישלחנה לבית אביה על ידי שלוחים כי יסייע ידי עוברי עבירה, אבל הוא יוציאנה מביתו לגור באשר תמצא, כי אולי תשאר בארץ ותלך אחרי הבחורים ותנשא לאחד מהם עכ"ל.[737] ונמצא דברמב"ן יש ג' דעות בדין דיפת תואר: א) כמו התוס' דהגירות בע"כ מהני. אבל רוב דברי הרמב"ן בפרשת יפת תואר הם נגד השיטה הזאת. ב) גירות בע"כ אינה מהני ליצור קדושת ישראל אלא דהתורה מחדשת דיש לה חלות אישות דאורייתא עם האדון הישראל וחלות האישות הזאת יוצרת חלות קדושת ישראל גמורה דקיימת לעולם. ג) חלות האישות יוצרת חלות קדושת ישראל אבל רק כל עוד דהאישות קיימת.[738]

ובנוגע לדין יפת תואר לכהן, נראה דהרמב"ן יכול לבאר את ההבדל בין ביאה ראשונה לבין ביאה שניה בדומה להתוס'. דהרי התוס' ביארו דביאה ראשונה מהווה חידוש דין דמתיר את האיסור דלא תתחתן בם לעומת ביאה שניה דאינה חלות מתיר דהויא ביאה בעלמא עם גיורת. ואע"פ דהרמב"ן סבור דאין גירות בע"כ מהני לגמרי, מ"מ עדיין אין חלות מתיר בביאה שניה מכיון דהתורה חידשה דיש חלות אישות ביפת תואר אע"פ דמסברא אין קידושין תופסין בה. ולכן יש צד לומר דביאה שניה אסורה לכהן מכיון דיש לה חלות שם גיורת לכל הפחות בנוגע להאישות, אע"פ דהיא רק קיבלה את חלות שם גיורת דרך האישות.

ג

שיטת הרמב"ם

הרמב"ם (פרק ח מהלכות מלכים הל"א-ב) גם נקט דביאה ראשונה דיפת תואר מותרת בגיותה, וז"ל חלוצי צבא כשיכנסו בגבול העכו"ם ויכבשום וכו' וכן בועל אשה בגיותה אם תקפו יצרו, אבל לא יבעלנה וילך לו אלא מכניסה לתוך ביתו, שנאמר וראית בשביה

[737] אבל לכאורה הדעה הזאת ברמב"ן שונה במקצת משיטת התוס'. דהרי לפי התוס' הגירות בע"כ חלה רק אחרי דהוא רוצה לקיימה כאשה ואם לא הוא משלחה לנפשה כגויה. ואילו בדעה הזאת הרמב"ן נקט דהגירות בע"כ חלה אפי' אם אינו רוצה לקיימה.

[738] לפי רבינו זצ"ל יש ג' דעות ברמב"ן לגבי חלות גירותה בע"כ. והשוה לדברי המנחת חינוך (מצוה תקלב) דהעיר דדברי הרמב"ן האלו דאין מניחין אותה לעזוב תורת ישראל אפי' אם הוא אינו רוצה לקיימה הם נגד דברי הרמב"ן לעיל (סוף פסוק יב) דלא נכריחנה לשמור מצוות אם "ושלחתה לנפשה." ונשאר בצ"ע בסתירה בדברי הרמב"ן.

אשת יפת תואר, ואסור לבעול אותה ביאה שניה עד שישאנה עכ"ל. אמנם הרמב"ם חולק על התוס' והרמב"ן בנוגע לגירותה ולהיתר ביאה שניה. דהרי התוס' והרמב"ן נקטו דיש חידוש מסויים בדיני יפת תואר – לפי התוס' יש גירות בע"כ ולפי הרמב"ן יש חלות אישות מדאורייתא אע"פ דהיא אינה גיורת גמורה. לעומת זה הרמב"ם (שם הל"ה) נקט דהגירות חלה רק מדעתה והוא מותר לישא אותה רק אחרי הגירות הזאת, וז"ל וכיצד דין ישראל ביפת תואר אחרי שיבעלנה ביאה ראשונה והיא בגיותה אם קבלה עליה להכנס תחת כנפי השכינה מטבילה לשם גרות מיד, ואם לא קבלה תשב בביתו שלשים יום, שנאמר ובכתה את אביה ואת אמה ירח ימים, וכן בוכה על דתה ואינו מונעה, ומגדלת את צפרניה, ומגלחת את ראשה כדי שתתגנה בעיניו, ותהיה עמו בבית, נכנס ורואה אותה, יוצא ורואה אותה, כדי שיקוץ בה, ומגלגל עמה כדי שתקבל, אם קבלה ורצה בה, הרי זו מתגיירת וטובלת ככל הגרים וכו' לא רצתה להתגייר מגלגלין עמה שנים עשר חדש, לא רצתה מקבלת שבע מצות שנצטוו בני נח ומשלחה לנפשה, והרי היא ככל הגרים התושבים, ואינו נושאה שאסור לישא אשה שלא נתגיירה עכ"ל.

ולכאורה שיטת הרמב"ם היא הכי מובנת, דהרי לפי דעתו אחרי ביאה ראשונה אין שום חידוש דין ביפת תואר. אולם הגר"מ זצ"ל הקשה דצ"ב בדעת הרמב"ם למה בעינן כל הדינים דגלחה את ראשה וכו' אם בסופו של דבר דינה לגבי גירות ואישות הוא ככל שבויה בעלמא. ונראה לבאר דהרמב"ם הבין דההיתר דביאה ראשונה בשעת גיותה תלוי ועומד בקיום כל הפרשה כולה דכולל ההשתלדות של האדון לשכנע אותה להתגייר. ולפי"ז, אע"פ דאין חידוש בהיתר ביאה שניה אם היא נתגיירה מדעת כדת וכדין, מ"מ כל הפרשה נצרכת כתנאי בביאה הראשונה. ולכאורה זה מדוייק בלשון הרמב"ם (הל"ב) וז"ל וכן בועל אשה בגיותה אם תקפו יצרו, אבל לא יבעלנה וילך לו אלא מכניסה לתוך ביתו עכ"ל, ומשמע מלשונו דאם הוא יבעלנה וילך לו אזי למפרע לא היה היתר בביאה הראשונה.[739] וגם מפורש ברמב"ם לקמן (הל"ה) דהאדון צריך לשכנע אותה להתגייר, וז"ל ומגלגל עמה כדי שתקבל, אם קבלה ורצה בה הרי זו מתגיירת וטובלת ככל הגרים עכ"ל. הרמב"ם הוסיף דמגלגל עמה כדי שתקבל בדומה לעבדים אחרים כדמבואר בהלכות עבדים (פרק ח הלי"ב). ומשמע שכל זה הוי תנאי בהיתר דביאה הראשונה. ומסברא היה אפשר לומר חידוש נוסף, דהיינו דההיתר בביאה ראשונה אינו רק תלוי ועומד בקיום

[739] ולכאורה זה יותר מפורש בדברי המאירי דציטט לשון הרמב"ם אבל הוסיף כמה מלים וז"ל כבר ידעת שכל היוצא למלחמה שראה אשה בשביה וחשקה אם תקפו יצרו עליה מותר לו לבא עליה אף בגיותה על דעת שיכניסה לביתו אבל לא על דעת שיבעלנה וילך לו אבל כל שבדעתו לכנסה מותר לו לבעול ביאה ראשונה בגיותה עכ"ל. ומפורש בדבריו דההיתר דביאה ראשונה הוא "על דעת שיכניסה לביתו אבל לא על דעת שיבעלנה וילך לו".

כל דיני הפרשה וההשתדלות לגיירה, אלא גם תלוי ביצירת אישות עמה אחרי גירותה. אמנם זה נגד פסוקים מפורשים דיש לאדון רשות לשלחה אם הוא אינו רוצה בה לאחר ל' יום.

ובנוגע לגמ' בסוגיין יוצא דשיטת הרמב"ם היא דומה לשיטות הנ"ל. דהרי ביאה ראשונה דיפת תואר צריכה חידוש דין, דהיינו דמכיון דהתורה הפקיעה את חלות שם ביאת זנות מהביאה עם גויה כדמבואר לעיל (כא: ד"ה איבעיא להו כהן מהו ביפת תאר), מסתבר דהתורה כמו"כ הפקיעה את חלות שם ביאת זנות לגבי כהן בזונה. לעומת זאת, ביאה שניה אינה חידוש דהרי לפי הרמב"ם, כמו להתוס', הביאה מותרת רק לאחר חלות גירות גמורה. ולכן, מסברא, ביאה שניה אסורה לכהן ומותרת רק לפי רב בלישנא קמא משום הואיל ואישתריא אישתריא.

ד

היתר ביאה ראשונה

יוצא מהגמ' דלכו"ע נקודת ההתחלה היא דביאה ראשונה דיפת תואר מותרת לכהן, והצד לאסור (לישנא בתרא לפי שמואל) הוא משום גזה"כ. וביארנו דהסברא הוא דביאה ראשונה דיפת תואר אפי' לישראל צריך חידוש דין דמתיר או מפקיע ולכן מסברא י"ל דהחידוש הזה כמו"כ כולל האיסור דזונה לכהן. אמנם יש לעיין, דלעיל בנוגע לאיבעיא דכהן עבד עברי בשפחה כנענית נחלקו רב ושמואל האם כהן מותר בה או לא, אע"פ דהדין הכללי דעבד עברי ושפחה כנענית תלוי בחידוש דין דמתיר או מפקיע. וא"כ צ"ב למה ביפת תואר כו"ע נקטו דהחידוש הכללי דיפת תואר כולל אף היתר לאיסור זונה לכהן, ואילו שמואל סבור דהמתיר המחודש דעבד עברי בשפחה כנענית אינו כולל ההיתר לאיסור זונה לכהן.

ונראה לבאר ע"פ חידוש הרמב"ם בגדר הדין דיפת תואר. דהרי הרמב"ם (פרק ח מהלכות מלכים הל"א) הביא את הדינים דיפת תואר בהלכות מלכים כחלק של רשימה של דברים דבדרך כלל אסורים אלא דמותרים בשעת מלחמה ע"פ גזה"כ, וז"ל חלוצי צבא כשיכנסו בגבול העכו"ם ויכבשום וישבו מהן, מותר להן לאכול נבלות וטרפות ובשר חזיר וכיוצא בו, אם ירעב ולא מצא מה יאכל אלא מאכלות אלו האסורים, וכן שותה יין נסך, מפי השמועה למדו ובתים מלאים כל טוב ערפי חזירים וכיוצא בהן, וכן בועל אשה בגיותה אם תקפו יצרו וכו' עכ"ל. מבואר בדבריו דיש קשר בין ההיתר דכתלי דחזירי (חולין יז.) לבין ההיתר דביאה ראשונה ביפת תואר. והוא גם פסק דיש להם דינים דומים, דהיינו דההיתרים האלו חלין דוקא כשיש לחלוצי הצבא תאוה מסויימת לאכול ולבעול דהרי

הוא נקט "אם ירעב" וגם "אם תקפו יצרו". ולכאורה לולא דברי הרמב"ם היינו אומרים דאין קשר בין הדינים האלה דהרי הם פרשיות שונות בתורה וסוגיות שונות בגמ'. וצ"ל דהרמב"ם הבין דיש דין אחד כללי דהתורה מתירה איסורים דקשורים לדיני קדושה בשעת מלחמה בשיש צורך בדבר, ולכן הותרו בין מאכלות אסורות ובין ביאות אסורות. **ולפי"ז** – דהדין דיפת תואר הוא חלק מהיתר כללי בשעת מלחמה - מובן למה שמואל סבור דכהן עבד עברי אסור בשפחה כנענית אבל כהן שהוא מחלוצי הצבא מותר ביפת תואר. דהרי בביאת עבד עברי בשפחה כנענית התורה התירה איסור מסויים דביאת שפחה ולכן יש לצדד דההיתר או ההפקעה הזאת אינה כוללת איסור אחר דזונה לכהן. אבל ביפת תואר חל היתר ומפקיע כללי דעניני קדושה בשעת מלחמה ולכן מסתבר דההיתר הזה אף כולל את האיסור דזונה לכהן.

וכל זה אתי שפיר לפי הרמב"ם דההיתר דיפת תואר קשור להיתר כללי דחלוצי צבא מותר להן לאכול נבלות וטרפות בשעת מלחמה. אמנם לפי הדעות דנקטו כפשטות הסוגיא דיפת תואר מהווה היתר מסויים כמו ההיתר דעבד עברי בשפחה כנענית אזי הדרא קושיא לדוכתא,[740] למה שמואל חילק בין האיסור זונה לכהן בנוגע לדינים האלו. **ונראה** לבאר דשמואל סבור דכל פעם דחל מתיר מחודש של ביאה מסויימת, אזי מסברא אין לחלק בין איסור אחד לאיסור שני, ולכן מסברא יפת תואר מותרת לכהן בביאה ראשונה. אבל בעבד עברי לשפחה י"ל דאין התורה מתירה ביאה אסורה אלא דמפקיע כל החלות דביאת זנות וממילא סולק האיסור דשפחה. ומכיון דאין חלות מתיר בעבד עברי בשפחה כנענית אין סברא לומר דיש היתר לאיסור זונה לכהן.

ויש להטעים את זה כי בעבד עברי בשפחה כנענית משמע דהתורה לא התירה בסתם את האיסור דביאה עם שפחה באופן ישיר, דהרי מדוייק ברמב"ם דיש חלות אישות מסויימת בין השפחה לבין העבד.[741] דהרמב"ם (פרק ג מהלכות עבדים הל"ה) פסק דהאדון אינו יכול לתת את אותה שפחה לב' עבדים, וז"ל ולא ליתן שפחה אחת לשני עבדיו העברים כדרך שנותן לכנעניים שנאמר יתן לו אשה עכ"ל. ונראה לבאר דאם התורה חידשה דביאת איסור היא מותרת אזי קשה להבין למה ההיתר הזה אינו חל בב' עבדים. אלא משמע דעיקר חידוש התורה הוא דיש חלות יחוד ואישות במקצת בין העבד עברי לבין השפחה וזה יוצר איסור על האדון למסור את השפחה לעבד אחר. וא"כ כל הביאות

[740] וגם עיין ברמב"ן עה"ת (דברים פרק ו פסוק י) דחולק על הרמב"ם בגדר ההיתר דכתלי דחזירי ונקט דהוא היתר מיוחד רק בשעה שכיבשו את ארץ ישראל. ולפי"ז אין קשר כלל בין יפת תואר לבין כתלי דחזירי.

[741] וכן משמע מפשטות הפסוק "אהבתי את אשתי" שהעבד עברי הנרצע אומר.

בין העבד לבין השפחה נעשות בתוך החלות יחוד ואישות הזאת וממילא הם מותרות ואין צורך לחלות מתיר לכל ביאה וביאה.[742]

ה

גירות בע"כ מדין כיבוש

הבאנו לעיל דהרמב"ם נקט דהגירות דיפת תואר צ"ל מדעתה. ויש להעיר דכל זה הוא משום דהיא גדולה ובר דעת. אבל מצינו דאפי' לפי הרמב"ם יש דין גירות בע"כ בקטן.[743] דהרי כתב הרמב"ם (פרק ח מהלכות עבדים הל"כ) וז"ל ישראל שתקף עכו"ם קטן או מצא תינוק עכו"ם והטבילו לשם גר הרי זה גר, לשם עבד ה"ז עבד, לשם בן חורין ה"ז בן חורין עכ"ל. ובכס"מ פירש וז"ל זה פירש רבינו על מה שאמרו פ"ק דכתובות אמר רב הונא גר קטן מטבילין אותו על דעת ב"ד עכ"ל. והקשה הגר"ח זצ"ל שהרי הרמב"ם כבר הביא את הדין דגר קטן (פרק יג מהל' איסורי ביאה הל"ז) וז"ל גר קטן מטבילין אותו על דעת ב"ד דזכות היא לו עכ"ל. ומדוע הביא את הדין פעם שנית בהלכות עבדים. ועוד הקשה דצ"ע בשינוי לשון הרמב"ם דבהלכות איסורי ביאה פסק דמטבילין גר קטן ע"ד ב"ד דזכות היא לו וזכין לאדם שלא בפניו. ומבואר דהגירות חלה מדין זכין, וכן משמע מדברי הרמב"ם (פרק י מהלכות מלכים הל"ג) דאם היה גר קטן שהטבילו אותו ע"ד ב"ד יכול למחות בשעה שיגדיל ואם לא מיחה הרי זה גר צדק. ומבואר דחלה גירות דגר קטן מדין זכין לאדם שלא בפניו ומשו"ה משהגדילו יכולים למחות כדין כל זכין לקטן דמשהגדילו יכולין למחות. וצ"ע דהרמב"ם השמיט כל זה במש"כ בהלכות עבדים ומסתימת לשונו בהלכות עבדים משמע דבתקף עכו"ם קטן והטבילו לשם גירות אינו יכול למחות כשיגדיל. ועוד הקשה הגר"מ זצ"ל דבהלכות עבדים הרמב"ם פסק דיכול להטבילו בע"כ לשם עבד וע"כ דזה אינו מדין זכין דאיזו זכות היא להיות עבד.

ואמר הגר"ח זצ"ל דע"כ מוכח מזה דהם שני דינים נפרדים, דיש דין גירות לגר קטן מדין זכין לאדם שלא בפניו, ומש"כ הרמב"ם בהלכות עבדים דין בפ"ע הוא דיכולים

[742] ורבינו זצ"ל הוסיף דהחידוש דחלות יחוד בין העבד עברי והשפחה גם עולה מדברי המנחת חינוך בנוגע לדין רבו מוסר לו שפחה כנענית. ולכאורה כוונת רבינו זצ"ל לדברי המנחת חינוך בביאור דעת הריטב"א (יד: ד"ה מוכר את עצמו) דאפי' אם אין לעבד אשה ובנים עדיין הוא מותר בשפחה כנענית, אלא דאין רבו יכול לכפותו. והקשה המשנה למלך (פרק ג מהלכות עבדים הל"ג) דהאיך אפשר לומר דעבד דאין לו אשה ובנים מותר בשפחה כנענית, הרי מבואר בתמורה (ל.) דביאה כזאת יוצרת חלות שם אתנן. והמנחת חינוך (מצוה תקעא אות י') תירץ דאע"פ דעבד דאין לו אשה ובנים מותר בשפחה כנענית מ"מ עדיין חל במעשה ביאה חלות שם ביאת זנות ומחילה חלות שם אתנן זונה. אבל כשיש לו אשה ובנים אזי רבו מוסר לו שפחה כנענית ואין כאן ביאת זנות כלל. ולכאורה כוונת רבינו זצ"ל היא דכשאין לו אשה ובנים אזי התורה חידשה רק חלות מתיר דביאת זנות, אבל אם יש לו אשה ובנים אזי רבו מוסר לו שפחה כנענית ויש חלות אישות במקצת.

[743] וע"ע בכל זה ברשימות שיעורים ליבמות (מה: קונטרס בענין גירות, אות טו).

לגייר קטן בע"כ ע"י תקיפה. והוא דין מסוים דגירות מדין כיבוש. ומקור דין גירות מדין כיבוש הוא בירושלמי (יבמות פרק ח הל"א והובא ברמב"ן ביבמות מז: ד"ה הא רשב"א) וז"ל עבד איש אתה מוהלו על כרחו בן איש אין אתה מוהלו על כרחו, ר' יוחנן בעי הא בן קטן אתה מוהלו על כרחו אפילו בנו של אורכנוס ר' חזקיה בשם ר' ביגי מצא תינוק מושלח הטבילו לשום עבד את מוהלו לשום עבד לשום בן חורין את מוהלו לשום בן חורין וכו' עכ"ל. ומבואר בדברי הירושלמי דחל דין גירות בע"כ מדין כיבוש, ובמצא תינוק מושלח יכול לגיירו בע"כ ולהטבילו לשם עבד בע"כ מדין כיבוש משום שהוא כבוש תחת ידו, וכיבוש אינו דוקא כיבוש מלחמה.[744] ונראה דמשו"ה דקדק הרמב"ם בהלכות עבדים וכתב "ישראל שתקף עכו"ם קטן או מצא תינוק עכו"ם והטבילו לשם גר וכו'", דמיירי בדין גירות מדין כיבוש והוא דין בפ"ע של גירות.[745]

ובזה מיושב כל מה שהקשינו בדברי הרמב"ם, דהרמב"ם פסק ב' דינים נפרדים. דבהלכות איסו"ב פסק דין גירות דגר קטן דמגיירין אותו מדין זכין לאדם שלא בפניו. ובדין גירות שמדין זכין קי"ל דהגדילו יכולין למחות (וכדפסק לגבי גר קטן בפ"י מהל' מלכים ה"ג). אולם יש עוד דין בפ"ע דגירות מדין כיבוש וזהו ההלכה שפסק בהלכות עבדים, ודין גירות שמדין כיבוש חל בע"כ ואין בזה ההלכה דהגדילו יכולין למחות. ובדין גירות מדין כיבוש יכול להטביל התינוק בע"כ לשם עבד ואע"פ שלהיות עבד אינו נחשב כזכות בשבילו.

אבל הדין הזה דגירות מדין כיבוש חל רק בעכו"ם קטן דהרי ביפת תואר הרמב"ם נקט דהיא רק מתגיירת מדעתה אע"פ דהיא שבויית מלחמה. וצ"ל דהרמב"ם חילק בין גוי קטן לבין גוי גדול וסובר דדין גירות מדין כיבוש חל רק בקטן ולא בגדול, וכפי שדקדק בלשונו כשהביא דין גירות מדין כיבוש (בפרק ח מהלכות עבדים ה"כ) "ישראל שתקף עכו"ם קטן או מצא תינוק עכו"ם וכו'". והביאור בזה דיסוד הדין דגירות בע"כ אינו דלא בעינן קבלת עול מצוות והגירות חלה בלי מעשה דקבלת עול מצוות, אלא דקבלת מצוות של הישראל עבורו מתייחסת אל הגר, דמאחר שהוא כבוש תחת יד הישראל וביד הישראל לכופו לקיים מצוות אמרינן דקבלת המצוות של הישראל חלה בעד העבד. וי"ל דכ"ז בקטן שאין לו דעת ולכן דעת האדון שכבשו חלה עבורו, משא"כ בגוי גדול שיש לו דעת לא מהני דעת האדון עבורו ואינו מתגייר אלא מדעתו.

[744] ועיין בחידושי הגר"מ הלוי (פרק ט מהל' עבדים ה"ה).
[745] ועיין באו"ש (פרק ח מהלכות עבדים הל"כ) שג"כ ביאר הרמב"ם והירושלמי כנ"ל.

ועפי"ז נראה לפרש מש"כ רש"י (כתובות יא. ד"ה על דעת ב"ד) וז"ל אם אין לו אב ואמו הביאתו להתגייר עכ"ל. וצ"ב מדוע נקט רש"י דאין לו אב.[746] ונראה לבאר ע"פ היסוד דכיבוש דאם האב קיים ואינו רוצה לגיירו אזי אין רשות לב"ד לגיירו אפי' אם אמו רוצה. דהרי הקטן העכו"ם כבוש תחת יד אביו ואין הב"ד יכולים לגיירו נגד דעת האב הכובש. ולכן רש"י ביאר דאין האב קיים ואמו רוצה בגיור ומפני זה יש רשות לב"ד לגיירו מדין זכין. וגם יתכן לבאר דעת רש"י באופן אחר, דהיינו דכל הסוגיא דגירות ע"פ דעת ב"ד מדין זכין נצרך רק היכא דהאב אינו בחיים. אבל אם האב קיים והוא מביא את בנו לב"ד אזי מכיון דהבן כבוש תחת ידו אין צורך לדעת ב"ד והגירות חלה מדין כיבוש דהאב.

ואע"פ דרש"י והרמב"ם סבורים דיש נ"מ בגירות דקטן מדין כיבוש, לכאורה אין הכרח לומר דהרמב"ם הסכים עם רש"י. דהרי הרמב"ם איירי דהכובשים הם הישראל או הב"ד המגיירים ויתכן דרק הם יכולים לגייר מדין כיבוש, אבל האב העכו"ם, אע"פ דבנו כבוש תחת ידו, מ"מ אין לזה נ"מ לדיני גירות. ואילו רש"י הבין דיש נ"מ בהלכות גירות לזה דעכו"ם קטן כבוש תחת יד אביו העכו"ם.

וגם נראה דהתוס' ג"כ נקטו דיש גירות דקטן מדין כיבוש בהיכי תמצי מסויים. דהרי התוס' (כתובות יא. ד"ה מטבילין) נקטו דלפי המ"ד דזכייה מטעם שליחות ואינה קיימת בקטן אזי צ"ל דכל הגירות דגר קטן הוא מדרבנן מדין ב"ד עוקרין דבר מן התורה בקום ועשה. אבל התוס' הקשו על עצמם דמבואר בגמ' סנהדרין (סח:) דיש חלות של גר קטן מדאורייתא, ותירצו דזה איירי רק במעוברת דנתגיירה, וז"ל והא דאמרי' ברישׁ בן סורר (סנהדרין דף סח: ושם) גבי גזל הגר אם אין לאיש גואל איש אתה צריך לחזור אחריו אם יש לו גואל אבל קטן אי אתה צריך לחזור אחריו כו' משכחת לה גר קטן מן התורה במעוברת שנתגיירה כדאמרי' בפרק הערל (יבמות דף עח. ושם) עובדת כוכבים מעוברת שנתגיירה בנה אין צריך טבילה והוי גר מן התורה דישראל גמור הוא עכ"ל.

והקשה הגרע"א זצ"ל בחידושיו לכתובות (יא.) דהיאך תירצו תוס' את קושייתם שהרי אע"פ שהעובר טבל מ"מ אינו בר דעת להתגייר. דבשלמא למ"ד עובר ירך אמו י"ל דדעת האם מועילה לעובר, אמנם למ"ד עובר לאו ירך אמו צ"ב, דע"כ צ"ל שאמו זכתה לו את הגירות, וא"כ הדרא קושיא לדוכתא שהרי התוס' נקטו דגירות מדין זכייה חלה רק מדרבנן. ותירץ מרן הגר"ח זצ"ל דהנה ביבמות (צז:) איתא ששני אחים תאומים גרים שהורתם שלא בקדושה ולידתם בקדושה חייבים משום אשת אח. וצ"ע שאם עובר לאו ירך אמו וכל אח ואח התגייר בפני עצמו בבטן אמו, למה נחשבין כאחין המחויבים

[746] ועיין בשטמ"ק (כתובות יא.) דהביא כמה ביאורים בראשונים בדעת רש"י.

משום אשת אח, והרי גר שנתגייר כקטן שנולד דמי. ומכאן מוכח שאע"פ שעובר לאו ירך אמו ושכל עובר ועובר טובל בעצמו (דגוף האם אינו חוצץ בטבילת העובר וכדאיתא ביבמות עח:) מ"מ כל זה בנוגע למעשה הטבילה, אמנם בנוגע לחלות הגירות אין כאן שתי חלויות של גירות שונות שחלין בעובר ובאם אלא שחלות גירות אחת בלבד חלה באם ובעוברה. והביאור בזה כי עובר לאו ירך אמו קובע רק שהחפצא של העובר מהוה חפצא של גוף בפני עצמו ואינו החפצא של האם, וע"כ עפ"י דין חלין שתי מעשה טבילה נפרדים בגוף האם ובגוף העובר, ואילו בחלות שם גברא י"ל שאין העובר גברא מופרד מהאם, אלא שהאם והעובר מהווים עפ"י דין גברא אחד, ומשום דגברא אחד הם דעת האם להתגייר הויא נמי דעת העובר בלי דין זכייה, ומשום כך חלות גירות אחת חלה באותו גברא - בהאם ובעוברה. ולפיכך שני עוברים תאומים שנתגיירו בבטן אמם הרי הם אחים מן האם משום שנתגיירו בגירות אחת ביחד עם אמם.[747]

אבל ע"פ הנ"ל דיש מושג דגירות מדין כיבוש י"ל באופן אחר ושלא כהגר"ח זצ"ל. דהיינו, דהתוס' נקטו דהעובר כבוש תחת אמו שמעוברת והיא מתגיירת להיות ישראלית, ונמצא שהעובר כבוש תחת יד ישראלית אמו ועל כן אמו יכולה לגיירו בע"כ, ואין הגירות של העובר חלה מדין זכין לאדם שלא בפניו. ויוצא דלפי"ז אפי' אם התוס' חולקים על הדין דהרמב"ם דישראל שתקף או מצא גוי עכו"ם יכול לגיירו מדין כיבוש וגם חולקין על הפירוש השני שנתבאר בדעת רש"י דהאב העכו"ם יכול לגייר את בנו מדין כיבוש, מ"מ הם נקטו דלכל הפחות יש לאם דין כובשת על העובר שבתוך מעיה ויכולה איפוא לגיירו.[748]

ו

גירות בע"כ לפי התוס'

יוצא מכל הנ"ל דלפי הרמב"ם אין גירות דיפת תואר בע"כ חלה כשהיא גדולה. מאידך התוס' (כא: ד"ה בביאה שניה) נקטו דגירותה חלה בע"כ, ולעיל ביארנו דזה הוי חידוש התורה דיפת תואר. אבל לפי הנ"ל גם יתכן לבאר בדעת התוס' דגירות בע"כ חל כדין כללי דכל היכא דישראל כובש גוי במלחמה הוא יכול לגיירו בע"כ. ואם זה נכון צ"ל דלפי התוס' אין חידוש בזה דאפשר לגייר היפת תואר בע"כ, וכל הדינים המיוחדים

[747] ועיין ברשימות שיעורים למס' יבמות (דף מה: קונטרס בענין גירות אות טז).
[748] והא דנחשבין כאחין מן האם אינו משום הגירות אלא משום הלידה שנולדו מאותה אם.

והחידוש דיפת תואר נצרכים אך ורק לאישות בע"כ.[749] ולכאורה, ב' הפירושים האלו בדעת התוס', אם יש דין כללי של גירות בע"כ מדין כיבוש, תלויים בגדר דקנין כיבוש מלחמה (גיטין לח.). דהרי בגמ' הדין הזה מופיע בנוגע לקנין ממון, דהכובש קונה את כל מה דכבוש תחת ידו. ויש לעיין האם יש לקנין הזה נ"מ גם בדיני איסור והיתר עד כדי כך דהכובש יכול לגייר מי דכבוש תחת ידו בע"כ.

ואם באמת נחלקו הרמב"ם והתוס' בנוגע לגירות בע"כ מדין כיבוש, לכאורה יוצא מזה נ"מ גדולה האם מלך ישראל דכובש ארצות יכול לכפות את בני המדינה דכבושים תחת ידו לגייר, דלפי התוס' יתכן דמהני. אמנם אפי' לפי התוס' דיתכן דהגירות חלה כמו ביפת תואר, מ"מ אינו ראוי לעשות כן כמו דביארו התוס' ביבמות (מח. תוד"ה אלא עבד) בדעת רבי שמעון בן אלעזר דאע"פ דגירות בע"כ חלה בעבד, מ"מ אין לעשותו בפועל, וז"ל ואומר ר"י דתקנת חכמים היא שלא יכשיל את רבו באיסור והיתר כיון דאין מקבל עליו עול מצות ועוד דאין טוב לחייבו במצות מאחר דאין חפץ לקיימם עכ"ל.

ז

עוד בדין גירות בע"כ לפי התוס'

ולכאורה יש להוכיח מהגמ' ביבמות (מז:-מח.) דאין דין כללי של גירות בע"כ מדין כיבוש. דהרי הגמ' הביאה מחלוקת התנאים בנוגע לגירות דעבד בע"כ, וז"ל דתניא ובכתה את אביה ואת אמה וגו', בד"א שלא קבלה עליה, אבל קבלה עליה מטבילה ומותר בה מיד, ר"ש בן אלעזר אומר אע"פ שלא קבלה עליה כופה ומטבילה לשם שפחות, וחוזר ומטבילה לשם שחרור, ומשחררה ומותר בה מיד עכ"ל. ונחלקו האמוראים בהבנת מחלוקת התנאים. דבתחילה הגמ' הביאה דעת רב ששת דהמחלוקת הזאת קאי בכל עבד ושפחה, ואולם הגמ' הסיקה כדעת רב פפא דהמחלוקת היא רק ביפת תואר ועבד דנקנה מעכו"ם, ואילו עבד דנקנה מישראל מטבילין אותו בע"כ לכו"ע, וז"ל מתקיף לה רב פפא אימור דשמעת להו לרבנן ביפת תואר דלא שייכא במצות, אבל עבד דשייך במצות הכי נמי דאפי' רבנן מודו, דתניא אחד גר ואחד לוקח עבד מן העובד כוכבים צריך לקבל, הא לוקח מישראל אין צריך לקבל, מני אי רבי שמעון בן אלעזר, האמר לוקח מן העובד כוכבים נמי אין צריך לקבל, אלא לאו רבנן, וש"מ, דלוקח מן העובד כוכבים צריך לקבל, אבל לוקח מישראל אין צריך לקבל עכ"ל.

[749] רבינו זצ"ל נקט דהאדון יכול לקחתה לאשה בע"כ. וכן נקט הגאון הרב מנחם זמבא זצ"ל (שו"ת זרע אברהם ריש סימן כב). אבל העיר (עיי"ש בהמשך התשובה) דספר המקנה (כב. רש"י ד"ה ליקוחין) הבין כדבר פשוט דאין הקידושין חלין בע"כ דהרי לא מצינו אישות בע"כ חוץ מיבום.

ולכאורה צ"ב באיזה טבילה דעבד איירי, בטבילה ראשונה לשם עבדות או בטבילה שניה כשיוצא לחירות. ומרהיטת הסוגיא (יבמות מח.) משמע דפליגי בטבילה ראשונה לשם עבדות דהרי רבא הביא מקור לשיטת רשב"א דלא בעינן קבלה מפסוק דאיירי בתחילת העבדות, וז"ל אמר רבא מאי טעמא דרבי שמעון בן אלעזר דכתיב כל עבד איש מקנת כסף, עבד איש ולא עבד אשה, אלא עבד איש אתה מל בעל כרחו, ואי אתה מל בן איש בעל כרחו עכ"ל. ומכיון דמילת העבד נעשית בתחילת העבדות משמע דפליגי בתחילת העבדות, דרשב"א סבור דמטבילין אותו לשם עבד בע"כ והחכמים סבורים דבעינן קבלתו. אבל עיין ברש"י (מז: ד"ה אבל עבד, וד"ה כופה ומטבילה) דמשמע מדבריו דפליגי נמי בטבילה שניה, דהיינו דהחכמים סבורים דאין מטבילין עבד בע"כ להיות ישראל גמור בתורת עבד משוחרר, לעומת רשב"א דסבור דהאדון יכול לכפותו להשתחרר ולהיות ישראל גמור. ולכאורה צ"ב, דאם מבואר בגמ' דפליגי בטבילה ראשונה, למה רש"י ביאר דפליגי בטבילה שניה לשם שחרור. וכבר הקשה כן המהרש"א (מח. ד"ה אמר רבא).

ונראה דרש"י הבין דנחלקו התנאים בשתי הטבילות, ושתי המחלוקות תלויות זו בזו. דהיינו, דטבילה שניה מהווה המשך וגמר דטבילה ראשונה ולכן דיני טבילה ראשונה גם קיימים בטבילה שניה. ונחלקו התנאים ביסוד דגירות העבד, האם בעינן דעת העבד לקבלת עול מצוות כמו בגירות דעלמא, או"ד חל דין חדש של גירות דעבד דהאדון יכול להכריחו להתגייר במילה וטבילה לחוד בלי קבלת עול מצוות. ורש"י הבין דלפי רשב"א גירות דעבד מהווה דין חדש, והדין החדש הזה שייך בין בטבילה הראשונה ובין בטבילה השניה דמהווה המשך לטבילה הראשונה. וזה לעומת החכמים דנקטו דאין כאן דין חדש של גירות וצריך קבלת עול מצוות בין בטבילה הראשונה ובין בטבילה שניה.[750]

ולכאורה יוצא מתוך הסוגיא דאין דין כללי דהכובש יכול לגייר את הכבוש בע"כ. דהרי לפי החכמים דפסקינן כוותייהו אין מטבילין עבד בתחילה בע"כ לשם גירות. וכן פסק הרמב"ם (פרק ח מהלכות עבדים הלי"ב) וז"ל הקונה עבד מן העכו"ם סתם ולא רצה למול ולקבל מצות העבדים מגלגלין עמו כל שנים עשר חדש ואם לא רצה חוזר ומוכרו לעכו"ם או לחוצה לארץ, ואם התנה העבד עליו תחלה שלא ימול ה"ז מותר לקיימו כל זמן שירצה בגיותו ומוכרו לעכו"ם או לח"ל עכ"ל. וכן איתא בהלכות איסורי ביאה (פרק יד הל"ט). ורק טבילה שניה מהני בלי דעת העבד מכיון דכבר קיבל על עצמו בטבילה ראשונה

[750] לכאורה כל זה לפי רב ששת דנקט דנחלקו בכל עבד. אבל לפי רב פפא דהלוקח עבד מישראל אפי' החכמים מודים דא"צ לקבל, אזי יוצא דלפי החכמים טבילה ראשונה אינה יכולה להיות בע"כ אבל טבילה שניה יכולה להיות בע"כ, דלא כביאור דרבינו זצ"ל כאן.

כדמבואר ברמב"ם (פרק יג מהלכות איסורי ביאה הלי"ב) וז"ל כשישתחרר העבד צריך טבילה אחרת בפני שלשה ביום שבו תיגמר גירותו ויהיה כישראל, ואין צריך לקבל עליו מצות ולהודיעו עיקרי הדת שכבר הודיעוהו כשטבל לשם עבדות עכ"ל. ואפי' לרשב"א דהאדון יכול להטביל את העבד בע"כ, כל זה רק מחיל על העבד חלות עבדות אבל לא חלות גירות גמורה כמו דמצינו ביפת תואר. ומשמע דאפי' לפי התוס' דיש גירות בע"כ ביפת תואר, דכל זה הוי דין מיוחד ביפת תואר אבל דין זה אינו חל בכל מי דכובש גוי. ולפי"ז מובן למה בעינן כל הדינים דיפת תואר כמו וגלחה את ראשה וכדומה, מכיון דהדינים האלו קשורים לחידוש דין דגירות בע"כ.

אמנם יש לדחות את הראיה מהגמ' ביבמות. דהרי התוס' פירשו דכל הסוגיא איירי בעבד דנקנה מגוי ולא בגוי דכבוש בשעת מלחמה. דרק בעבד הנקנה מגוי דאין דין כיבוש חל עליו, אזי לפי רשב"א הטבילה בע"כ גורם לחלות עבדות ולפי החכמים אין דין דטבילה בע"כ חל כלל. אמנם י"ל דהתוס' ס"ל דכל גוי דנכבש במלחמה של עם ישראל כמו היפת תואר, דאזי חל דין כיבוש והאדון הכובש יכול לגיירו בע"כ כמו היפת תואר. ואע"פ דמשמע מהסוגיא כפירוש הראשון, דהיינו דאין דין כללי של גירות בע"כ מדין כיבוש אפי' לפי התוס', אבל יש לדחוק כמו הצד השני.

וכל זה יתכן מסברא, אבל מלשון התוס' עצמם ביבמות מוכח דגירות בע"כ הוי דין מיוחד ביפת תואר ולא בכל מי דכבוש תחת יד ישראל. דהרי איתא בגמ' ביבמות דבן איש אי אתה מל בע"כ. והתוס' (מח. ד"ה אלא עבד) הקשו דפשיטא דלא מגיירין בן איש, דהיינו סתם עכו"ם, בע"כ, וז"ל ונראה דלא צריך קרא למידרש מיניה ואי אתה מל בן איש בעל כרחו דממילא ידעינן שלא יגיירוהו בעל כרחו ועוד דמיפת תואר שמעינן דאין מלין גר בעל כרחו דהא יפת תואר אין מטבילין אותה בעל כרחה מדאיצטריך רחמנא להמתין לה שלשים יום ובקבלה עליה אין צריך להמתין עכ"ל. מבואר מלשונם דכל הדינים דיפת תואר נצרכים לגירות בע"כ עצמה ולא רק לאישות בע"כ. ונמצא דלפי התוס' התורה חידשה דין מיוחד ביפת תואר דגירות בע"כ מדין כיבוש ע"י כל דיני יפת תואר דאינו שייך בכל כיבוש אחר.

והנה הבאנו את הרמב"ם בהלכות עבדים דאין גירות בתחילת העבדות בע"כ דהעבד. אבל לכאורה יש סתירה לזה מדברי הרמב"ם בלכות איסורי ביאה (פרק יג הלי"א) וז"ל כשם שמלין ומטבילין את הגרים כך מלין ומטבילין את העבדים הנלקחים מן העכו"ם לשם עבדות, הלוקח עבד מן העכו"ם וקדם העבד וטבל לשם בן חורין קנה עצמו, והוא שיאמר בעת טבילה הריני טובל בפניכם לשם גירות, ואם טבל בפני רבו אינו צריך

לפרש אלא כיון שטבל נשתחרר לפיכך צריך רבו לתקפו במים עד שיעלה והוא תחת שיעבודו ומודיעו בפני הדיינין שלשם עבדות מטבילו, ואין העבד טובל אלא בפני שלשה וביום כגר שמקצת גירות הוא עכ"ל. ומזה דרבו תקפו במים משמע דהטבילה הראשונה והמקצת גירות דהעבד נעשית בע"כ. ובפשטות י"ל דהתם מיירי דיש לעבד דעת לקבל על עצמו מצוות התורה והאדון תקפו במים כדי שתהא טבילה לשם עבדות. כלומר, דמעשה הגירות לעבדות נעשה בע"כ, אך עכ"ז העבד קיבל על עצמו המצוות ברצון.

ח

יפת תואר ושחיטה

כשהגמ' (כב.) רצתה לבאר את יסוד ההיתר דיפת תואר, היא השווה את הדין דיפת תואר לדיני שחיטה וז"ל מוטב שיאכלו ישראל בשר תמותות שחוטות ואל יאכלו בשר תמותות נבילות עכ"ל. משמע מהגמ' דיש קשר מסויים בין שחיטה לבין הדין דיפת תואר. ונראה לבאר ע"פ דברי הרמב"ם (פרק ב מהלכות שאר אבות הטומאה הל"ב) דשחיטת גוי מטהר מטומאת נבילה אבל אינה מתירה את הבשר באכילה, וז"ל שחיטת עכו"ם נבילה ומטמאה במשא ואפילו ישראל עומד על גביו, ואם שחט בסכין יפה שחיטה כראוי אחד העכו"ם ואחד הכותי או גר תושב שחיטתן נבילה, וקרוב בעיני שאף זה מדברי סופרים שהרי טומאת ע"ז וטומאת תקרובתה מדבריהם כמו שיתבאר, ובגלל ע"ז נתרחקו הכותים ונאסרה שחיטתן, וא"ת והלא היא אסורה באכילה דין תורה, לא כל האסור באכילה מטמא שהרי הטריפה אסורה וטהורה, וא"א לחייב כרת על טומאה זו על ביאת מקדש ואכילת קדשיו אלא בראיה ברורה עכ"ל. ונראה לבאר דלפי הרמב"ם יש ב' דינים בשחיטה: א) חלות מתיר דהבשר, ב) חלות דמפקיע שם נבילה דמטהר מהטומאה. וכשישראל שוחט אזי ב' הדינים דשחיטה חלין בבת אחת ולכן הבשר טהור ומותר באכילה. אבל שחיטת גוי רק מפקיע שם נבילה ואינה מתירה את הבשר באכילה.[751]

וכמו"כ ביפת תואר ביארנו דיש חלות מתיר וחלות מפקיע. דבביאה ראשונה התורה חידשה חלות מתיר דביאת גויה, לעומת הביאה השניה דהתורה הפקיעה את כל המושג דביאת גויה ע"י גירות בע"כ (שיטת התוס'), או מחמת חלות אישות מיוחדת (לפי הרמב"ן). ומכיון דיפת תואר דומה למעשה שחיטה דיש בה גם מתיר וגם מפקיע, הגמ' השווה אותם.

[751] ועיין ברשימות שיעורים לב"ק (עח: ד"ה בעי רבא אות ג') ובשיעורי הרב – שחיטה, מליחה, בב"ח, תערובת (סי' יד).

דף כב.

ט

גמ'. ולקחת, ליקוחין יש לך בה.

הבאנו לעיל את דעת הרמב"ן דחלות האישות ביפת תואר נוצרה רק ע"י ביאה ולא בכסף ושטר מכיון דמעיקר הדין היא עדיין גויה ואין קידושין תופסין בה, וז"ל "ואחר כן תבוא אליה ובעלתה" - אמרו בספרי (תצא יג) אין לך בה אלא מצות בעילה, נתכוונו לומר שאין קדושי כסף ושטר תופסין בה וגם הבעילה לא לשם קדושין, שדינה עדיין כעובדת כוכבים שאין קדושין תופסין בה, אלא שיתיר לו בעילתה עכ"ל. ובסופו של דבר גם הרמב"ן מודה דחלות אישות נוצרה ע"י ביאה כדמבואר בגמ' דליקוחין יש לך בה. אמנם לכאורה פשיטא דהתוס' והרמב"ם חולקים על הרמב"ן וסבורים דהליקוחין יכול להיות ע"י כסף ושטר עם דעת לקידושין. דהרי לפי התוס' היא גיורת גמורה ע"י גירות בע"כ, ולפי הרמב"ם ביאה שניה מותרת רק אם היא נתגיירה מדעת. בין כך ובין כך, היא ישראלית גמורה וכל דיני קידושין שייכם לה.

י

רש"י ד"ה שלא ילחצנה – לבא עליה.

רש"י נקט דאין ביאה ראשונה מותרת בשעת מלחמה כלל אלא לאחר חודש, והתוס' (ד"ה שלא) העירו שזה כדעה אחת בירושלמי. אבל התוס' הקשו דא"כ היאך רש"י הבין את הגמ' בסנהדרין (כא.) דתמר היתה בת יפת תואר ולכן היתה מותרת מעיקר הדין לאמנון. דהרי לפי רש"י דביאה ראשונה מותרת רק לאחר גירותה, אזי תמר היתה בת דוד והוי אחות אמנון מהאב.

ונראה לבאר דרש"י עצמו תירץ את הקושיא הזאת בפירושו לסנהדרין (כא. ד"ה תמר) וז"ל תמר - אחות אבשלום בת יפת תואר היתה, קודם שנתגיירה בלב שלם מעכה אמו ילדה לו לדוד את תמר, והיתה אצלו בתורת יפת תואר עכ"ל. ומשמע מדבריו דאע"פ דדוד בא על מעכה לאחר הגירות שלה, מכיון דהגירות לא היתה בלב שלם, תמר אינה נחשבת ע"פ דין כבת דוד. וזה עולה בקנה אחד עם דברי רש"י בסוגיא דידן לגבי חלות האישות דיפת תואר. דאיתא בגמ' וז"ל ולקחת, ליקוחין יש לך בה עכ"ל, ורש"י (ד"ה ליקוחין) ביאר וז"ל קידושין תופסין ואע"פ שהיתה עובדת כוכבים שהרי אינה מתגיירת מדעתה עכ"ל. גם בדבריו כאן, רש"י הדגיש דהיא עדיין גויה מכיון דלא גיירה מדעתה ואעפ"כ התורה מחדשת דחלה חלות אישות ביניהם.

ויוצא מרש"י חידוש נפלא, דהיינו דאפי' לאחר ל' יום והאדון יכול לישא אותה כאשה ויש חלות אישות ביניהם, מ"מ היא עדיין נחשבת כגויה ובנה ג"כ הוי גוי. וזהו הטעם דתמר היתה מותרת לאמנון אע"פ דהיא נולדה ממעכה אחר הל' יום דיפת תואר, דאע"פ דמעכה נחשבת כאשת דוד וליקוחין יש לך בה, מ"מ הגירות שלה אינה גמורה ותמר נולדה כגויה ורק נתגיירה לאחר מכן.[752]

ויוצא מזה דשיטת רש"י דומה לדעה אחת ברמב"ן לעיל דהגירות בע"כ של יפת תואר אינה חלה, וחלות הגירות שלה רק נוצרה כתוצאה של חלות האישות דהתורה חידשה. ולכן הרמב"ן נקט דכשהאישות מתבטלת היא חוזרת להיות גויה ולא בעי גט. אבל לכאורה לפי הרמב"ן כשהאישות קיימת היפת תואר נחשבת כישראלית ובנה נחשב כישראל לכל דבר. אמנם רש"י מוסיף דאע"פ דיש לה חלות אישות עם ישראל, מ"מ בנה ממנו אינו ישראל וצריך גירות בעצמו. אבל לכאורה נראה אפי' לרש"י דהיפת תואר עצמה צריכה לשמור עול מצוות התורה כשהיא בבית בעלה, וכמו דנקט הרמב"ן.[753]

גמ'. ת"ר ואם אמר יאמר עד שיאמר וישנה.

לכאורה יש להקשות למה בעינן כל הדין דרציעה, דהרי העבד יכול לצאת לחירות ואח"כ למכור את עצמו שוב לאותו אדון. ובשלמא לדידן דמוכר עצמו אינו מותר בשפחה כנענית אזי שפיר יש נ"מ בין עבד נרצע ועבד דמוכר את עצמו. אבל לפי ר"א (לעיל יד:) דגם מכר עצמו מותר בשפחה כנענית למה צריך כל החידוש דרציעה, וצ"ע.[754]

גמ'. אמר רבא בתחילת פרוטה אחרונה, בסוף פרוטה אחרונה.

א

ביאור הגמ'

מבואר בגמ' דיש גזה"כ דהעבד אינו נרצע אם רק בסוף פרוטה האחרונה הוא אומר דרוצה להשאר עבד. ומשמע מזה דבלי הגזה"כ, מסברא היינו אומרים שאפי' בסוף פרוטה האחרונה שלו עדיין יש לו שם עבד והוא יכול לומר דהוא רוצה להרצע ולהמשיך את חלות העבדות. ונראה דביאור ההו"א הזה תלוי במחלוקת הראשונים בגדר קנין הגוף דעבד עברי. דלפי הרמב"ן דיש לאדון קנין איסור בעבדו, ההו"א שפיר מובן דהרי אע"פ

[752] וכן ביאר האבני מילואים (סימן ד סקי"ב) בדעת רש"י וז"ל ובשטת רש"י נראה דס"ל דאע"ג דאמרה תורה ולקחת ליקוחין יש לך בה אינו אלא גזירת הכתוב דהיא אין לה אלא דין גויה כיון דבע"כ ניירה אלא דאפ"ה יש לך בה קידושין עכ"ל.

[753] אך צ"ע בזה דאולי היא גיורת רק בנוגע להיתר ביאה ותו לא.

[754] וי"ל דנ"מ דנרצע אינו עובד את הבן ואילו מוכר עצמו עובד את הבן. ועוד נ"מ להענקה, דנרצע אינו מקבל הענקה עכשיו דלא יצא לחירות כלל כשנרצע. ואילו אם יצא לחירות ואח"כ מוכר עצמו מקבל הענקה עכשיו כשיוצא לחירות.

דלא נשאר פרוטה בקנין הממון דהאדון, מ"מ היינו חושבים דהוא יכול להמשיך תחת אדונו מכיון דהוא עדיין תחת בעלות אדונו לגבי קנין האיסור. מאידך לפי התוס' דיש לאדון רק בעלות בדיני ממונות על העבד לכאורה קצת קשה, דאם אין לאדון קנין איסור בעבדו ולא נשאר פרוטה מהקנין ממון שלו, מה ההו"א דהעבד יכול להמשיך בעבדותו.

ונראה לבאר דאע"פ דפרוטה הוי שיעור בשם ממון, מ"מ אפשר להיות הבעלים על פחות משו"פ. וזה מוכח מדברי הרמב"ם (ריש הלכות גניבה) דיש איסור דאורייתא בגניבת פחות משו"פ, וז"ל כל הגונב ממון משוה פרוטה ומעלה עובר על לא תעשה שנ' לא תגנבו וכו' אסור לגנוב כל שהוא דין תורה עכ"ל. ונחלקו המפרשים בביאור הדין דפחות משו"פ בגניבה. דהרי המגיד משנה (שם) ביאר וז"ל ודין שוה פחות מפרוטה בממון כדין חצי שיעור באיסורין עכ"ל. אבל הגר"ח זצ"ל דחה את המ"מ ונקט דחצי שיעור אינו שייך בפחות משו"פ דהרי פרוטה הוי שיעור בחלות שם ממון, אלא דבנוסף לעיקר הלאו דלא תגובו דחל בשו"פ, יש לאו טפל של גניבת פחות משו"פ.[755] אבל בין להמגיד משנה ובין להגר"ח זצ"ל יש איסור דאורייתא בגניבת פחות משו"פ, ופשיטא דאם אין בעלות על פחות משו"פ בודאי אין איסור דאורייתא בגניבתו. וגם לא מצינו דבעינן דהאתרוג תהא שו"פ כדי לקיים מצוות ד' מינים אע"פ דצריך להיות לכם.[756] ואם כנים הדברים דיש בעלות על פחות משו"פ, שפיר מובן את ההו"א גם לפי התוס', דהרי אע"פ דלא נשאר פרוטה דעבדות, מ"מ זה לא מגרע את קנין הממון דהאדון והיינו חושבים דהעבד עדיין יכול להמשיך את העבדות שלו.

ב

ביאור מסקנת הגמ'

נחלקו הראשונים בביאור מסקנת הגמ'. דעיין ברמב"ם (פרק ג מהלכות עבדים הל"י) דפסק דשתי האמירות צ"ל כשיש עוד שיעור פרוטה בעבדות, וז"ל ואם אמר יאמר העבד עד שיאמר וישנה, העבד עד שיאמר כשהוא עבד אבל אם אמר אחר שש אינו נרצע עד שיאמר וישנה בסוף שש בתחלת פרוטה אחרונה, כיצד כגון שנשאר מן היום שוה פרוטה מדמי מכירתו או יתר מעט, אבל אם נשאר פחות משוה פרוטה הרי זה כאומר אחר שש עכ"ל. ומשמע מדבריו דב' האמירות וגם הרציעה שנעשית מיד אחר האמירה צריכים להיות דוקא בפרוטה האחרונה, כלומר כשנשאר מהעבדות בין פרוטה אחת לב' פרוטות. וצ"ב בגדר הדברים, דהיינו מה מיוחד בשיעור הזה.

[755] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לב"ק (הקדמה לפרק מרובה).

[756] ויש להעיר מרש"י בסוכה (כז: ד"ה כל האזרח) דמשמע דכדי להיות לכם בעינן חפצא דשו"פ ואכמ"ל.

ונראה לבאר ע"פ מה דייסדנו לעיל (דף יד: ד"ה נרצע) דרציעה גורמת חלות שם חדש של עבדות, כמו שהוכחנו משיטת התוס' רי"ד דגרעון כסף מהני בעבד דנקנה במתנה ושטר אבל לא בעבד נרצע. ולכן עבד אינו יכול להיות חלות שם עבד תוך שש וגם חלות שם עבד נרצע ביחד, דהרי הם ב' חלויות שונות הסותרות אחת את השניה. וא"כ מובן למה הרציעה אינה יכולה להיות תוך שש ממש. אבל גם צריך שהרציעה תהיה בזמן שהוא עדיין עבד, דפשיטא דרציעה אינה דרך לגרום עבדות בבן חורין.[757] ולפי"ז לכאורה בלתי אפשר שרציעה תחול, דהרי כשהוא עדיין עבד אזי חלות העבדות דתוך שש מונעת את הרציעה מלחול, אבל אחרי שש דחלות העבדות נסתלקה, אזי הוא כבר בן חורין וא"א להרצע.

ולכן הרמב"ם נקט דהרציעה צ"ל דוקא כשנשאר בעבדות בין ב' פרוטות לפרוטה אחת. דהרי כשפחות מפרוטה נשאר מהעבדות אזי אין עליו עוד חלות שם עבד דאין בו שיעור ממון לאדונו, ולכן הוא כמו בן חורין דרציעה אינה מהני בו. ולפני הפרוטה האחרונה חלות העבדות הרגילה שלו סותרת לחלות הרציעה. אבל דוקא בפרוטה האחרונה של חלות שם העבד שלו, דהיינו כשנשאר בין ב' פרוטות לפרוטה אחת, אזי יש גזה"כ מיוחדת דחלות רציעה יכולה לחול.

אמנם רש"י (ד"ה ה"ג אמר רבא) חולק על הרמב"ם בנוגע לגדר דפרוטה אחרונה, וז"ל ולא בסוף שש לאחר שהתחיל פרוטה אחרונה אינו נרצע ואפי' אמר ושנה דכתיב לא אצא חפשי סמוך ליציאה וכל זמן שיש עליו פרוטה שלימה לאו סמוך ליציאה הוא אי אמר ושנה בסוף פרוטה אחרונה ולא אמר בתחילת פרוטה אחרונה אינו נרצע שנאמר אם יאמר העבד עד שיאמר כשהוא עבד עכ"ל. מבואר מדבריו דהאמירה הראשונה צ"ל תוך זמן העבדות ממש, והאמירה השניה והרציעה נעשות כשנשאר פחות מפרוטה בעבדות. וצ"ב במאי נחלקו רש"י והרמב"ם.

ונראה, דהרמב"ם סובר דכשאין נשאר בעבדות שיעור ממון דפרוטה, הרי זה נחשב כאילו העבדות שלו נפקע ואין הרציעה חלה. מאידך רש"י חולק על זה ונקט דכל עוד דעדיין יש עליו חלות שם עבד אע"פ דאין נשאר בעבדות שלו פרוטה, מ"מ אין דינו כבן חורין לומר דהרציעה אינה חלה. ולכן לפי רש"י, עדיף שהרציעה נעשית כשאין בו פרוטה שלימה לאדון, דהרי מצד אחד עדיין יש עליו שם עבד כדי שהרציעה תחול, ומצד שני אין שיעור ממון בעבדות שלו לסתור את החלת שם עבדות החדשה של נרצע.

[757] ועיין בשיטה לא נודע למי (כא: ד"ה ביובל) דחידש דיש גזה"כ דהרציעה צ"ל כשעודו עבד וז"ל הא כתיב אם אמר יאמר העבד עד שיאמר כשהוא עבד, א"נ ורצע אדוניו כתיב שהוא אדוניו בשעת הרציעה עכ"ל. אבל החזון איש (אה"ע סימן קמח, דף כב.) נסתפק האם הרציעה יכולה להיות לאחר שש.

ויש להוסיף דלפי רש"י האמירה הראשונה צ"ל דוקא לפני הפרוטה האחרונה דהרי הדעת שלו להמשיך להיות עבד נרצע אינו חל כשאין שיעור ממון בעבדות שלו.

רש"י ד"ה ה"ג אמר רבא.

רש"י פירש דמשערינן שיעור הפרוטה אחרונה לפי הדמים דהעבד נקנה בו בתחילה, וז"ל כשמגיע להתחיל לסוף פרוטה אחרונה לפי חשבון גרעונה שעדיין עליו שוה פרוטה דהוי דמי עבד עכ"ל. וכן איתא ברמב"ם (פרק ג מהלכות עבדים הל"י) דמשערינן לפי דמי מכירתו, וז"ל ואם אמר יאמר העבד עד שיאמר וישנה, העבד עד שיאמר כשהוא עבד אבל אם אמר אחר שש אינו נרצע עד שיאמר וישנה בסוף שש בתחלת פרוטה אחרונה, כיצד כגון שנשאר מן היום שוה פרוטה מדמי מכירתו או יתר מעט, אבל אם נשאר פחות משוה פרוטה הרי זה כאומר אחר שש עכ"ל. וזה דומה לשיעור דגרעון כסף דגם נמדד לפי החשבון דהסכום דהמכירה בתחילה. אבל לכאורה צ"ע ברש"י והרמב"ם דהרי בשלמא שחרור ע"י גרעון כסף נמדד לפי דמי המכירה בהתחלה דהרי העבד צריך לשלם לאדון את הדמים. אבל כאן לכאורה רק בעינן הפרוטה האחרונה כדי שעדיין יהא עליו שם עבד להמשיך את חלות העבדות לאחר שש ע"י הרציעה. וא"כ נראה דיותר מסתבר שהשיעור פרוטה יהא תלוי בשיעור העבודה דהעבד עדיין יכול לעשות עד סוף שש. ואם בדקות האחרונות של שש שנים הוא עדיין יכול לעשות עבודה דשוה פרוטה, אפי' אם לא נשאר שו"פ מדמי מכירתו מסתבר דעדיין יש עליו חלות שם עבד כדי להמשיך את החלות ע"י רציעה, וצ"ע.[758]

דף כב:

גמ'. אמר שמואל עבד כנעני נקנה במשיכה.

בענין משיכה בעבד כנעני

א

קנין משיכה מנא לן

לכאורה צ"ב דהרי עבד כנעני הוקש לקרקע ומשו"ה נקנה בכסף שטר וחזקה, והיאך שמואל נקט דהוא ג"כ נקנה במשיכה בלי להביא מקור. ונראה לבאר דאין קרקע מופקע מקנייני מטלטלין, אלא דאין היכי תמצא למשוך קרקע. וא"כ מכיון דעבד הוי סוג של

[758] ולכאורה רבינו כיוון לשיטת המאירי (ד"ה אין) וז"ל ומכל מקום דוקא בעוד שהוא עבד והוא שיש עדיין שהות ביום לעשות עמו שוה פרוטה או יתר עכ"ל.

קרקע דאפשר למשוך אותו, ממילא הוא נקנה גם במשיכה.[759]

אבל הביאור הזה קשה. דהרי איתא בגיטין (כב.) וז"ל עציץ של אחד וזרעים של אחר, מכר בעל עציץ לבעל זרעים כיון שמשך קנה, מכר בעל זרעים לבעל עציץ לא קנה עד שיחזיק בזרעים עכ"ל. ומבואר בגמ' דהעציץ דינו כמטלטלין ונקנה במשיכה לעומת הזרעים דיש להם דין קרקע ואינם נקנים במשיכת העציץ. ואם נאמר כנ"ל דכל הטעם דאין קרקע נקנה במשיכה הוא משום דא"א למשוך קרקע, אזי למה כאן הקרקע אינו נקנה במשיכה דהרי אפשר למשוך אותו. אלא דמוכח מהגמ' דקרקע מופקע מקנין משיכה אפי' היכא דיש היכי תמצא למשוך אותו.[760] וא"כ הדרא קושיא לדוכתא, למה עבד כנעני דדינו כקרקע נקנה במשיכה.

ב

דיוקים ברמב"ם

וכדי לתרץ את הקושיא הנ"ל יש לעיין בפסקי הרמב"ם בענייני קנייני עבד כנעני ולדייק בלשונו. הרמב"ם הביא הדינים האלו בב' מקומות – הלכות מכירה ובהלכות עבדים. בהלכות מכירה (פרק ב, הל"א-הל"ד) כתב וז"ל עבד כנעני הרי הוא כקרקע לקנייה ונקנה בכסף ובשטר או בחזקה. (הלכה ב) ומה היא החזקה בקניין עבדים, שישתמש בהן כדרך שמשתמשין בעבדים בפני רבו, כיצד התיר לו מנעלו או שהנעיל לו מנעלו, או שהוליך כליו לבית המרחץ, או שהפשיטו או סכו או גרדו או הלבישו או הגביה את רבו קנה וכן אם הגביה הרב את העבד קנה. (הלכה ג) תקפו והביאו אצלו קנה, שהעבדים נקנין במשיכה כזו, אבל אם קרא לעבד ובא אצלו, או שאמר לו רבו הראשון לך אצל הלוקח והלך אצלו, לא קנה עד שימשכנו בתקיפה או שישתמש בו כמו שביארנו, ואם החזיק בו שלא בפני הרב צריך שיאמר לו לך חזק וקנה. (הלכה ד) עבד קטן הרי הוא כבהמה וקונין אותו בדברים שקונין בהן הבהמה ובדברים שקונין בהן העבדים, לפיכך נקנה במשיכה אע"פ שלא תקפו עכ"ל.

ויש להקשות כמה וכמה קושיות על לשון הרמב"ם:

א) בסוף הלכה ב' הרמב"ם הביא את הדין דהגבהה קונה בעבד כנעני. ומשמע מלשונו "וכן אם הגביה הרב את העבד", דהגבהה הוי סוג מסויים של חזקה בדומה להפשיטו או סכו דהרמב"ם מנה לפני כן. וצ"ב דאיתא בגמ' וז"ל אמר רבי שמעון לא תהא

[759] ועיין בפנ"י (ד"ה אמר שמואל) דהקשה קושיית רבינו זצ"ל וגם העלה התירוץ הזה וז"ל עוד דאין דנין אפשר משאי אפשר דבקרקעות לא שייך משיכה עכ"ל.

[760] וכן הקשה בנתיבות (סימן קצו סק"א). ואולי י"ל דמכיון דהזרעים מחוברים לקרקע כל הזמן ליתא במשיכה דחיבורים לקרקע מפקיע חלות משיכה, שלא כעבד דאינו מחובר לקרקע וראוי למשיכה.

חזקה גדולה מהגבהה, שהגבהה קונה בכל מקום עכ"ל. ולכאורה משמע מרבי שמעון דהגבהה האדון לעבדו קונה מדין הגבהה בעלמא "בכל מקום", וצ"ב בלשון הרמב"ם דמשמע דהגבהה הוי סוג של קנין חזקה. וכמו"כ יש להקשות בלשון הרמב"ם בנוגע לקנין משיכה (הלכה ג') דכתב וז"ל לא קנה עד שימשכנו בתקיפה או שישתמש בו כמו שביארנו עכ"ל. וצ"ב אם הלכה ג' איירי בקנין משיכה, למה הרמב"ם הכניס "או שישתמש בו" דהיינו קנין חזקה דהשתשמות.

ב) בהלכה ב' הרמב"ם כתב דקנין חזקה דעבד צ"ל "בפני רבו". וצ"ב למה השימוש צ"ל בפני האדון. ועוד קשה דהרי בפרק הקודם דאיירי בהלכות קנייני קרקע, הרמב"ם (פרק א מהלכות מכירה הלט"ו) נקט דאם א"א לעשות נעל גדר ופרץ בקרקע אזי ניתן לקנות בחזקה ע"י תשמיש בשדה, וז"ל היתה הקרקע צחיח סלע שאין בה לא גדר ולא פרצה ואינה בת זריעה, הרי החזקה שקונה אותה שטיחת פירות או העמדת בהמה שם וכיוצא בזה משאר התשמיש עכ"ל. ואע"פ דהקנין חל ע"י תשמיש, הרמב"ם לא הזכיר התנאי דהתשמיש צ"ל לפני הקונה כמו דהזכיר בעבדים. וצ"ב החילוק בין קנין חזקה ע"י תשמיש דקרקע וקנין חזקה ע"י תשמיש דעבד.

ג) בהלכה ג' כתב הרמב"ם "תקפו ובא אצלו קנה שהעבדים נקנין במשיכה כזו". וזהו לשון הגמ' במימרא דשמואל. ולכאורה הלשון הזה צ"ב דלא מצינו לשון של תקיפה במשיכה דעלמא. אבל הלשון הזה מופיע בהלכות עבדים דכדי שטבילת עבד כנעני לא תהא נחשבת כגירות איתא בגמ' (יבמות מו.) דהאדון "צריך לתקפו במים", וכן איתא ברמב"ם (פרק יג מהלכות איסור ביאה הלי"א) וז"ל ואם טבל בפני רבו אינו צריך לפרש אלא כיון שטבל נשתחרר לפיכך צריך רבו לתקפו במים עד שיעלה והוא תחת שיעבודו ומודיעו בפני הדיינין שלשם עבדות מטבילו עכ"ל. וצ"ב בקשר בין התקיפה בשעת טבילה לשם עבדות לבין התקיפה דקנין משיכה.

ד) כמו"כ צ"ב בלשון הרמב"ם בהלכה ג' "שהעבדים נקנין במשיכה כזו". משמע מזה דהרמב"ם איירי בסוג מסויים דמשיכה, וצ"ב מאי שנא ממשיכה דעלמא.

ה) ועוד יש לדייק דהרמב"ם עוסק בהלכות קניית עבד כנעני בפרק ב' מהלכות מכירה, ורק פסק את עיקר הדין דמשיכה קונה במטלטלין בפרק הבא (פרק ג' מהלכות מכירה הל"א). וצ"ב בסדר הדברים, כלומר היאך הרמב"ם הביא את דין משיכה בעבד לפני שפסק דמשיכה קונה בכלל.

ו) ועוד צ"ב דמשמע דלפי הרמב"ם יש חילוק יסודי בין משיכה דעבד גדול לבין משיכה דעבד קטן. דאחרי דהביא הדין דמשיכה בעבד גדול כתב הרמב"ם (הלכה ד') וז"ל עבד

קטן הרי הוא כבהמה וקונין אותו בדברים שקונין בהן הבהמה ובדברים שקונין בהן העבדים, לפיכך נקנה במשיכה אע"פ שלא תקפו עכ"ל. ומזה דהרמב"ם הביא את דין עבד קטן בהלכה נפרדת וגם מזה דדימהו לבהמה, משמע דקנין משיכה דעבד קטן מהווה חלות אחרת ממשיכת עבד גדול. וזה גם יוצא מלשונו דעבד קטן נקנה בדברים שקונין בהן העבדים. ולכאורה הלשון הזה צע"ט דהרי עבד קטן הרי הוא עבד, ופשיטא דנקנין בדרכים דעבדים נקנים. אלא דמשמע דיש חלות אחרת לקנייני עבד קטן אע"פ דנראים כמו הקנינים דנקנים בהם עבד גדול.

וההבדל בין עבד קטן לבין עבד גדול כמו"כ בולט בהלכות עבדים (פרק ה, הל"א) כשהרמב"ם חזר על הדינים דקנין עבד כנעני וז"ל עבד כנעני נקנה בחמשה דברים וקונה את עצמו בשלשה, נקנה בכסף או בשטר או בחזקה או בחליפין או במשיכה, וקונה את עצמו בכסף או בשטר או בראשי איברים, ועבד קטן הרי הוא כבהמה ונקנה במשיכה כמשיכת הבהמה וכבר ביארנו בתחלת ספר זה כל הדרכים שהעבדים נקנין בהן עכ"ל. כאן, הרמב"ם רק חזר בקיצור על ההלכות דכבר ביאר באריכות בהלכות מכירה, ואעפ"כ הוא חילק בין משיכת עבד גדול לבין משיכת עבד קטן. וצ"ב בכל זה דהרי מהגמ' משמע דעבדים גדולים וקטנים נקנים באותו קנין משיכה אלא דיש נ"מ ביניהם בפועל בנוגע לקראו אצלו והוא בא דרק מועיל בעבד קטן אבל בעבד גדול אינו מהני דהרי אדעתיה דנפשיה קאזיל. אבל מהרמב"ם משמע דיש כאן ב' חלויות שונות דמשיכה, וצ"ב בגדר הדברים.

ז) וכמו"כ צ"ב דבהלכות מכירה הרמב"ם פתח דעבד כנעני נקנה בג' דרכים – כסף שטר וחזקה – אבל בהמשך הוא גם פסק דעבד כנעני נקנה בהגבהה ובמשיכה. ובהלכות עבדים הרמב"ם כלל ה' דברים ברשימה שלו – כסף, שטר, חזקה, חליפין ומשיכה – אבל חסר הגבהה. וצ"ב בהסבר הדברים.

ג

קנין כיבוש בעבד כנעני

ומכל הדיוקים האלו נראה דיש להרמב"ם שיטה חדשה בגדר קנין חזקה הגבהה ומשיכה דעבד כנעני. דהיינו, דאע"פ דהגמ' הביאה את ההיקש בין קרקע לעבד כנעני ביחס לכסף שטר וחזקה, הרמב"ם הבין דיש חילוק מהותי בין כסף ושטר לבין חזקה. דבכסף ושטר, מעשה הקנין נעשה בדבר שהוא מחוץ לגוף הקרקע והעבד, וההיקש מלמד דאותו קנין דקונה בקרקע כמו"כ קונה בעבד. אבל חזקה דנעשה בגופו של קרקע אינו מהני בעבד באותו אופן דמהני בקרקע, דהרי כשרוצה לקנות בן אדם בקנין דנעשה בגופו הדרך

היחידי שזה מועיל הוא מדין קנין כיבוש. ויוצא מזה דההיקש מקרקע מלמד דמעשה דחזקה מהני בעבד כנעני כמו דהוא מועיל בקרקע, אבל חלות הקנין בעבד כנעני הוא חלות הכיבוש דהאדון עושה בשעה שמשתמש בעבד. וזהו הטעם דהרמב"ם הדגיש דההשתמשות של העבד צ"ל "בפני רבו" דהרי האדון צריך לעשות את הכיבוש בעצמו. אבל בקרקע, דקנין חזקה הוי חלות קנין בעלמא ליכא דין דהחזקה צ"ל בפני הקונה.[761]

ומכיון דחזקה בעבד חל מדין קנין כיבוש ולא מדין חזקה דעלמא, מבואר למה שמואל אמר דאפשר לקנות עבד כנעני במשיכה. דהרי קנין כיבוש אינו מוגבל לצורה דקנין חזקה, אלא כל היכא דהאדון עושה מעשה קנין דכובש את העבד תחת ידו הוא קונה מדין כיבוש. ולכן אם האדון מושך או מגביה את העבד באופן דכבישה אזי הוא קונה אותו מדין כיבוש כמו בקנין חזקה.[762] וזהו הטעם דהרמב"ם לא הזכיר קנין משיכה והגבהה ברשימה בריש פרק ב' מהלכות מכירה, דהרי ביסוד הדברים אין משיכה והגבהה אופני קניינים לעצמם בעבד כנעני, אלא דהוו אופני חזקה הקונים מדין כיבוש. ומפני כך הרמב"ם עירב השתמשות וחזקה בתוך דבריו בנוגע לקנין משיכה והגבהה דכולם קונים מדין כיבוש. וכל זה בהלכות מכירה, אבל בהלכות עבדים כשהרמב"ם חזר על הדינים באופן קצר הוא רצה להזכיר כל צורת קנין בפני עצמו ולכן הזכיר משיכה בנפרד מחזקה. אמנם עדיין קשה לפי זה למה בהלכות עבדים הרמב"ם לא הזכיר הגבהה בפני עצמה כמו דהזכיר משיכה אם שניהם הוו צורות שונות של היסוד דחזקה וכיבוש. וזה עדיין טעון הסבר, וצ"ע.

ולפי"ז כמו"כ מובן למה הגמ' והרמב"ם השתמשו בלשון ד"תקיפה" במשיכת עבד כנעני. דהרי כבר ביארנו (דף כא: בענין יפת תואר, אות ז') דהתקיפה בטבילת עבד כנעני דמונע העבד מלהיות גר גמור חלה מדין כיבוש. וכאן הרמב"ם הבין דהגמ' ביארה דהתקיפה הזאת ג"כ חלה לקנין עבד כנעני בדיני ממונות. וזה ג"כ הפירוש בהדגשת הרמב"ם "שהעבדים נקנין במשיכה כזו", דהיינו דאין זה מדין משיכה בעלמא כמו במטלטלין אלא הוי משיכה הכובשת את העבד תחת יד האדון דחל מדין קנין כיבוש. וגם יוצא לפי זה דאין להקשות על סדר הרמב"ם דפסק את הדין דמשיכת עבד כנעני לפני שאמר דיש חלות קנין משיכה במטלטלין, דהרי "משיכה כזו" מהווה דין אחר לגמרי מקנין משיכה דעלמא במטלטלין.

[761] כוונת רבינו זצ"ל לא ברורה, דאולי ר"ל דבקרקע מועלת חזקה ע"י שליח הקונה ולא בעבד, וצ"ע.
[762] והשווה לדברי החשק שמואל (כב:) דנקט דמשיכה בעבד כנעני חל מדין חזקה.

וכמו"כ מובן המשמעות דהרמב"ם דמשיכת עבד קטן מהווה קנין אחר ממשיכת עבד גדול. דכל היסוד הזה דמשיכה קונה מדין כיבוש נכון רק בעבד גדול דהוי בר דעת ולכן לא סגי במשיכה דעלמא וצריך משיכה מדין כיבוש דמבטל דעת העבד בפני האדון. אבל משיכה דעבד קטן דאינו בר דעת באמת חלה מדין קנין משיכה דעלמא כמו קנין משיכת בהמה ולכן לא צריך תקיפה, אלא דכל פעם דהאדון גרם שהעבד קטן יזוז ממקומו אזי הקנין חל כמו בבהמה.

ולפי"ז אין מקום להקשות כלל מהגמ' בגיטין (כב:) דאין משיכה קונה בקרקע אפי' היכא דאפשר במשיכה כמו בעציץ נקוב. דהרי באמת מוכרח מהגמ' שם דקנייני מטלטלין אינם שייכים כלל לקרקע. אבל כאן בעבד, אין קנין המשיכה חל מדין משיכת מטלטלין אלא דמהווה סוג של כיבוש דנכלל תחת הכותרת של "חזקה".

אבל לכאורה יש להקשות ב' קושיות על המהלך שביארנו בנוגע לקנין הגבהה. דלפי היסוד הנ"ל, הגבהה בעבד כנעני, כמו משיכה, מהווה סוג של חזקה דחל מדין כיבוש. וקשה על זה מלשון הגמ' וז"ל אמר ר' שמעון לא תהא חזקה גדולה מהגבהה, שהגבהה קונה בכל מקום עכ"ל, דהרי משמע מדברי ר' שמעון דהגבהה בעבד כנעני מהווה אותו קנין של הגבהה בכל התורה כולה. וגם קשה על רשימת קנייני עבד כנעני דהרמב"ם כתב בהלכות עבדים, וז"ל עבד כנעני נקנה בחמשה דברים וקונה את עצמו בשלשה, נקנה בכסף או בשטר או בחזקה או בחליפין או במשיכה עכ"ל. ולכאורה ממ"נ, אם הרמב"ם עוסק רק בחלות הקנין אזי למה הוא הזכיר קנין משיכה לבד וראוי לו להזכיר רק חזקה דכולל משיכה והגבהה כמו בהלכות מכירה. ומאידך, אם הרמב"ם רצה להזכיר כל פירוטי צורת הקנין דהעבד ולכן הוא הזכיר משיכה לחוד וחזקה לחוד, א"כ צ"ע למה הוא לא הזכיר כמו"כ הגבהה לחוד. ומשמעות הרמב"ם דיש לחלק בין משיכה לבין הגבהה בקנין עבד כנעני עדיין צ"ב.

גמ'. תנו רבנן כיצד בחזקה התיר לו מנעלו, או הוליך כליו אחריו לבית המרחץ, הפשיטו, הרחיצו, סכו, גרדו, הלבישו, הנעילו.

בענין קנין חזקה בעבד כנעני

א

קנין חזקה ע"י תשמיש

משמע מהגמ' דתשמיש מועיל לקנין חזקה. וקשה, דלכאורה נחלקו הראשונים האם תשמיש בקרקע מהני לקנין חזקה היכא דלא שייך לעשות נעל גדר ופרץ. דכתב הרמב"ם (פרק א מהלכות מכירה הלט"ו) וז"ל היתה הקרקע צחיח סלע שאין בה לא גדר ולא פרצה,

ואינה בת זריעה, הרי החזקה שקונה אותה שטיחת פירות או העמדת בהמה שם וכיוצא בזה משאר התשמיש עכ"ל. ומבואר ברמב"ם דתשמיש מהני לקנין חזקה בקרקע צחיח. מאידך הראב"ד השיג (שם) וז"ל א"א הא מילתא לא מיחוורא דהא חזקה אכילת פירות היא ואכילת פירות לא מהני אלא כנגד טענה אבל למיקנא בה ארעא לא קני אלא מידי דמהניא לארעא כעין נעל וגדר עכ"ל. הראב"ד נקט דתשמיש דאכילת פירות אינו יכול להועיל לקנין חזקה אפי' היכא דא"א לעשות נעל גדר ופרץ, אלא דלעולם בעינן "מידי דמהניא לארעא כעין נעל וגדר". ונראה לבאר דלפי הראב"ד לא בעינן מעשה תיקון בגוף הקרקע דהרי מעשה דנעילת השדה אינו מתקן את גוף הגדר או גוף השדה. אלא סגי במעשה דאינו משנה בגוף הקרקע כל עוד דהוא מהני לארעא, כמו נעילת הדלת דשומר על הקרקע. אבל לכאורה צ"ב בדעת הראב"ד מהסוגיא דידן דמבואר דבעבד דהוקש לקרקע תשמיש מהני לקנין חזקה אע"פ דהתשמיש בודאי אינו מהני לעבד.

ועיין ברשב"א (ד"ה ת"ר כיצד) דגם התקשה בקנין חזקה דהתיר לו מנעלו וכדומה, וז"ל כל אלו מלאכות של עבד הן ולפיכך עבד נקנה בהן אבל תפר או אפה לרבו אין זו חזקת העבדים שאין אלו אלא אכילת פירות ואכילת פירות אינה חזקת קניה והמציע מצעות בנכסי הגר דאמרינן בפרק חזקת (נג:) דקנה היינו משום דנהנה גופו מגוף הקרקע ודוגמתו בעבדים הגביהו הוא לרבו שגוף האדון נהנה מגוף העבד ולא כן כתב הרמב"ם עכ"ל. ויוצא דהרשב"א חולק על הרמב"ם לגבי תשמיש לקנין חזקה ונקט דתשמיש דאכילת פירות אינו מהני. אמנם הרשב"א עדיין סבור דאם התשמיש הוא באופן דנהנה גוף הקונה מגוף דבר הנקנה, זה מהני לקנין חזקה. ולפי"ז שפיר מובן הגמ' בסוגיין דרק בתשמישים דנהנה גוף האדון מגוף העבד קנין החזקה חל, אבל לא בתשמיש אחר דדומה לאכילת פירות. אבל לכאורה הראב"ד אינו יכול לסבור כמו הרשב"א דהרי הראב"ד נקט דלקנין חזקה בעינן "מידי דמהניא לארעא" ומשמע דבעינן דהקונה יגרום הנאה לגוף הקרקע או לגוף העבד. ולכאורה, בהתיר לו מנעלו, אע"פ דנהנה גוף האדון מגוף העבד, מ"מ אין כאן הנאה לגוף העבד ואינו קונה לדעת הראב"ד. וא"כ הדרא קושיא לדוכתא בפירוש הראב"ד לסוגייתנו.

וגם צ"ע בשיטת הראב"ד מהגמ' בב"ב (נג:) דהרשב"א הביא כראיה דתשמיש המהנה לגוף הקונה מגוף הקרקע מועיל לקנין חזקה. דהרי איתא בגמ' שם וז"ל אמר רב עמרם האי מילתא אמר לן רב ששת, ואנהרינהו עינין ממתניתא, המציע מצעות בנכסי הגר קנה. ואנהרינהו עינין ממתניתא, מאי היא, דתניא כיצד בחזקה, נעל לו מנעלו, או התיר לו מנעלו, או שהוליך כליו אחריו לבית המרחץ, והפשיטו, והרחיצו, סכו, גרדו,

והלבישו, והנעילו, והגביהו, קנאו עכ"ל. הגמ' הוכיחה דמציע מצעות בנכסי הגר קונה מזה דעבד כנעני נקנה ע"י תשמיש. ולפי הרמב"ם הגמ' מובן מאד דהרי עצם הצעת המצעות קונה מההפקר מדין תשמיש בשדה כמו בעבד כנעני. ועיין ברשב"א בב"ב (נג: ד"ה המציע) דחלק על הרמב"ם ונקט דאין כל תשמיש מהני לקנין חזקה אלא תשמיש דגוף הקונה נהנה מגוף דבר הנקנה. ולכן ביאר את הסוגיא באופן אחר, וז"ל המציע מצעות בנכסי הגר קנה, כלומר שהציע מצעות עליהן ושכב או ישב עליהן קנה לפי שנהנה גופו מגוף הקרקע ואינו דומה לאכילת פירות שאינה חזקה דהתם לא נהנה מגוף הקרקע אלא מפירותיו עכ"ל.[763] ודבריו בב"ב הם לשיטתו במה דכתב בסוגייתנו, דהיינו דגם בתשמישי העבד לרבו וגם במציע מצעות, קנין חל ע"י זה דהקונה נהנה מגוף דבר הנקנה. אבל לכאורה כמו דקשה על הראב"ד מסוגיא דידן, כמו"כ קשה היאך הוא ביאר את קנין החזקה במציע מצעות אם בעינן דבר דמהני ליה לארעא.

ונראה לבאר דהראב"ד פירש את הסוגיא בב"ב כמו הר"י מגא"ש. דהרמב"ם (פרק ב מהלכות זכייה ומתנה הל"ד) פסק את ההלכה דהציע מצעות בסמיכות להלכה אחרת, וז"ל הצר צורה בנכסי הגר קנה והמציע מצעות בנכסי הגר קנה, הנר את השדה בנכסי הגר קנה עכ"ל. והמגיד משנה ביאר דזה דהרמב"ם הביא את הדין דהציע מצעות ביחד עם הדין דצר צורה ונר את השדה משמע דגם בהציע מצעות פירושו דהקונה תיקן דבר בגוף השדה, וז"ל הציע מצעות שיפה הקרקע במצעתן וה"ז כציור וכיור וצר צורה שקונה בנכסי הגר לפי שמתקנו ומיפהו וזה עיקר ולזה הסכים אבן מיגש ז"ל עכ"ל. כלומר, דלפי הר"י מגא"ש גם מציע מצעות אינו קונה מדין תשמיש או מדין ההנאה מגוף השדה אלא דהקנין חל ע"י זה דהוא תיקן את השדה בהמצעות. ועיין ברשב"א (בב"ב שם) דגם הביא את פירוש דהר"י מגא"ש והוסיף דלפי זה גם בקנין חזקה דעבד כנעני אין כוונת הגמ' ב"נעל לו מנעלו" דהעבד עושה תשמיש בעד רבו או מהנה את רבו ע"י זה דהעבד נעל לו מנעלו, אלא דהאדון נועל את מנעל דהעבד וע"י זה מתקנו ומייפו, וז"ל ויש מי שפי' הציע מצעות שייפה הקרקע בהצעת מצעות קנה והרי זה כסיוד וכיור וצר צורה שקונה בנכסי הגר לפי שמתקנו ומייפהו ואנהר לן עיינין מדתנינן סכו הלבישו כלומר האדון הלביש את העבד עכ"ל. ויוצא מכל זה דהראב"ד יכול לפרש דיש תיקון דבר הנקנה גם במציע מצעות וגם בעבד כנעני.

וגם יש להעיר על השיטה הנ"ל בגדר דקנין חזקה מהסוגיא דדיש אמיצרי. דאיתא בב"מ (יד:) וז"ל ואמר אביי ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות, ויצאו עליה עסיקין,

[763] וכן איתא ברשב"ם (ד"ה הציע מצעות).

עד שלא החזיק בה יכול לחזור בו, משהחזיק בה אינו יכול לחזור בו דאמר ליה חייתא דקטרי סברת וקבלת, מאימתי הויא חזקה, מכי דייש אמצרי עכ"ל. ולכאורה דייש אמצרי אינו מעשה דמהני בגוף הקרקע או אפי' מעשה דתשמיש בשדה וצ"ב במאי קני. ונחלקו הראשונים בביאור הסוגיא. דהתוס' (שם יד. ד"ה עד שלא) פירשו דהוא עשה מעשה קנין אחר בקרקע אלא דיכול לחזור בו עד דהוא מראה דיש לו סמיכות דעת לקנין עי"ז דהוא דייש אמיצרי. וא"כ הדין דדייש אמיצרי אינו שייך לדיון הנ"ל בגדר דקנין חזקה. ומאידך רש"י (ד"ה מכי דייש) פירש וז"ל מכי דייש אמצרי - מתקן גבולי השדה ומגביהם עכ"ל, דהיינו דהוא עשה מעשה תיקון בגוף השדה. ולפי"ז מובן למה דייש אמצרי סגי לקנין חזקה. והרמב"ם גם ס"ל הכי שכתב, וז"ל המוכר שדה לחבירו בצד שדהו, או שנתנה לו במתנה, כיון שדש את המצר שבין שתי השדות ונעשו שתיהן כשדה אחת קנה עכ"ל, דהיינו דהוא משנה את גוף השדה על ידי הליכה על הגבול. והראב"ד דמצריך מעשה דמהניא ליה לארעא לקנין חזקה יכול לפרש או כמו התוס' דדייש אמיצרי אינו קשור לקנין חזקה, או כמו רש"י והרמב"ם דיש תיקון בגוף השדה.

ועוד יש להעיר על דברי הראב"ד בהשגה שלו לפסק אחר דהרמב"ם לגבי קנין חזקה. דהרמב"ם (פרק א מהלכות מכירה הלט"ו) כתב וז"ל המוכר שדה לחבירו ונכנס בה הלוקח וזרעה או נרה, או שאסף פירות האילן או זמרו וכל כיוצא בדברים אלו הרי זה קנה שהרי החזיק ואין אחד מהן יכול לחזור בו עכ"ל. והראב"ד השיג וז"ל א"א כל זה הולך על הדרך שכתב עכ"ל. וכוונת הראב"ד היא דהרמב"ם אזיל בפסק הזה לשיטתו דתשמיש דאכילת פירות מהני לקנין חזקה, אבל הראב"ד בעצמו דסבור דבעינן מעשה דמהני ליה לארעא חולק על זה. ולכאורה השגתו צ"ב דהרי ע"י זריעה ונירה לכאורה הקונה עושה מעשה דתיקון בגוף השדה והיאך זה דומה לשטיחת פירות או העמדת בהמה בקרקע. וצ"ל דהראב"ד רק השיג על הדין ברמב"ם דאסף פירות האילן, דאע"פ דהוא עושה מעשה, הראב"ד נקט דמכיון דהוא רק עושה מעשה בפירות ולא בקרקע עצמה זה לא סגי למעשה דמהניא ליה לארעא, ולכן הראב"ד סבור דאזיל הרמב"ם לשיטתו דגם מעשה תשמיש בעלמא סגי לחזקה. אבל אה"נ, הראב"ד מודה דמעשה זריעה או חרישה מהני לקנין חזקה.

ב

גדר קנין חזקה לפי הרמב"ם

והנה יש לעיין בשיטת הרמב"ם בקנין חזקה, דהרי הבאנו לעיל דבקרקע צחיח סלע הוא סבור דהקנין חל ע"י תשמיש דשטיחת פירות (פרק א מהלכות מכירה הלט"ו). אבל

כשהרמב"ם הגדיר את היסוד דקנין חזקה כמה הלכות לפני כן (פרק א מהלכות מכירה הל"ח) כתב דצריך מעשה המועיל לשדה, וז"ל כיצד בחזקה, מכר לו בית מכר לו שדה או שנתן אותה במתנה כיון שנעל או גדר או פרץ כל שהוא והוא שיועיל במעשיו הרי זה קנה עכ"ל. ומבואר מזה דעיקר הגדר דקנין חזקה הוא מעשה דמועיל לשדה. והרמב"ם הדגיש את הנקודה הזאת בעוד כמה הלכות. דהרי כשפירט את צורת הקנין דגדר כתב הרמב"ם (שם הלי"א) וז"ל כיצד המחזיק בגדירה כל שהוא קנה, כגון שהיה שם גדר והיו עולין בנחת, והוסיף עליו כל שהוא והשלימו לעשרה ונמצא שאין עולין אלא בדוחק, הרי זה הועיל וקנה, וכן אם היתה שם פרצה והיו נכנסים בה בדוחק והרחיב הוא בה כל שהוא עד שנמצא נכנס בריוח, הרי הועיל וקנה עכ"ל. ופעמיים בהלכה הרמב"ם כתב "הרי זה הועיל וקנה", וכמו"כ איתא בהלכה הבאה (שם הלי"ב) וז"ל נתן צרור והועיל, כגון שחבר בו המים לשדה, או נטל צרור והועיל כגון שפתח בנטילתו המים לשדה הרי זה קנה, וכן כל כיוצא בזה עכ"ל. ובהלכה הבאה (שם הלי"ג) כתב דהילוך על גבולות השדה אינו קונה משום דמעשיו לא הועיל, וז"ל המוכר שדה לחבירו בצד שדהו, או שנתנה לו במתנה, כיון שדש את המצר שבין שתי השדות ונעשו שתיהן כשדה אחת קנה, אבל אם הלך בה לארכה ולרחבה אין הילוך זה מועיל כלום, ואם שביל של כרמים מכר לו הואיל ונעשה להילוך קנה בהילוך עכ"ל. ומבאור מכל זה דבקנין חזקה דעלמא בעינן מעשה דמועיל בגוף השדה. ואפי' כשהרמב"ם הביא את ההלכה בקנין חזקה ע"י תשמיש (שם הל"י) הוא גם הוסיף התנאי הזה דמועיל מעשיו, וז"ל כיצד המחזיק בנעילה קנה, כגון שמכר בית או חצר והיה הפתח פתוח ונעל הלוקח את הפתח וחזר ופתחו הרי זה החזיק וקנה, שהרי נשתמש בה שימוש המועיל עכ"ל. ולפי כל זה צ"ב בפסק הרמב"ם בנוגע לקרקע צחיח סלע ועבד כנעני דקנין חזקה חל ע"י תשמיש דאינו מועיל לדבר הנקנה אלא לבעלים בלבד.

וצ"ל דלפי הרמב"ם יש ב' דינים בקנין חזקה. כלומר, דהיכא דאפשר לעשות מעשה תיקון או ייפוי בגוף השדה או מעשה דתשמיש דמועיל לשדה (כמו נעילת הדלת) אזי קנין החזקה חל בדרכים האלו. אבל בקרקע צחיח סלע ובעבד כנעני דאי אפשר לעשות מעשה המועיל להם, אזי ההלכה היא דכל תשמיש המועיל לקונה חל כקנין חזקה אע"פ דאינו מועיל לגוף השדה.

ואם כנים הדברים לכאורה קשה בגדר דקנין חזקה. כלומר, מהו יסוד הדין קנין של חזקה דבעינן מעשה המועיל לשדה, אבל אם זה אי אפשר אזי סגי בתשמיש דהקונה בעלמא כמו שטיחת פירות. ונראה לבאר דיסוד דקנין חזקה אינו מעשה מסויים בעצמו, אלא

מעשה דהוראת בעלות על השדה. כלומר, דהקונה צריך לעשות מעשה דרק הבעלים דהשדה עושים ואזי קונה בקנין חזקה. וא"כ מובן דיש אופנים שונים דקנין חזקה בקרקעות שונות. דהיינו, דהיכא דאפשר לעשות מעשה דמועיל בגוף השדה אזי מעשה כזה מהווה מעשה דהוראת בעלות הכי מעולה דהרי רק הבעלים משקיעים לעשות מעשה דמועיל לשדה. אבל היכא דהוראת בעלות מסוג הזה אינו שייך כמו בקרקע צחיח סלע, אזי גם תשמיש דמהני לבעלים מהווה סוג של מעשה דהוראת בעלות.[764]

ויש להוכיח דהגדר דקנין חזקה הוא מעשה דהוראת בעלות משיטת רש"י בנוגע למסירת מפתחות. דאיתא בריש מסכת פסחים (ד.) דמסירת מפתחות מהמשכיר לשוכר לפני י"ד בניסן מעביר את החיוב של בדיקת חמץ מהמשכיר לשוכר, וז"ל המשכיר בית לחבירו, אם עד שלא מסר לו מפתחות חל ארבעה עשר על המשכיר לבדוק, ואם משמסר לו מפתחות חל ארבעה עשר על השוכר לבדוק עכ"ל. ונחלקו הראשונים בביאור הסוגיא. דרש"י (ד"ה מסירת מפתח) נקט דמסירת המפתח מהווה קנין שכירות וז"ל הוא קנין השכירות, ואם עד שלא מסר המפתח נכנס ליל ארבעה עשר חלה חובת הבדיקה על המשכיר, שעדיין היתה ברשותו, ואף על פי שמסר לו ביום כבר חלה חובה עליו עכ"ל. והתוס' (ד"ה אם משמסר) הקשו עליו דקנין שכירות חל בקרקע רק ע"י כסף שטר וחזקה, ומסירת מפתחות מהני רק אם אמר לך חזק וקני. ומפני זה הר"י ביאר דחיוב בדיקת חמץ אינו תלוי בקנין השכירות וז"ל ומפרש ר"י דהכא שמסר לו המפתח ולא החזיק ומי שיש בידו מפתח כשחל י"ד חייב לבדוק דאותו שאין בידו מפתח איך יכנס ויבדוק עכ"ל. וצ"ב בשיטת רש"י, למה מסירת מפתח מהווה קנין שכירות. ונראה לבאר ע"פ הנ"ל דלפי רש"י מסירת מפתח מהווה מעשה המראה הבעלות של מי דקיבל המפתחות כשוכר ולכן הוא מהני לקנין חזקה.[765]

ועל פי זה נראה לבאר דיוק בלשון הרמב"ם. דבקנין חזקה בשדה ע"י תשמיש הרמב"ם לא הזכיר דמעשה דשטיחת הפירות בקרקע צ"ל בפני הקונה. ואילו בקנין חזקה דעבד ע"י זה דהעבד משמש את רבו, הרמב"ם הוסיף את התנאי דהתשמיש צ"ל בפני רבו. ולעיל ביארנו ע"פ היסוד דקנין חזקה דעבד אינו קנין חזקה דעלמא אלא דחל מדין כיבוש. אבל לפי היסוד הנ"ל בגדר דקנין חזקה יש לבאר באופן אחר, דהיינו דיש לחלק

[764] ולכאורה ההגדרה הזאת מבואר נמי מדברי הכס"מ (פרק ב מהלכות מכירה הל"ב) דכשעבד תופר בעד האדון אינו קונה בקנין חזקה, וז"ל אבל כשתופר בגד במה יודע דלרבו הוא אבל מלאכת עבדות הם מעשים בגופו של אדון והולך כליו אחריו למרחץ כיון דאחריו הוא הולך הא מינכר שהוא שלו דומיא דקרקע עכ"ל.

[765] והשווה לדברי רבינו זצ"ל המובאים בספר הררי קדם (חלק ב' סימן ו') דרבינו זצ"ל ביאר את שיטת רש"י באופן אחר.

בין מעשה דהוראת בעלות בשדה לבין מעשה דהוראת בעלות בעבד בר דעת. דבשדה, כל מעשה תשמיש דמהנה לקונה מראה דהוא הבעלים על השדה. דהרי אנשים ישאלו של מי הפירות דשטוחים בשדה וידעו דהם של הקונה. אבל אם עבד בר דעת עושה מעשה דמהנה לאחר, אין אומדנא דמוכח דהאדם הזה מהווה האדון של העבד, דאולי העבד בעצמו החליט לעשות את המעשה הזה מטעמים שלו. אבל אם התשמיש נעשה בפני האדון, רק אז מעשה התשמיש גורם אומנדא דמוכח לכל הרואים דהוא האדון על העבד.

והשתא דאתית להכי יש לחזור למחלוקת הראשונים בנוגע לקנין חזקה ע"י תשמיש, דהבאנו לעיל ג' שיטות בנידון: א) שיטת הרמב"ם דהיכא דא"א לעשות מעשה המועיל לקרקע, מעשה תשמיש דמהנה לבעלים קונה, ב) שיטת הרשב"א דרק תשמיש דגוף הקונה מקבל הנאה מגוף הקרקע קונה, ג) שיטת הראב"ד דלעולם בעינן מעשה דמייפה או מתקן את השדה. ועל פי היסוד שביארנו בקנין חזקה י"ל דכו"ע מודים דהיסוד דקנין חזקה הוא מעשה דהוראת בעלות אלא דנחלקו איזה אופן סגי ליצור אומדנא דמוכח מצד הרואים דהוא הבעלים על השדה. דהרמב"ם נקט דסגי בכל מעשה תשמיש דגורם הנאה לקונה כש"כ לעיל. מאידך הרשב"א סבור דמעשה כזה אינו יוצר אומדנא דמוכח בעיני הרואים לומר שהנהנה מהתשמיש הוי הבעלים, חוץ מאם הוא נהנה בגופו מגוף השדה. והראב"ד נקט שרק מעשה המועיל בגוף השדה יוצר אומדנא כזאת דהוא הוי הבעלים.[766]

אמר ליה לעבדיה שלוף לי מסנאי ואמטינהו לביתא, איכא דאמרי גדול הוה זה פירש למיתה וזה פירש לחיים.

עיין ברש"י דמר זוטרא רצה שהעבד ישרת אותו ברגע של המיתה כדי לקנותו בקנין חזקה. ולפי רש"י מר זוטרא היה צריך לעשות את החזקה ממש בשעת מיתת האדון הראשון דאל"כ העבד יחזיק בעצמו (בעבד גדול לכו"ע ובעבד קטן לפי החכמים) ויצא לחירות. ולכאורה קשה, דהרי גם אם מר זוטרא עושה קנין חזקה בשעת מיתת האדון, הרי החזקה שלו נסתר ע"י זה דהעבד מחזיק בעצמו ורוצה לצאת לחירות, ומאי אולמיה חזקה דמר זוטרא מהחזקה דהעבד בעצמו. ובאמת זוהי סברת ר"ת (תוד"ה ואיכא דאמרי) דבעבד גדול

[766] לכאורה קשה לומר דפליגי הראשונים בהיכי תמצי האם יש אומדנא דמוכח או לא. ויתכן דבשטיחת פירות יש ספק דאולי שכר את הקרקע לתשמיש ולא קנה את גופו ופליגי הראשונים האם קנין חזקה דשכירות מועיל לקנות גם גופו של הקרקע, ויש לתלות שאלה זו באם יש לשוכר קנין הגוף בקרקע או לא. ובהנאת הגוף לכאורה י"ל דהרוב דאומדנא דמוכח הוי דקנה את גוף הקרקע ולא רק שכרו לפירותיה אלא שיש מיעוט המצוי דאכן שכרו ולא קנה הגוף, ופליגי האם אומדנא דמוכח עם מיעוט המצוי מועיל לקנין.

אפי' אם מר זוטרא היה מחזיק בו בשעת מיתת האדון, אעפ"כ העבד יוצא לחירות כי זה דהוא מחזיק בעצמו גובר על החזקה דאחר.

ונראה לבאר שיטת רש"י ע"פ היסוד דביארנו לעיל (כב: ד"ה אמר שמואל, אות ג') דהחזקה בקנין עבד כנעני אינו קנין חזקה דעלמא, אלא דחל מדין כיבוש. וא"כ מובן שכשיש אדם הכובש את העבד זה מגרע את היכולת של העבד לקנות את עצמו, דהרי הכיבוש של האחר מונע את הקנין של העבד בעצמו מלחול. וזהו הטעם לפי רש"י דמר זוטרא קנה את העבד בשעת מיתת האדון, אע"פ דהעבד רצה לקנות בעצמו ולצאת לחירות.

דף כג.

גמ'. כיון דגמר לה לה מאשה כאשה.

לכאורה האיבעיא דרבה הוא בגדר הדין דמובא בנזיר (יב:) דאדם רק יכול למנות שליח לעשות דבר דהוא יכול לעשות בעצמו, וז"ל לא משוי איניש שליח אלא במילתא דמצי עביד השתא, במילתא דלא מצי עביד ליה השתא לא משוי עכ"ל. וכאן, העבד מצד עצמו כגברא באמת יכול לקבל את הגט כדמוכח ממסקנת הגמ' דהעבד יכול לקבל שטר שחרור מרב אחר בעד עבד אחר. אלא דיש חסרון בהחפצא דהעבד, כלומר דאין לו היכי תמצא לקבל את שטר שחרורו מהאדון שלו כי כלפי האדון שלו אין לו יד לעצמו.[767]

אבל לכאורה הביאור הזה בספיקת רבה קשה מהמשך הסוגיא, דצ"ע למה הגמ' הביאה גזה"כ דלה לה מאשה כדי לפשוט איבעיא כללית בדיני שליחות. וגם, אם נאמר דבאמת מדיני שליחות העבד אינו ראוי למנות שליח אלא דיש חידוש התורה מלה לה כאשה דאעפ"כ הוא יכול למנות שליח, אזי למה הגמ' הקשה מכהנים דאינן יכולים להיות שלוחי דידן דהרי הגמ' כבר ידעה דעבד רק עושה שליח מדין גזה"כ מיוחדת.

ונראה לבאר דהדין דאדם רק יכול למנות שליח לדבר דהוא יכול לעשות בעצמו הוא משום דשליחות תלויה בבעלות של המשלח על המעשה הזה. וזה כדברי התוס' בכתובות (עד. ד"ה תנאי) דמילתא דאיתא בשליחות איתא בתנאי, וז"ל הואיל והמעשה כל כך בידו שיכול לקיימו ע"י שליח סברא הוא שיהא כמו כן בידו לשוויי ביה תנאה עכ"ל. והגר"ח זצ"ל ביאר דכוונת התוס' דיש לאדם בעלות על המעשה למנות שליח ולהתנות תנאי.

לפי זה מובן הקשר בין האיבעיא דרבה והגזה"כ דלה לה מאשה. דהיינו דלפי הגר"ח זצ"ל מסברא אין ראוי שיהא דין שליחות באשה או בעבד בקבלת הגט שלהם. דהרי

[767] ולכאורה יש להעיר מדברי התוס' ישנים (עירובין יג.) שאם כתיבת הגט צריך שליחות הבעל אזי במי שידיו קטועות לא היה יכול למנות סופר לכתוב את הגט כי הוא אינו יכול לכתוב.

הגירושין והשחרור נעשים בע"כ ואין להם בעלות על מעשה הקבלה כדי למנות שליח. ואעפ"כ התורה חידשה דיש להם שליחות מסוג אחר דיד השליח לקבלה כיד האשה ממש.[768] וזה הביאור בסוגיא דהגזה"כ דלה לה כאשה הוי מקור דעבד כנעני יכול למנות שליח. דהיינו, דאע"פ דהוא בעצמו אינו יכול לקבל את גיטו מיד אדונו, וא"כ מסתבר שהוא אינו בעלים על השחרור כדי למנות שליח, מ"מ עבד כנעני כלול בחידוש דשליח לקבלה לגט דיש סוג של שליחות בלי חלות בעלות על המעשה.

ולפי"ז גם מבוארת את קושיית הגמ' מכהני דאינן יכולין להיות שלוחי דידן. דהרי בדרך כלל הקרבן צריך דעת הבעלים (נדרים לה:), ויוצא דיש לבעלים חלות בעלות על הקרבן שלו. ומבואר למה כהני אינן יכולין להיות שלוחי דידן דהרי השליחות היה ראוי לחול מדין בעלים, אך מכיון דהבעלים הוי ישראל ואינו יכול להקריב בעצמו אזי הוא אינו בעלים למנות הכהן כשלוחו על ההקרבה מדין כל דבר דאיהו לא מצי עביד שליח לא משוי. אבל מבואר בגמ' (שם) דמחוסרי כפרה אינן צריכין דעת בעלים ואדם יכול להקריב קרבנות אלו בעד אדם אחר בלי דעתו. וגם בקרבנות אלו אמרינן דכהני שלוחי דרחמנא ולא שלוחי דידן. ועל זה הגמ' הקשה דלכאורה מחוסרי כפרה דומים לקבלת הגט או שטר שחרור דחלה שליחות לקבלה ואע"פ דאין לאדם בעלות על המעשה, וכמו דאמרינן דחל דין שליחות בגט ושטר שחרור אפי' בלי חלות בעלות ובלי היכולת של המשלח עצמו לעשות את המעשה, כמו"כ נאמר במחוסרי כפרה דכהני שלוחי דידן מדין השליחות המחודשת הזו דחלה אפי' אם המשלח (הישראל הבעלים) אינו יכול להקריב בעצמו.[769]

ואזי הגמ' תירצה דיש לחלק בין עבד בגט שחרור לבין ישראל בקרבנות. דהרי ישראל מופקע בגברא מלהקריב קרבן ולכן אין הו"א דהוא יכול למנות אחר כשליח. מאידך עבד אינו מופקע בגברא מקבלת שטר שחרור כמו דמוכח מזה דהוא מקבל מאדון אחר בעד חבירו עבד. אלא דאין לו היכי תמצא לקבל גט מאדון שלו כי אין לו יד בפני עצמו כלפי האדון. ומכיון דהעבד ראוי בתורת גברא לקבלת שטר שחרור וגם השליחות שלו אינו תלוי בבעלותו על המעשה, אלא בחידוש דין שליח לקבלת הגט אזי אמרינן דהוא יכול למנות שליח אע"פ דהוא בעצמו לא מצי לקבל שטר שחרור.

תוד"ה דאמר רב הונא. וז"ל, אי נמי יש לומר וכו' עכ"ל.

[768] ועיין לקמן (מא. בענין שליח עושה שליח) דרבינו זצ"ל האריך בגדר המיוחד דשליח לקבלה.

[769] עדיין קשה, דהא שליחות לקבלת הגט נלמדת מגזה"כ מיוחדת (לקמן מא.) "ושלחה מלמד שהיא עושה שליח" ועבד גמרי' לה לה מאשה, דאשה ועבד ממנים שליח לקבלה ואע"פ שאינם בעלים לעשות את המעשה בעצמם. אך מנ"ל דשליחות כזו תחול בהקרבת קרבנות, וצ"ע.

התוס' ביארו דהספק בנדרים הוא האם הני כהני הוי רק שלוחי דרחמנא או גם שלוחי דרחמנא וגם שלוחי דידן, והנ"מ הוא בנוגע להקרבה שלא מדעת הבעלים. אבל לכאורה צ"ב דהיאך זה מתרץ את קושייתם דהרי לפי הסוגיא דידן הכהנים אינם יכולים להיות שלוחי דידן דהרי ישראל אינו יכול למנותו כשליח מכיון דהוא אינו יכול לעשות את העבודה בעצמו. ונראה לבאר דכל הסברא דרב הונא בסוגיין שייך רק בדיני שליחות, דהיינו דהכהן אינו השליח של הישראל הבעלים. ולכן, בסוגיא דידן דהנידון הוא דיני שליחות, הגמ' הביאה המימרא דרב הונא דהני כהני שלוחי דרחמנא נינהו ולא שלוחי דידן. אבל במס' בנדרים הגמ' לא נסתפקה בדיני שליחות אלא האם ע"פ דין הכהן עושה את העבודה בעד הבעלים אפי' בלי דיני שליחות. ולכן הנידון שם הוא דוקא במודר הנאה דאינו תלוי בגדרי שליחות אלא כל היכא דאדם אחד מהנה לשני ואע"פ שאינו שלוחו. ונראה שזוהי כוונת התוס'.[770]

גמ'. אמר רבה אמר רב ששת דכולי עלמא אין קנין לעבד בלא רבו, ואין קנין לאשה בלא בעלה והכא במאי עסקינן דאקני ליה אחר מנה, ואמר ליה על מנת שאין לרבך רשות בו וכו'.

בענין מה שקנה עבד קנה רבו ומה שקנתה אשה קנתה בעלה

א

הבעל קונה ישר מהמקנה או דרך האשה

עיין ברש"י (ד"ה ורבנן). ומרש"י מבואר דהמחלוקת בגמ' נוגעת גם לעבד וגם לאשה. ולכאורה קשה למה לפי החכמים באשה יש למקנה היכולת להתנות שאין לבעלך רשות בה. דהרי בשלמא בעבד דאין לו יד לקנות, אזי מסתבר דהגדר דמה שקנה עבד קנה רבו הוא דהמתנה עוברת ישיר מהמקנה אל האדון.[771] כלומר, דאע"פ דהדעת מקנה דנותן המתנה היא דהמתנה תהיה ברשות העבד, מ"מ ההלכה דמה שקנה עבד קנה רבו קובעת דע"פ דין הקנין מתייחס ישיר לאדון. ומכיון דהמתנה עוברת ישיר מהמקנה אל האדון, יש צד לומר דהמקנה יכול לטעון דאין לו דעת מקנה שהאדון יקנה ובגלל זה למנוע את הקנין של האדון (כדמבואר בהמשך).

[770] וע"ע בשיעורים לקמן (מא: ד"ה מה לקדשים שכן רוב מעשיהן ע"י שליח) לביאור נוסף בגדר דשלוחי דידן.

[771] ויש להעיר מדברי הקצוה"ח (סימן תכד סק"א) דהמכה עבדו בפחות משו"פ חייב מלקות. אבל המכה אותו בשו"פ אזי האדון נחשב כבר תשלומין ופטור ממלקות וז"ל כיון דפטורא דרבו אינו אלא משום דמה שקנה עבד קנה רבו והו"ל בר תשלומין אלא שרבו זוכה ממנו אח"כ עכ"ל. ומשמע דבאמת יש יד לעבד לקנות והאדון זוכה ממנו אח"כ כשלב שני.

אבל לכאורה הגדר דמה שקנתה אשה קנה בעלה חלוק ביסודו. דהרי יש יד לאשה לקנות לעצמה כדמוכח מזה דהיא קונה את גוף המתנה והבעל רק אוכל פירות.[772] וכמו"כ ביארנו לעיל (דף כג. בענין גיטו וידו באין כאחת אות א') דלא בעינן החידוש דגיטה וידה באין כאחד כשנתן הגט לאשה בנוגע למעשה הקבלה כי יש לה יד בעצמה. ואם יש לה יד בעצמה, אזי צ"ל דגדר הדין דמה שקנתה אשה קנה בעלה הוא דבעצם היא קונה הכל (הגוף והפירות) ואז כשלב שני קנין הפירות עובר מהאשה אל הבעל. ואם זה נכון, קשה להבין היאך לפי החכמים המקנה יכול להתנות דהאשה מקבלת המתנה על תנאי שאין לבעלך רשות בה, דהרי המקנה רק הקנה את המתנה אל האשה והיא קונה אותה ואין למקנה כח להתנות על הדינים דחלין אחרי זה בין האשה לבעלה.

ומשמע מזה דלא כההו"א שלנו בגדר דמה שקנתה אשה קנה בעלה. אלא דצ"ל דהגדר דמה שקנתה אשה קנה בעלה דומה להגדר דמה שקנה עבד קנה רבו, כלומר, דאין האשה קונה את כל המתנה לבדה ואז אח"כ זכות הפירות עוברים לבעל, אלא דכשהמקנה נותן לה את המתנה המעשה קנין שלה מחיל חלות קנין הגוף אצלה וקנין הפירות אצל הבעל. ונמצא דהבעל קונה קנין הפירות ישיר מהמקנה.

ויש להביא ראיה לזה מהגמ' בנדרים (פח:) דהביאה שיטת רבי מאיר דיד אשה כיד בעלה ולכן אם אדם נותן מתנה לאשה ואמר "מה שתרצי עשי" אזי הבעל קונה המתנה. והגמ' הקשה ע"ז מהדין בשיתופי מבואות דאין אדם יכול לזכות חבית לבני מבוי על ידי אשתו, וז"ל ורמינהו כיצד משתתפין במבוי מניח את החבית ואומר הרי זה לכל בני מבוי ומזכה להן על ידי עבדו ושפחתו העברים ועל ידי בנו ובתו הגדולים ועל ידי אשתו, ואי אמרת קנה יתהון בעלה עירוב לא נפיק מרשותיה דבעל עכ"ל. כלומר דאם יד אשה כיד בעלה היאך הבעל יכול לזכות לבני המבוי ע"י אשתו. ולכאורה אם הביאור במה שקנתה אשה קנה בעלה הוא דיש לאשה יד גמורה דקונה את המתנה לגמרי ואחרי הקנין הזה הפירות עוברים לבעלה, אזי קשה להבין קושיית הגמ' דהרי אפי' לר"מ דיד אשה כיד בעלה מובן דיש לה יד גמורה בפני עצמה ובודאי היא יכולה לעשות מעשה קנין לזכות לאחרים. ולכאורה יוצא מזה דהגמ' הבינה דהגדר דיד אשה כיד בעלה הוא דהפירות הולכים ישיר אל הבעל ולכן החבית אינו יוצא לגמרי מרשות הבעל. ואזי מובנת קושיית הגמ' דהיאך הבעל יכול לזכות לאחר על ידה.

[772] ויש להעיר דהרמב"ן (ד"ה אין קנין) דייק מלשון רש"י כאן (ד"ה קנין דאשה) ובסנהדרין (עא. ד"ה על מנת) דאם אדם נותן מתנה לאשה אזי הבעל זוכה בגוף ובפירות. הרמב"ן מתמיה עליו שלכאורה זה נגד ירושלמי מפורש, עיי"ש בדבריו. והמאירי (כג. ד"ה אע"פ) הביא שיטת רש"י והעיר דפשטות הסוגיא דידן כמותו דהרי הגמ' השווה בין אין קנין לעבד בלא רבו לבין אין קנין לאשה בלא בעלה.

וע"פ זה יש להבין את המשך הסוגיא שם. דרבא תירץ, וז"ל אמר רבא אע"ג דאמר רבי מאיר יד אשה כיד בעלה, מודה רבי מאיר לענין שיתוף דכיון דלזכות לאחרים הוא מיד בעלה זכיא עכ"ל. כלומר דלפי רבא יש לחלק בין היכא דאדם אחר נותן לאשה מתנה דאזי אומרים יד אשה כיד בעלה לבין היכא דהבעל בעצמו נתן לה מתנה דאז יש לה יד בפני עצמה. ולכאורה זה קצת צ"ב, דאם באמת יד אשה כיד בעלה ואין לה יד, אזי למה יש לה יד גמורה לזכות לאחרים כשהבעל נותן לה דבר. ונראה לבאר ע"פ הנ"ל, דרבא הבין דהדין דיד אשה כיד בעלה חל כשלב שני אחרי דהיא קונה הדבר לגמרי ע"י ידה. ולכן הבעל יכול לזכות החבית על ידה דהרי לעולם יש לה יד לקנות קנין גמור.

אבל מסקנת הגמ' שם הוא שלא כרבא, וז"ל איתיביה רבינא לרב אשי אלו שזכין להן [על ידי] בנו ובתו הגדולים ועבדו ושפחתו העברים, ואלו שאין זכין להן על ידי בנו ובתו הקטנים, ועבדו ושפחתו הכנענים, ואשתו, אלא אמר רב אשי מתניתין בשיש לה חצר באותו מבוי עסקינן, דמגו דזכיא לנפשה זכיא לאחריני עכ"ל. כלומר, דרב אשי נקט דמן הסתם אין לה יד בפני עצמה לזכות לכל בני המבוי. אבל אם יש לה חצר באותו מבוי אזי היא באמת קונה גוף החבית לעצמה, דהרי כו"ע מודים דהבעל יכול לתת לה מתנה. ומכיון דהיא באמת קונה לעצמה היא יכולה גם לזכות לשאר בני המבוי. ונמצא דמשמע ממסקנת הסוגיא בנדרים כמו שדייקנו למעלה מהגמ' דידן, דהגדר דמה שקנתה אשה קנה בעלה הוא דהפירות הולכים ישיר מהמקנה אל הבעל.[773]

ויש להעיר דלכאורה היסוד הזה בדין יד אשה כיד בעלה אינו עולה בקנה אחד עם דברי הר"י בתוס' (כד. ד"ה ורבי אלעזר) דחילק בין האדון לבין הבעל בנוגע להיכא דאדם דנותן מתנה והתנה ע"מ שאין לבעל או להאדון רשות בו. דר"ת סבור דדין האשה כדין העבד וכל המחלוקות בגמ' דידן שייכות לשניהם בשוה. אבל הר"י חילק וטען דאפי' המ"ד דבעבד התנאי אינו מהני והאדון תמיד קונה את המתנה, מ"מ יכול לסבור דבאשה תנאי כזה מהני ואדם יכול לתת מתנה לאשה ע"מ דאין לבעלה רשות בו, וז"ל שאין יד האשה כיד הבעל כמו שיד העבד כיד רבו עכ"ל. והר"י הוכיח כדבריו מזה דיש יד לאשה לקנות דברים בלי בעלה כמו גוף המתנה דהיא קונה היכא דהבעל עצמו נותן לה מתנה. ומשמע משיטת הר"י דבעצם יש לה יד גמורה אפי' כשהיא תחת בעלה, וא"כ מסתבר אליביה

[773] ואולי כמו"כ יש לדייק מפירוש הרא"ש למשנה שם (פח. ד"ה ובלבד) שדייק מהמשנה דאם החותן אינו עושה תנאי אזי הבעל קונה את המתנה ואסור לו ליהנות ממנו וז"ל ובלבד שלא יהא לבעליך רשות בהן, הא לאו הכי אסור אע"פ שנותנן לאשתו ולעיל דתנן דנותן מתנה לאחר מותר המודר ליהנות ממנו שאני הכא שהבעל זוכה בפירות המתנה שנותנין לאשתו הוי כאילו נתן לבעל עכ"ל. ומשמע מתירוצו דהאשה אינה נחשבת כאחר כלפי הבעל אלא דהפירות עוברים ישר מהחותן אל הבעל.

דהיא תמיד קונה את המתנה לגמרי ורק אח"כ הפירות עוברים לבעל. וקצת צ"ב בשיטת הר"י ממשמעות הסוגיא דידן והסוגיא בנדרים. אבל יתכן לומר בדעת הר"י דהוא רק הוכיח דיש לה יד גמורה לקנות היכא דאין כח ליד הבעל (כמו בנוגע לקנין הגוף או היכא דהבעל נתן לה המתנה בעצמו או היכא דהמקנה התנה ע"מ שאין לבעלך רשות בו). אבל כל היכא דחל הדין דיד אשה כיד בעלה והבעל באמת קונה הפירות, אזי י"ל דקנין הפירות חל באופן ישיר מהנותן לבעל.

וכמו"כ יש להעיר מהסוגיא בגיטין (עז.-עז:) דהבאנו לעיל (כג. ד"ה והא קיימא לן). דהגמ' הקשה היאך האשה מתגרשת ע"י זריקת גט לחצר דידה דהרי מה שקנתה אשה קנה בעלה. ורבא תירץ וז"ל רבא אמר אטו ידה מי לא קניא ליה לבעל, אלא גיטה וידה באין כאחד הכא נמי גיטה וחצרה באין כאחד, אמר ליה רבינא לרב אשי, רבא יד דאשה קא קשיא ליה, נהי דקני ליה למעשה ידיה, ידה גופה מי קני ליה עכ"ל. ולכאורה השו"ט בין רבא, רבינא ורב אשי נוגעת ליסוד דמה שקנתה אשה קנה בעלה. דרבא נקט דמה שקנתה אשה קנה בעלה פירושו דאין לה יד בפני עצמה כלל וכל מה שהיא קונה עובר ישיר אל הבעל, ולכן צריך החידוש דגיטה וידה באין כאחד אפי' כשהיא מקבלת הגט בידה מיד בעלה. אבל רבינא ורב אשי סברו דיש לה יד בפני עצמה אלא דאחר קניינה, אזי הפירות עוברים לבעלה, ומובן למה היא יכולה לקבל גט בידה אפי' בלי החידוש דגיטה וידה באין כאחד. ולכאורה השיטות יוצאות הפוכות מהגמ' בנדרים, דהרי שם רבא הוא זה דנקט דהאשה יכולה לזכות מבעלה לכל בני המבוי וביארנו דזה מפני דיש לה יד לעצמה וזכיית הבעל חלה אחרי דהיא כבר קנתה את המתנה לגמרי. ובגמ' בגיטין רבא נקט דא"א לאשה לקבל גט מבעלה בלי החידוש דבאין כאחד. וגם, בנדרים רב אשי הוא זה דהסיק דאין אשה זוכה מבעלה לכל בני המבוי ובגיטין הוא נקט דיש לה יד עצמאי לקבל הגט.

ולכל הפחות יש ליישב שיטת רב אשי ע"פ דברי הקצוה"ח (סימן ר סק"ה) דגט זקוק רק למעשה נתינה וקבלה ולא חלות קנין, דלפי"ז הסוגיא בגיטין אינה עוסקת בקנין וזכיית הגט אלא במעשה נתינה וקבלה בלבד. ועפ"ז מסתבר דיש לאשה יד לעצמה לפעול מעשה דקבלת הגט אע"פ דבהלכות קניינים הבעל קונה ישיר ע"י מעשה קנין שלה ולא שהיא קונה את החפץ ורק אח"כ הוא עובר לבעל.[774]

[774] אבל עיין לעיל (כג. בענין גיטו וידו באין כאחת אות א') דרבינו זצ"ל העיר דאפי' לקצוה"ח הבעל צריך להקנות לה את הנייר, ודו"ק. אך י"ל באופן אחר מרבינו זצ"ל דבאמת לקצוה"ח לא צריך הבעל להקנות את הנייר דהגט לאשתו אך במשיירי את הנייר לעצמו חל פסול דחסרון כריתות מכיון דיש לו זכות בגט לקחתו בחזרה והוא פסול בנתינה. ובנוגע לשיטת רבא י"ל דסובר דהא דאין לאשה יד היינו כדי לזכות לעצמה דמה שקנתה אשה קנתה

ב

שיטת רב ששת

לפי רב ששת, נחלקו התנאים היכא דאדם הקנה מתנה לעבד והתנה ע"מ שאין לרבך רשות בו. ונראה לבאר דהמחלוקת היא בגדר הדין דמה שקנה עבד קנה רבו. דהרי דלא שייך לומר דהעבד זוכה במתנה כשלב ראשון ורק אח"כ המתנה עוברת לאדון (כמו שצדדנו לגבי אשה נשואה), אלא פשיטא דהאדון קונה המתנה ישיר מהמקנה. וכדי לבאר את יסוד המחלוקת שבין ר"מ והחכמים צריך להקדים ב' חקירות בגדר דמה שקנה עבד קנה רבו.

א) יש לעיין למי מתייחס הדעת מקנה דנותן המתנה. דהרי במציאות, המקנה רוצה לתת את המתנה לעבד ודעת המקנה מתייחסת אליו, אלא דחל הדין דיד עבד כיד רבו והאדון זוכה במתנה. וי"ל דהדין דיד עבד כיד רבו קובע דע"פ דין הדעת מקנה הוי להקנות לאדון ולא לעבד. מאידך י"ל דדעת המקנה עדיין מתייחסת אל העבד, אלא דהדין דיד עבד כיד רבו חל בנוגע לחלות הקנין, כלומר דהאדון קונה את החפץ ישיר מהנותן אע"פ דהנותן ע"פ דין התכוון להקנות המתנה אל העבד.

ב) בנוסף להגדרת דעת המקנה, יש לחקור עוד בנוגע לדין אין קנין לעבד בלא רבו, האם בעצם יש יד לעבד אלא דיד רבו סותר את היד דהעבד ולכן האדון קונה, או"ד דבעצם אין יד לעבד כלל דאין לו היכולת לקנות כלל.

וע"פ ב' החקירות האלו יש לבאר את מחלוקת התנאים אליבא דרב ששת. די"ל דשיטת החכמים דהתנאי דאין לרבך רשות בו מועיל והעבד קונה, מיוסדת על ב' הנחות: א) שיש יד לעבד אלא דבעלמא יד דהאדון סותרו, ולכן היכא דאין סתירה מצד יד האדון העבד יכול לקנות. ב) הדין דאין קנין לעבד בלא רבו קובע דע"פ דין דעת המקנה דנותן המתנה מתייחס לאדון. אך כל זה חל בדעת מקנה דעלמא ובמתנה דעלמא להעבד. אך היכא דנותן המתנה התנה במפורש דהוא אינו רוצה שהאדון יזכה במתנה, ע"פ דין אין כאן חלות דעת מקנה להאדון אלא רק להעבד. ומכיון דיש לעבד יד לקנות היכא דאין סתירה מצד יד האדון, העבד קונה את המתנה. דהיכא דע"פ דין ליכא דעת מקנה לאדון אין ידו סותר את יד העבד מלקנות.

ואליבא דר"מ החולק על החכמים ונקט דתנאי זה אינו מהני, נראה שניתן לבארו בב' אופנים, אליבא דר"ת ואליבא דהר"י (בתוד"ה ור"א). דלפי ר"ת גם ר"מ מודה היכא דנותן

בעלה, ואילו לזכות לאחרים ולא לעצמה יש לה יד, דזכיית אחרים אינה נוגעת לזכות הבעל בפירות. ואילו עבד אין לו יד כלל בלי אדון וגם לזכות לאחרים.

המתנה אמר ע"מ שתצא בו לחירות דהעבד קונה את המתנה. וא"כ סובר דבעצם יש יד לעבד לקנות והכלל דמה שקנה עבד קנה רבו הוא חלות דין דחל מחמת סתירת יד האדון ליד העבד. ולפי"ז המחלוקת בין ר"מ והחכמים היא באיזה אופן נסתלקה יד האדון כדי שהעבד יקנה בעצמו. דר"מ נקט דבדרך כלל דעת המקנה מתייחס להעבד והדין דיד עבד כיד רבו קובע דחלות הקנין חל ישיר מהמקנה אל האדון. ולפי"ז התנאי דאין לרבך רשות בו אינו מהני, דהרי בכל מתנה אל העבד המקנה רוצה שהעבד יקנה ומ"מ התורה קובעת דהאדון זוכה. אבל אם המקנה אומר ע"מ שתצא בו לחירות, כלומר דכל המתנה היא רק לתשמיש מסויים, אזי אם האדון יזכה במתנה תבטל כל חלות המתנה. ולכן במקרה כזה שיש סתירה בין זכיית האדון לבין כל חלות המתנה, אזי יד האדון מסתלקת והעבד קונה בידו. ואילו החכמים נקטו דבדרך כלל דעת המקנה מתייחס אל האדון ולכן גם תנאי שאין לרבו רשות בו מסלק את יד האדון וכנ"ל.

וכל זה לפי הר"ת דלדעת רב ששת גם ר"מ מודה דע"מ שתצא בו לחירות מהני. מאידך הר"י חולק על הר"ת ונקט דרב ששת סבור דלפי ר"מ אין היכי תמצי שהעבד יזכה במתנה.[775] וא"כ י"ל אליביה דר"מ סבור דבעצם אין יד לעבד לקנות כלל ולכן כל תנאי של המקנה, אפי' תנאי דמסלק את האדון, אינו מעלה ואינו מוריד והעבד אינו יכול לקנות. אבל לכאורה צ"ב דלפי זה דאין לעבד יד כלל, למה המתנה חלה כלל. כלומר דבמקום דהאדון יקנה את החפץ דהוי סתירה לכל עצם המתנה, היה ראוי לומר דהמתנה בטלה והמתנה נשארת ברשות המקנה.[776]

ג

מתנה מהבעל ומהאדון

הבאנו את המחלוקת בין ר"ת והר"י בנוגע לדין דיד עבד כיד רבו היכא העבד קיבל מתנה ע"מ שתצא בו לחירות. והר"י הביא ראיה לשיטתו לחלק בין יד האשה לבין יד העבד, וז"ל תדע דאילו אם נתן הבעל מתנה לאשתו קנתה לגמרי ואין הבעל אוכל פירות כדאיתא פרק חזקת הבתים (ב"ב נא:) ואילו אם נתן מתנה לעבדו לא קנה העבד כלל עכ"ל. ולכאורה צ"ב בדעת ר"ת למה אדון אינו יכול לתת מתנה לעבדו. כלומר דאם יש לעבד יד לקנות היכא דיד האדון אינו סותרו (כדמוכח מזה דבמתנה על מנת שתצא בו לחירות קנה העבד), לכאורה היכא דיד האדון גופא נותן לו את המתנה אין יד האדון סותר לקנין העבד. ובאמת יש להקשות הקושיא הזאת על הגמ' עצמה, דהרי לכו"ע החכמים נקטו

[775] לכאורה זה אינו מפורש בדברי התוס' אבל עיין במרומי שדה (ד"ה ר"מ) דהוכיח כן בשיטת הר"י.

[776] ועיין לקמן (אות ה') האם הוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה. ועוד י"ל דהוי תנאי שא"א לקיימו שהתנאי בטל והמעשה קיים.

דיש תנאי דמהני דעבד יקנה המתנה, וצ"ל דיש יד לעבד לקנות. וא"כ למה אין האדון יכול לתת מתנה לעבדו.[777]

ונראה דבנוגע ליד העבד יש לחלק בין ידו כלפי אדם אחר לבין ידו כלפי האדון. דהיינו, כלפי אדם אחר דנותן לו מתנה אזי יד העבד נחשבת כיד לקנות בו, אבל כלפי האדון אין לעבד יד לקנות. והביאור הוא דכל קנין יד בעי ב' דברים: א) תפיסת יד הקונה כדי לקנות, ב) שהחפץ תצא מיד הנותן. וכשאחר נותן לעבד מתנה ע"מ שאין לרבו רשות בו, אזי נתקיימו ב' התנאים. אבל כשהאדון עצמו נותן לעבד המתנה, אע"פ דיש לעבד יד לקנות, מ"מ מכיון דהעבד עצמו הוי ברשות האדון, ע"פ דין החפץ לא יצא מרשות הנותן והמתנה אינה חלה.

וכל זה לגבי עבד. אבל באשה, אפי' לפי ר"ת דהשווה אשה לעבד בנוגע למתנה על תנאי, צ"ל דאשה חלוקה מעבד ויש לה יד כלפי בעלה. דהרי לכו"ע היא מקבלת מתנה ממנו כדמבואר בתוס'. וגם ביארנו לעיל דמבואר בגמ' דלא בעינן החידוש דגיטה וידה באין כאחד באשה כמו בעבד. והיסוד הוא דר"ת רק השווה אשה לעבד היכא דקיבלו מתנה מאחר, אבל דינם חלוקים היכא דקיבלו מתנה מהאדון או מהבעל. דעבד קנוי לבעל בקנין ממון ולכן נתינת מתנה מהאדון אל העבד אינו מוציא החפץ מיד האדון כלל וחסר מעשה ההקנאה. אבל אשה אין גופה קנוי לבעל אלא דיש דין דמה שקנתה אשה קנה בעלה דמונע ממנה היכולת לזכות בקנין פירות ואפי' היא אינה יכולה לעשות תנאי נגד זכיית הבעל במקרים מסויימים. אבל היכא דהבעל עצמו נותן לה מתנה אזי הקנין חל מכיון דיש לה יד לקנות והמתנה יצאה מיד המקנה, דהיינו הבעל, לידה.

ד

מתנה לתשמיש מסויים

איתא במשנה בנדרים (פח.) וז"ל המדיר הנאה מחתנו והוא רוצה לתת לבתו מעות, אומר לה הרי המעות האלו נתונין לך במתנה, ובלבד שלא יהא לבעליך רשות בהן אלא מה שאת נושאת ונותנת בפיך עכ"ל. מבואר במשנה דיש היכי תמצא דאדם דמודר הנאה מהבעל יכול לתת מתנה לאשה בלי שהבעל יקנה. ונחלקו האמוראים בנידון, וז"ל אמר רב לא שנו אלא דאמר לה מה שאת נושאת ונותנת בפיך, אבל אמר מה שתרצי עשי קנה יתהון בעל, ושמואל אומר אפילו אמר מה שתרצי עשי לא קנה יתהון בעל עכ"ל. ובהמשך הסוגיא מבואר דבעצם נחלקו האמוראים במחלוקת ר"מ והחכמים האם

[777] עיין ברשב"א (ד"ה אין קנין) דהביא דעה דנקטה דיש להשוות אשה לעבד לגבי מתנות וכמו דאשה קונה בגוף המתנה מיד בעלה הו"ה דעבד קונה בגוף המתנה מיד האדון שלו. אבל הרשב"א עצמו דחה השיטה הזאת ונקט כמו התוס' דאין עבד מקבל מתנה מיד רבו.

אמרינן יד אשה כיד בעלה. דרב דנקט דהאומר "מה שתרצי עשי" קנה הבעל סבור כר"מ דאמר יד אשה כיד בעלה, ושמואל דנקט דלא קנה הבעל סבור כחכמים דלא אמרינן יד אשה כיד בעלה.

והרמב"ם (פרק יז מהלכות נדרים הלי"ז) פסק כשמואל, וז"ל מי שנאסרה הנייתו על בעל בתו והוא רוצה לתת לבתו מעות כדי שתהיה נהנית בהן ומוציאה אותן בחפציה, הרי זה נותן לה ואומר לה הרי המעות האלו נתונין לך במתנה ובלבד שלא יהא לבעליך רשות בהן אלא יהיו למה שאת נותנת לפיך או למה שתלבשי וכיוצא בזה, ואפילו אמר לה על מנת שאין לבעליך רשות בהן אלא מה שתרצי עשי בהן לא קנה הבעל ומה שתרצה תעשה בהן, אבל אם נתן לה מתנה ואמר לה על מנת שאין לבעליך רשות בהן ולא פירש שתהיה המתנה הזאת לכך ולכך או למה שתרצה תעשה בהן הרי קנה אותה הבעל לאכול פירותיה, ודבר זה אסור שהרי הוא אסור בהניית חותנו עכ"ל. וכן איתא בהלכות זכייה (פרק ג הלי"ג-י"ד).[778] שני דינים יוצאים מדברי הרמב"ם: א) האומר "מה שתרצי עשי" לא קנה הבעל כשיטת שמואל, ב) אעפ"כ האומר על מנת שאין לבעלך רשות בהן קנה הבעל.

והראב"ד השיג עליו בב' הנקודות האלו, וז"ל א"א המחבר הזה שנה משנתו כשמואל אבל לדעת רב לעולם יהא אוכל פירות עד שיאמר לה אלא למה שאת נושאת ונותנת לפיך אבל אמר לה עשי מה שתרצי בעל אוכל פירות, אע"ג דפליג שמואל הא איסורא היא וקי"ל כרב באיסורי ועוד דאקשינן ותרצינן שמעתא אליבא דרב אליבא דר"מ, גם ענין דבריו לא ישרו בעיני מה הפרש יש בין מי שאמר עשי מה שתרצי למי שאמר על מנת שאין לבעליך רשות בהן ולא אמר יותר הלא נתן הכל לבתו מתנה גמורה ולא שייר במתנה כלום ומה שתרצה תעשה בהן אלא שמחלוקת שבין רב ושמואל אינה אלא דרב ס"ל כר"מ ומוקים לסתמא דמתני' כר"מ ושמואל ס"ל כחכמים ומוקים למתניתין כחכמים וכו' עכ"ל. כלומר, דהראב"ד הקשה דראוי לפסוק כרב כי הלכה כרב באיסורי. ועוד הקשה דמה סברת הרמב"ם לחלק בדעת שמואל בין מה שתרצי עשי דלא קנה הבעל לבין ע"מ שאין לבעלך רשות בהן דקנה הבעל, דהרי בשניהם נותן המתנה רוצה שהאשה תעשי מה שהיא רוצה עם המתנה. וצ"ב בסברת המחלוקת ביניהם.

ונראה לבאר דיסוד שיטת הרמב"ם הוא כמו שביארנו לעיל (אות ב') בשיטת הר"ת דלא אמרינן יד עבד כיד האדון או יד האשה כיד בעלה היכא דיש סתירה בין חלות המתנה לבין יד האדון והבעל. ולכן היכא דהאב נתן את המתנה רק לתשמיש מסויים כמו מה

[778] אמנם עיי"ש דהכס"מ נקט דהרמב"ם פסק כרב. ותמהו עליו האחרונים.

"שאת נושאת ונותנת בפיך" אזי יש סתירה בין חלות המתנה, דהיינו דהיא מקבלת המתנה דוקא כדי לאכול, לבין זכיית הבעל דהוא היה מונע אותה מלעשות התשמיש הזאת. ושמואל סבור דה"ה היכא דאמר "כל מה שתרצי עשי" דהיינו דאפי' בלי לפרט תשמיש מסויים, האב בעצם מגדיר את המתנה כמתנה לכל תשמיש מסויים דהיא בוחרת. ולכן זכיית הבעל מהווה סתירה לכל חלות המתנה והבעל אינו קונה. מאידך היכא דהאב אמר "על מנת שאין לבעלך רשות בו" דאזי האשה מקבלת את המתנה כמתנה גמורה בלי הגדרה מסויימת, אלא דהאב אינו רוצה שהמתנה תעבור לרשות הבעל. ואזי חל הדין דיד אשה כיד בעלה כי אין סתירה בין חלות המתנה עצמה לבין זכיית הבעל.[779]

ואילו הראב"ד דפסק כרב חולק על זה וסבור דאין הדין דיד אשה כיד בעלה תלוי בהאם יש סתירה בין חלות המתנה לבין זכיית הבעל. אלא דהראב"ד נקט דיד אשה כיד בעלה חל כל היכא דיש לאשה קנין גמור במתנה דאזי תקנו תקנת פירות לבעל בנכסיה וידה כידו. אבל אם יש לה בעלות מוגבלת גרידא במתנה, כגון שקנתה לאכילה בלבד, אזי לא תקנו לו לבעל פירות וידה אינה כידו, ולכן הראב"ד נקט דרק היכא דהאב הגדיר דכל המתנה הוא רק לתשמיש מסויים אזי אין הבעל קונה, דהרי האשה עצמה אין לה קנין גמור במתנה. אבל אם האב אמר "כל מה שתרצי עשי" אזי אין לה שום הגבלה בקנין שלה וממילא חל הדין דיד אשה כיד בעלה.

ועפ"ז יש להבין את קושיית הראב"ד על הרמב"ם בנוגע לשיטת שמואל (דהראב"ד לא פסק כוותיה). דהראב"ד הקשה דהיאך חילק הרמב"ם בין היכא דהאב אמר "כל מה שתרצי עשי" לבין היכא דהאב אמר "על מנת שאין לבעלך רשות בו" דהרי שניהם שווים, וז"ל הלא נתן הכל לבתו מתנה גמורה ולא שייר במתנה כלום ומה שתרצה תעשה בהן עכ"ל. ומבואר דהראב"ד נקט דהדין יד אשה כיד בעלה חל תלוי באם שהאשה מקבלת את המתנה כמתנה גמורה ולא כמתנה מוגבלת. ועפ"ז מובן דהראב"ד נקט דאין הבדל כלל בין "כל מה שתרצי עשי" לבין "על מנת שאין לבעלך רשות בו", דהרי בשניהם האשה יכולה לעשות כל מה שהיא רוצה. משא"כ לשיטת הרמב"ם דהכל תלוי באם יש סתירה

[779] ועיין בשו"ת הרמב"ם (סימן קיט) דהרמב"ם ביאר החילוק בין "מה שתרצי עשי" לבין "על מנת שאין לבעלך רשות בו" הוא דב"מה שתרצי עשי" התנאי הוא "בגוף המתנה" לעומת "על מנת שאין לבעלך רשות בו" דהתנאי הוא "על האדם שנותנים לו". ואולי הביאור הוא כמ"ש רבינו זצ"ל בפנים, וצ"ע. גם י"ל דכוונת הרמב"ם שכשעצם קנין האשה מוגבל לקנות רק לדבר מסוים, כגון "מה שתרצי עשי" דהיינו שקונה רק לתשמיש שרוצה בה, אזי יש כח למקנה למעט את זכות הבעל ולהתנות שאין לבעלך רשות בה מכיון שיש יד למקנה בעצם הקנין המסוים שלה לתשמיש ההוא בלבד. משא"כ במתנה דעלמא והתנה "שאין לבעלך רשות בה" דהתנה נגד הבעל בלי להגביל קנינה.

בין חלות המתנה לבין זכיית הבעל דאזי מובן החילוק בין כל "מה שתרצי עשי" דהיא מקבלת המתנה כדי לעשות תשמיש מסויים, לבין "על מנת שאין לבעלך רשות בה" דהיא מקבלת המתנה כמתנה בעלמא ואזי חל הדין דיד אשה כיד בעלה.

וגם צ"ב בכל עצם הדין דר' אלעזר דאפשר לתת מתנה לשם תשמיש מסויים (להוציאו לחירות), דלכאורה זה נגד המשנה בנדרים (מח.) דמתנה רק חלה היכא דיש למקבל קנין גמור כדי הוא יכול להקדישו. וי"ל בפשטות דהגמ' בנדרים (מח:) בעצמה קובעת דהדין דהמשנה דהמתנה אינה חלה הוא רק מפני דיש אומדנא דמוכח דלא היתה דעת מקנה. אמנם היכא דיש דעת מקנה גמורה להקנות מתנה לאדם לתשמיש מסויים אזי המתנה חלה ויש למקבל בעלות מוגבלת.[780]

ה

מתנה ע"מ שכתוב בתורה

והקשה הרשב"א (ד"ה הא דאמרי') על שיטת ר"מ דאם הנותן התנה בתנאי עם משפטי התנאים שהאדון אינו יכול לזכות במתנה, אזי היאך אפשר לומר דהאדון אכן קנה, וז"ל תימה והיאך אפשר לומר כן שאם התנה עליו שלא יקנה רבו שיקנה בעל כרחו של נותן והרי הוא כפל תנאו לדברי ר"מ שאם יקנה רבו שלא תהי' מתנתו מתנה כלל וא"כ היאך קנה רבו ולמה אין מתנתו בטלה עכ"ל. והרשב"א תירץ דהנותן הוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה ופסקינן דהתנאי בטל ומעשה קיים, וז"ל וי"מ שהטעם בזה מפני שמתנה על מה שכתוב בתורה שתנאו בטל לפי שכל תנאי שעוקר את המעשה אינו תנאי לפי שמשעה שאמר לאשה הרי את מקודשת לי או לעבד הרי מתנה זו נתונה לך חל המעשה שהרי ראוי הוא לחול ולהתקיים שלא יהא לרבו רשות בו ושלא תהא לאשה שאר כסות ועונה על בעלה ואלו אינן מבטלין מתנאי המתנה ולא כלום אלא דדבר תורה שאין אישות בלא שאר כסות ועונה ואין יד לעבד בלא רבו וכיון שחל המעשה לא חל לחצאין, אבל שאר תנאים דעלמא דמי שהתנו עליו מבטל תנאו מדעתו בטל המעשה בביטולו של תנאי לפי שהי' כח לתנאי להתקיים בקיומו של מעשה וכיון שלא נתקיים התנאי נתבטל המעשה ואינן דומין לזה שמשעה שחל המעשה בטל התנאי עכ"ל. כלומר, דבתנאי דעלמא התנאי הוי דבר חיצוני למעשה אלא דקיום המעשה תלוי בקיום התנאי. אבל הכא הנותן רוצה לשנות את עצם החלות ע"י התנאי, ובזה אמרינן המתנה ע"מ שכתוב בתורה תנאו בטל ומעשה קיים.

[780] ועיין בשיעורים לעיל (ו: ד"ה אמר רבא) דרבינו זצ"ל הביא את זה מהרמב"ן ושאר ראשונים. אבל בשיעורים שם רבינו זצ"ל הביא את שיטת הראב"ד דלכאורה פסק דרק מתנה גמורה דהמקבל יכול להקדיש חלה, ומתנה לשם תשמיש מסויים אינה חלה כלל.

ולכאורה כל שיטת הרשב"א מבוססת על מה שדייקנו מהסוגיא כאן ובנדרים לעיל (אות א'), דהגדר דמה שקנה עבד קנה רבו וגם מה שקנתה אשה קנה בעלה הוא דהאדון והבעל זוכים ישיר מהנותן. ולפיכך היה שייך לומר דהנותן יכול להתנות שהאדון לא יזכה במתנה, כי המתנה עוברת מהנותן אל הבעל או האדון. אבל אם האדון או הבעל רק קונים כשלב ב', כלומר דבתחילה העבד או האשה קונים ורק אח"כ הבעלות עוברת אל האדון או אל הבעל, אזי לכאורה אין צד לומר דהנותן יכול להתנות על דין שחל בהיחס בין העבד והאדון.[781]

הרשב"א ביאר את שיטת רבי מאיר דתנאי כזה אינו מהני, אבל לא ביאר את שיטת החכמים. וצריך לעיין למה הם סבורים דבעל מנת שאין לרבך רשות בו התנאי קיים ואין האדון זוכה במתנה. וי"ל דהכל הולך לשיטתם בסוגיית מתנה ע"מ שכתוב בתורה. דהרי נחלקו רבי מאיר ורבי יהודה בעלמא האם מתנה ע"מ שכתוב בתורה בדבר שבממון תנאו קיים או לא (לעיל יט:). ולפי"ז יתכן דזה גם הוי המחלוקת כאן, דהיינו דמה שקנה עבד קנה רבו מהווה דבר שבממון, ולכן ר"מ לשיטתו נקט דהתנאי אינו קיים והחכמים סבורים כמו רבי יהודה דהתנאי קיים והאדון אינו זוכה במתנה.

אבל מסתבר דאין קשר הדוק בין הסוגיות. דהרי אם המחלוקת בעל מנת שאין לרבך רשות בו הוי מחלוקת בדיני מתנה ע"מ שכתוב בתורה, אזי צ"ע בשיטת ר' אלעזר בהמשך הסוגיא, למה הוא נקט דכל התנאים סבורים דתנאי כזה בטל והאדון זוכה במתנה. דהרי בדבר שבממון מבואר במקומות אחרים בש"ס דיש תנא דסבור דתנאי קיים. וגם יש להקשות דלמה הגמ' עצמה לא חיברה בין הסוגיות בהדיא. אלא בודאי נראה מכל זה דאין קשר הדוק בין הסוגיות, ואפי' המ"ד דהמתנה ע"מ שכתוב בתורה בדבר שבממון תנאו קיים יכול לסבור הכא דהתנאי בטל והאדון זוכה, וגם המ"ד דבעלמא תנאו בטל יכול לסבור הכא דהתנאי קיים והעבד זוכה.

והסברא לומר דבדבר שבממון בעלמא תנאו קיים אבל כאן אין תנאו קיים הוא דאולי הנותן אינו הבעלים לעשות תנאי כזה. דהרי פשיטא דכדי לעשות תנאי לשנות את החלות צריך המתנה להיות הבעלים על החלות. ואע"פ דמלשון רש"י (יט: ד"ה בדבר שבממון) אולי משמע דתנאי ע"מ שכתוב בתורה בדבר שבממון חל מדין מחילה ולא

[781] לכאורה יל"ע בזה דהא הסוגיא דמתנה ע"מ שכתוב בתורה גם דנה במקדש אשה ע"מ שאין לה שאר כסות ועונה, ויל"ע האם שאר כסות ועונה הם חלק מעצם וגופו של הקידושין או שחלים כחיובים דממילא אחרי שהקידושין חלין אזי בשלב שני חלין חיובי שאר כסות ועונה, ואעפ"כ נתפסים בתנאי וה"ה י"ל בקנין האדון והבעל. ועיין לעיל בשיעורים (ה. ד"ה אמר רב הונא חופה קונה, אות ד') בשם הגר"ח זצ"ל דמשמע מדברי רבינו זצ"ל דשאר כסות ועונה הוו חלק מעצם חלות הקידושין.

מדין תנאי, וז"ל דניתן למחילה הוי תנאי קיים אבל עונה דצערא דגופא הוא לא איתיהיב למחילה עכ"ל, פירוש זה בדברי רש"י בודאי אינו נכון. דהרי הגמ' הביאה את המחלוקת בין ר"מ ור"י בנוגע לע"מ שאין לך עלי אונאה (ב"מ נא.) או ע"מ שלא תשמטני שביעית (מכות ג:), ושם לא שייך דין מחילה כלל. אלא דברור דרש"י הזכיר את היכולת למחול רק כסימן דיש להם בעלות על המעשה ומפני זה יש צד לומר דהם יכולים לשנות את החלות ע"י תנאי.[782] ויוצא מזה דכדי לעשות תנאי ע"מ שכתוב בתורה בדבר שבממון צריך להיות חלות שם בעלים.

אבל בסוגיא דידן י"ל דאין לנותן או לעבד הבעלות דנצרכת כדי להתנות תנאי ולשנות את החלות. דהרי העבד עצמו אינו הבעלים על קבלת המתנה דהרי בעלמא האדון זוכה בו. וגם י"ל דאין הנותן הבעלים כדי לעשות תנאי כנגד הדין דמה שקנה עבד קנה רבו, דאע"פ דהוא הדעת מקנה והוא הבעלים על המעשה והוא יכול לעשות תנאי בעצם חלות המתנה (כמו להתנות דהמתנה חלה רק לתשמיש מסויים), מ"מ הדין דמה שקנה עבד קנה רבו הוי מחוץ לבעלותו. דהרי בין אם העבד זוכה במתנה בין אם האדון זוכה במתנה, חלה אותה חלות מתנה. ומפני כך, אע"פ דהנותן הוי הבעלים על חלות המתנה, הוא אינו יכול להתנות כנגד הדינים דשייכים לאיזה גברא זוכה במתנה כי זה אינו קשור לעצם חלות המתנה.

ומצד שני, גם המ"ד דאין תנאו קיים בדבר שבממון בעלמא יכול לסבור דכאן תנאי דאין לרבך רשות בו מהני. דהרי גם המ"ד דאין אדם מתנה ע"מ שכתוב בתורה בדבר שבממון עדיין מודה דמתנה שומר חנם להיות פטור משבועה (בבא מציעא צד.) משום "דמעיקרא לא שעבד נפשיה". וכבר ביארנו (לעיל יט: ד"ה ונוהג בה, אות ב') דהדין דמתנה ע"מ שכתוב בתורה תנאו בטל חל רק היכא דיש לאדם דעת ליצור חלות מסויימת וממילא יש חיובים שחלין מחמת החלות. למשל, אדם מקדש אשה עם דעת לקידושין וממילא הוא חייב בשאר כסות ועונה. ואם האדם רוצה לשנות את חלות האישות כדי שלא יתחייב בשאר כסות ועונה, אזי זה נקרא מתנה ע"מ שכתוב בתורה. אבל היכא דכל החיובים חלין מדעת המתחייב אזי גם ר"מ מודה דאדם יכול לומר דרק יש לו דעת לדבר מסויים ולא לדבר אחר. וא"כ גם הכא יתכן דהגדר דמה שקנה עבד קנה רבו הוא דע"פ דין יש לנותן דעת מקנה להקנות לאדון. וא"כ כשהנותן עושה תנאי ואומר בפירוש דאין לו הדעת

[782] וכן איתא בשיעורים לעיל (ז. ד"ה הרשב"א) בהערה שם. ויש להעיר דרבינו זצ"ל (רשימות שיעורים לב"מ נא. בענין מתנה ע"מ שכתוב בתורה אות ו') הביא דהרמב"ן באמת נקט דתנאי שבממון קיים לפי רבי יהודה מדין מחילה ממש. וכן איתא בקצוה"ח (סימן רט סקי"א).

הזאת, אזי גם המ"ד דאין אדם מתנה ע"מ שכתוב בתורה בדבר שבממון מודה דתנאי כזה מהני.

ו

ביאור הראב"ד ביד עבד כיד רבו

ועיין בהמשך דברי הרשב"א דהביא ביאור אחר במחלקות התנאים בנוגע לע"מ שאין לרבך רשות בו (לפי רב ששת), וז"ל והראב"ד ז"ל פי' דטעמא דמלתא משום דיד עבד כיד רבו לזכות לו לאדון אמרינן אבל לא לחוב לו והלכך ס"ל לר"מ דכיון דא"ל קני קני עבד וקני רביה דכשנתנו לעבד כאלו נתנו לאדון ממש וכשהתנה עם העבד כאלו התנה עם אחר, ואין זה כשאר תנאין דעלמא דמתנה עם מקבל המתנה בעצמו, ורבנן סברי דמעיקרא קני עבד אלא דלכי זכי עבד זכי אדון מכח זכיית העבד והלכך כשהתנה עם העבד הו"ל כשאר תנאין דעלמא דמתנה עם מקבל המתנה בעצמו וכיון שכן תנאו קיים דאי אמרת מ"מ ליזכי אדון מיד עבד כבר קדמו תנאי נותן שלא יהא לרבו רשות בו עכ"ל. ומבואר דנחלקו התנאים בגדר הדין דיד עבד כיד רבו.

והביאור הפשוט דעולה מדברי הראב"ד הוא דנחלקו ר"מ והחכמים האם הדין דיד עבד כיד רבו קובע דהמתנה חלה ישירה מהנותן אל האדון (ר"מ), או"ד יש ב' שלבים, שבשלב הראשון העבד קונה ואח"כ המתנה עוברת ממנו אל האדון (החכמים). אך לכאורה פירוש זה קשה, דהרי לפי"ז יוצא דהחכמים סבורים דתנאי מהני מפני דהעבד הוי הקונה והבעל דבר. וביארנו לעיל (אות א') דאם באמת יש ב' שלבים והדין דמה שקנה עבד קנה רבו חל אחרי הקנין דהעבד, אזי לא מסתבר לומר דתנאי בין הנותן והעבד ימנע את זכיית האדון, דהרי אין קשר כלל בין נתינת הנותן לבין זכיית האדון.

ולפי"ז צריך לדחוק קצת בלשון הראב"ד ולומר דכו"ע מודי דהאדון קונה ישר מהנותן. אלא דנחלקו בנוגע למי מתייחס מעשה הקנין. דר"מ סבור דאע"פ דהעבד עושה את הפעולה בידיים שלו, מ"מ חלות מעשה הקנין שייך לאדון, ולכן אין העבד בעל דבר כלל להתנות תנאי. אבל החכמים סבורים דמעשה הקנין מתייחס לעבד ולכן הוא מהווה הבעל דבר ובעלים על הקנין כדי לעשות תנאי ביחד עם הנותן למנוע את זכיית האדון. אבל כו"ע מודו דאין שלב כלל דהעבד באמת זוכה את המתנה בעצמו.

אבל גם הביאור הזה קשה, דהרי מחלוקת התנאים שייך גם לעבד וגם לאשה. ולא מסתבר לומר דלפי ר"מ אין לאשה חלות מעשה קנין כשהיא תחת בעלה לגבי הפירות, דהרי מדאורייתא היא קונה הכל וברור דהדין דיד אשה כיד בעלה הוי דין בזכייה בעלמא ולא במעשה הקנין עצמה. ומשמע מזה כביאור הראשון שכתבנו בדעת הראב"ד, דהיינו

דלכו"ע יש לעבד ולאשה מעשה קנין אלא דנחלקו התנאים האם הם באמת זוכים במתנה או דהחלות עוברת ישר אל האדון והבעל. אבל לפי"ז חזרנו לקושייתנו מצד היכולת של הנותן להתנות תנאי על דין שחל בין האשה והבעל. וא"כ עדיין צ"ע בשני הביאורים בדברי הראב"ד.

ולפי מה שנתבאר בדעת הראב"ד, יש לחזור לשיטת הר"י דסובר דלר"מ לפי רב ששת אין שום תנאי בעבד דמהני והאדון לעולם זוכה בו. וי"ל דהר"י נקט דאין לעבד אפי' מעשה קנין כשיטת ר"מ בביאור הראשון שביארנו בראב"ד, או מאידך יתכן דהר"י סבור דאכן יש לעבד מעשה קנין אבל חלות הקנין מתייחסת ישיר אל האדון ולכן אין העבד בעלים כדי להתנות עמו תנאי.

ז

שיטת ר' אלעזר

לפי ר' אלעזר, ר"מ סבור דאין היכי תמצא דהעבד קונה. וזה מאד מובן ע"פ הביאורים שכתבנו לעיל (אות ו'). אבל לכאורה שיטת החכמים לפי ר' אלעזר צ"ב. דהרי לפי ר' אלעזר החכמים מודים דאם הנותן אמר "על מנת שאין לרבך רשות בו" דהתנאי אינו מועיל, וביארנו לעיל דהסברא היא דאין העבד בעל דבר לעשות תנאי כזה. וא"כ קשה להבין היאך התנאי ד"על מנת שתצא בו לחירות" מהני. ולעיל (אות ד') ביארנו ע"פ שיטת הרמב"ם דאם יש סתירה בין חלות המתנה לבין הדין דיד עבד כיד רבו אזי יד האדון נסתלק. והרשב"א הביא עוד ב' הסברים לשיטת החכמים לפי ר' אלעזר.

בתחילת דבריו, הרשב"א הביא את דברי רב האי גאון, וז"ל וכלשון הזה כתב רבינו האיי גאון ז"ל בספר המקח בשער ה' כגון שאמר לו נותן המתנה הילך מתנה זו ע"מ שיוציאך רבך לחירות וכלומר כדי שיקח הוא מתנה זו ויוציאך בה לחירות עכ"ל. כלומר, דבעצם אין העבד קונה את המתנה אלא דהאדון קונה מדין יד עבד כיד רבו, והוא מתחייב לשחרר בו את העבד. ולכאורה שיטת רב האי גאון דחוק בלשון הגמ' דמשמע דהעבד קונה את המתנה ויוצא בו לחירות.

ובהמשך, הרשב"א הביא ביאור אחר מבעלי התוס' (לא נמצא לפנינו) וז"ל והכא בדאמר לי' הא לך מנה ע"מ שתצא בו לחירות דר"מ סבר כיון דא"ל סתם הא לך מנה ולא א"ל שלא יהא לך בו אלא שתצא בו לחירות דהויא מתנה גמורה ואע"ג דא"ל ע"מ שתצא בו לחירות לאו כלום הוא, ורבנן סברי כיון דייחד לו דבר לאו מתנה גמורה יהיב לי' ואין לו בו אלא פדיונו בלבד אבל לכ"ע אי א"ל לא יהי' לך אלא שתצא בו לחירות או לא יהא לך בו אלא מה שאת נותנת בפיך לא קנה אדון ולא קנה יתהון בעל עכ"ל. והיסוד

לביאור הזה הוא דיש לחלק בין תנאי לבין שיור. דתנאי הוי הסכמה בין ב' האנשים (נותן המתנה והעבד) שהמתנה רק תחול אם התנאי נתקיים. אבל שיור הוי חסרון בעצם המתנה דתלוי בדעת המקנה לבד בלי הסכמת המקבל. וזה דומה למה דמבואר בגיטין (פב.) דיש לחלק בין היכא דמגרש אומר הרי זה גיטך על מנת שלא תנשאי לפלוני לבין הרי זה גיטך חוץ מפלוני.

ולפי השיטה הזאת, ר' אלעזר נקט דכו"ע מודו דחלות תנאי אינו מהני בעבד מכיון דהוא אינו הבעלים. אבל שיור, דתלוי בדעת המקנה לבד, מהני. ולכן בסוגיא בנדרים דהנותן לא הזכיר הלשון ד"על מנת" אלא "אלא מה שאת נותנת בפיך" אזי כו"ע מודו דהאדון אינו זוכה דהרי הנותן נשאר הבעלים חוץ מהזכות של העבד או האשה לאכול. והיכא דהנותן אמר "על מנת שאין לרבך רשות בו" אזי ברור דלא מהני כנ"ל. אבל נחלקו התנאים בלשון ד"על מנת שתצא בו לחירות", דר"מ נקט דכיון דהזכיר לשון דעל מנת מהווה תנאי ד"מתנה גמורה" כלשון הרשב"א ולכן אינו מהני. אבל החכמים נקטו "לאו מתנה גמורה היא" מכיון דהוא הזכיר תשמיש מסויים ולכן מהווה שיור כמו הלשון ד"חוץ" או "אלא" ולכן לא קני האדון.

וכמשל לדין הזה הרשב"א הביא את הדין בב"ב בסוגיא דגוד או איגוד. דאיתא שם (יג.) דבדרך כלל כששני בנים יורשים חצר דאינה בת חלוקה דהדין הוא דלא חולקין אותו אלא שהם נשארים כשותפים או אחד מהם אומר לשני גוד או איגוד. והברייתא שם (יג:) מביאה דאם אחד מן האחין אומר לשני שהוא מוכן לקחת פחות מכשיעור מהחצר והשני יקח את שיעור דחצר אזי לפי הת"ק שומעין לו וחולקין את את החצר. והביאור הוא דבעצם בכל חצר ושדה של ב' יורשין חל הדין דאחד יכול לומר דהוא רוצה חצי מהחצר. אבל אם החלוקה תגרום הפסד לשני (מכיון דחצי החצר פחות מדי) אזי יש לשני הזכות לומר דהוא אינו רוצה לחלק את החצר וחל הדין דגוד או איגוד. אבל היכא דאח אחד רוצה לקחת פחות מחצי החצר, אז אחרי החלוקה האח השני יקבל את השיעור דחצר שלם ולא יהיה לו הפסד, ולכן חוזרין לעיקר הדין דאח אחד יכול להכריח את האח השני לחלק את החצר. ויוצא מזה דאם יש לאדם זכות או טענה אבל הזכות או הטענה אינה מהנה אותו כלל אלא רק גורם צער לחבירו, אזי כופין אותו לא להיות עקשן והב"ד אינו עושה מעשה ע"פ זכותו. ולכן ב"ד אינו מקבל את הזכות דהאח השני לא לחלק חצר דאינה בת חלוקה דהרי סוף כל סוף הוא יקבל שיעור דחצר שלם. וזוהי גם ההסבר בדין דכופין על מדת סדום, דאינה סתם מדין מוסר או מדות בעלמא, אלא דהב"ד אינו מחשיב את הזכות שיש לאדם אם התוצאה היחידה תהא צער לזולת ולא הנאה לעצמו.

ובנידון דידן הרשב"א לא התכוון לומר ששחרור עבד כנעני בע"כ הוי עצם הדין דגוד או איגוד, אלא דאותו היסוד קיים ג"כ כאן. כלומר דכמו היכא דאין לאדם הנאה מטענה מסויימת הב"ד אינו מחשיב את טענתו, כמו"כ הכא, מכיון דאין הנאה לעבד לא להשתחרר עכשיו, אזי הוא מאבד את היכולת שלו להגדיר את השחרור בשבילו כחובה וחוזרין לעיקר הדין דשחרור הוי זכות.

גמ'. בעי רבה לרבי שמעון בן אלעזר עבד כנעני מהו שיעשה שליח.

הראשונים הקשו דרבי שמעון בן אלעזר סבור דאחר מקבל את השטר שחרור בעד העבד מדין זכין. וא"כ למה רבה נסתפק האם העבד יכול למנות שליח, דהרי מה הסברא לומר דשליח גרוע יותר מסתם בן אדם אחר. ויש כמה פירושים בראשונים.

התוס' (ד"ה מהו) פירשו וז"ל יש מפרשים דהכי קמיבעיא ליה היכא דאמר העבד לאחר לקבל ליה גיטו מיד רבו מהני קבלתו או לא דכי לא א"ל לקבל גיטו ובא ומקבלו פשיטא לן דמהני דאמרינן במתניתין (לעיל דף כב:) ובשטר ע"י אחרים אבל אמירתו שאמר לו לך וקבל גיטי שמא מיגרע גרע לפי שבא מטעם שליחות או לא עכ"ל. לפי הדעה הראשונה בתוס' מבואר דבאמת זכייה בעצמה מהני אבל הנסיון של העבד למנות את האחר כשלוחו מיגרע גרע. אבל התוס' לא ביארו את דבריהם.

ונראה לומר דהתוס' נקטו דאם העבד אינו בר מינוי שליחות ובטעות הוא מנסה למנות אדם אחר כשליח, אזי כשהאחר מקבל את שטר השחרור יש חסרון בכוונת הקנין שלו. כלומר, דכל היכא דאדם עושה מעשה קנין בשביל אחר - או בתורה זכייה או בתורת שליחות - יש צורך לכוונה מסויימת מצד האדם העושה את מעשה הקנין. וחלוק הכוונה בזכייה מבשליחות. דבשליחות התורה מחדשת דשלוחו של אדם כמותו וע"פ דין המשלח הוא העושה את מעשה הקנין ויש לו כוונה לקנות, כלומר דמעשה וכוונת השליח מתייחסים למשלח. אבל בזכייה, מי שעושה את מעשה הקנין עושה את מעשה בעצמו ובשביל עצמו, אלא דחלות הקנין מתייחסת למי שזוכה. ויוצא מזה דאם האחר דמקבל את השטר בעד העבד חושב שהוא שליח ובאמת רק מקבל את הגט מדין זכין, אזי יש חסרון בכוונת הקנין שלו. דהרי הוא חושב דהוא בעצם עושה את מעשה העבד, ובאמת הוא צריך לעשות מעשה קנין בעצמו ורק החלות מתייחסת להעבד. ולפיכך אם עבד אינו יכול למנות שליח אזי מינוי דאינו חל מיגרע גרע מסתם אדם דמקבל השטר מדין זכין.

ולכאורה מבואר מזה דהתוס' נקטו דלפי רבי שמעון בן אלעזר זכייה אינה מטעם שליחות. דהרי אם זכייה מטעם שליחות אזי אין הבדל כלל בין כוונת הזוכה בעד אחר

לבין כוונת שליח דהרי גם הזוכה בעד אחר הוי שליח. ויש להעיר דבדרך כלל התוס' נקטו דזכייה הוי מטעם שליחות אבל כאן כדי לבאר את האיביעא הם נקטו דרבי שמעון בן אלעזר סבור דזכייה אינה מטעם שליחות.[783]

והפירוש הראשון בריטב"א דומה לדעה הזאת בתוס' וז"ל ואיכא למימר דנפקא מינה בשפירש הרב שאינו נותן לו בתורת זכוי אלא בתורת שליחות שאמר לו הילך כמו שאמר, דבכי האי גוונא אי לא מצי האי משוי שליח לא יצא לחירות כלל ואפילו הגיע הגט לידו דהוה ליה טול גיטך מעל גבי קרקע שהרי שליח זה לא זכה לו ואינו שלוחו של אדון ולא שלוחו של עבד ולא הגיע הגט לידו של עבד לא מיד האדון ולא מיד שלוחו עכ"ל. אלא דהתוס' הבינו דיש חסרון בדעת מי שעושה את מעשה קנין והריטב"א ביאר דיש חסרון מצד דעת המקנה דהאדון, דלפעמים יש לו דעת לשחרר העבד רק כשהאחר מקבל השטר בתורת שליחות.

והתוס' גם פירשו את הסוגיא באופן אחר, וז"ל ויש מפרשים דהכי קמיבעיא ליה מהו שיעשה שליח הא דאמר ר' שמעון בן אלעזר בשטר ע"י אחרים בתורת שליחות קאמר כלומר צריך שהעבד יעשה שליח לקבל גיטו משום דגמר לה לה מאשה ולמ"ד זכות הוא לו יכול לקבל גיטו שלא מדעתו כל זמן שאינו מוחה ולמ"ד חוב הוא לו צריך לעשות מדעתו שיתרצה וא"כ אם הוא עומד וצווח לא מהני קבלתו או דילמא לאו בתורת שליחות קאמר דלא דמי לאשה דדוקא אשה דאיהי מקבלת גיטה שליח נמי מצי משויא אבל עבד לר' שמעון בן אלעזר כיון דאיהו לא מצי מקבלו שליח נמי לא מצי לשוויי ואם כן בשטר על ידי אחרים דקאמר היינו אפילו עומד וצווח כיון דאינו מטעם שליחות עכ"ל. ולפי"ז האיבעיא דרבה הוא רק כשעומד וצווח. ונקודת הספק היא האם אמרינן דעבד יכול למנות שליח והזכייה ע"י אחר מהני מדין זכייה מטעם שליחות דאז נאמר דהשחרור אינו חל כשעומד וצווח, או"ד אין דין שליחות בעבד כנעני וקבלת האחר מהני מדין זכייה שאינה מטעם שליחות דחל אפי' בע"כ דהעבד. ויוצא דמסקנת הגמ' היא דשליחות מהני בעבד והזכייה חלה מטעם שליחות ולכן עומד וצווח אינו מהני, שלא כמו הרשב"א לעיל.

ב

מחאה אח"כ בזכייה ובשליחות

[783] אמנם השווה לדברי רבינו זצ"ל לקמן (מב. ד"ה ותיסברא) דביאר דאפי' למ"ד זכייה מטעם שליחות אינו שוה ממש לשליחות בנוגע לדעת הקנין.

ועיין בהמשך דברי הריטב"א דהביא מהר' יצחק הלוי, וז"ל והחכם הגדול ר' יצחק הלוי ז"ל קרובו של רבינו נר"ו תירץ דבר מהכי נמי נפקא מינה דאי הוי שליח קבלה כיון שהגיע גט לידו יצא לחירות ואף על פי שהעבד צווח עכשיו כששמע, ואילו מדין זכייה כל היכא דכי שמע צווח מעיקרו לא יצא לחירות כדפרישית לעיל, ואע"ג דאיהו שדריה ואיכא גלויי דעתא דניחא ליה דליקבליה ניהליה אפילו הכי כיון דלאו שלוחו הוא גלויי דעתא לא מהני ויכול למחות כשידע בדבר וזה נכון מאד עכ"ל. לפי ר' יצחק הלוי, אם האחר מקבל הגט מדין שליח אזי זה דהוא עומד וצווח אח"כ אינו מעלה או מוריד, אבל אם האחר מקבל את השטר מדין זכייה אזי העבד יכול למחות אח"כ כשידע. ובמובן מסויים זה ההיפך מהדעה השניה בתוס' דנקטו דקבלת האחר מדין שליחות אינו מהני בע"כ דהעבד ורק זכייה יכולה להועיל כשהעבד עומד וצווח. אבל לכאורה צ"ב בביאור דברי ר' יצחק הלוי מאי שנא גילוי דעתא בזכייה דהעבד יכול למחות אחר המעשה כששמע, ממינוי שליחות דאמרינן דהכל חל בשעת המעשה אפי' אם עמד וצווח כששמע אח"כ.

ונראה לבאר דבדרך כלל אם ראובן זוכה בדבר בעד שמעון מדין זכייה אזי יש כח לשמעון למחות כשישמע אח"כ והקנין בטל. ויש לבאר את זה בב' אופנים: א) בעצם הקנין דנעשית ע"י ראובן הוי מעשה ודעת קנין גמורים והחפץ ראוי לעבור לרשות שמעון. אלא דשמעון יכול למחות ולבטל את הקנין כי יש לו הכח להגדיר את המעשה הזאת כחוב בעדו או דיש דין כללי שא"א לעשות חלות בעד אדם בע"כ (עיין בזה לעיל כג. ד"ה ברשב"א). ב) הקנין של ראובן בעד שמעון אינו קנין גמור דהרי יש לראובן מעשה קנין לבד, אבל הדעת קנין צריך לבוא משמעון כי סוף כל סוף החפץ נכנס לרשותו. ולכן צריך שיהא דוקא לשמעון את הדעת קנין לאחר המעשה ואזי הקנין חל למפרע משעת המעשה.

ונראה לבאר דר' יצחק הלוי נקט כצד הב' ולכן כדי להשלים את הקנין תמיד בעינן דעת קנין מצד מי שזכו בעדו. ולכן הוא סבור דאם אדם אחר מקבל את השטר מדין זכין, אזי האחר עושה את מעשה הקבלה אבל תמיד בעינן דעת העבד אח"כ כדי להשלים את המעשה. ואע"פ דהשחרור נעשית בע"כ דהעבד, מ"מ בעינן דעת העבד לעצם דין הזכייה. אבל אם היינו אומרים דהדעת קנין של מי שעושה את המעשה סגי ורק מחאת מי שזוכה לבסוף מבטל את הקנין, אזי היינו סומכים על גילוי דעתא דהעבד לפני כן לומר דהוא אינו מוחה נגד המעשה ואין לו עוד זכות לבטל את המעשה אח"כ.

וכל זה בזכייה דלפי ר' יצחק הלוי בעינן דעת מי שזוכה לבסוף להצטרף למעשה של מי שעושה את הקנין. אבל במינוי שליחות, ברור דמעשה ודעת דהשליח מועילים בעצמם

ולא צריך את דעת המשלח אח"כ להצטרף למעשה דהשליח. וא"כ פשיטא דכל עוד דהעבד לא ביטל את השליחות לפני המעשה, הוא אינו יכול לבטל את המעשה ע"י מחאה אח"כ.

יוצא מהביאור הנ"ל בר' יצחק הלוי דהוא חולק על הרשב"א בזכות גמור. דהרי אם בעינן דעת קנין של מי דיזכה בחפץ לבסוף, אזי פשיטא דאם באמת אין לו הדעת קנין לבסוף דהקנין אינו חל אפי' אם הוא זכות גמור. וי"ל דהרשב"א נקט כמו הצד הא' לעיל דסגי בדעת ובמעשה של מי שעושה את מעשה הקנין אלא שיש למי שבסוף יזכה את הכח למחות ולבטל את הקנין, ובזכות גמור אין לו הכח הזאת.

ולכאורה יש להקשות על הביאור הנ"ל בר' יצחק הלוי מהגמ' בגיטין (יד:) וז"ל דתניא הולך מנה לפלוני והלך ובקשו ולא מצאו יחזרו למשלח, מת משלח ר' נתן ור' יעקב אמרו יחזרו ליורשי משלח, ויש אומרים ליורשי מי שנשתלחו לו וכו' מאי לאו בהא קמיפלגי, דת"ק סבר הולך לאו כזכי, ור' נתן ור' יעקב נמי הולך לאו כזכי ואע"ג דמית לא אמרינן מצוה לקיים דברי המת, ויש אומרים הולך כזכי עכ"ל. ומבואר בגמ' דאם המקבל היה בחיים בשעת הצווי לפי המ"ד דהולך כזכי, אזי המקבל זכה במתנה ויורשיו מקבלים את הכסף. ולכאורה מבואר מזה דלא בעינן דעת מי שזוכה לבסוף להצטרף למעשה של הזוכה כדי להשלים את הקנין, דהרי כאן המקבל בכלל לא ידע על המתנה ואמרינן דהזכייה חלה ויורשיו זכו במתנה. ונראה לבאר דבאמת בעינן דעת המקבל כדי להשלים את הקנין ועד דהוא יודע מהמעשה קנין ורוצה לקנות אין כאן קנין כלל. ולכן, אם הוא מת לפני שהוא שמע על הקנין באמת הוא לא זכה כלל בכסף. אבל כמו דהוא מוריש כל נכסיו ליורשיו, הו"ה דהוא מוריש להם את הזכות וכח לצרף דעת קנין למעשה של האחר ולכן היורשים, כששומעים על הזכייה ומרוצים ממנה, בעצם מחילים את הדעת קנין כדי להשלים את הקנין.

ולפי כל הנ"ל יוצא דלפי הר' יצחק הלוי, אם באמת המקבל אף פעם לא שמע מהזכייה אזי לעולם אין כאן דעת קנין ולא חל הקנין. ויוצא מזה נפק"מ גדולה בענין גר קטן דחל ע"י זכייה דבגמ' (כתובות יא.) איתא דהגדילו יכולין למחות. ונחלקו הראשונים מה הדין אם הגר קטן לא מיחה כשנתגדל אבל לא הגידו לו שהוא גר ולכן אין לו דעת לגירות לבסוף (עיין בזה בשיעורים לקמן מב. ד"ה ותיסברא). וע"פ הנ"ל יוצא דלפי ר' יצחק הלוי מסתבר לומר דצריכים להגיד לו שהוא גר כדי שדעתו ישלים את חלות הזכייה

דהגירות.[784]

דף כד:

גמ'. אי מה הפרט מפורש מומין שבגלוי ובטל ממלאכתו ואינו חוזר וכו' לחפשי ישלחנו ריבויא הוא.

א

הגדר דביטול מלאכה

נחלקו רש"י והרמב"ם בהגדרת ביטול מלאכה ובהבנת השו"ט. רש"י (ד"ה בטל) פירש ביטול מלאכה וז"ל העין נסמת מראות והשן מללעוס עכ"ל. דהיינו דבהו"א של הגמ' העבד יוצא לחירות רק היכא דהאדון הכה בו באבר דיש לו מלאכה ותשמיש כמו העין דרואה או האוזן דשומעת. ולכן הגמ' התקשה להבין למה עבד יוצא לחירות בעצם שבזקן אם אין בו ביטול מלאכה[785] כדמבואר ברש"י (ד"ה יוצא) וז"ל אם עצם שאינו חוזר הוא וסופו ליבש וליפול ואע"ג דליכא ביטול מלאכה דהא עצם דזקן לאו מידי הוי עביד כיון דבגלוי הוא ואינו חוזר הרי הוא כעשרים וארבעה ראשי אברים עכ"ל. ואז הגמ' הסיקה דמשום גזה"כ דלחפשי ישלחנו מרבינן אפי' אבר דאין בו ביטול מלאכה.

אמנם מדברי הרמב"ם (פרק ה מהלכות עבדים הל"י) יוצא דהבין הגמ' באופן אחר, וז"ל תלש בזקנו ודלדל בו עצם מן הלחי יצא לחירות שהרי בטל מעשה השינים הקבועות באותו העצם עכ"ל. ומבואר בדבריו דגם במסקנא בעינן הכאה דיש בו ביטול מלאכה לאבר, וסגי בדלדל עצם הזקן כי זה מבטל תשמיש השיניים. והכס"מ הקשה על הרמב"ם מלשון הגמ' דמשמע דבמסקנא לא בעינן ביטול מלכאה כלל, וז"ל תמהני על דין זה שהרי שם בגמרא אמרו וכו' הרי מפורש שתלישת העצם אין בה ביטול מלאכה ואפילו הכי יוצא לחירות עכ"ל.

ונראה לבאר דהרמב"ם הבין דלפי ההו"א של הגמ' בעינן הכאה דמבטלת את המלאכה של אותו אבר עצמו, ולכן הגמ' הקשה מדלדל עצם הזקן דאין בו מלאכה מיוחדת לעצמו. ובמסקנא, הריבוי דלחפשי ישלחנו מלמד דאפי' הכאה דמבטלת המלאכה דאבר אחר סגי, ולכן העבד יוצא לחירות היכא דהאדון הכה בזקנו וביטל מלאכת השיניים. ויוצא מהפירוש הזה דאפי' במסקנא בעינן ביטול מאלכה מסויימת כדי שהעבד יצא לחירות.

[784] ועיין ברשב"א (כתובות יא. ד"ה כיון) דדייק משיטת התוס' דצריך להודיעו. ומשמע מדברי הרשב"א דהוא עצמו חולק על זה.

[785] והשווה לדברי תוס' ר"י הזקן דנקט ד"כל אבר ודאי עושה מלאכה".

ב

כ"ד ראשי אברין

ונראה דשיטת הרמב"ם בהגדרת ביטול מלאכה קשורה לשיטתו בסוגיא דלקמן (כה.) בדין תלישת לשון העבד ובהגדרת איזה אברים מוציאים את העבד לחירות. דהרי איתא לקמן דלענין קבלת טומאה ודיני מום בקדשים, הלשון נחשב כגלוי ולכן הלשון מקבל טומאה וחסרון הלשון נחשב כמום. אבל בדיני טבילה במקוה מבואר לקמן דהלשון נחשב כבית הסתרים ואינה צריכה ביאת מים. ולכאורה זה הוי דין מיוחד בדיני טבילה דאינו תלוי בחלות שם גלוי וטמון אלא דהמים צריך לגעת בכל שטח הגוף מבחוץ. ולכן אע"פ דהלשון נחשב כגלוי לשאר דיני התורה, מ"מ מי המקווה לא צריך לגעת בלשון כי אינו נמצא בגוף מבחוץ.

ולגבי דיני שן ועין נחלקו התנאים היכא דהאדון תלש לשון עבדו האם העבד יוצא בו בחירות כדמבואר בברייתא לקמן (כה.) וז"ל דתנן עשרים וארבעה ראשי אברים שבאדם כולם אין מטמאין משום מחיה, ואלו הם ראשי אצבעות ידים ורגלים, וראשי אזנים, וראש החוטם, וראש הגוייה, וראשי דדים שבאשה, רבי יהודה אומר אף שבאיש, ותני עלה בכולם עבד יוצא בהם לחירות, רבי אומר אף הסירוס, בן עזאי אומר אף הלשון עכ"ל. ולכאורה צ"ב, דאינו מסתבר דדין שן ועין תלוי בדין מיוחד דשטח הגוף דטבילה במקווה,[786] ולכאורה פשיטא דדין הלשון ביציאת העבד ראוי להיות תלוי בהגדרת גלוי וטמון דשאר דיני התורה כמו קבלת טומאה ודיני מום בקדשים. וא"כ קשה להבין הת"ק בברייתא לקמן (כה.) דנקט דחתיכת הלשון אינו מוציא את העבד לחירות. וכמו"כ קשה על הרמב"ם דפסק כת"ק דאין הלשון בכלל האברים דמוציאים העבד לחירות, אע"פ דפסק (פרק ז הלכות ביאת מקדש הל"ז) דנטילת הלשון הוי מום לענין קדשים.

וצ"ל דהרמב"ם הבין בשיטת ת"ק דיש הל"מ דהמספר כ"ד הוא מדוייק ורק באברים האלו העבד יוצא לחירות. וזוהי הטעם דאין הלשון בכלל הדין דיציאת ראשי אברים אע"פ דמסברא היה ראוי לומר דהוא גלוי והיה אפשר ללמוד במה מצינו משן ועין דעבד יוצא בו לחירות.

ואין להקשות דמבואר דאין המספר כ"ד מדוייק דהרי הרשימה בברייתא אינה כוללת שן ועין עצמם. דהרי שן ועין מפורשים בקרא ואינן צריכים הל"מ מיוחד. ויש להטעים את החילוק בין שן ועין עצמם לבין האברים שכלולים ברשימה של הברייתא דהרי הרמב"ם

[786] ועיין בתוס' לקמן (כה. ד"ה רבי מדמה) דגם העירו דלא מסתבר שדיני יציאת העבד תלויים בדיני בית הסתרים לענין טבילה.

(פרק ה מהלכות עבדים הל"ה) עצמו חילק ביניהם וז"ל אלו הן ראשי אברים שאינן חוזרין, אצבעות ידים ורגלים עשרים ראשי האזנים וראש החוטם וראש הגויה וראשי הדדין שבאשה אבל העינים והשינים הרי הן מפורשין בתורה עכ"ל. הרי הרמב"ם חילק את האברים שהעבד יוצא בהן לחירות לשני חלקים: האברים שנלמדים מהל"מ והאברים שמפורשין בתורה.[787]

ולפי"ז אפשר לחזור לסוגיא דלעיל של דלדל עצם הזקן ולומר דהרמב"ם לא היה יכול לפרש כמו שיטת רש"י. דלפי רש"י דלדל עצם הזקן עצמו מוציא את העבד לחירות מכח גזה"כ מיוחד. אבל לפי מה דביארנו בשיטת הרמב"ם, יש הל"מ דרק הכ"ד אברים ברשימה דהברייתא לקמן (כה.) מוציאים את העבד לחירות ולא שאר אברים אע"פ דלכאורה הם דומים לשן ועין בזה דהם גלויים ויש בהם ביטול מלאכה. ולכן כמו דהלשון אינו מוציא את העבד לחירות בתורת עצמו, כמו"כ אין דלדל עצם הזקן מוציא את העבד לחירות בתורת עצמו, אלא משום דדלדול עצם הזקן מקלקל את השיניים ונחשב כהפלת השן.[788]

גמ'. ת"ר בכולם עבד יוצא בהם לחירות, וצריך גט שחרור דברי ר"ש, ר"מ אומר אינו צריך.

ונראה לבאר דפליגי האם שן ועין מפקיע רק את קנין הממון ונשאר קנין האיסור ולכן בעי שטר שחרור או"ד דגם קנין האיסור פקע.

גמ'. המכריעים לפני חכמים אומרים נראין דברי ר"ט בשן ועין שהתורה זכתה לו, ודברי ר"ע בשאר אברים.

א

בדין יציאה בשן ועין ובשאר אברים

עיין בתוס' (ד"ה הואיל) דנחלקו ר"ת והריב"א היאך להבין את החילוק בין שן ועין לבין שאר האברים. דלפי ר"ת המכריעים סבורים כמו ר"מ דלא בעינן שטר שחרור והצורך לשטר שחרור בשאר אברים הוא תקנה מדרבנן מפני חשש. אבל הריב"א הבין דיש חילוק מדאורייתא, דהיינו דבשן ועין לא בעי שטר שחרור לעומת שאר אברים דהעבד צריך גט שחרור מדאורייתא.

[787] וע"ע בזה לקמן בשיעורים (כד: ד"ה המכריעים).

[788] ועיין בתוס' רי"ד לקמן (כה. ד"ה נתוק) דהוכיח מדלדול עצם דהמספר כ"ד הוא לאו דוקא. ולפי דברי רבינו זצ"ל, זה בדיוק ההיפך משיטת הרמב"ם. וגם עיין בקרבן נתנאל (ברא"ש סימן ל' אות ר') דביאר דהרי"ף השמיט את הדין דדלדול עצם מוציא את העבד לחירות כי הוא פסק כהברייתא לקמן והבין דהמספר כ"ד הוא מדוייק.

ויוצא דלפי הריב"א פשיטא דהפלת שן ועין והפלת שאר אברים הוו ב' דינים שונים. אבל עדיין יש לעיין לפי ר"ת או לפי התנאים דלא מחלקין בין שן ועין לבין שאר אברים וסבורים דבכולם מדאורייתא לא בעי שטר שחרור, האם חלוקה יציאת שן ועין מיציאת שאר אברים. ועיין לעיל (ד"ה אי מה הפרט, אות ב') דאע"פ דהרמב"ם פסק כר"מ דבכולן לא צריך גט שחרור, מ"מ משמע מלשונו דשן ועין הוו דין מיוחד משאר ראשי אברים.

ויש לומר דאולי יש חילוק בין שן ועין לבין שאר האברים בנוגע להגדרת הפלת האבר. דהרי בהמשך הסוגיא (כד:) מבואר דבשן ועין יש ב' מיני הפלה דגורמים היציאה: א) אם האדון סימא את עין עבדו אע"פ דהעין נשאר במקומו העבד יוצא לחירות. וזה מבואר בברייתא לקמן (כד:) וז"ל תניא אידך הרי שהיתה עינו כהויה וסמאה, שינו נדודה והפילה, אם יכול להשתמש בהן כבר, עבד יוצא בהן לחירות עכ"ל. ב) אפי' אם העבד כבר סומא ואינו יכול לראות, אם האדון הסיר את העין מגוף העבד אזי העבד יוצא לחירות. וזה גם מבואר לקמן וז"ל א"ר ששת הרי שהיתה עינו סמויה וחטטה עבד יוצא בהן לחירות עכ"ל. והגמ' השווה את הדין דחטט העין לדין חסרון אבר בקרבנות העוף דפוסלות את העוף לקרבן אע"פ דאין בעופות דיני מומין. ויוצא מהגמ' לקמן דביציאה דשן ועין יש ב' דינים: א) דין מום היכא דהעין עדיין נמצא בגוף העבד אבל האדון סימא אותה, ב) דין חסרון אבר היכא דהאדון הסיר את כל העין.

והגמ' הביאה ברייתא עם רשימה של עופות פסולים לקרבן, וז"ל תמות וזכרות בבהמה, ואין תמות וזכרות בעופות, יכול יבשה גפה, נקטעה רגלה, נחטטה עינה, ת"ל מן העוף ולא כל העוף עכ"ל. והראב"ד הקשה דבשלמא נקטעה רגלה או נחטטה עינה יש כאן מחוסר אבר, אבל לכאורה יבשה גפה רק כמום בעלמא הוא ולמה פסול בעופות. והרשב"א (ד"ה יבשה גפה) הביא לתרץ וז"ל כתב הראב"ד ז"ל אע"פ שעדיין מחובר בגופו מחוסר אבר מיקרי כיון שכל כחו של עוף בכנפיו ויבשו עכ"ל. וגם יש לחלק באופן אחר בין היכא דיש חסרון תשמיש בעלמא אבל האבר עדיין נראה כאבר בעלמא, לבין יבשה גפה, דמשמע דהאבר התייבש ומת לגמרי אזי נחשב כמחוסר.[789]

ואולי יש לתרץ באופן אחר ע"פ החקירה הנ"ל ביחס שבין שן ועין לבין שאר האברים. דזה דיש ב' מיני יציאות – היכא דהאדון מגרע הכח של האבר והיכא דהאדון מפיל את גוף האבר עצמו – רק מבואר בשן ועין עצמם. ואם החילוק הזה קיים אזי בהלכות קרבן העוף מסתבר דרק הסרת האבר נחשב לחסרון אבר כדי לפסול את הקרבן, ולא ביטול

[789] והשווה לדברי המאירי (כד: ד"ה היה אחד) וז"ל ואע"פ שיבש גפה אינו חסרון לגמרי הואיל ויבש מכל וכל כמי שאינו עכ"ל.

מלאכת האבר. אבל בשאר אברים יתכן דאין לחלק בין חסרון התשמיש של האבר לבין הסרת האבר עצמו אלא דכל היכא דהכח של האבר נפסד ע"פ דין נחשב כמו שאין האבר קיים. ולכן ביבשה גפה דעכשיו אין לאבר הזה שום תפקיד, דינו כמחוסר אבר ופסול לקרבן אע"פ דהכנף עדיין מחובר לגוף. וא"כ יוצא מכאן חידוש דבשאר אברים אם האבר כבר אינו עושה את המלאכה שלה כלל והאדון חותך אותו מגוף העבד, דהוא אינו יוצא בזה לחירות כי ע"פ דין האבר כבר אינו קיים. וזה לעומת שן ועין דמפורש בגמ' דהעבד יוצא בו לחירות. וכל זה יתכן רק אם נאמר דהפלת שן ועין והפלת שאר האברים הוויין ב' דינים שונים.

אמנם הרמב"ם (פרק ה מהלכות עבדים הל"ו) פסק במפורש נגד החילוק הנ"ל, וז"ל היתה עינו סמויה וחטטה עבד יוצא בה לחירות שהרי חסרו אבר, והוא הדין לאחד מראשי אברים שהוא בטל ואינו עושה בו מלאכה שאם חתכו הרי חסרו אבר ויצא לחירות עכ"ל. הרי הרמב"ם פסק במפורש דאפי' בשאר אברים הא דהאדון חותך את האבר מהגוף מוציא את העבד לחירות ואע"פ דהאבר כבר לא היה עושה מלאכה.

ב

הגדרת אבר גלוי

ולכאורה יש להוכיח כדברי הרמב"ם ודלא כדברינו מתוס' בב"ק (צח.). דהרי איתא בהמשך הסוגיא (כד:) דהעבד יוצא לחירות אם האדון מכה את אזנו וחרשה, וז"ל ת"ר הכהו על עינו וסמאה, על אזנו וחרשה, עבד יוצא בהן לחירות, נגד עינו ואינו רואה, כנגד אזנו ואינו שומע, אין עבד יוצא בהן לחירות עכ"ל. והקשו התוס' בב"ק (צח. ד"ה מתיב רבא) דהרי לעיל הגמ' אמרה דעבד יוצא לחירות רק ע"י מום גלוי דומיא דשן ועין, וז"ל וא"ת ואמאי עבד יוצא בהן לחירות הא בעינן מומין שבגלוי דומיא דשן ועין ובחרשו היכי הוי בגלוי עכ"ל. והתוס' תירצו בב' אנפי וז"ל וי"ל נהי שאין ניכר בו כלום כשהוא ישן או עומד במקום אחד ושותק מכ"מ כיון דלפי מנהגו שמתנהג והולך ניכר שהוא חרש חשיב מום שבגלוי, ועי"ל דאין צריך שיהא קלקול בגלוי אלא שהאבר שיש בו קלקול יהא בגלוי עכ"ל. ומבואר דבתירוץ הראשון התוס' חידשו דהמום חשיב מום שבגלוי כי ניכר שהוא חרש כשמדברים עמו. ואילו בתירוץ השני התוס' ס"ל דלא בעינן מום בגלוי אלא דהאבר דיש בו מום הוא בגלוי כמו האוזן.

ולכאורה קשה להבין את התירוץ הראשון של התוס', דהרי לקמן (כה.) נחלקו התנאים האם חתיכת הלשון מוציא את העבד לחירות, ומבואר בגמ' דנחלקו האם הלשון הוי גלוי או טמון. והרי בשלמא לפי התירוץ השני דהאבר צריך להיות בגלוי אזי מובן למה

נחלקו האם הלשון הוי גלוי או טמון. אבל לפי התירוץ הראשון דכל היכא דהמום ניכר נחשב כמום דבגלוי, אזי פשיטא דחתיכת הלשון הוי ניכר דהוא אינו מדבר ולמה הת"ק דנקט דאין העבד יוצא בו לחירות.[790] וצ"ל דהברייתא לקמן איירי היכא דהעבד כבר היה אילם ולפני חתיכת הלשון הוא לא היה יכול לדבר. והדיון הוא על הדין השני דהפלת אבר, דהיינו חתיכת האבר אע"פ דהוא כבר אינו עושה שום מלאכה, ובדין הזה נחלקו התנאים האם הלשון עצמו נחשב כגלוי או כטמון. והביאור הזה מובא בפתחי תשובה (יו"ד סימן רסז סק"ה). ולפי כל זה יוצא דהב' דינים האלו דהפלת אבר – חסרון תשמיש וחתיכת גוף האבר - שייכים לא רק בשן ועין אלא בכל האברים כמו הלשון. וזה כדברי הרמב"ם, ודלא כמו שביארנו לעיל.

אבל לכאורה יש לדחות דהרי אפשר לבאר את התירוץ הראשון דהתוס' באופן אחר. דהיינו, דכשהתוס' חידשו דהמום דחרשות הוי בגלוי מפני דניכר כשרוצים לדבר עמו, אין הפשט דבעינן רק שיהא המום בגלוי. אלא, דשן ועין מלמד דבעינן ב' דברים שונים: א) אבר גלוי, ב) מום גלוי, דהיינו דבנוסף לאבר גלוי התוס' חידשו דבעינן גם מום בגלוי. ומכיון דברור דהאוזן עצמו הוי בגלוי, התוס' רק דנו האם המום עצמו הוי בגלוי. אבל לפי זה, בנוגע ללשון, חל הדין השני דהמום הוי בגלוי משום דניכר דאינו יכול לדבר, אבל לפי הת"ק עדיין חסר הדין הא' דהאבר גלוי, מכיון דהאבר עצמו דהלשון הוי טמון. ולפי זה אין צורך לומר דהברייתא איירי היכא דהעבד כבר אילם, וכל ההוכחה דיש ב' מיני הפלת אבר בשאר האברים נופלת. וא"כ אפשר לקיים את הביאור שכתבנו לעיל דרק בשן ועין יש דין חדש דחתיכת אבר דכבר אינו עושה מלאכה גם מוציא העבד לחירות.

גמ'. שאני אדם, דכיון דבר דעת הוא, איהו מיבעית נפשיה.

מרהיטת הגמ' משמע דבהכה כנגד עינו אין העבד יוצא לחירות כי הפחד דהעבד גרם לנזק ולא הקול עצמו. ומשמע מזה דע"פ דין גם היכא דהאדון חרשו ע"י קול סגי להוציא העבד לחירות. ולפי"ז היכא דהכהו על עינו העבד יוצא לחירות בגלל דהקול ולא הביעתותא גרם לנזק.

אבל עיין ברמב"ם (פרק ב מהלכות חובל ומזיק הל"ז) דהבין דבשני המקרים - היכה על עינו והיכה כנגד עינו - הפחד גרם לנזק, והחילוק ביניהם הוא האם המזיק נגע בניזק, וז"ל המבעית את חבירו אע"פ שחלה מן הפחד הרי זה פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, והוא שלא נגע בו אלא כגון שצעק מאחוריו או נתראה לו באפילה וכיוצא בזה, וכן אם

[790] ועיין בשיעורים לעיל (כד: ד"ה אי מה הפרט אות ב') דרבינו זצ"ל ביאר הדעה הזאת דיש הל"מ דיש רק כ"ד ראשי אברים.

צעק באזנו וחרשו פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, אחזו ותקע באזנו וחרשו או שנגע בו ודחפו בעת שהבעיתו או שאחז בבגדיו וכיוצא בדברים אלו חייב בתשלומין עכ"ל. ומזה דהוסיף בסיפא "בעת שהבעיתו" היכא דהמזיק דאחזו ותקע באזנו, מבואר דגם באופן הזה הנזק בא מחמת הפחד. ויוצא מזה דהרמב"ם הבין דזה דהוא אינו חייב בדיני אדם היכא דהפחד גרם לנזק הוא רק היכא דאין המזיק נוגע בגוף הניזק. אבל היכא דהמזיק נוגע בגוף הניזק אזי הוא חייב גם על הנזק דבא מהפחד.

תוד"ה מיבעי ליה. וז"ל, וי"ל דשאני הכא דאיכא תרתי לטיבותא שהוא מתכוין לטובה ולא נתכוין לעין כלל אבל ההיא דהתם הוי דומיא לכחול לו עין וסמאה דאיכא חדא לטיבותא שנתכוין לרפאות וחדא לריעותא שנתכוין לעין.

א

כוונת האדון

התוס' העלו סתירה בין הסוגיות בנוגע לשיטת החכמים והסיקו דהחכמים סבורים דבעינן ב' תנאים ביחד כדי שהעבד לא יצא לחירות: א) האדון נתכוון לטובת העבד, ב) האדון אינו נתכוון לעין כלל. אבל היכא דהוא נתכוון לעין אפי' לטובתו (כמו שהיה רבו רופא) או היכא דלא נתכוון לעין אבל לא נתכוון לטובת העבד (כמו היתה לו אבן מונחת בחיקו) אזי העבד יוצא לחירות. ולכאורה צ"ב בסברת הדברים, דהרי למה הצירוף של ב' תנאים האלו מועילים כדי שיהא חסרון ב"ושחתה". וכן הקשה הרשב"א (ד"ה הא דאמרינן) וז"ל ולדידי ק"ל דהא כונת הנאה לא מהניא כדאמרי' הי' רבו רופא אמר לו כחול לי עיני וסימאו שיחק באדון ואי משום שלא נתכוון לעין הא לא בעינן כונה כדמשמע מההיא דפ' כיצד וכיון דלא האי מהני ולא האי מהני כי נרכביניה אתרתי אמאי מהני עכ"ל.

ונראה לבאר דלפי התוס' בדעת החכמים, צריכים מעשה היזק דמתייחס לאדון כדי שהעבד יצא לחירות. ושני התנאים – כוונה לטובת העבד ואינו מתכוון לעין – הם דרכים שונים להגדיר את מעשה ההיזק כאינו מיוחס לאדון. דהרי אם אינו מתכוון לטובת העבד, אזי השמירה דהאדון צריך לשמור על מעשיו שלא להזיק הוא גדול יותר. ולכן אם הוא לא שמר על עצמו וסימא את עין העבד הוא פשע במעשיו והפשיעה הזאת נחשב כאילו האדון התכוון למעשה ההיזק הזה ואזי מעשה ההיזק מתייחס אליו. ואם הוא התכוון לטובת העבד אבל גם התכוון לעשות מעשה בעין כמו"כ סגי בזה שיש כאן כוונה מצד האדון למעשה ההיזק כדי שהמעשה מתייחס אליו. ורק אם האדון התכוון גם לטובת העבד וגם לא התכוון לעין בכלל, אזי מעשה הנזק אינו מתייחס אליו.

וכל זה אליבא דתוס', אמנם נראה מדברי הרמב"ם דהוא דחה את דברי הסוגיא בב"ק ופסק כסוגיא דידן. דהרי הרמב"ם (פרק ה מהלכות עבדים הלי"א-י"ב) פסק דבלי כוונה כלל אין העבד יוצא לחירות וז"ל הפיל את שינו או סימא את עינו בלא כוונה כגון שזרק אבן לבהמה ונפלה בעבד והפילה את שינו וחתכה אצבעו לא יצא לחירות שנאמר אם שן עבדו או שן אמתו יפיל עד שיתכוין. הושיט ידו למעי שפחתו וסמא עין העובר שבמעיה לא יצא לחירות שהרי לא ידע דבר שיתכוין לו עכ"ל. והרי הרמב"ם השווה הדין דזרק אבן לדין דהושיט ידו לעובר שבמעיה דבשניהם אין כוונה והעבד אינו יוצא לחירות. ועיי"ש בכס"מ דהעיר דהרמב"ם פסק רק כפי הסוגיא דידן דלפי החכמים אם לא נתכוון לעין אזי העבד אינו יוצא לחירות. ושיטת הרמב"ם דבעינן כוונה מצד האדון כדי שהעבד יצא לחירות גם מבואר מדבריו בתחילת הפרק (הל"ד) וז"ל כיצד בראשי אברים המכה את עבדו בכוונה וחסרו אחד מכ"ד ראשי אברים שאינן חוזרין יצא לחירות וצריך גט שחרור עכ"ל. הרי הרמב"ם הדגיש "המכה את עבדו בכוונה" וכל זה לעומת שיטת התוס' דנקטו דרק אם האדון התכוון לטובת העבד אין העבד יוצא לחירות אבל גם בלי כוונה בעלמא העבד יוצא לחירות.

אך יש לעיין בשיטת הרמב"ם בגדר הכוונה דהאדון צריך להתכוון כדי שהעבד יצא לחירות. דכתב הרמב"ם שם (הלי"ג) וז"ל הרי שהיה רבו רופא ואמר לו כחול לי עיני וסמאה חתור לי שיני והפילה שחק באדון ויצא לחירות שאע"פ שלא נתכוין להזיק הרי נתכוון לנגוע באברי העבד ונסתכן בהן, ואין צריך לומר אם היתה עין העבד כואבת והיה רבו אומן ועקרה לו שהרי יצא לחירות עכ"ל. והגר"א (יו"ד סימן רסז סקס"ה) דייק דהרמב"ם לא מצריך שהאדון יתכוון לעין עצמו אלא "לאברי העבד", כלומר, כל זמן דהאדון התכוון לנגוע בגוף העבד ובסוף הוא הפיל אבר אחר, זה סגי להוציא את העבד לחירות. והגר"א גם ציין ללשון הרמב"ם בהלכה י"א (הובא לעיל) שאם זרק האבן לבהמה והפיל שן העבד דהעבד אינו יוצא לחירות. הרי הפטור הוא רק היכא דהאדון התכוון לדבר אחר כמו לבהמה ולא לגוף העבד כלל.

ונראה לבאר את שיטת הרמב"ם ע"פ מה דייסדנו לעיל בשיטת התוס' – דבעינן דמעשה ההיזק יתייחס אל האדון כדי שהעבד יצא לחירות. ולפי התוס' כל היכא דלא התכוון לטובת העבד אזי האדון נחשב כפושע במעשיו ומעשה ההיזק מתייחס אליו. אבל הרמב"ם נקט דכל היכא דהאדון התכוון לגעת בגוף העבד ובסופו של דבר הפיל אבר מסויים, זה נחשב שלא שמר על מעשיו, והפשיעה הזאת גורמת שתהא נחשב כאילו הוא התכוון להפיל את האבר הזה. אבל כל זמן דלא היה לו כוונה כלל לגעת בגוף העבד

אזי אין לו אותה אחריות של חיוב שמירה על מעשיו ואין מעשה ההיזק דהפלת האבר מתייחס אל האדון.

אבל לכאורה צ"ע על הגר"א מדיוק אחר בלשון הרמב"ם. דהרי הרמב"ם (הלי"ג) כתב דכשהאדון רופא ולא נתכוון להפיל את השן אזי העבד יוצא לחירות, וז"ל שאע"פ שלא נתכוין להזיק הרי נתכוון לנגוע באברי העבד ונסתכן בהן עכ"ל. ומשמע מהלשון ד"נסתכן בהן" דהעבד יוצא לחירות רק היכא דהיתה סכנה מראש דמעשה הרפואה היתה גורמת להפלת האבר, אלא דהאדון הרופא לא היה רגיש לסכנה הזאת. אבל בלאו הכי, כמו היכא דאין סכנה במעשה האדון, אע"פ דהתכוון לגעת בגוף העבד, מ"מ אין העבד יוצא לחירות. וזה נגד דברי הגר"א דהבין ברמב"ם דכל היכא דהאדון התכוון לגעת בגוף העבד סגי כדי שהמעשה יתייחס אל האדון והעבד יוצא לחירות. וצ"ב דהרי דברי הגר"א מבוססים על דיוקים חזקים בדברי הרמב"ם כדלעיל, וצ"ע.

ב

נתכוון לרפואה

עוד יש לעיין בסוף דברי הרמב"ם (הלי"ג) וז"ל ואין צריך לומר אם היתה עין העבד כואבת והיה רבו אומן ועקרה לו שהרי יצא לחירות עכ"ל. ויש לעיין האם כוונת הרמב"ם להיכא דהאדון לא היה צריך להוציא את השן והוציאו אותו דרק אז יוצא העבד לחירות אבל היכא דהאדון הוציא את השן בצדק כדי לרפאותו דאזי אינו יוצא לחירות, או"ד דלא שנא אם האדון הוציא את השן בצדק או שלא בצדק, כל עוד דהוא התכוון להוציא את השן והוציאו אזי העבד יצא לחירות.

ואם הביאור כרמב"ם הוא כמו הצד השני דאפי' היכא דהאדון הוציא את השן בצדק אזי העבד יוצא לחירות, צ"ל דהרמב"ם חולק על היסוד שכתבנו לעיל בדברי התוס'. דהרי לפי התוס' ביארנו דבעינן מעשה היזק דמתייחס לאדון, וצריך להיות פשיעה מסויימת כדי שמעשה ההיזק יתייחס אל האדון. ואילו לפי הצד הזה בשיטת הרמב"ם, אין כאן פשיעה או מעשה היזק כלל אלא מעשה רפואה בעלמא ואפ"ה העבד יוצא לחירות. ויוצא דלשיטת התוס' בעינן מעשה היזק כדי שהעבד יצא לחירות ואילו שיטת הרמב"ם היא דרק בעינן מעשה בעלמא עם כוונה מסויימת כדי שהמעשה יתייחס אל האדון.[791]

[791] ועיין בשיעורי רבי שמאול למסכת סנהדרין עז. (סימן רנז*) דביאר דברי הרמב"ם כמו רבינו זצ"ל, דהיינו דיציאת שן ועין אינו נובע ממעשה היזק. והעיר דלכאורה הרשב"א (ב"ק ה. ד"ה והא) נסתפק בזה דהקשה על הגמ' בב"ק דהביא כ"ד אבות נזיקין דהרי למה לא הזכיר שן ועין וראשי אברים. ותירץ וז"ל ושן ועין וראשי אברים בכלל נזק הן, וליתא דראשי אברים נמי קנסי נינהו ואמאי לא תני להו כדתני כולהו אינך קנסות דכל קנס וקנס ענין לעצמו הוא דלא יליף חד מחבריה עכ"ל.

דף כה.

גמ'. אמר עולא הכל מודים בלשון לענין טומאה דגלוי הוא אצל השרץ.
מבואר בגמ' דלכו"ע הלשון הוי בית הסתרים לענין טבילה במקוה ומאידך יכול לקבל טומאה. ולכאורה צ"ב דהרי כמו דיש דין דבית הסתרים אינו צריך ביאת מים כמו"כ יש דין דבית הסתרים אינו מקבל טומאה (נדה מב:), וא"כ מה החילוק בין בית הסתרים לענין קבלת טומאה לבין בית הסתרים לענין טבילה. ונראה לבאר דהדין דבית הסתרים לענין טומאה והדין דבית הסתרים לענין טבילה חלוקים ביסוד דיניהם. דהיינו, דבטבילה יש דין דכל דבר שהוא מתחת פני הגוף לא צריך ביאת מים. מאידך לענין קבלת טומאה הדין הוא דכדי לקבל טומאה הדבר הטהור צריך לגעת בדבר הטמא, והיכא דהדבר הטהור הוי מתחת פני הגוף אזי פקע חלות שם מגע של הדבר הטמא עם הדבר הטהור. ברם בית הסתרים מפקיע חלות שם מגע רק היכא דהדבר הטהור אינו יכול לזוז. אבל הלשון, אע"פ דהוא נמצא מתחת פני הגוף אך מכיון דהאדם יכול להזיז אותו, אזי שייך בו חלות שם מגע ולכן הוא יכול לקבל טומאה.
ולפי"ז לכאורה אפשר להבין למה הגמ' השווה לפי רבי הדין דהלשון בהלכות טומאה והזאה ודין הלשון בנוגע דיציאת ראשי אברים. דהרי טומאת מגע תלויה בזה דהאדם יכול להשתמש בלשון ולהזיז אותו. וכמו"כ שן ועין תלוי בביטול מלאכה כדלעיל (כד:) דהיינו, דהאדם יכול להשתמש באבר לתשמיש מסויים. ולכן היה מסתבר לגמ' דאם לפי רבי יש ללשון מלאכה בנוגע להלכות יציאת ראשי אברים, כמו"כ ראוי לומר דהוא מקבל טומאה והזאה, מכיון דיש בו דין מגע.
גמ'. נהי דביאת מים לא בעינן מקום הראוי לבוא בו מים בעינן כדרבי זירא דאמר רבי זירא כל הראוי לבילה אין בילה מעכבת בו ושאינו ראוי לבילה בילה מעכבת בו.
עיין ברשב"א (ד"ה הא דאמרינן) שהקשה דלכאורה הדין דראוי לבילה לא שייך כלל לדיני חציצה בטבילה, וז"ל קשיא לן והא לא דמיא לדר"ז דבשלמא בדר"ז בעי' ראוי לבילה משום דכתיב בלולה בשמן ולכתחלה בילה צריכה, וגבי אלם ואלמת בפרק מצות חליצה לפי שאינם בואמר ואמרה, ובקריאת בכורים בפרק המוכר את הספינה משום ועניתי ואמרת, וכן בכל שאר המקומות שהוזכרו דברי ר' זירא כיוצא באלו, אבל כאן שא"צ ביאת מים ואפי' לכתחלה למה הוצרך למקום ראוי לביאת מים עכ"ל. וכוונת הרשב"א היא דבמצוות כמו בלילת קרבן מנחה, חליצה ומקרא ביכורים ניתן לומר דיש דיני לכתחילה ובדיעבד ודברים המעכבים ולכן יש לנו ג' מדרגות. כלומר, דיש דין לכתחילה דהקרבן מנחה צריך להיות בלולה, ובדיעבד הקרבן כשר אפי' בלי בלילה, ויש מדריגה

שלישית דהקרבן פסול אם אינו ראוי לבילה. אבל טבילה במקווה אינה קיום מצווה אלא דפועל חלות טהרה. וא"כ אם החלות הזאת חלה בלי ביאת מים לבית הסתרים היאך שייך לומר שיש דין דחציצה פוסלת את הטבילה.

ובאמת מכח הקושיא הזאת הרשב"א הביא דעה דהדין חציצה בבית הסתרים הוי מדרבנן בעלמא, וז"ל וי"מ דמדרבנן בעלמא לפי שצריך טבילה כל גופו ד"ת התקינו דלשון ושנים שפעמים מגולין יהו צריכין [להיות] ראוין לבוא בו מים עכ"ל. ולפי"ז באמת הנחת הקושיא נכונה והדין דראוי לבילה שייך רק במצוות ולא בחלויות.

אבל יש להעיר דמדברי הרמב"ם (פרק ב מהלכות מקוואות הלי"ג) מבואר דחציצה בבית הסתרים פוסלת את הטבילה מדאורייתא, וז"ל נדה שנתנה שערה בפיה או שקפצה ידה או שקרצה בשפתותיה או שנמצא עצם בין שיניה כאילו לא טבלה עכ"ל. וא"כ חזרה קושיית הרשב"א למקומה.

ונראה לבאר דאע"פ דבית הסתרים לא צריך ביאת מים בפועל אין הפשט דבית הסתרים הוא מופקע מטבילה. אלא דיש ב' דינים בטבילה במקווה: א) צריך ביאת מים על כל שטח פני הגוף, ב) בבית הסתרים חל חלות שם טבילה אע"פ דלא בעינן שם טבילת מים בפועל. וי"ל דחציצה אינה רק דבר במציאות דהמים אינו מגיע למקום הזה בגוף, אלא דחציצה מפקיעה חלות שם טבילה מהמקום דיש בו החציצה. ולפי"ז שפיר מובן למה בעינן שלא יהי דבר החוצץ אפי' בדברים דמוגדרים כבית הסתרים.[792]

דף כה:

משנה. בהמה גסה נקנית במסירה.

בענין קנין מסירה וקנין משיכה

א

שיטות הראשונים

הראשונים נחלקו בכמה אופנים האם גם משיכה וגם מסירה קונים או שרק אחד מהם קונה. ונפרט את האופנים ואז נבאר את היסוד דכל שיטה ושיטה.

[792] והשווה לדברי רבינו זצ"ל ברשימות שיעורים למס' נדרים (עג. ד"ה חרש אות ב') דהעלה ב' פירושים האם טבילה חלה ע"פ דין בבית הסתרים או לא. ועיין בדברי האגרות משה (יו"ד חלק א' סימן צח) בדעת הראב"ד דביאר שלא כדעת רבינו זצ"ל, וז"ל אין שייך זה במעשה הטבילה רק שהוא דין אחר המעכב טהרת הטבילה שהצריכה תורה שיהיה הטובל איש בלא דבר חוצץ גם בביה"ס ואז יהיה ראוי להטהר בטבילה אבל במעשה הטבילה ליכא שום חסרון בחציצה דביה"ס דהא באו המים בהטבילה לכל מקום בגופו שהצריכה תורה שיבואו המים לשם עכ"ל.

איתא במשנה דבהמה גסה נקנית במסירה. רש"י (ד"ה נקנית) פירש דבהמה גסה נקנית דוקא במסירה ולא במשיכה, וז"ל אבל משיכה לא מקניא דאין דרכה בכך להוליכה לפניו עכ"ל. והתוס' (ד"ה בהמה גסה) הקשו עליו מכמה סוגיות והסיקו דפשיטא דמשיכה מהני בבהמה גסה והמשנה מחדשת דאפי' מסירה קונה.

ובהמשך, התוס' הביאו מהסוגיא בב"ב (עו:) דדנה היאך קונין ספינה. והגמ' הקשה שיש סתירה בשיטת רבי האם ספינה נקנית במסירה או לא, ותירצה וז"ל לא קשיא, כאן ברשות הרבים, כאן בסימטא עכ"ל. ונחלקו בעלי התוס' בביאור התירוץ. דהרשב"ם (ב"ב שם ד"ה לא קשיא, ומובא בתוד"ה בהמה גסה) פירש דקנין מסירה אינו מהני בסימטא מכיון דשייך לקנות שם במשיכה, וברה"ר דמשיכה אינה קונה בו אזי קני במסירה, וז"ל הא דאמר רבי ספינה במסירה היינו ברשות הרבים כגון רקק מים שברשות הרבים דאי אפשר במשיכה דאין משיכה אלא כשמושך לרשותו כגון בחצר של שניהן או בסימטא כדלקמן וכיון דאי אפשר במשיכה קנה ליה במסירה והאי דקאמר וכו' רבי ספינה במשיכה היינו בסימטא כגון מבואות קטנים הפתוחין לרשות הרבים ויש בהן מים וספינה עומדת שם דכיון דאינו רשות הרבים ממש אלא דזימנין דדחקי בני רשות הרבים ועיילי להתם ויש רשות לאדם לשבת שם הרי הוא ברשות כל מי שעומד שם לקנות במשיכה כאילו הוא רשותו וכיון דאפשר במשיכה לאו אורחא דסימטא במסירה ולא מקניא במסירה עכ"ל. אבל ר"ת חולק על זה ונקט דקונין במסירה אפי' היכא דשייך משיכה, וז"ל וכי מצות הן משיכה ומסירה שמבטלות זו את זו שאין לעשות אלא מן המובחר ופירש רבינו תם לשם משיכה קונה בסימטא כל שכן מסירה דעדיפא ממשיכה עכ"ל.

ונראה דבעצם נחלקו הראשונים בב' דברים: א) האם היכולת לקנות בקנין משיכה מבטלת את קנין מסירה. ב) האם קונין במשיכה היכא דאין דרך למשוך כמו בבהמה גסה דמשנתינו. ונבאר את השיטות ואת סברת הדברים אחד אחד.

ב

האם קנין משיכה מבטל קנין מסירה

בנוגע לדין קנין מסירה היכא דשייך קנין משיכה נראה דנשנו ג' שיטות. מצד אחד ר"ת סבור דמשיכה ומסירה אינן מבטלות זו את זו ותמיד אפשר לקנות בשניהן היכא דשייך. מאידך, מפירוש רש"י למשנה משמע להיפך, דהיינו דקנין משיכה תמיד מבטל קנין מסירה. ולכן רש"י פירש דקנין מסירה מהני בבהמה גסה רק משום דקנין משיכה אינה מהני, אבל אם משיכה היה מהני אזי אין קונין במסירה. ונראה דרש"י פירש את

הגמ' בב"ב לגבי מסירה בספינה כמו הרשב"ם דרק קונין במסירה ברה"ר היכא דמשיכה אינה מהני.[793]

ומשמע מדברי התוס' דיש להר"י שיטה אמצעית. דהרי בבהמה גסה הר"י חולק על רש"י ונקט דגם משיכה וגם מסירה מהני. אבל בסוגיא דבב"ב הר"י פירש כמו הרשב"ם דמסירה אינה מהניא בסימטא ובחצר של שניהם משום דאפשר לקנות במשיכה. וצ"ב בביאור השיטות.

והנה שיטת רש"י היא דהיכא דשייך לקנות במשיכה אין קונין במסירה. ונראה לבאר דקנין משיכה וקנין מסירה חלוקים ביסודם.[794] הרי בקנין משיכה מעשה הקנין נעשית ע"י הקונה כי הוא מושך את החפצא לרשותו. מאידך, קנין מסירה נעשה ע"י המקנה דהרי המקנה מוסר את החפצא הנקנה ללקוח. ובזה דומה קנין מסירה לקנין חליפין דשניהם חלין בעיקר מצד המקנה. ונראה דרש"י סבור דכל היכא דהקונה יכול לעשות את מעשה הקנין זה עדיף ומבטל את היכולת של המקנה מלעשות את מעשה הקנין והקנאה. ולכן כל היכא דמשיכה קונה (לפי רש"י - היכא דהדרך הוא למשוך והחפץ נמצא בסימטא או בחצר של שניהם), אזי הקונה צריך לעשות מעשה משיכה ולא לסמוך על מעשה ההקנאה דמסירה מצד המקנה. אבל היכא דהקונה מופקע מלעשות קנין משיכה, כמו היכא דאין דרך למשוך או כשהחפץ נמצא ברה"ר, אזי סומכין על מעשה הקנאה וקנין דמסירה מצד המקנה.

וי"ל דלר"ת יש סברא הפוכה. דהיינו, דר"ת נקט דכל הדין דקנין אחד מבטל קנין שני חל רק היכא דשני הקניינים דומים ביסוד דינם. דהרי מצד אחד מבואר בגמ' (ב"ב פו.) דהיכולת לקנות בהגבהה מבטל את היכולת לקנות במשיכה. אבל מצד שני איתא במשנה לקמן (כו.) שקרקע נקנית בכסף שטר וחזקה ואין דין דהיכולת לקנות בדרך אחד מבטל את שאר הדרכים. והביאור הוא דרק בקנינים דדומים בחלות דינם יש הלכה דצריך לקנות בדרך המעולה וזה מפקיע היכולת לקנות בדרך השני הגרוע. ולכן קנין

[793] ויש להעיר דלכאורה רבינו זצ"ל הבין את רש"י באופן אחר מהתוס' עצמם. דהרי התוס' ביארו שלפי רש"י מסירה עדיפא ממשיכה ולכן מסירה יכולה לקנות אפי' היכא דאין קונין במשיכה. ולכן נקטו דלפי רב דבהמה גסה נקנית במשיכה זה כ"ש במסירה. אבל לפי רבינו זצ"ל, שיטת רש"י להיפך, דהיינו דרק קונין במסירה היכא דא"א לקנות במשיכה. ולכאורה רבינו זצ"ל ביאר שיטת רש"י כמו הפנ"י (רש"י בד"ה נקנית במסירה) וז"ל מלשון זה נראה מבואר בכוונת רש"י דלאו משום חשיבות דמסירה ממשיכה תליא מילתא אלא משום שאין דרכה בכך, ותדע דאי ס"ד משום דמסירה עדיף ממשיכה א"כ בכל המטלטלים דמהני משיכה אמאי לא מהני מסירה דעדיף, והא לא אשתמיט שום תנא ואמורא לומר דמטלטלים נקנין במסירה אלא במשיכה או בהגבהה לבר מספינה ושטרות כדאיתא בפרק הספינה (ב"ב פו:), אלא על כרחך כדפרישית דלכו"ע מסירה קנין גרוע הוא עכ"ל. ובד"ה הבא, הפנ"י הביא דברי התוס' דנקטו דלפי רש"י מסירה עדיפא ממשיכה וחלק על הביאור שלהם בשיטת רש"י וז"ל ולמאי דפרישית בסמוך כל זה אינו מוכרח לפרש"י דעל כרחך לרש"י נמי מסירה גריעא ממשיכה עכ"ל.

[794] ויש להעיר מדברי הרמב"ן (כו. ד"ה והא דתנן, מובאים לקמן אות ג') דמסירה הוי תחילת משיכה.

הגבהה מבטל קנין משיכה בגלל דיש להם יסוד דין אחד כדיבואר לקמן (אות ג'). אבל כסף שטר וחזקה מהווים ג' דרכים שונים ביסוד דינם כקניני קרקע ולכן אין לומר דדרך א' תבטל שאר הדרכים.

ומפני זה נקט ר"ת דהיכולת לקנות במשיכה אינו מבטל קנין מסירה. דהרי, כמו דביארנו, משיכה ומסירה הריהן ב' חלויות דינים החלוקים ביסודם לגמרי, דהרי משיכה חלה מצד הקונה ומסירה חלה מצד המקנה. וזה כוונתו במ"ש וז"ל וכי מצות הן משיכה ומסירה שמבטלות זו את זו שאין לעשות אלא מן המובחר עכ"ל. כלומר דהצורך לעשות מן המובחר שייך רק היכא דיש ב' דברים דדומים ביסודם, אבל היכא דב' קניינים הווין חלויות שונות לגמרי אזי לא חל דין קנין מובחר לומר דהקנין המובחר מבטל את הקנין הגרוע.

וכל זה בביאור שיטות רש"י ור"ת דנקטו דמשיכה תמיד מבטלת או אינה מבטלת היכולת לקנות במסירה. אבל לכאורה שיטת הר"י יותר קשה להבין דהרי הוא חילק בין בהמה גסה דקונין אותה גם במשיכה וגם במסירה, לבין ספינה בסימטא דהיכולת לקנות במשיכה מבטלת את הקנין דמסירה. וצ"ב בחילוק בין הדינים. ונראה לבאר דהר"י נקט דקנין משיכה מועיל בין היכא דהדרך הוא למשוך את החפץ ובין היכא דאין הדרך למשוך את החפץ (שלא כשיטת רש"י במשנה דמשיכה קונה רק היכא דהדרך הוא למשוך). אבל עדיין הר"י חילק בין היכא דהדרך הוא למשוך ובין היכא דאין הדרך למשוך בנוגע לדין דמשיכה מבטל מסירה. דהיינו, דכל היכא דקונין במשיכה כדרכה אזי היכולת לקנות במשיכה מבטלת את היכולת לקנות במסירה. אבל היכא דקונין במשיכה אבל אין הדרך למשוך החפץ הזה, אזי משיכה כזאת אינה מבטלת את היכולת לקנות במסירה. וזה מבאר את החילוק בין ספינה לבין בהמה גסה. דהרי ספינה דרכה לימשך ולכן היכולת למשוך בסימטא מבטלת את היכולת לקנות במסירה. אבל בבהמה גסה דאין דרכה לימשך אזי אע"פ דאפשר לקנות במשיכה, מ"מ משיכה כזאת אינה מבטלת את הקנין דמסירה.

ונראה לבאר את הדברים יותר ע"פ יסוד בהלכות קניינים, דהיינו דקנין חל ע"י מעשה דמוכיח דהחפץ הזה נכנס לרשות הקונה.[795] למשל, אם אדם מושך חפץ לרשותו זה מוכיח לכל הרואים דהוא קונה את החפץ והופך להיות הבעלים. ומפני כך לפעמים עצם היכולת של הקונה לעשות מעשה דיוצר הוכחה חזקה שהוא הבעלים מבטל את ההוכחה הקלושה דנוצר ע"י מעשה קנין אחר. וזהו הביאור בדין דמבואר בגמ' (ב"ב

[795] עיין בשיעורים לעיל (כב: ד"ה תנו רבנן כיצד בחזקה, אות ב').

פו:) דהיכולת לקנות בהגבהה מבטלת את היכולת לקנות בקנין משיכה, דהרי מעשה דהגבהה מוכיח באופן חזק יותר דהקונה הוא הבעלים ועצם היכולת לעשות מעשה הגבהה מגרע את ההוכחה דנוצרה במעשה משיכה. אבל היכא דא"א בהגבהה, אזי קנין משיכה הופך להיות ההוכחה הכי חזקה דהמושך הוי הבעלים ולכן קונין במשיכה. וזה הפירוש בלשונות התוס' דיש קנין עדיף וקנין גרוע, דלכאורה הלשונות האלו תמוהים דהרי למה נקבע דמעשה קנין מסויים הוי גרוע או עדיף. אלא כוונתם דהכל תלוי בההוכחה דבעלות דנוצרה ע"י המעשה האם היא חזקה או חלשה.

וע"פ זה נראה לבאר יותר את שיטת הר"י. דהרי היכא דהחפץ הזה דרכו לימשך, אזי מעשה משיכה הוי הוכחה חזקה דהמושך הוי הבעלים ולכן מעשה מסירה אינה מוכיחה כלום. ולכן בנוגע לספינה דדרכה לימשך הר"י נקט דהיכא דקונין במשיכה אין קונין במסירה. אבל בבהמה גסה אפשר לקנות בשניהם כי אין הדרך למשוך אותה. ולכן, אע"פ דקונין במשיכה, מעשה המשיכה אינה יוצרת הוכחה חזקה ביותר שהוא הקונה ועדיין נשאר מקום לעוד מעשים אחרים דמוכיחים דהקונה הוא הבעלים. וממילא, אפשר לקנות גם במשיכה וגם במסירה.

ג

קנין הגבהה וקנין משיכה

וכמו"כ מבואר דנחלקו הראשונים האם משיכה קונה היכא דאינו הדרך לימשך. דרש"י במשנה נקט דמשיכה אינה קונה בבהמה גסה וז"ל דאין דרכה בכך להוליכה לפניו עכ"ל, והתוס' נחלקו עליו. והרשב"א (ד"ה בהמה גסה) הוכיח כשיטת התוס' מזה דהגבהה קונה בעבדים אע"פ דאין דרך להגביה עבד וז"ל ועוד דאמרינן לעיל (כב:) הגביהו רבו לו לא קנאו ר"ש אומר קנאו שלא תהא חזקה גדולה מהגבהה שהגבהה קונה בכ"מ אע"פ שאין דרכן של בני אדם להגביה את עבדיהם עכ"ל.

ונראה לבאר דנחלקו בגדר הקנינים דמשיכה והגבהה. דהרמב"ן לקמן (כו. ד"ה והא דתנן) נקט דמשיכה והגבהה הוו אותה חלות קנין. דהרי איתא במשנה שם דנכסים שאין להם אחריות אין נקנין אלא במשיכה. והרמב"ן העיר דמטלטלין גם נקנים בדרכים אחרים, וז"ל לאו למעוטי מסירה והגבהה, אלא הכי קאמר אין נקנין בכסף ולא בשטר וחזקה אלא במשיכה, והוא הדין במסירה והגבהה כדקתני ברישא, ואפשר ששנה משיכה מפני שכולם לא תקנום אלא מחמת משיכה למאן דאמר (ב"מ מז:) או קנה מיד עמיתך דבר הנקנה מיד ליד היינו משיכה, שההגבהה אם אינו מושכה לרשותו ומחזירה למקומה אין אני קורא בה מיד עמיתך שעדיין ביד עמיתך הוא, ולמאן דאמר כדי שלא יאמר לו

נשרפו חיטיך בעליה נמי עיקר התקנה משיכה היא למושכה לרשותו, אע"פ שתקנו הגבהה, משום שמשעה שהגביהה על מנת למשוך הוא, וכן המסירה משעה שנמסרה לידו דרכו למושכה ותחלת משיכה היא, נמצאת אומר שהמשיכה בנין אב לכולם לפיכך שנו כאן משיכה עכ"ל.

ומבואר מדברי הרמב"ן ב' נקודות: א) דמשיכה והגבהה הוו בעצם אותו חלות קנין, ב) משיכה הוי ה"בנין אב" ועיקר הקנין כלשון הפסוק (לפי המ"ד דמשיכה קונה במטלטלין מדאורייתא) או קנה מיד עמיתך, והגבהה הוי סוג של משיכה לרשותו. כלומר, דעיקר הקנין הוי משיכה דהיינו להזיז הבהמה לקראתו, וחז"ל גם למדו מזה דמשיכה ממטה למעלה, דהיינו הגבהה, כמו"כ מועיל. לפי זה קושיית הרשב"א על רש"י עומדת באיתנה, דהרי אם הגבהה דהוי תולדה דמשיכה קונה שלא כדרכה, לכאורה קו"ח דמשיכה דהוי עיקר הקנין גם קונה בבהמה גסה וכדומה.

ובביאור שיטת רש"י יתכן לומר דס"ל כמו הרמב"ן דמשיכה והגבהה הוו אותו חלות קנין,[796] אבל רש"י נקט דהגבהה הוי עיקר הקנין ומשיכה מוגדרת כסוג של הגבהה. וא"כ י"ל דהגבהה דהוי עיקר הקנין קונה אפי' שלא כדרכו, ומאידך משיכה דהוי סוג של תולדה, נחלשה כוחה ורק קונה כדרכה. ולפי רש"י דהגבהה הוי עיקר קנין ולא סוג של משיכה לרשותו, נראה דיסוד דקנין הגבהה הוי קנין יד. כלומר, דלפי הרמב"ן קנין הגבהה מהני בגלל מעשה ההגבהה לרשותו כמו במשיכה. אבל לפי רש"י י"ל דבקנין הגבהה עצם זה דהחפץ מוגבהה ברשותו מחיל את הקנין כמו בקנין יד ולא צריך להזיז את החפץ כלל.[797]

ד

שאר קניינים בגט

ויש בזה נ"מ לענין קבלת הגט. דהרי רש"י (גיטין עז: ד"ה הרי זו חזקה) נקט דאשה מתגרשת ע"י זכייה בגט בקנין אגב. ונחלקו עליו הראשונים דהרי בעינן ונתן בידה, כדאיתא בר"ן (לט: בדפי הרי"ף) וז"ל אלא ודאי אין אשה מתגרשת באגב דבעינן ונתן בידה וליכא עכ"ל.

[796] ועיין לקמן בשיעורים (כו. ד"ה א"נ בחבילי זמורות אות ב') דרבינו זצ"ל ביאר בדעת הרב משולם דמשיכה והגבהה הוו ב' קניינים שונים.

[797] והשווה ללשון הסמ"ע (חו"מ סימן קצז סק"ג) דביאר הטעם למה הגבהה קונה בכל מקום וז"ל הטעם, משום דאף אם הוא ברשות הרבים או ברשות המוכר, מ"מ במה שמגביהו בידו מביאו אותו לרשותו, דכל מה שהוא ביד האדם הרי הוא כאילו מונח בביתו עכ"ל. ולפי"ז יתכן לומר דמשיכה אינה דומה לקנין הגבהה ויד אלא הוי קנין בפני עצמו של הכנסה לרשותו. ובזה גם מבואר שיטת רש"י דהגבהה דחל מדין קנין יד קונה גם שלא כדרכה, ואילו משיכה דקונה מדין הכנסה לרשותו קונה רק היכא דהוי הדרך לימשך.

והביאור הוא דבעינן מעשה נתינה וקנין דוקא לידה, ובקנין אגב אין צירוף ישיר בין ה"נתינה" דהבעל, דהיינו הקנאה ע"י אגב, לבין קבלת הגט ביד האשה.[798]

ונחלקו המפרשים בדין שאר קניינים לקבלת גט. דמשמע מהתוס' בגיטין (כא: תוד"ה יצא) דקנין משיכה והגבהה מועילים לגט, דהרי הר"י פסק דאין משיכה והגבהה מועילים בגט דנכתב על עציץ נקוב מפני דהוא מחובר, וז"ל ועוד אור"י דמסתבר דאין האשה קונה את הגט שכתוב על עלה של עציץ נקוב במשיכת העציץ או בהגבהתו כל זמן שלא פסקה יניקת העלה כדאמרינן בסמוך מכר בעל זרעים לבעל עציץ לא קנה עד שיחזיק בזרעים אבל במשיכת העציץ לא קנה דאכתי חשיבי מחוברין בשעת משיכה עכ"ל. וניתן לדייק מזה דאם העציץ לא היה מחובר אזי קנין משיכה והגבהה מועילים בגט.

אבל עיין בשו"ת רעק"א (סימן רכב) מובא בפתחי תשובה (אה"ע סימן קלט סק"ד) דהביא ספיקת הירושלמי (גיטין פרק ב הלכה ג) בגט דנכתב על קרן בהמה, וז"ל ר"ז בעי קומי רבי מנא מסר לה במוסירה מהו [קרבן העדה - מסר לה הפרה שכתב עליה הגט במוסירה שמסרה לה באפסר או בשערה מהו שתהא מגורשת], מידת הדין את אמר נקנה המקח והכא את אמר הכין או שנייא היא דכתיב ונתן בידה עד שיהא כולו בידה עכ"ל. וביאר הגרעק"א זצ"ל דלפי הצד דקנין מסירה אינה מהני, בעינן דכל הגט יהיה בידה ממש ואל"כ חסר בדין ונתן בידה. ולפי"ז הוא נקט חידוש להלכה, וז"ל חידוש בעיני דלא נזכר הדין דצריך שלא יהא מקצת הגט יוצא מידה דאף דקנתה כל הגט בהגבהה מ"מ אין כולו בידה, וצריכין ליזהר בזה דאם הגט על קלף גדול ומצוי דלפעמים מקצת הגט למעלה מידה ואינו כולו בידה וצ"ע לדינא עכ"ל. כלומר, דהוא צידד לומר דקנין הגבהה אינה מועילה בגט אלא בעינן בידה ממש.

אבל מהרמ"א (אה"ע סימן קלט סעיף טו) משמע דלכל הפחות הגבהה מהני בגט. דהרי כתב הרמ"א וז"ל גם יהיו ידיה גבוהות מן הארץ ג' טפחים עכ"ל. ועיי"ש בפתחי תשובה דהביא מהתורת גיטין דביאר דמצד קנין יד אפשר לקנות אפי' פחות מג' טפחים כדמבואר בתוס' (כתובות לא. תוד"ה דאי בעי).[799] אלא דהרמ"א חשש דאולי קצת מהנייר של הגט יצא מתחת ידה וזה אין קונין בקנין יד אלא בהגבהה דצריך להיות למעלה מג' טפחים מהקרקע. ויוצא דלפי פירוש התו"ג, הרמ"א נקט דקנין הגבהה מועיל בגט. ושמעתי מאאמו"ר הגר"מ זצ"ל דיש לחלק בין קנין הגבהה דהיא עושה בידה ממש לבין

[798] ובביאור דעת רש"י עיין בשיעורים לקמן (כז. בענין קנין אגב אות ד).

[799] ויש להעיר דנחלקו המפרשים בדעת רש"י בסוגיא שם. דהתוס' הבינו דלפי רש"י קנין יד בעי ג' טפחים ולכן הקשו עליו. ועיין בקצוה"ח (סימן רסח סק"ב) דנקט דבאמת רש"י הבין דקנין יד לא קני מדין רשות ולכן צריך להיות למעלה מג' טפחים. וחלק עליו בנתיבות המשפט (שם).

קנין הגבהה דנגרם מכוחה. כלומר, אם היא קונה ע"י זה שהיא מגביהה את הגט בידה אזי הגירושין חלין אע"פ דחלק מהנייר נמצא חוץ לידה דהרי זה מוגדר כנתינה בידה. אבל אם היא לא מרימה את הגט בידה אלא דבכוחה היא גורמת שהגט יוגבה, אזי אע"פ דבדרך כלל זה מהני לקנין הגבהה, מ"מ יש חסרון בנתינה בידה ואינה מהני לגירושין.

וי"ל דהדין דקנין הגבהה בגירושין תלוי במחלוקת הנ"ל בין רש"י והרמב"ן ביחס בין קנין משיכה לבין קנין הגבהה. דלפי הרמב"ן דקנין משיכה הוי העיקר וקנין הגבהה הוי סוג של משיכה, אזי היסוד דקנין הגבהה הוי כניסה לרשותו כמו קנין משיכה ואין קשר בין קנין יד לבין קנין הגבהה. וא"כ מסתבר דקנין הגבהה אינו מהני בגט. אבל לפי מה דביארנו בשיטת רש"י דקנין הגבהה אינה תולדה של קנין משיכה אלא דהוי סוג של קנין יד, אזי מסתבר כמו שיטת הרמ"א והגר"מ זצ"ל דקנין הגבהה, או לכל הפחות סוג של הגבהה דמשתמש בידה, מהני בגט.

ולפי זה יש להעיר על שאר דברי הרמ"א (אה"ע סימן קלט סעיף טו) דהקפיד דהאשה צריכה להגביה את הגט בשעה שהיא מקבלת אותו. ונראה דזה מסתבר לפי שיטת הרמב"ן דהגבהה הוי סוג של משיכה ולכן בעינן מעשה דכניסה לרשותו. אבל לפי הביאור הנ"ל ברש"י דהגבהה הוי סוג של קנין יד, אזי עצם זה דהגט מוגבה בידה גורם לקנין ולא בעינן מעשה הגבהה דהאשה.[800]

ובענין למעשה, הגר"מ זצ"ל לא הקפיד לדברי הרמ"א האלו דהאשה צריכה להגביהה את הגט. וזה מפני ב' טעמים: א) הוא הקפיד דכל הגט יהיה מקופל ביד האשה ולכן יש לה קנין יד על הגט, ב) אם יד האשה הוי למעלה מג' טפחים אזי עצם זה דהגט מוגבה בידה גורם לקנין ולא בעינן מעשה הגבהה כנ"ל.

דף כו.

גמ'. אי נמי בחבילי זמורות.

א

בגדר הגבהה ע"י זמורות

[800] ולכאורה צ"ב בדברי רבינו זצ"ל דהרי הרמ"א ביאר דבעינן הגבהה מצד האשה מפני חשש נפילה ולא מפני מעשה הקנין. ואלו דברי המחבר והרמ"א וז"ל היה ידה קטפרס (פי' שהעמידה ידה משופעת, ולא זקופה כמחיצה ולא פשוטה לקבל), וזרק הגט על ידה ונפל לארץ, אם נפל לתוך ארבע אמות שלה ונח, הרי זו מגורשת. ואם לא נח בתוכן, אלא נתגלגל מיד מתוכה לחוצה להן, הרי זו ספק מגורשת. נפל לתוך הים או לתוך האש, אינה מגורשת, והוא שתהא על גבי המים או סמוך לאש, שמתחלת נפילתו, לאיבוד היה עומד. הגה: וכל זה שאינה עומדת ברשותה, אבל אם עומדת ברשותה, אף על פי שנפל מידה ונתגלגל חוץ לארבע אמות, מגורשת, דהא לא נתגלגל רק לרשותה. מיהו לדידן דאין מגרשין על ידי רשותה, כמו שנתבאר, אם נפל הגט מידה צריך לגרש שנית. ועל כן תגביה האשה ידיה בשעה שמקבלת גיטה, שלא יפול מידה. גם יהיו ידיה גבוהות מן הארץ ג' טפחים עכ"ל.

נחלקו הראשונים בביאור דברי הגמ'. דהרי רש"י ור"ת (ד"ה אי נמי) נקטו דהקונה מניח זמורות על הקרקע ומשתדל להוליך את הפיל על הזמורות. ומאידך, התוס' הביאו את הרב משולם דפירש דהקונה גורם שהפיל יקפוץ למעלה ע"י זמורות דהוו מאכל הפיל. וצ"ב למה הרב משולם לא ביאר כרש"י ור"ת. ונראה לבאר דבהיכי תמצי של רש"י ור"ת אין וודאות שהפיל יעלה על הזמורות אלא דתלוי במקצת ברצון הפיל.[801] מאידך, היכא דהקונה שם זמורות לפני הפיל אז טבע הפיל הוא להשתדל לאכול ויש יותר וודאות שהפיל יקפוץ כדי לאכול את הזמורות. ולפי הרב משולם, קנין הגבהה חל רק היכא דיש וודאות דמעשה הקונה יגרום שהחפץ הנקנה יוגבה.

ב

הגבהה באויר של חצר המקנה

ועיין ברשב"א (ד"ה א"נ) דהביא את דברי הרב משולם והקשה עליו, וז"ל וקשיא לי אם אינו מגביהו ממש כיון שעומד באויר חצרו של מוכר היכי קני לי' לוקח והא קי"ל דאויר חצרו כחצרו וכל שסופו לנוח כנח ע"ג קרקע חשבינן לי' כדאמרינן במציעא בפרק השואל (קב.) גבי הקולט מן האויר הרי אלו שלו וצ"ע עכ"ל. ולכאורה קושיית הרשב"א אינה מובנת, דהרי הדין דאויר חצר כחצרו וסופו לנוח כנח ע"ג הקרקע הוי דינים בקנין חצר מהפקר. כלומר, דאם החפץ נמצא באויר חצרו וסופו לנוח אזי הוא קונה עכשיו. אבל כאן, המוכר דהוי בעל החצר רוצה שהקונה יקנה את הפיל ע"י הקפיצה הזאת והאיך זה שונה מכל קנין הגבהה דעלמא דקונה בחצר המוכר כדמבואר בב"ב (עו:).[802]

ונראה לבאר את קושיית הרשב"א ע"פ היסוד דהבאנו לעיל (דף כה: ד"ה בענין קנין מסירה וקנין משיכה אות ג') בדעת הרמב"ן דהגבהה הוי בעצם סוג של משיכה. וא"כ לכאורה צ"ב למה משיכה אינה קונה ברשות המוכר והגבהה כן קונה ברשות המוכר. ונראה, דהרשב"א הבין דבעצם כמו דקנין משיכה אינה מהני ברשות המוכר, כמו"כ קנין הגבהה אינה קונה ברשות המוכר. אלא דבהגבהה, מכיון דהחפץ נמצא ביד הקונה, אזי החפץ הוי ברשות הקונה ולא ברשות המוכר ולכן קנין הגבהה יכול לחול אפי' היכא דלא שייך קנין משיכה. ולפי"ז יוצא דקנין הגבהה בחצר המוכר שייך רק היכא דהחפץ נמצא ביד הקונה, אבל אם הקונה מגביה את החפץ בעקיפין שאין החפץ נמצא בידו ממש, אזי

[801] לכאורה ר"ל דמיירי שלא הכה את הפיל אלא רק שם אותו לפני הזמורות והפיל עלה מצעמו.

[802] ולכאורה הרשב"א בב"ב (עו: ד"ה והגבהה) העלה את הסברא הזאת כדי לבאר למה הגבהה קונה בחצר המוכר וז"ל דשאני הכא דאיכא דעת אחרת מקנה וכיון דעקר מן החצר ממש אין אוירו חשוב כל כך שלא תקנה שם הגבהתו אע"פ שאין משיכה קונה בחצרו ממש ואע"ג דאיכא דעת אחרת מקנה, כנ"ל עכ"ל.

חזרנו למצב שהחפץ נמצא ברשות המוכר ואין קנין הגבהה חל כמו דאין קנין משיכה חל ברשות המוכר.

ולפי"ז מובן קושיית הרשב"א על הרב משולם דהאיך הקונה יכול לקנות הפיל ע"י קפיצה בחצר המוכר. דהרי אין הפיל נמצא ביד הקונה ואויר החצר נחשב כרשות המוכר כדמוכח בעינן קנין חצר, ואין קנין הגבהה חל היכא דהחפץ נמצא ע"פ דין ברשות המוכר.[803] ובביאור דעת הרב משולם י"ל דחולק על כל יסוד של הרמב"ן וסבור דמשיכה והגבהה הוו ב' חלויות שונות. וא"כ הדין דאין קנין משיכה חל ברשות המוכר אינו שייך כלל לקנין הגבהה דקונה אע"פ דהחפץ נמצא ברשות המוכר. ולכן, לא שנא הגבהה ביד הקונה ולא שנא הגבהה דרך גרמא, הקונה יכול לקנות החפץ באויר חצר המוכר.

ויש להעיר דאם לפי הרב משולם משיכה והגבהה הוו בעצם ב' קניינים שונים, אזי צ"ע למה הגבהה מבטל משיכה. דהרי ביארנו לעיל דלכו"ע אין קנין חזקה או שטר מבטל קנין כסף והטעם הוא דהם קניינים שונים ביסוד דינם וכל הדין דקנין אחד מבטל קנין שני שייך רק היכא דיש ב' אופנים של אותו חלות שם קנין. וא"כ קשה להבין למה לפי הרב משולם קנין הגבהה מבטל קנין משיכה, וצ"ע.

גמ'. אמר רב לא שנו אלא במקום שאין כותבין את השטר, אבל במקום שכותבין את השטר לא קנה, ואי פריש פריש.

מבואר בגמ' דבמקום דכותבין שטר אין הקנין חל ע"י נתינת הכסף עד שיכתבו את השטר. ועיין ברשב"א (ד"ה אמר רב לא שנו) דהביא ב' דעות האם גם בקנין חזקה אמרינן דהקנין חל רק אחרי כתיבת השטר כמו בכסף, או"ד דחזקה קונה לבדה בלי השטר אפי' במקום דכותבין שטר. וצ"ב מאי שנא דבקנין כסף יש אומדנא דהקונה רק סומך דעתו לקנות אחרי כתיבת שטר (עיין ברש"י ד"ה לא קנה), אבל לפי דעה אחת ברשב"א אין לאחר חזקה כלום ולא בעינן שטר.

ונראה לבאר ע"פ חידוש אחר ברשב"א בנוגע לקנין חזקה היכא דהקונה לא שילם את הכסף. דאיתא לקמן בסוגיא דשטר מכר אינו קונה עד שיתן את הדמים. ויש ב' דעות ברשב"א (ד"ה אמר שמואל) האם זה דין כללי דלעולם אין דעת המקנה חל עד שהמוכר מקבל את הדמים או"ד דין זה חל רק כשהמוכר עייל ונפיק אזוזי ויש אומדנא דהוא רוצה את דמי הקרקע אבל היכא דהמוכר לא עייל ונפיק אזוזי אזי שטר קונה בלי נתינת דמים. ואז הרשב"א הביא דעה לחלק בין קנין שטר לקנין חזקה, וז"ל א"נ דאיכא למימר דבשטר כיון דלא נחית לארעא כי לא עייל ונפיק אזוזי לאו גלויי דעתא איכא דאימר מימר אמר

[803] והשווה לדברי הקצוה"ח (סימן רעג סק"ד) דביאר את קושיית הרשב"א באופן דומה.

כי לא אכיל ארעא מאי אצווח ומאי אטריד אבל בחזקה כי לא עייל ונפיק אזוזי גלי דעתיה דגמר והקנה דאל"ה לא הוה שתיק ליה כיון דחזי ליה אכיל ארעיה וזה נראה נכון, וכן במשיכת מטלטלין מהאי טעמא גופיה הוא דאי לא עייל ונפיק אזוזי דקנה כיון דאחזקיה במטלטלין ולא קפיד אזוזי איכא גלויי הדעת טפי וקני עכ"ל. כלומר, דבקנין שטר תמיד בעינן נתינת הכסף ואל"כ אין גמירת דעת מצד המוכר, אבל בחזקה, היכא דהמוכר לא עייל ונפיק אזוזי, הקנין חל אפי' בלי נתינת הדמים. וצ"ב ביסוד החילוק בין קנין שטר לקנין חזקה היכא דלא עייל ונפיק אזוזי.

ונראה לבאר דיש לחלק בין מעשה קנין דלא קשור באופן ישיר לחפץ הנקנה לבין מעשה קנין דנעשה בחפצא עצמו. והסברא הוא דכל מעשה קנין דנעשה בגוף החפצא דנקנה, אזי הקנין חל ע"י זה דהמעשה בעצם החפצא עצמו מוכיח דהקונה הוי הבעלים. וכבר ביארנו את היסוד הזה בנוגע לשיטת הרמב"ם בקנין חזקה (בשיעורים לעיל כב: ד"ה תנו רבנן כיצד בחזקה, אות ב') ובנוגע לסוגיא דהגבהה מבטל משיכה (דף כה: בענין קנין מסירה וקנין משיכה, אות ב'). ולפי"ז י"ל דהיכא דהקונה עשה מעשה בגוף החפץ כמו בחזקה או במשיכה, אזי יש הוכחה בעצם החפצא דהוי עכשיו בבעלות הקונה ומשו"ה לא אמרינן דיש חסרון בגמירת דעת דהמוכר. ובכן נמי מבואר החילוק דקנין חזקה חל בעצמו במקום שכותבין שטר גם בלי השטר מדהוי הוכחת בעלות בחפץ עצמו ומשו"ה הדעת מקנה חל גם בלי שטר שלא כמו בקנין כסף.[804]

ויש להוסיף דביסוד הזה דמשיכה והגבהה קונים מדין מעשה המוכיח גם ניתן לבאר את הגדר דקנין סיטומתא (ב"מ עד.). דהרי לכאורה קשה להבין למה מנהג הסוחרים קובע קנין ע"פ דין. אלא די"ל דלומדים מהגבהה ומשיכה דמעשה המוכיח את בעלות הקונה מחיל קנין, ומעשה דהוי מנהג הסוחרים לקנין גם מוכיח דהבעלות עוברת לקונה.

גמ'. כי הא דרב אידי בר אבין כי זבין ארעא אמר אי בעינא בכספא איקני, אי בעינא בשטרא איקני.

לכאורה הדין הזה צ"ע דהרי פסקינן דאין ברירה בדינים דאורייתא, והרי כאן מעשה הקנין תלוי בדעתו העתיד של רב אידי בר אבין.

גמ'. רב אשי אמר במתנה ביקש ליתנה לו, ולמה כתב לו לשון מכר, כדי ליפות את כוחו.

[804] אולי כוונת רבינו זצ"ל היא דע"פ דין בעינן פחות גמירת דעת מצד המקנה היכא דהקונה עושה מעשה דמוכיח את בעלותו בגוף החפץ. ולכן י"ל דהיכא דהמוכר לא הראה דהוא צריך את הכסף כמו בעייל ונפיק אזוזי, אזי י"ל דיש לו גמ"ד למכור השדה. משא"כ היכא דהקונה לא עושה מעשה קנין בגוף החפץ הנקנה דבעינן גמ"ד חזקה מצד המקנה אזי הגמ"ד הזאת רק נוצר כשהמוכר מקבל את דמי השדה.

נחלקו הראשונים בביאור דברי רב אשי. רש"י (ד"ה רב אשי אמר) מפרש דהמקנה כתב רק שטר א' דעיקרו הוי לשם מתנה אלא דהוסיף לשון מכירה כדי לייפות כח המקבל לענין אחריות. וכן איתא בתוס' ישנים. אבל התוס' עצמם (ד"ה ולמה כתב) הקשו דלמה בעינן לשון מתנה בכלל אם אין יפוי כח למקבל במתנה יותר מבמכר, ותירצו בב' אופנים: א) המקנה כתב לו ב' שטרות - אחד בלשון מכר עם אחריות ואחד בלשון מתנה בלי אחריות - והשטר בלי אחריות מציל את המקבל מדינא דבר מצרא, ב) יש יפוי כח במתנה לגבי בור ודות. ולכאורה מוכח מקושיית התוס' ותירוצם דחולקים על רש"י. דאם בעצם ההקנאה הוי מתנה ולשון מכר הוא רק להוסיף אחריות, אזי לכאורה אין מקום לקושיית התוס' דלמה בעינן לשון מתנה, דהרי זה הוי עיקר ההקנאה. ולכאורה צודקים דברי רש"י דהרי מבואר בגמ' דהמקנה רוצה לתת את השדה לקונה במתנה, וא"כ צ"ב בדעת התוס' דהקשו למה בעינן לשון מתנה, הרי זה הוי עיקר לשון הקנין.

ונראה לבאר דנחלקו רש"י והתוס' בגדר דחלות דעת המקנה למתנה ולמכר. דרש"י נקט דיש חילוק בין חלות דעת מקנה למתנה לבין חלות דעת המקנה למכר. והסברא לכך הוא דבמתנה עיקר הקנין חל מצד הקנאת המקנה דהרי אין המקבל נותן דבר תמורת החפץ דנקנה לו, משא"כ במכר דיש מעשה מצד הקונה. ומסתבר דהיכא דהקנין חל בעיקר מצד הקנאת המקנה כמו במתנה אזי בעינן דעת מקנה יותר חזקה מהיכא דהקונה ג"כ משתתף כמו במכר. וא"כ דעת המקנה דמכר אינו מהני למתנה, וממילא אם אדם רוצה לתת שדה במתנה הוא צריך להזכיר לשון מתנה בספירת דברים דהשטר וצריך דעת מקנה מיוחד למתנה. מאידך, התוס' סבורים דבעצם אין לחלק בין דעת מקנה דמכר לבין דעת מקנה דמתנה, אלא דהכל דעת מקנה לשם הקנאה סתמית. ולכן גם אם המקנה רוצה לתת את השדה בעיקר במתנה, סגי בשטר גם בלשון מכר בהוספת לשון מתנה לשם יפוי כח לענין מסויים.[805]

תוד"ה ולמה כתב. בא"ד. וי"ל דשני שטרות כותב לו.

וצ"ע בדעת התוס' היאך מותר לכתוב ב' שטרות ולשקר ולהערים נגד הבר מצרא. וצ"ל דכתיבת ב' שטרות אינה הערמה אלא דמפקיע את זכות הבר מצרא מעיקר הדין, אך צ"ע היאך. ונראה לבאר ע"פ דברי רש"י בסוגיא דבר מצרא, דאיתא בגמ' וז"ל מתנה לית בה משום דינא דבר מצרא, אמר אמימר אי כתב ליה אחריות אית בה משום דינא דבר מצרא עכ"ל. ורש"י פירש (ד"ה ואי כתב ליה אחריות וכו') וז"ל דודאי מכר הוא, שאין כותבין אחריות על המתנה עכ"ל. כלומר, דבעצם אין דינא דבר מצרא במתנה אמיתית

[805] והשווה לדברי רבינו זצ"ל לקמן (כז. ד"ה איבעיא להו שדה במכר ומטלטלין במתנה מהו).

אלא דאם כותבין אחריות בודאי התכוון לשם מכר דהרי בדרך כלל אין כותבין אחריות למתנה. וכן נראה מדברי הרמב"ם (פרק יג מהלכות שכנים הל"א) וז"ל הנותן מתנה אין בה דין בן המצר, היה כתוב בשטר מתנה שאחריות מתנה זו על הנותן יש בה דין בן המצר הואיל ויש בה אחריות מכירה היא ולא כתב מתנה אלא לבטל זכות בן המצר, וכמה נותן לו מה שהיא שוה עכ"ל. הרי הרמב"ם הוסיף פירוש לגמ' דבודאי המקנה התכוון לשם מכר ורק כתב מתנה להערים על הבר מיצר.

ויוצא מדברי רש"י והרמב"ם דהיכא דבאמת המקנה אינו מקבל כסף בתשלום ורק רוצה להוסיף אחריות למתנה, אע"פ שזה כמעט ולא נמצא, אזי אין דין דבר מצרא חל. ולפי"ז ניתן לבאר את דברי התוס' דהרי אם המקנה באמת התכוון למתנה אמיתית באחריות אין דינא דבר מצרא חל. ולכן מותר לו לכתוב ב' שטרות כדי שלא יטענו הבר מצרא שלא כדין שכשהוא עשה את ההקנאה באחריות שזה היה מכר, דאדרבא באמת זו היתה מתנה באחריות ולא מכר.[806]

גמ'. אמר שמואל לא שנו אלא בשטר מתנה, אבל במכר לא קנה עד שיתן לו דמים.

עיין ברשב"א (ד"ה אמר שמואל) דהביא ב' דעות האם גם סודר אינו קונה עד שיתן הדמים, וז"ל ובקנין איכא פלוגתא ביני רבוותא ז"ל אי קני בלא דמי או לא. ואיכא מ"ד דה"ל כשטר דהא סתם קנין לכתיבה עומד ולא עדיף משטר, ואיכא מ"ד משעת קנין קנה דאין לאחר קנין כלום, ומסתברא כותי' דאלים כח קנין ומשעת קנין מקנא קני ליה עכ"ל. וצ"ב מהי הסברא לומר דאין לאחר קנין כלום אם בשטר אמרינן דאין לו דעת למכור כל עוד לא קיבל את הדמים.

ונראה לבאר דמצינו כמה חידושי דינים בסודר דאינם שייכים לשאר קניינים. דהר"ן בנדרים (כז:) הביא מחלוקת הראשונים האם סתם קנין סודר מסלק את החסרון דאסמכתא או רק קנין סודר בפני ב"ד חשוב. הרי יש דעות בראשונים דקנין סודר לבד מסלק את החסרון דאסמכתא. וכמו"כ קנין סודר הוי הקנין היחיד דיכול ליצור התחייבות, משא"כ שאר קניינים דשייכים רק לחפצא בעין.[807]

וי"ל בגדר הדברים דיסוד קנין סודר הוא יצירת דעת המתחייב, דהיינו דאדם מקבל על עצמו התחייבות ע"י קנין סודר. ולכן סודר יכול לתקן חסרון דדעת המתחייב דאסמכתא, דהרי כל יסוד דסודר הוא ליצור דעת המתחייב. ולפי"ז י"ל דהיכא דאדם מקנה חפץ לחבירו ע"י קנין סודר אין זה הקנאה ישירה של החפץ כמו בקנין דעלמא. אלא דיש

[806] והשווה לדברי הנתיבות המשפט (סימן רמ סק"א) דביאר דמה שמבואר בתוס' רק מותר אם באמת התכוונו לשם מתנה. אבל לא הביא מדברי רש"י והרמב"ם בנוגע לדינא דבר מצרא במתנה עם אחריות, ודו"ק.

[807] עיין בשיעורים לעיל (ג. בענין חליפין בקידושין, אות ה') דזה נלמד מהפסוק "לקיים כל דבר".

בזה ב' שלבים: א) המקנה מתחייב לתת החפצא הזה אל הקונה, ב) ההתחייבות הזאת עצמה יוצרת חלות קנין. ויש להטעים את זה ע"פ השיטות דיש חלות של התחייבות על דבר בעין (עיין קצוה"ח סימן שלב סק"ד דהביא מחלקות הראשונים בזה), כלומר דזה הוי השלב הראשון בקנין סודר. ואפי' לפי הראשונים דאין התחייבות בבעין, י"ל דזהו חידוש הקרא בקנין סודר, דהיינו דע"י קנין סודר נוצר חלות התחייבות על חפצא בעין.

ואם כנים הדברים, מובן מסקנת הרשב"א דלא בעינן נתינת דמים בקנין סודר. דהרי כל החסרון בקנין בלי נתינת הדמים הוא בדעת מקנה. ולפי הנ"ל, כל היסוד דקנין סודר הוא להחיל התחייבות מדעת ולתקן מה שהיה ראוי להיות חסרון בדעת כמו דמצינו באסמכתא. וא"כ מובן למה קנין סודר קונה לבדו דהרי הסודר תיקן את החסרון בגמירת דעת.

ובזה אפשר להבין שיטת הרמב"ם (פרק כט מהלכות מכירה הל"ט) דאע"פ דהחכמים תיקנו קנין לפעוטות, מ"מ אין קנין סודר לקטן כלל, וז"ל אם קנו מיד הקטן וכו' לא קנה הלוקח וכו' ואין קנין מיד הקטן כלום, שהקנין בשטר ואין העדים חותמים אלא על שטר של אדם גדול עכ"ל. וצ"ב מאי שנא קנין סודר משאר קניינים. ונראה לבאר דחז"ל תיקנו דקטן דהגיע לדעת של פעוטות יכול להקנות עם דעת מקנה, אבל לא תיקנו שקטן יכול לקבל על עצמו התחייבות מדעת דהוי חלות שם דעת אחרת. ולכן, קנין סודר דכל כולו תלוי בדעת המתחייב ולא בדעת מקנה, אינו שייך לקטנים. וזה הוי ההסבר בהשוואת הרמב"ם בין קנין סודר לכתיבת שטר דגם נוצר ע"י דעת המתחייב.[808]

והיסוד דקנין סודר חל בתחילה כדעת המתחייב נמי מבאר למה קנין סודר חל בין בקרקע ובין במטלטלין. דהרי כל שאר מעשי קנין חלין או בקרקע או במטלטלין אבל לא בשניהם. ולפי הנ"ל הביאור הוא דבקנין דעלמא החפצא הנקנית חשוב כי צריך מעשה ודעת המתאימים לחפצא הזה. אבל סודר אינו חל בתחילה כמעשה קנין אלא כדעת המתחייב וקבלת התחייבות על הגברא ולכן אין לחלק בין התחייבות בקרקע לבין התחייבות במטלטלין.

גמ'. הוא מותיב לה והוא מפרק לה במוכר שדהו מפני רעתה.

[808] עיין בשיעורים לעיל (ג. בענין חליפין בקידושין, אות ה') דרבינו זצ"ל הביא מהגר"ח זצ"ל דקנין סודר הוי הקנאה מדעת מקנה ולא מעשה קנין, ובזה הוא ביאר את שיטת הרמב"ם בענין קטן בקנין סודר. ולכאורה דברי רבינו זצ"ל כאן הם דומים אבל שונים קצת ממה שמובא לעיל, ודו"ק. ועיין בריטב"א לעיל (כב: ד"ה תנא אף בחליפין) דאין קנין סודר מועיל לקנין איסור שבעבד וז"ל וז"ל ואפשר עוד לומר דודאי עבד קונה עצמו בחליפין לקנין ממון שבו אבל לא לקנין איסור שבו, שאין הקנין אלא לקיים הדברים ודברים לא מהני בעבד כנעני לקנין איסור שבו אלא בעינן שטר או כסף שפודה עצמו לגמרי וכו' כן נראה לי וכן דנתי לפני מורי נר"ו עכ"ל. הרי לפי דברי הריטב"א "אין הקנין אלא לקיים הדברים" ואולי זה כדברי רבינו זצ"ל דקנין סודר מתחיל בהתחייבות מדעת.

משמע מהגמ' דהיכא דאינו מוכר את שדהו מפני רעתה, קנין שטר אינו מהני בלי תשלומי דמי השדה. ומבואר בראשונים דזה הוי מפני חסרון בדעת מקנה. ולפי"ז לכאורה צ"ב במה דמבואר באחרונים דבמכירת חמץ בערב פסח לנכרי שוכרין לגוי מקום החמץ ומקנים לו את החמץ אגב הקרקע. ולכאורה צ"ב היאך הנכרי קונה את הקרקע בשטר, והרי הוא אינו נותן לישראל את כל דמי הקרקע, וא"כ אין סמיכות דעת לקנין בשטר לבד. ויש אחרונים דפירשו דמכיון דישראל צריך לסלק את החמץ מרשותו בע"פ נעשה כמו דהוא מוכר שדהו מפני רעתה דיש אומדנא דיש לו דעת מקנה.[809]

ועוד איתא באחרונים דאם זקפן עליו הגוי את שאר הדמים במלוה אזי הקנין חל מיד אפי' בלי תשלומין דכל הדמים. והדין הזה נלמד מהגמ' בב"מ (עז:) דאיתא שם דאפי' היכא דהמוכר עייל ונפיק אזוזי, אם הקונה זקף עליו במלוה הקנין חל.[810] ולכן האחרונים הקפידו שהגוי יזקוף את שאר הסכום במלוה. אלא דהשו"ע הרב (סימן תמח סעיף יב) החמיר שלא לסמוך על זקיפת מלוה, והוסיף דבעינן שהגוי יעמיד ערב קבלן על שאר החוב. ולכאורה צ"ב בחומרת שו"ע הרב דהרי מבואר בגמ' דזקיפת מלוה מהני לקנות קרקע אפי' היכא דלא שילם בפועל כל החוב ולמה הוא לא סמך על זה.[811]

אבל לכאורה צ"ב ביסוד הזה דזקיפת מלוה מהני אפי' היכא דנתינת מקצת הדמים לא היה מועיל. דהרי מבואר בגמ' דהיכא דלא מכר מחמת רעתה בעינן נתינת דמים מפני סמיכות דעת המקנה. וא"כ מסתבר דהמוכר גומר דעתו להקנות רק היכא דקיבל את הכסף בפועל ולא בזקיפת מלוה דהוי ע"פ דין נתינת מעות והלואה חדשה.[812] וחידוש לומר דאומדן דעת המוכר תלוי בנתינת מעות ע"פ דין ולא בקבלת הדמים בפועל.

גמ'. בשטר כיצד כתב לו על הנייר או על החרס אע"פ שאין בהם שוה פרוטה שדי מכורה לך, שדי נתונה לך, הרי זו מכורה ונתונה.

מבואר בגמ' דלשון "שדי מכורה לך" מועיל לשטר קנין. ועיין ברשב"א (ד"ה אמר שמואל) דהביא ב' דעות בנוגע לשטר שכתוב בלשון עבר כמו "מכרתי שדה זו לפלוני" האם הוי כשטר הודאה דלא קונים בו או קונין בו. והסיק הרשב"א וז"ל כך נראין הדברים שאע"פ שאינו כותב והריני מוכר לו אלא ומכרתי לו לאו שטר הודאה הוא אלא שטר

[809] עיין למשל בשו"ת צמח צדק (לובאוויטש) או"ח סימן מה. ועיין בספר מכירת חמץ כהלכתו (בירורי ענינים סימן כא) דהביא כמה וכמה אחרונים דנחלקו בזה.

[810] הדין הזה מובא בשו"ע (חו"מ סימן קצ סעיף י').

[811] ועיין בשדי חמד (חלק ה' מערכת חמץ ומצה סימן ט' אות י') דהביא מכמה אחרונים דנקטו דשיטת השו"ע הרב הוי חומרא יתירא, אבל יש שתירצו את שיטתו.

[812] עיין בלשון רש"י שם (ב"מ עז: ד"ה והרי אני נושה) וז"ל דכיון שעשאם עליו מלוה הוה כאילו נטלם והלוום וקרקע נקנית בכסף עכ"ל. והשווה לדברי רבינו זצ"ל בשיעורים לעיל (ו: ברש"י ד"ה המקדש במלוה, בהערה) וברשימות שיעורים לב"מ (מו: בענין יש דמים שהן כחליפין, אות ב').

מכר כדכתיב נתתי כסף השדה קח ממני דמתרגמי' אתן, וכההיא שאמרו בגיטין פרק השולח (מ:) נתתי שדה פלונית לפלוני כו' ואמרינן עלה וכולן בשטר כלומר שיכתוב לו עכשיו בשטר לשון זה ואי מדין הודאה א"צ לשטר וכו' עכ"ל. יוצא דלפי הרשב"א הלשון ד"מכרתי לו השדה" מהני לשטר קנין אבל רק מפני דניתן לפרשו כלשון הווה או עתיד. אבל שטר עם נוסח דבודאי הוי לשעבר כמו "כבר מכרתי שדה זו לפלוני" הוי שטר הודאה דאינו מועיל לקנין.

ויש להעיר דבגט בעינן נוסח דמשמעו דהגירושין חלין עכשיו בהווה ע"י השטר, אבל לשון עבר דאפשר לפרשו כלשון הווה אינו מהני. וזה מבואר בגמ' בגיטין (פה.) דנחלקו התנאים במשנה בנוגע ללשון הגט וז"ל גופו של גט הרי את מותרת לכל אדם רבי יהודה אומר ודן דיהוי ליכי מינאי ספר תירוכין ואגרת שבוקין וגט פטורין למהך להתנסבא לכל גבר דיתצביין עכ"ל. והגמ' (שם פה:) מבארת דנחלקו בעד כמה צריך להיות ברור דהגירושין חלין ע"י הגט, וז"ל במאי קמיפלגי, רבנן סברי ידים שאין מוכיחות הויין ידים ואף על גב דלא כתב לה ודן מוכחא מילתא דבהאי גיטא קא מגרש לה, ור' יהודה סבר ידים שאין מוכיחות לא הויין ידים, וטעמא דכתב לה ודן דמוכחא מילתא דבהאי גיטא קא מגרש לה אבל לא כתב לה ודן אמרי בדיבורא גרשה ושטרא ראיה בעלמא הוא עכ"ל. ונראה דנחלקו רבי יהודה והחכמים רק בנוגע לגט דהוי חלות שם ספר כריתות ולכן צריך להיות ברור דהגט עצמו כורת, ונראה מהגמ' דלשון עבר דניתן לפרשו כלשון הווה פסול בגט דהוי ידים שאינן מוכיחות. אבל בשאר שטרי קנין אין דין דספר כריתות ולכן לשון עבר דניתן לפרשו כלשון עתיד גם כן מהני.

אבל לכאורה כל שיטת הרשב"א צ"ב. דהרי לכאורה הגדרת שטר קנין הוי עדות בכתב מדעת המתחייב והקנין חל ע"י מסירת הראיה אל הקונה.[813] ולפי"ז צ"ע למה הרשב"א נקט דלשון עבר מובהק אינו מהני לשטר קנין אם לכאורה לשון כזה הוי ראיה דהמקנה נותן לקונה.[814] וצ"ל דאה"נ, דמסברא לשון עבר מובהק דהוי ראיה ראוי להועיל לשטר קנין. אלא דיש עוד דין בשטר קנין שלא תהא הכחשה גלויה בין לשון השטר לבין זה דהקנין באמת חל עכשיו בזמן העברת השטר. ובלשון עבר מובהק או לשון הודאה, לשון השטר מורה דהקנין כבר חל וזה סותר את הדין דבאמת הקנין חל רק מזמן העברת השטר. ולכן לשון עבר מובהק לא מהני לשטר קנין. אבל אם השטר נכתב באופן דלשון

[813] עיין בזה בשיעורים לעיל (ט: קונטרס בענין עדי חתימה כרתי או עדי מסירה כרתי, אות ב').

[814] ובאמת, עיין בסוף דברי הרשב"א דהביא דעה דלשון הודאה מהני לשטר קנין. וכן איתא בשיטה לא נודע למי (ד"ה אמר שמואל).

עבר גם ניתן לפרשו כלשון הווה או עתיד, אזי לשון השטר אינו סותר את העובדא דהקנין חל עכשיו וקונין בו.

ובחזקה מנלן וכו' דבי ר' ישמעאל תנא וירשתם אותה וישבתם בה, במה ירשתם, בישיבה.

המהרי"ט (ד"ה במה ירשתם) הקשה דלמה בנ"י היו צריכים לקנות את ארץ ישראל ע"י קנין חזקה, הלא לפי הגמ' בב"ב (קיט.) ארץ ישראל כבר היתה מוחזקת בידיהם. וצ"ע.[815]

תוד"ה קרקע כל שהוא. בא"ד. מ"מ אין עיקר יניקתה וכו'.

התוס' נקטו דלגבי חיוב ביכורים הולכין בתר עיקר היניקה, כלומר דאם עיקר היניקה הוי מקרקע שלו אזי הפירות חייבים בביכורים אע"פ דיש מקצת יניקה מקרקע דאחר. ונראה דהחילוק בין עיקר יניקה לבין מקצת יניקה תלוי בב' דעות בתוס' בב"ב (כו: ד"ה גזלן הוא). דאיתא שם בגמ' וז"ל אמר עולא אילן הסמוך למצר בתוך שש עשרה אמה גזלן הוא ואין מביאין ממנו בכורים עכ"ל. והתוס' הביאו ב' דעות בביאור דברי עולא, וז"ל פי' ר"ח משום דאין מביאין גזל על גבי המזבח שנאמר אני ה' שונא גזל בעולה (ישעיה סא) וכתיב והבאתם גזול וגו' (מלאכי א) וכו' ונראה כפי' הקונטרס דאע"ג דמותר לסמוך אין מביאין ממנו בכורים דבעינן אשר תביא מארצך ולקמן דאמר אילן הסמוך מביא וקורא שעל מנת כן הנחיל יהושע את הארץ לא קאמר שעל מנת כן הנחיל שיהא מותר לסמוך דבלאו הכי שרי אלא על מנת כן הנחיל שיהא חשוב כמו מארצך ויכול לומר אשר נתת לי עכ"ל. הר"ח הבין דמדובר בפסול כללי דאין מביאין גזל למזבח, ומאידך רש"י והתוס' בעצמם נקטו דאפי' אם הוא אינו גוזל את היניקה מאחר, מ"מ אין מביאין ממנו ביכורים משום דחסר בהדין ד"מארצך".

ונראה לבאר דנחלקו בגדר הדין ד"מארצך" בביכורים. דהר"ח סבור דקרקע שלו הוי מחייב של ביכורים אבל קרקע של אחר אינו מחייב ואינו פוסל. וא"כ אילן דיונק מקרקע שלו וגם מקרקע דאחר ברשות דאחר, חייב בביכורים מכיון דהיניקה מהקרקע שלו מחייבו בביכורים והיניקה מקרקע דאחר אינו מעלה ואינו מוריד. ולכן הר"ח ביאר דהדין דעולא, דהיינו דהיניקה משדה אחר פוסל את הפירות מביכורים, שייך רק היכא דאין לו רשות והוא גונב מחבירו. דהרי היניקה בגזל אינו רק אינו מחייב אלא דגם הוי חלות שם פוסל, ולכן אפי' קצת יניקה משדה אחר בגזל פוסל את כל האילן. ומאידך רש"י והתוס' ס"ל דיניקה מקרקע שאינה שלו ברשות אינו פוסל בעצמה, אלא דנקטו

[815] ועיין בזה בחידושי הגר"ח על הש"ס (בדין גר מביא וקורא) וברשימות שיעורים לברכות (כ: בתוד"ה נשים) דביארו דיש ב' דינים בירושת א"י. וא"נ בפשטות י"ל דחזקת האבות בא"י לא היתה קנין הגוף אלא רק זכות לקנות ובנ"י כשהחזיקו בא"י קנוה בקנין הגוף. וכן איתא בבית האוצר (ערך ארץ ישראל).

דהדין "מארצך" מצריך שכל היניקה תהא מקרקע שלו. ואם מקצת היניקה הוי מאחר, אזי יש חסרון במחייב של הביכורים.[816]

ואם כנים הדברים יש לחזור לתוס' דידן דנקטו דאם עיקר היניקה הוי משלו ויש רק יניקה טפילה מקרקע דאחר אזי הפירות חייבים בביכורים. וי"ל דזה מסתבר רק לפי שיטת רש"י והתוס' דכל הדין דעולא מתייחס להגדרת "מארצך" ולא בפוסל דגזל, ולכן ניתן לומר דאם עיקר היניקה הוי מקרקע שלו אזי קיים הדין ד"מארצך". מאידך לפי הר"ח, דהחסרון ביניקה מקרקע דאחר הוא מדין גזל אזי היה קשה לומר דהפירות עדיין חייבים בביכורים אם מקצת היניקה הוי בגזל, דהרי גזל חל כפוסל ולא רק כחסרון במחייב.

רש"י ד"ה ובוידוי.

רש"י סבור דאפי' מי שאין לו בעלות בקרקע מתוודה על המעשרות. ואין להקשות מהמשנה במעשר שני (פרק ה משנה יד) וז"ל השקיפה ממעון קדשך מן השמים, עשינו מה שגזרת עלינו אף אתה עשה מה שהבטחתנו השקיפה ממעון קדשך מן השמים וכו' כאשר נשבעת לאבותינו ארץ זבת חלב ודבש, כדי שתתן טעם בפירות מכאן אמרו ישראל וממזרים מתודים אבל לא גרים ולא עבדים משוחררים שאין להם חלק בארץ, ר' מאיר אומר אף לא כהנים ולוים שלא נטלו חלק בארץ, ר' יוסי אומר יש להם ערי מגרש עכ"ל. ולכאורה מבואר מהמשנה דהפסוק "ואת האדמה אשר נתת לנו" מלמד דרק מי דיש לו חלק בארץ מתוודה, וא"כ למה רש"י נקט דאפי' מי שאין לו קרקע מתוודה. והביאור הוא דהמשנה רק מלמד דמי דלא היה ראוי בגברא להיות חלק של חלוקת הארץ בזמן יהושע אינו מתוודה כי הוא מופקע מהפסוק "אשר נתת לנו". אבל אדם מישראל דהיה ראוי להיות בחלוקת יהושע אבל עכשיו הוא מכר את הקרקע שלו ואין לו בעלות בקרקע, אזי הוא יכול להתוודות.

ולגבי ביכורים, יוצא מהמשניות דיש ב' דינים. דאיתא במשנה ריש מסכת ביכורים (פרק א משנה א) וז"ל יש מביאין בכורים וקורין, מביאין ולא קורין, ויש שאינן מביאין, אלו שאינן מביאין הנוטע לתוך שלו והבריך לתוך של יחיד או של רבים וכן המבריך מתוך של יחיד או מתוך של רבים לתוך שלו הנוטע לתוך שלו והבריך לתוך שלו ודרך היחיד ודרך הרבים באמצע ה"ז אינו מביא רבי יהודה אומר כזה מביא מאיזה טעם אינו מביא

[816] ולכאורה זה דלפי רש"י יש רק חוסר מחייב ולא פסול גם מדוייק בלשונו בסוגיא שם (ד"ה ואין מביאין ממנו ביכורים) וז"ל אין צריך להביא ממנו בכורים דבעינן אשר תביא מארצך עכ"ל. וקצת משמע מדבריו דהוא אינו חייב להביא ביכורים אבל אם הוא רוצה יש חלות ביכורים בפירות האלו. וזה מסתבר רק לפי מה שביאר רבינו זצ"ל בדעת רש"י דלפי עולא יש חוסר מחייב אבל אין חלות שם פוסל.

משום שנאמר (שמות כג) ראשית בכורי אדמתך עד שיהיו כל הגדולין מאדמתך עכ"ל. ומבואר מזה דהפסוק ד"אדמתך" מלמד דאם הפירות לא גדלו בקרקע שלו אזי הוא פטור מעצם ההבאה. ובהמשך הפרק שם (פרק א משנה ה) איתא וז"ל האפוטרופוס והשליח והעבד והאשה וטומטום ואנדרוגינוס מביאין ולא קורין שאינן יכולין לומר אשר נתת לי השם עכ"ל. דהיינו דהאשה מביאה ביכורים מפירות דגדלו על הקרקע שלה אבל אינה קוראת מפני דבתורת גברא אין לה חלק בחלוקת הארץ.

דף כו:

תוד"ה ולכתוב.

נחלקו הראשונים למה כותבין פרוזבול רק כשיש קרקע ללוה. דרש"י (ד"ה ולכתוב) והדעה הראשונה בתוס' נקטו דהלוואה בלי קרקע הוי מילתא דלא שכיחא, ועל מילתא דלא שכיחא לא תיקנו פרוזבול. אבל הר"ת ביאר דבקרקע, אפי' בקרקע כל שהוא, המלוה יכול לגבות את כל חובו ע"י זה דגבי והדר וגבי.[817] וצ"ב במאי קמיפלגי.

ונראה לבאר דהראשונים אזלי לשיטתם בגדר דתקנת פרוזבול. דהרי איתא בגיטין (לו.) וז"ל ומי איכא מידי דמדאורייתא משמטא שביעית והתקין הלל דלא משמטא, אמר אביי בשביעית בזמן הזה ורבי היא וכו' תקינו רבנן דתשמט זכר לשביעית, ראה הלל שנמנעו העם מלהלוות זה את זה עמד והתקין פרוסבול, ומי איכא מידי דמדאורייתא לא משמטא שביעית ותקינו רבנן דתשמט, אמר אביי שב ואל תעשה הוא, רבא אמר הפקר ב"ד היה הפקר עכ"ל. מבואר בגמ' דלפי אביי כל תקנת פרוזבול בנוי על זה דשמיטת כספים בזה"ז הוי מדרבנן ולכן הלל היה יכול לתקן נגד שמיטת כספים מדרבנן. אבל נחלקו הראשונים בביאור דברי רבא. רש"י (גיטין לו: ד"ה רבא אמר) פירש וז"ל לעולם בין לרבנן דפליגי אדרבי ואמרי שביעית להשמטת מלוה בזמן הזה דאורייתא ותקין הלל דלא תשמט בין לרבי דאמר לאו דאורייתא ואמור רבנן דתשמט לא תיקשי דבר דבדבר שבממון אין כאן עקירת דבר מן התורה במקום סייג וגדר דהפקר ב"ד בממון היה הפקר עכ"ל. כלומר, דרש"י הבין דרבא חזר לבאר את הקושיא הראשונה של הגמ' דהאיך פרוזבול מהני אם שמיטת כספים חל מדאורייתא. ויוצא מזה דלפי אביי פרוזבול חל רק היכא דשמיטת כספים חלה רק מדרבנן בלבד. ומאידך רבא סבור דמדין הפקר ב"ד הפקר, אפי' אם מדאורייתא החובות נשמטין עדיין פרוזבול מהני. אבל התוס' (שם לו.

[817] ובאופן דומה עיין בתוס' בגיטין (לז. ד"ה אלא) דהוסיפו דאין אונאה לקרקעות ולכן הקרקע באמת שוה כל החוב.

ד"ה מי איכא מידי) הבינו דדברי רבא אמורים רק לפי רבי דשמיטת כספים בזה"ז הוי דרבנן. אבל אם שמיטת כספים הוי דאורייתא אזי הלל לא היה מתקן פרוזבול.

וכמו"כ נחלקו הרמב"ם והראב"ד. דהרמב"ם (פרק ט מהלכות שמיטה ויובל הלט"ז) סובר דפרוזבול מועיל דוקא בזה"ז בלבד משום דשמיטת כספים הוי מדרבנן, וז"ל כשראה הלל הזקן שנמנעו מלהלוות זה את זה ועוברין על הכתוב בתורה השמר לך פן יהיה דבר וגו' התקין פרוזבול כדי שלא ישמט החוב עד שילוו זה את זה, ואין הפרוזבול מועיל אלא בשמטת כספים בזמן הזה שהיא מדברי סופרים, אבל שמטה של תורה אין הפרוזבול מועיל בה עכ"ל. וזה כמו שיטת התוס'. אבל הראב"ד חולק על הרמב"ם, וז"ל א"א זה אינו מחוור דאביי הוא דאמר הכי אבל רבא פליג ואמר הפקר בית דין הפקר והלכך נוהג בכל זמן עכ"ל, וזה כמו שיטת רש"י ברבא דפרוזבול מועיל אפי' אם שביעית משמטת מדאורייתא.

ונראה לבאר דהמחלוקת הזאת האם פרוזבול מהני היכא דשביעית משמטת מדאורייתא תלויה בהגדרת יסוד הדין דפרוזבול והדין דמוסר שטרותיו לב"ד. דהרי איתא במשנה (שביעית פרק י משנה ב) וז"ל המלוה על המשכון והמוסר שטרותיו לבית דין אינן משמטין עכ"ל. ורש"י פירש בכמה מקומות (גיטין לו. ד"ה ומסרני לכם, מכות ג: ד"ה מוסר שטרותיו) דמוסר שטרותיו לב"ד הוי תקנת פרוזבול. ויוצא דלפי אביי זה מועיל רק בשמיטה בזה"ז מדרבנן, ולפי רבא מהני לגביית החוב אפי' אם שביעית משמטת מדאורייתא. אבל התוס' (גיטין לו. ד"ה מי איכא, מכות ג: ד"ה המוסר) נחלקו על רש"י ופירשו דמוסר שטרותיו לב"ד הוי דין דאורייתא כמו מלוה על המשכון לעומת פרוזבול דהוי תקנה מדרבנן. והסברא הוא דבמלוה על המשכון ובמוסר שטרותיו לב"ד החוב כגבוי דמי ולא חל הדין דלא יגוש דהרי אין צריך לנגוש וא"כ שביעית אינה משמטת.[818]

ויוצא דלפי רש"י אין קשר בין הסברא דכגבוי דמי לבין הדין דפרוזבול ומוסר שטרותיו לב"ד, אלא דרבא נקט דפרוזבול ומוסר שטרותיו לב"ד חלין מדין הפקר ב"ד הפקר בלי קשר לדיני השמטת חוב דשביעית. אבל לפי התוס' יש דין דאורייתא דמוסר שטרותיו לב"ד אינו משמט מפני דמדאורייתא הריהו כגבוי. וא"כ י"ל דאע"פ דלפי התוס' פרוזבול מהני רק כששביעית משמטת מדרבנן, מ"מ יסוד הדין דפרוזבול הוא דהוי כמסירת שטרותיו לב"ד מדרבנן, דהיינו דהפרוזבול הופך את החוב להיות כגבוי מפני תקנת חכמים.

[818] והשווה ללשון הריטב"א (מכות ג: ד"ה ובמוסר) בהסבר לשיטת התוס' וז"ל אלא ודאי כל שמוסר שטרותיו ממש לב"ד מדאורייתא אינו משמט דהא נגוש ועומד הוא עכ"ל. ובנוגע למלוה על המשכון עיין בשיעורים לעיל (ח: בענין בע"ח קונה משכון, אות ד).

ולפי"ז אפשר לחזור לסוגיא דידן ולהסביר את מחלוקת הראשונים למה בעינן קרקע לעשות פרוזבול וגם הסברא לכך דקרקע כל שהוא מהני. דהרי לפי רש"י הא דפרוזבול מועיל אפי' אם הוא מהני מדאורייתא, הוי מדין הפקר ב"ד הפקר. וא"כ מסתבר דכל הטעם דבעינן קרקע הוא משום דאל"כ הוי מילתא דלא שכיחא. אבל לפי התוס', פרוזבול מהני מפני דתיקנו חכמים דפרוזבול הוי מעין מסירת שטרותיו לב"ד, ומדרבנן החוב הופך להיות כגבוי דמי כדין המוסר שטרותיו לב"ד מדאורייתא. ולפי"ז ר"ת ביאר דבעינן קרקע כדי שהחוב יהא כגבוי, דהיינו דהמלוה יכול לגבות את כל חובו אפי' בקרקע כל שהוא עי"ז שהוא גובה וחוזר וגובה.[819]

תוד"ה ה"ג אלא מאי. בא"ד. ומכאן מדקדק ה"ר שמעי' דאין מועיל קנין סודר אלא בפני הקונה וכו' ופלא גדול היא בעיני ריב"ן שהרי מעשים בכל יום שקונין בסודר שלא בפני הקונה המקבל מתנה.

לפום ריהטא, רבינו שמעיה הבין דיש דין דבקנין סודר הקונה צריך לתת את הסודר שלו אל המקנה.[820] אבל לכאורה משמע מהמשך לשון התוס' דגם רבינו שמעיה מודה דסודר של העדים מהני כל עוד דנתינת הסודר נעשה בפני הקונה. דהרי התוס' הקשו על רבינו שמעיה, וז"ל משמע בכל מקום שהעדים רגילין לקנות מן המקנה לצורך הקונה ואם אין מועיל קנין העדים אלא בפניו למה עשאוהו עיקר והניחו קנין הקונה דמועיל לעולם עכ"ל. ונראה מדבריהם דאפי' רבינו שמעיה לא מצריך סודר דהקונה כל עוד דהקונה עומד שם.

ולכאורה שיטת רבינו שמעיה צ"ב. דהרי הסברא נותנת דהעדים יכולים לתת את הסודר שלהם למקנה והקנין חל ע"י דין דעבד כנעני.[821] והריב"ן סבור דאם דין עבד כנעני מהני לקנין סודר אזי פשיטא דזה חל אפי' שלא בפני הקונה, דהרי יש דין דזכין לאדם שלא בפניו. אבל שיטת רבינו שמעיה קשה להבין, דהרי אם הוא מודה דסודר של העדים מהני מדין עבד כנעני, למה הקנין צריך לחול בפני הקונה. כלומר, למה הדין דזכין לאדם שלא בפניו אינו מהני כאן. והקושיא הזאת קיימת בין לשיטות דסבורות דקנין סודר

[819] והשווה לפירוש הר"ש על המשנה (פרק י משנה ו) דאין כותבין פרוזבול אלא על הקרקע, וז"ל אא"כ יש לו קרקע ללוה דאז חשוב החוב כגבוי ביד ב"ד ולא קרינא ליה לא יגוש וכמלוה שיש עליה משכון וכו' כך הוא דין דקרקע חשיבא כגבוי טפי עכ"ל. הרי הר"ש הבין דקרקע עושה את החוב כאילו הוא גבוי כמו במלוה על המשכון, כדברי רבינו זצ"ל.

[820] כך הבין הספר המקנה (כו: ד"ה בתוד"ה ה"ג), וביאר דשאני קנין חליפין משאר קניינים מכיון דיש גזה"כ ד"ונתן לרעהו" דבעינן סודר שלו ממש.

[821] ועיין לעיל בשיעורים (ג. תוד"ה ואשה, אות א') דרבינו זצ"ל הביא מחלוקת בין הנושאי כלים בשו"ע האם סודר דהעדים מהני מדין עבד כנעני (שיטת הקצוה"ח) או מדין זכייה (שיטת הסמ"ע). וכאן, לכאורה רבינו זצ"ל הניח כדעת הקצוה"ח.

חל מדין קנין כסף ובין לשיטת הגר"ח זצ"ל דקנין סודר הוי הקנאה מגמירת דעת. דהרי ממ"נ, היה ראוי לומר דזכין לאדם שלא בפניו מהני בקנין סודר.[822]

ואולי צ"ל דכך היא צורת הקנין של סודר דצריך להעשות בפני הקונה. ולכן אע"פ דדין זכין לאדם שלא בפניו ראוי לחול בקנין סודר, למעשה אי אפשר לעשות הקנין שלא בפני הקונה מפני דנוכחות הקונה הוי חלק של עצם צורת הקנין. ומצינו דבר דומה אצל קנין מסירה לפי ר"ת (ב"ב עו. תוד"ה ספינה נקנית) וז"ל ור"ת פירש דמסירה עדיפא ממשיכה משום דמסירה מיד ליד ובפניו עכ"ל. ומשמע מדבריו דיש ב' תנאים שונים בקנין מסירה: א) מיד ליד, ב) בפני המקנה. וכן איתא בהמשך התוס', דהר"י דחולק על ר"ת גם הקשה על התנאי דבפני המקנה לבד וז"ל והא דמצריך נמי בפניו לא ידע ר"י מנא ליה עכ"ל. ונראה דר"ת נקט דבקנין מסירה זכייה ושליחות אינו מהני וצריך להיות בפני המקנה בדוקא, דהרי זהו הצורה דקנין מסירה דהמקנה בעצמו מוסר את החפצא לקונה.

דף כז.

תוד"ה חוזר בשטר.

בענין כתיבת שטר ראיה על מעשה קנין

א

קושיית הראשונים

מלשון התוס' ניתן להבין דקושייתם הוי באומדן דעת המוכר, כלומר דלמה הוא רוצה לחזור בשטר מכיון דאין לו הפסד. אבל עיין ברשב"א (ד"ה חוזר) דהקשה כמו התוס' אבל מבואר מדבריו דהוא מקשה קושיא ע"פ דין, וז"ל וא"ת כיון דקנה שדה כי חזר בו בשטר מאי מהני ליה שטר מתנה, וא"נ במכר אי משום האחריות שבו הא רב הוא דאמר פרק חזקת (מא:) המוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים וכיון שאין לו פסידא בדבר אינו יכול למחות עכ"ל. כלומר, דאם אין המוכר מפסיד דבר ע"י כתיבת השטר אזי הלוקח יכול להכריח אותו לקיים דיבורו הראשון ולכתוב השטר והמוכר אינו יכול למחות.[823] והנקודה הזאת גם עולה מהמשך דברי הרשב"א דהביא לתרץ מהראב"ד דהשטר גורם הפסד למוכר בנוגע לאחריות, וז"ל והראב"ד ז"ל פי' בפרק

[822] עיין לעיל בשיעורים (ג. בענין חליפין בקידושין אות ה') דרבינו זצ"ל ביאר את שיטת רבינו שמעיה לפי יסוד דהגר"ח זצ"ל.

[823] לכאורה הרשב"א בעצמו מצדד להקשות גם רק מצד אומדן דעת המוכר וז"ל ואע"פ שיש לדחות דשאני התם שהי' בידו שטר מתחלה מ"מ קשיא אמאי קא הדר ביה ומאי נפקא ליה מינה עכ"ל. אבל עיין בתוס' בב"ב (עז. ד"ה חוזר בשטר) דמפורש שם דהקשו מצד ההלכה ולא מצד אומדן דעת דמוכר.

המוכר את הספינה דנ"מ לענין אחריות דהא דאמר רב המוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים דוקא בשקבל עליו את האחריות מפורש וכיון שחזר בו בשטר אי טרפו לה מיניה לא גבי מיניה ובשטר הוא דאמרינן אחריות ט"ס הוא עכ"ל. והרשב"א הקשה על תירוץ הראב"ד דאם המוכר יכול לחזור בשטר בגלל האחריות, אזי למה לא כותבין שטר שמפורש בלי אחריות, וז"ל וקשה לי דא"כ אמאי חוזר בשטר ליכתבו ליה שטרא שלא באחריות מפורש והאי עדיף ליה טפי עכ"ל. כלומר, דהרשב"א הקשה על הראב"ד דאע"פ דיש הפסד למוכר בנוגע לשטר באחריות, מ"מ ניתן להכריח את המוכר לכתוב שטר בלי אחריות ולמה מבואר בגמ' דהמוכר יכול לחזור בשטר לגמרי. ומשמע מדברי הרשב"א דהלוקח ראוי ע"פ דין להכריח את המוכר לכתוב שטר לכל הפחות בלי אחריות. ויוצא מזה דבאמת הדיון בראשונים הוא בנוגע להלכות כתיבת שטר וחלות דעת המתחייב ולא רק באומדן דעת דמוכר למה הוא היה רוצה לחזור בשטר.

בתחילת דבריו, כשהרשב"א הקשה דהאיך המוכר יכול לחזר בשטר אם אין לו הפסד, הוא הביא ראיה ממשנה בב"ב (קסח.) דכותבין שטר בע"כ דמוכר כשאין לו הפסד, וז"ל וכיון שאין לו פסידא בדבר אינו יכול למחות כדאמרינן בפרק גט פשוט (קסח.) מי שנמחק שטר חובו מעמיד עליו עדים ובא לב"ד וב"ד כותבין לו שטר אחר ואין החייב יכול למחות עכ"ל. ולכאורה הראיה הזאת תמוה דהרי מבואר במשנה שם דהב"ד אינו כותב לו שטר חדש אלא כותבין לו קיום על שטרו הראשון דנאבד, וז"ל מי שנמחק שטר חובו מעמיד עליו עדים, ובא לפני בית דין ועושין לו קיום, איש פלוני בן פלוני נמחק שטרו ביום פלוני ופלוני ופלוני עדיו עכ"ל. וא"כ י"ל דמסתבר דבמשנה שם שהשטר היה מקויים בב"ד, וב"ד רק כותבין לו שהיה לו שטר דנמחק, אזי זה יכול לחול בע"כ. דהרי אין צורך לדעת המתחייב חדש כדי לכתוב קיום על השטר דנמחק או נאבד. משא"כ בסוגיא דידן דהלוקח רוצה להכריח את המוכר לכתוב שטר חדש, אזי בעינן דעת המתחייב ויש סברא לומר דא"א לכתוב את השטר בע"כ דדעת המתחייב. וצ"ב בזה דהרשב"א הביא המשנה בב"ב כראיה לנידון בסוגיא דידן.

ואולי י"ל דזה הוי כוונת הרשב"א בדחייתו, וז"ל ואע"פ שיש לדחות דשאני התם שהי' בידו שטר מתחלה עכ"ל. כלומר דב"ד רק כותב לו שטר למלא מקום לשטר דנמחק ולא בעינן דעת המתחייב חדש. אבל צ"ב אם זו באמת כוונת הרשב"א.

ב

דעת המתחייב בשטרי ראיה

בהמשך דבריו הרשב"א הביא את שיטת רש"י דאין כותבין שטר אפי' אם אין פסידא למוכר, וז"ל ורש"י ז"ל פי' חוזר בשטר אם אמר אין רצוני שיהא ראיה בידו כלומר ששלוחיו הם של מקנה וכל שמבטל שליחותן בין בטענה בין שלא בטענה הרשות בידו עכ"ל. ויוצא מזה דנחלקו הראשונים האם כותבין שטר בע"כ דדעת המתחייב היכא דאין לו פסידא, וצ"ב במאי פליגי.

ונראה לבאר ע"פ הקדמה בנוגע לעצם חלות שם שטר. דהרי איתא בגמ' (יבמות לא:) דיש גזה"כ דעדות צריכא להיות מפיהם ולא מפי כתבם. ונחלקו הראשונים היאך חל שטר בכלל כי לכאורה כל שטר פסול מדין מפיהם ולא מפי כתבם. ויש ראשונים דתירצו דשאני שטר, הואיל ונכתב מדעת המתחייב אינו פסול מדין עדות בכתב. והביאור הזה נמצא ברי"ף, בבעה"מ, במלחמות ה', וגם בדעה אחת בתוס' בכתובות (כ: ד"ה ורבי יוחנן).[824]

והתוס' (יבמות לא: ד"ה דחזו) הביאו את דעת ר"ת דסתם אדם יכול לשלוח עדותו לב"ד בכתב, וז"ל ואר"י דשמע מר"ת שנוהגין עכשיו ששולחין העדים עדותן בכתב ידם לב"ד ולא קרינן ביה מפיהם ולא מפי כתבם כיון שהם זוכרין עדותן והא דתניא במי שאחזו (גיטין דף עא.) ואם לא יגיד פרט לאלם שאין יכול לדבר ופריך ואמאי והרי יכול לדבר מתוך הכתב שאני עדות דרחמנא אמר מפיהם ולא מפי כתבם שאני אלם שאין ראוי להגיד וכו' עכ"ל. ויש להסתפק לפי ר"ת האם העדות בכתב דינו כעדות דעלמא דנתקבלה בב"ד אלא דהוי בכתב ולא בע"פ, או"ד כשהעדים כותבין ושולחים עדותם לב"ד יש כאן חלות שם שטר.[825] ויש בזה נ"מ טובא כמו דביארנו לעיל בשיעורים (ט. קונטרס בענין עדי חתימה כרתי או עדי מסירה כרתי, אות א') דהרי חלות שם שטר הוי כמו דנחקרה עדותן בב"ד ולכן השטר מעיד אע"פ דהעדים עצמם מתו או נפסלו אח"כ לעדות. וגם הב"ד יכול לקבל את השטר בלילה כי אין בקריאת השטר חלות שם קבלת עדות. אבל אם הא דלפי ר"ת העדים כותבים עדותם ושולחים לב"ד הוי מדין חלות שם הגדת עדות דעלמא אלא דהוי בכתב, אזי כל הדינים דהגדת עדות דעלמא שייכים בזמן דהב"ד קורא את השטר. דהיינו, דהעדים החתומים צריכים להיות בחיים וכשרים לעדות, והב"ד צריך לקבל את

[824] עיין בזה ברשימות לב"ק (ח. ענין שטרות, אות א') וברשימות ליבמות (לא:, ענין שטרות).

[825] לכאורה י"ל דבעלי התוס' עצמם נחלקו בהבנת ר"ת. דהרי בתוס' ביבמות דמובא בפנים מבואר דלפי ר"ת העדים החתומים צריכים לזכור את עדותן ולכאורה הכוונה היא דהם צריכים להיות עדים כשרים שזוכרים את העדות עד שהב"ד קורא את השטר דהוי חלות שם הגדת עדות. וכן הסיק הנתיבות המשפט (סימן כח סק"ו) בדעת ר"ת. אבל בתוס' בב"ב (מ. ד"ה מחאה) גם מובא שיטת ר"ת ומשמע מדבריהם דהעדים לא צריכים לזכור את עדותן עד שהכתב מגיע לב"ד. ויתכן דנחלקו בדעת ר"ת האם שליחות עדות בכתב לב"ד הוי חלות שם שטר או הגדת עדות דעלמא דרך הכתב.

השטר ביום וכדומה. ודומה לספק הזה בדעת ר"ת ישנן ב' דעות בתוס' (כתובות כ.-כ: ד"ה ורבי יוחנן) האם שטר עם עד אחד בלבד הוי חלות שם שטר או רק הגדת עד אחד בפה. ועיי"ש בתוס' דיש נ"מ האם העד צריך לזכור את העדות בשעה דהב"ד קורא את הכתב, דהרי לפי הצד דעד א' בשטר הוי הגדת עדות בכתב ולא חלות שם שטר, הוי כאילו העד החתום מעיד בפני ב"ד כגברא ובודאי הוא צריך לזכור את העדות.

ולפי הצד דר"ת נקט דיש לעדות בכתב דין שטר, נמצא דנחלקו הראשונים ביסוד הדין האם שטר צריך להכתב דוקא מדעת המתחייב או לא. דלפי כמה ראשונים דעת המתחייב הוי עצם הגדרת השטר דמחיל בו כל הדינים המיוחדים דשטר ומפקיע את הפסול דמפי כתבם. ואילו לפי ר"ת יתכן דאפי' בלי דעת המתחייב יש לעדות בכתב הדינים המיוחדים דחלות שם שטר.

ובנידון הזה ידוע שיטת הרמב"ם (פרק ג מהלכות עדות הל"ד) דשטרות כשרים רק מדרבנן, וז"ל דין תורה שאין מקבלין עדות לא בדיני ממונות ולא בדיני נפשות אלא מפי העדים שנאמר על פי שנים עדים מפיהם ולא מכתב ידן, אבל מדברי סופרים שחותכין דיני ממונות בעדות שבשטר אף על פי שאין העדים קיימים כדי שלא תנעול דלת בפני לוין עכ"ל. ותפס עליו הרמב"ן בהשגותיו לספר המצוות (דף כח: דפוס ווילנא בשרש שני) וז"ל שאנו דנין בגטין בעדי חתימה בלבד והאשה המוציאה לפנינו גט חתום מקיימין אותו בחותמיו ומתירין אותה להנשא על פי עדות השטר וכו' עכ"ל, הרי שהגט ושטר הקידושין משמשין כראייה לאשה מן התורה והיאך קבע הרמב"ם ששטר ראייה הוא רק דין דרבנן בלבד.

ותירץ הגר"ח זצ"ל (עיין בחידושי רבנו חיים הלוי פרק ג הל' עדות הל"ד) שהרמב"ם הבחין בין שטרי קנין לשטרי ראייה. דהרמב"ם סובר דשטרי קנין חלין מדאורייתא ואילו שטרי ראייה חלין רק מדרבנן. בהתאם לכך גט אשה המהווה שטר קנין חל מדאורייתא ומאחר שחל כקנין מן התורה מדין שטר נעשה העדים החתומים בו כמו שנחקרה עדותן בבי"ד ואף מעידים לטובת האשה התופסת את השטר לראייה. וביאר הגר"ח זצ"ל שכדי להשוות שטר אנו מצריכים דעת המתחייב מצד הבעלים וכנ"ל. ולדעת הרמב"ם דעת מתחייב חלה דוקא בשטרי קנין כי באמצעות השטר יחול קנין השדה או קנין הקדושין וגירושין והבעלים מתחייבים שהשטר יחיל את הקנין. משא"כ בשטר ראייה הקנין חל ונגמר בלי השטר, ועכשיו אין המקנה נותן לקונה אלא ראייה בכתב עם חתימת עדים כדי שלא יוכל המקנה לשקר אח"כ ולהכחיש בקנין שעשה. ובכה"ג אין המקנה נקרא

בשם מתחייב, ולפי שחסרה דעת המתחייב לא חל חלות שם שטר מדאורייתא כי אם מדרבנן.

ונראה לבאר דהרמב"ם והר"ת הסכימו לנקודה הזאת דאין חלות דעת המתחייב בשטר ראיה. אלא דנחלקו בהיאך זה נוגע לדין דשטר ראיה. דהרמב"ם ס"ל כמו הראשונים שהבאנו לעיל דא"א ליצור חלות שם שטר בלי דעת המתחייב, ולכן בשטר ראיה דאין בו דעת המתחייב אזי אין חלות של שטר מדאורייתא. אבל לפי הצד דעדות בכתב הוי חלות שם שטר לר"ת, י"ל דהרמב"ם נקט דמכיון דאין חלות דעת המתחייב בשטר ראיה, אזי הצורך לדעת המתחייב פקע ואפשר ליצור חלות שם שטר אפי' ע"י העדים בעצמם.[826] ומאידך הבעה"מ, והרמב"ן במלחמות ודעה אחת בתוס' ס"ל כמו הרמב"ם דבעינן דעת המתחייב כדי ליצור חלות שם שטר, אלא דס"ל דיש חלות דעת המתחייב אפי' בשטר ראיה דהרי מסירת השטר לידי התופס כראייה מהווה התחייבות מצד הבעלים. כלומר, דעצם דבר זה דיש לשני ראייה על הקנין או על החוב מהווה הפסד והתחייבות מצד כותב השטר, ולפיכך ניתן ליצור שטר ראייה מדאורייתא.

ולפי כל זה אפשר לחזור לב' דעות ברשב"א בסוגיא דידן האם ניתן לכתוב שטר שלא מדעת המוכר אם זה אינו גורם לו הפסד. דהרשב"א הביא שיטת רש"י דא"א לכתוב שטר כזה. והביאור הוא דכל שטר, כולל שטרי ראיה, חל רק ע"י דעת המתחייב.[827] וא"כ, אם המוכר, דהוא המתחייב, אינו רוצה שיכתבו השטר, אזי חסר דעת המתחייב וא"א לכתוב שטר כלל. אבל התוס' והראב"ד דנקטו דאפשר לכתוב שטר ראיה בע"כ דהמוכר, יתכן דס"ל כמו ר"ת בסוגיא דמפיהם ולא מפי כתבם, דאפשר ליצור שטר ראיה אפי' בלי דעת המתחייב. וא"כ היכא דאין שום הפסד למוכר ואין טעם לא לכתוב את השטר, אזי העדים יכולים לכתוב את השטר בעצמם.

ג

דעת מקנה ודעת המתחייב לכתיבת שטר

בהמשך דבריו הרשב"א הקשה דהיאך המוכר יכול לחזור בשטר כלל, וז"ל ויש מקשים עוד היאך הוא חוזר בשטר כיון שזכו אלו בשדה על דעת שיכתבו לו את השטר אטו מוכר שדה לחברו והתנה עמו שיכתבו לו את השטר לאחר שהחזיק בשדה יכול הוא לחזור בו בכתיבת השטר עכ"ל. והרשב"א הביא כמה שיטות בזה. בתחילת דבריו הביא

[826] והשווה לדברי רבינו זצ"ל ברשימות ליבמות (לא: ענין שטרות, אות ב').

[827] לכאורה ביאור רבינו זצ"ל בשיטת רש"י מפורש ברשב"א בב"ב (עז. ד"ה זכו) שגם הביא הדעה הזאת וז"ל ויש אומרים דבר מן דין כל שטר שנעשה לחובת מי שנעשה עליו בין שהוא עכשיו ממש לחובתו בין שאינו אי אפשר לכותבו אלא מדעת המתחייב דומיא דשטר מקנה וכיון שכן שטר זה אי אפשר לכותבו כל שזה מנעם עד שלא נכתב ואם כתבוהו אין לו דין שטר עכ"ל.

את מקצת מרבותינו הצרפתים דנקטו דקנין חזקה בשדה אינו יכול להכריח את המוכר לכתוב שטר והוא תמיד יכול לחזור בו, וז"ל ומקצת מרבותינו הצרפתים ז"ל היו מודים בדין זה דאה"נ שיכול הוא לחזור ולעכב בכתיבת השטר אלא שהלוקח יכול לומר לו אנא אדעתא דכתבת לי שטרא נחתי לארעא אי לא ניחא לך ליהדרו זביני עכ"ל. ואז הרשב"א הביא שיטת רש"י דהוסיף חידוש לזה, דלא רק קנין חזקה אינו מחייב כתיבת השטר אלא גם קנין סודר, וז"ל ורש"י ז"ל הוסיף דאפי' בשטרי אקנייתא דקי"ל דסתם קנין לכתיבה עומד ואלים כח הקנין חוזר הוא בשטר ולא אמרו לכתיבה עומד אלא שאינו צריך לימלך בו וכדאמרינן קנו מיני' לא צריך לאימלוכי ביה אבל אי מעכב בידיהו הרשות בידו עכ"ל. כלומר, דסתם קנין לכתיבה עומד הוי אומדנא בעלמא ולא הלכה ע"פ דין ולכן המוכר יכול לחזור ממנו. ומזה דהרשב"א כתב דרש"י הוסיף בזה חידוש משמע דהמקצת מרבותינו הצרפתים נקטו דרק קנין חזקה בלבדו אינו מחייב כתיבת השטר אבל יש מקום לומר דסבורים דקנין סודר כן מחייב כתיבת השטר.

ואז הרשב"א הביא דעה דחולקת במפורש על רש"י בנוגע לקנין סודר, וז"ל ומקצת מרבוותא ז"ל אמרו כיון דסתם קנין לכתיבה עומד כותבין בעל כרחו ואין יכול לחזור בו עכ"ל. ובהמשך הרשב"א הוסיף דלא רק קנין סודר מחייב המוכר לכתוב שטר אלא אפי' קנין חזקה אם כך היה דעתו מתחילה, וז"ל וכן בשטרי דלא אקנייתא אם פירש שיכתבו לו את השטר והחזיק בקרקע ע"י כך שוב אין יכול לחזור בו וכותבין לו את השטר על כרחו, והא דאמרינן בשמעתין שיכול לחזור בו בכתיבת השטר היינו לפי שלא אמר לעדים שיחזיקו על דעת כתיבת השטר אלא תרי מילי קאמר להו שיחזיקו בקרקע ועוד שיכתבו לו את השטר והלכך כל שלא כתבו את השטר יכול לחזור בו דשלוחים שוינהו והרי הוא מבטל שליחותו כדברי רש"י ז"ל שכתבנו למעלה, ולא דמי ללוקח שהחזיק בקרקע על דעת כתיבת השטר דכיון שהחזיק נתחייב המוכר בכתיבת השטר עכ"ל. ולא ברור אם החידוש הזה דאפי' סתם קנין חזקה מחייב כתיבת השטר הוי המשך של שיטת המקצת מרבוותא או הוספה של הרשב"א עצמו.

לסיכום, יש ג' דעות ברשב"א בנוגע לחיוב המוכר לכתוב שטר ללוקח: א) שיטת רש"י דאפי' קנין סודר אינו מחייב המוכר לכתוב שטר, ב) שיטת מקצת מרבותינו הצרפתים דקנין חזקה אינו מחייב כתיבת השטר אבל קנין סודר כן מחייב כתיבת שטר, ג) שיטת מקצת מרבוותא או הרשב"א עצמו דגם קנין חזקה מחייב כתיבת שטר. וצ"ב במאי קמיפלגי.

ולכאורה שיטת רש"י מובנת דהרי הוא סבור דכל קנין, בין קנין חזקה ובין קנין סודר, רק מעביר את הבעין ואינו מחייב כתיבת השטר. וגם מובן שיטת המקצת מרבותינו הצפרתים לחלק בין קנין חזקה לבין קנין סודר. דהרי מצינו בעלמא דקנין סודר יכול ליצור התחייבות לעומת קנין חזקה דאין לו הכח הזה. ולכן י"ל דלא רק קנין סודר לשם יצירת התחייבות יכול ליצור התחייבות, אלא דאפי' קנין סודר דמעביר בעלות על החפץ גם יכול לכלול התחייבות לכתוב שטר. אבל לכאורה קשה להבין את שיטת הרשב"א עצמו, דהרי היאך אפשר לומר דקנין חזקה יוצר התחייבות לכתוב שטר אם קנין חזקה לשם יצירת התחייבות אינו מהני.

ונראה לבאר דיש לעיין האם עצם הקנין וההתחייבות לכתוב שטר הוו ב' חלויות שונות, או"ד דדעת מקנה דהקנין גם הוי דעת המתחייב לכתוב שטר. ונראה דבזה נחלקו הדעה השלישית בהרשב"א ושתי הדעות הראשונות. דרש"י ומקצת מרבותינו הצרפתים נקטו דהתחייבות לכתוב שטר הוי חלות דעת אחרת מדעת המקנה לעצם הקנין. ולכן, מכיון דקנין חזקה אף פעם לא יוצר התחייבות, פשיטא דקנין חזקה דקונה קרקע אינו מחייב את המוכר לכתוב שטר וכל הדיון שייך רק לגבי קנין סודר דבדרך כלל יכול ליצור התחייבות. אבל הדעה השלישית ברשב"א הבין דאע"פ דמעשה דקנין חזקה בעצמו אינו יוצר התחייבות, מ"מ היכא דקנין חזקה מחיל את הקנין ויש דעת מקנה להקנות את החפצא, י"ל דכלולה בתוך דעת המקנה הזאת ישנה גם דעת המתחייב לכתוב שטר. ולכן קנין חזקה המעביר בעלות על השדה יכול גם ליצור התחייבות אע"פ דחזקה לשם התחייבות לבד אינו מהני.

ויש להטעים בזה שיטת רבינו אביגדור (במרדכי הגהות לפרק ראשון דקידושין רמז תקע) דהובא לעיל בשיעורים (ט. בענין עדי חתימה כרתי או עדי מסירה כרתי, אות ו'), דבגטין וקידושין א"א לכתוב שטר ראיה לאחר המעשה, אבל במכירה המוכר יכול לכתוב ראיה לאחר הקנין ואין חסרון דמפיהם ולא מפי כתבם. ובנוגע לשטר ראיה על גיטין וקידושין, הבאנו לעיל מהגר"ח זצ"ל דרבינו אביגדור סבור דשטר כשר צריך להכתב מדעת המתחייב ולאחר הגירושין או הקידושין אין עוד כלל המושג של בעל דין ומתחייב. אבל לפי"ז לכאורה צ"ב דמאי שנא בדיני ממונות שיש חלות שם דעת המתחייב לאחר הקנין כדי לומר דהמוכר יכול לכתוב את השטר. ונראה, דרבינו אביגדור סבור כמו השיטה השלישית ברשב"א דדעת המתחייב לכתיבת השטר כלולה בתוך דעת המקנה לעצם הקנין. משא"כ בגו"ק דאין דעת המתחייב לכתיבת שטר ראיה כלולה בתוך הדעת לגירושין או לקידושין.

ונראה דהיסוד הזה דדעת המתחייב לכתיבת שטר ראיה כלולה בתוך דעת המקנה לעצם הקנין מקורו בפסוקים עצמם בספר ירמיה (פרק לב). דהרי אחרי קנין הקרקע הנביא מספר שכתבו שטר, ואולי יש כאן גזה"כ שיש התחייבות לכתוב שטר בכל מכירה.[828]

ד

כתיבת שטר ראיה לאחר המעשה

ויוצא מהנ"ל דנחלקו הראשונים האם קנין דעלמא מחייב את המוכר לכתוב שטר ראיה ללוקח. וכל הדיון הוא האם המוכר מחוייב לכתוב ללקוח את השטר ראייה. אבל ברור דהיכא דהמוכר רוצה לכתוב שטר ראיה ללקוח, דהוא יכול לכתוב לו שטר. ולכאורה יש בזה חידוש דהרי היינו יכולים לומר דהמוכר כבר אינו הבעל דבר והמתחייב אחרי המכירה ואין בכוחו ליצור חלות שם שטר. ונראה לבאר את היכולת של המוכר לכתוב שטר אחרי המכירה בב' אופנים. ביארנו לעיל בדעת הרשב"א דהיכולת לכתוב שטר ראיה לאחר הקנין נובע מזה דההתחייבות מדעת לכתוב השטר כבר היה כלול ע"פ דין בתוך הדעת מקנה שלו. ולפי"ז יוצא דשלא בשעת המכירה י"ל דהמוכר אינו מוגדר כבעל הדבר והמתחייב כדי להתחייב מחדש לכתוב שטר, אלא דהיה לו דעת המתחייב בשעת המכירה. אבל לפי הראשונים האחרים דחולקים על היסוד הזה ונקטו דאין המוכר מחוייב לכתוב את השטר, אזי י"ל דהם סבורים דאפי' לאחר המכירה המוכר עדיין יכול להתחייב לכתוב שטר ראייה בנפרד מהקנין. ונמצא דנחלקו הראשונים האם המוכר יכול להתחייב לכתוב שטר אחרי הקנין ובנפרד ממנו.

ומצינו מקומות אחרים דנחלקו הראשונים האם אדם יכול להתחייב עצמו בנפרד כדי לכתוב שטר ראיה.

ונראה דזה הוי יסוד שיטת הרמב"ם בנוגע לכתיבת השטר בדברים דנקנים באמירה (עיין לעיל ט:). דהרי איתא בגמ' (כתובות קב:) וז"ל א"ל רבינא לרב אשי דברים הללו ניתנו ליכתב או לא ניתנו ליכתב, א"ל לא ניתנו ליכתב עכ"ל. והרמב"ם (פרק ו מהלכות זכייה ומתנה הלי"ז) פסק דלא ניתנו ליכתב, פירושו דאין כותבין עליו שטר ראיה, וז"ל כבר ביארנו בנשואין ששנים שהיה ביניהם שדוכין ופסק זה על ידי בנו וזה על ידי בתו ואמרו כמה אתה נותן לבנך כך וכך, וכמה אתה נותן לבתך כך וכך, ועמדו וקדשו קנו באמירה, ואין קונין באמירה זו עד שעת נשואין שכל הפוסק דעתו לכנוס וצריכין שיהיו הדברים שהן פוסקין מצויין ברשותו שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כמו שביארנו, ודברים

[828] ויש לבאר עוד דבקנין ממון חל חלות שם בעל דבר הרוצה בשטר ראייה עבור הקנין וזכותו לקבלו. משא"כ בגו"ק דליכא חלות שם בעל דבר וממילא ליכא זכות לקבל שטר ראייה.

אלו לא ניתנו להכתב לפיכך אינן כשטר עד שיטרוף בהן עכ"ל. והראב"ד שם ביאר בדעת הרמב"ם וז"ל ואולי הוא מפרש ניתנו ליכתב ולא נתן אם יש להם דין שט"ח או לא עכ"ל, ומכיון דרב אשי הכריע דלא ניתנו ליכתב אזי אין עליו דין שטר ראיה. וכמו"כ יש דעה כזאת ברשב"א (לעיל ט: ד"ה אימא טעמא) דא"א ליצור חלות שם שטר ראיה בדברים דנקנים באמירה. ולכאורה צ"ב דמהי הסברא לומר דא"א למקנה לכתוב שטר ראיה לקונה.

ונראה לפרש דהרמב"ם נקט כמו הרשב"א כאן, דזה דבמכירה דעלמא ניתן לכתוב שטר ראיה אחרי הקנין משום דדעת המתחייב לכתיבת השטר כלולה בתוך דעת המתחייב לעצם הקנין. אבל אילולי שדעת המתחייב לכתוב שטר היתה כלולה בעצם דעת המקנה, אזי המוכר לא היה יכול להתחייב לכתוב שטר בנפרד. ולפי"ז י"ל דכל הדין דדעת המתחייב לכתוב שטר כלולה בדעת המקנה שייך רק בקנין דעלמא דיש מעשה קנין כמו חזקה. אבל הקנאה ע"י דברים בלבד יש לו דין שונה שאין דעת המקנה כוללת את דעת המתחייב לשטר ואזי אין למקנה היכולת להתחייב בנפרד לכתוב שטר.

ובאופן דומה יש לבאר את יסוד המחלוקת בין התוס' לבין הרמ"ה האם מזיק יכול לכתוב שטר לניזק. דאיתא בגמ' (ב"ק ח.) דהניזק יכול לגבות מלקוחות דמזיק. והתוס' שם (ד"ה כולן נכנסו) הקשו וז"ל וא"ת והא נזקין מלוה על פה נינהו ומלוה על פה לא גבי ממשעבדי וי"ל דכשעמד בדין כמלוה בשטר דמיא כדאמר בהגוזל בתרא (לקמן קיב) ובכמה דוכתין אי נמי מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא וחייב עכ"ל. ועיין שם בנמוקי יוסף בשם הרמ"ה שמדובר כשכתב המזיק שטר לניזק על החוב. וקשה למה התעלמו התוס' מתירוץ זה של הרמ"ה.

ונראה לבאר דנחלקו בנקודה דומה. דהיינו, דהרמ"ה נקט דיש דין דדעת המתחייב לכתוב שטר אפי' היכא דעצם החיוב לא היה מדעת עצמו אלא מדין תורה דחל ע"י מעשה נזק. אבל התוס' נקטו דמכיון דהוא לא יצר את החיוב בעצמו, אזי הוא אינו הבעלים על חלות החיוב ואינו יכול להיות דעת המתחייב לכתיבת השטר.[829]

גמ'. ע"מ שתכתבו לו את השטר, חוזר בין בשטר בין בשדה.

עיין ברשב"א (ד"ה ע"מ שתכתבו) וז"ל וא"ת והא קי"ל כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי והלכך מקיימין תנאו וכותבין את השטר עכ"ל. כלומר, דמכיון דמעשה הקנין כבר נעשה וחלות הקנין תלוי בעדים לקיים התנאי ע"י כתיבת השטר, היאך הבעלים יכולים לעכב אותם מלכתוב שטר. ולכאורה קושייתו צ"ע טובא דהרי כתיבת השטר אינו כמו קיום תנאי דעלמא של ע"מ שתתן מאתים זוז וכדומה מפני דכתיבת שטר בעי דעת המתחייב.

[829] ועיין אריכות בזה ברשימות שיעורים לב"ק (ח. ענין שטרות).

ומכיון דהמוכר עכשיו חזר בו ולא רוצה שיכתבו את השטר, אזי א"א לקיים את התנאי דכתיבת שטר דהרי שטר כזה אין לו דין שטר כלל.[830]

ועיין בסוף דברי הרשב"א וז"ל וכתב הרמב"ן נר"ו מהכא שמעינן דתנאה בהנאת מקבל תנאה הוי ולא בעי' בהא דומיא דבני גד ובני ראובן דתנאי להנאת נותן ומעשה למקבל דהא הכא שתכתבו לו קאמר והוי תנאה, ושמעי' מינה שדי נתונה לך שדי מכורה לך ע"מ שאתן לך מאתים זוז חוזר בזה ובזה עכ"ל. ומרהיטת לשונו משמע דהיה לרמב"ן הו"א דכל תנאי דקיומו הויא הנאה למקבל, אין לזה דין תנאי. ולכן הרמב"ן הוכיח מהסוגיא דידן דתנאי כזה הוי תנאי ואפי' לא בעי משפטי התנאים. ולכאורה זה צ"ב טובא דמה הסברא לומר דהנאה תשנה את הדין בהלכות תנאים. אלא דצ"ל דהרמב"ן אינו עוסק במי מקבל הנאה מקיום התנאי אלא במי צריך לקיים את התנאי. דהרי בסוגיות דתנאי ברחבי הש"ס, בדרך כלל המקנה הוי המתנה והמקבל הוא זה שצריך לקיים את התנאי. וזה דומה לתנאי בני גד ובני ראובן דהקב"ה הרי הוא הבעלים שמקנה להם את הקרקע והוא זה שעושה את התנאי, ובני גד ובני ראובן דהם המקבלים צריכים לקיים את התנאי. אבל אם המקנה אמר שדי נתונה לך ע"מ שאתן לך מאתים זוז, אזי המקנה הוי גם המתנה וגם מי שצריך לקיים את התנאי, וסד"א דתנאי כזה אינו חל כלל. ולכן הרמב"ן הוכיח מהסוגיא דידן דהמוכר הוא גם המקנה וגם מי שצריך לקיים את התנאי דכתיבת השטר, דיש לזה חלות תנאי.

גמ'. כיון שהחזיק עמו בקרקע, נקנה שטר בכל מקום שהוא.

נחלקו הראשונים מה המקנה צריך לעשות כדי שהקונה יזכה בשטר. דהרי איתא לקמן שבקנין אגב המקנה צריך לומר אגב וקני. ולכן רש"י (ד"ה נקנה השטר) פירש דגם כאן בקנין אגב דהשטר, המוכר צריך לומר אגב וקני, וז"ל כגון שאמר לו זה קני קרקע בחזקה והשטר עמה עכ"ל. ואף הרשב"א (ד"ה והא דקאמר) נמי נקט הכי. ובהמשך דבריו, הרשב"א הביא את שיטת רבותינו הצפרתים דנסתפקו דאולי אפשר להקנות שטר על שדה ועציץ נקוב בקנין אגב בלי לומר אגב וקני מפני דהם בטלין לקרקע, וז"ל ומצאתי לרבותינו הצרפתים ז"ל שנסתפקו בדין זה בגטין פרק המביא תניין (כב.) גבי המוכר עציץ נקוב ואמרו דשמא הכא כיון דהאי שטרא אפסרא דארעא הוא לא בעינן אגב אלא

[830] והשווה לדברי הריטב"א בב"ב (עז. ד"ה ע"מ) וז"ל הקשה הראב"ד יכתבו השטר על כרחו ויקנה למפרע שכל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי, וכי לא מהני שטרא לא מהני ואפילו יקרעוהו לאלתר שזה כבר קיים תנאו ועל כרחו מקיים תנאו ואזיל, ונראה לי דעל מנת שתכתבו לו את השטר שטר כשר עשוי על פיו משמע, וכיון שאמר להם אל תכתבו אינו אלא אגרת וכיון שלא קיים התנאי לא שייך לומר כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי עכ"ל.

סתמא כמפרש דמי וכו' משמע דאפילו במוכר סתם ולא אמר ליה אגב קני משום דכיון דהעציץ צריך כאן לזרעים בטל לגבי הזרעים, ושמא ה"ה לשטר זה כיון דשטרא אפסרא דארעא, והם אמרו דשמא יש לחלק, ובאמת כי יש צדדין לחלק וצ"ע, עכ"ל.[831]

ולכאורה יש לרמב"ם שיטה שלישית ויותר מחודשת. דהוא פסק (פרק ו מהלכות מכירה הלי"ד) וז"ל המקנה לחבירו קרקע כל שהוא והקנה לו על גבה שטר חוב הרי זה קנה השטר בכל מקום שהוא בלא כתיבה ובלא מסירה, ונראה לי שגם זה יכול למחול אחר שמכרו, וכן המוכר קרקע וכתב השטר ואין הלוקח עמו כיון שהחזיק הלוקח בקרקע נקנה השטר בכל מקום שהוא עכ"ל. והראב"ד השיג עליו וז"ל כיון שהחזיק הלוקח וכו' א"א והוא דא"ל אגב וקני עכ"ל. כלומר, דהראב"ד העיר דלפי הרמב"ם הלוקח קונה את השטר ראיה על המכירה בלי אמירת אגב וקני. וזה כמו שיטת התוס'. והראב"ד נקט דאין שטר ראיה יוצא מן הכלל בדיני אגב והמוכר צ"ל אגב וקני כמו רש"י.

אמנם יש לדייק בלשון הרמב"ם שיש לו שיטה מחודשת. דהרי פשיטא דבקנין אגב צריך שיהא למקנה דעת מקנה לא רק על הקרקע אלא גם על המטלטלין. ולכן ברישא של ההלכה, כשהרמב"ם איירי בהקנאת שטר חוב בעלמא בקנין אגב, כתב הרמב"ם "והקנה לו על גבה שטר חוב", כלומר דהיה למקנה דעת להקנות לא רק את הקרקע אלא גם את השטר חוב. אבל בסיפא של ההלכה, כשהרמב"ם עסק בקניית שטר ראייה של הקרקע עצמה, הוא לא הזכיר שהמוכר רצה להקנות לו את השטר, אלא רק דע"י מעשה קנין של הלוקח בשדה הוא גם קונה את השטר. ומסתימת לשונו משמע דאפי' אם המוכר כתב שטר ראיה על השדה ואז החליט לא להעבירו אל הלוקח ואין לו דעת להקנות ללוקח את השטר, מ"מ הלוקח קונה את השטר ע"י זה שהוא עושה קנין חזקה בקרקע. ולכאורה דברי הרמב"ם צריכים ביאור. דבשלמא לפי התוס' לא בעינן אמירת אגב היכא דהמטלטלין בטל לשדה אבל לכל הפחות יש למקנה דעת להקנות גם את השדה וגם את השטר. אבל לפי הרמב"ם, היאך השטר נקנה מהמוכר ללוקח בלי דעת מקנה.

ונראה לבאר דהרמב"ם נקט דיש חילוק יסודי בין דעת המתחייב דנצרך בשטר קנין לבין דעת המתחייב של שטר ראיה. דהרי בשטר קנין ברור דבעינן דעת מקנה מצד המוכר כשהוא מוסר את השטר ללוקח. אבל בשטר ראיה, דעת המתחייב ליצירת חלות שם שטר רק נצרכת בשעת הכתיבה. ומיד אחרי הכתיבה חל עליו חלות שם שטר, והשטר יכול להעיד אם הוא מגיע ליד בעל השטר אפי' אם הוא לא נמסר מדעת מי שכתב את השטר. למשל, אם ראובן לוה ממון משמעון, וראובן הלוה כתב שטר חוב עם דעת

[831] וכן איתא בתוס' גיטין (כב. ד"ה החזיק).

המתחייב אבל לא נתן אותו לשמעון, אם שמעון גונב את השטר מראובן ועכשיו השטר נמצא ביד שמעון המלוה דהוי בעל השטר, אזי השטר מעיד בעדו. וכמו"כ הכא אם המוכר כתב את השטר בדעת המתחייב ואז הלוקח החזיק בקרקע, אזי ע"פ דין הלוקח תופס בשטר דהוי אפיסרא דארעא. וא"כ השטר מעיד בעד הלוקח אע"פ דלא היה למוכר דעת מקנה למסור את השטר אל הלוקח.[832]

אבל שאר הראשונים חלקו על הרמב"ם ונקטו דשטר ראיה דומה לשטר קנין בזה דבעינן דעת המתחייב גם בשעת המסירה. וי"ל דהביאור הוא דהתפסת השטר ביד בעל השטר גם הוי חלק של אשווי שטרא, וכל שלב של יצירת השטר – בין הכתיבה ובין המסירה – בעי דעת המתחייב.[833] ולפי"ז מובן דא"א שהלוקח יזכה בשטר אם אין למוכר דעת להקנות את השטר אליו. וכל הדיון בין שאר הראשונים הוא בנוגע לאמירת אגב וקני, דרש"י, הראב"ד והרשב"א נקטו דבעינן אמירה מצד המוכר כמו בכל קנין אגב, ובעלי התוס' העלו צד לומר דבדברים כמו עציץ נקוב או שטר ראיה על הקרקע דמכיון דשייכים בעצמם לשדה לא בעינן אמירת אגב וקני. והסברא לזה הוא דיש אומדנא דמן הסתם המוכר רוצה להקנות אותם אפי' אם הוא אינו מזכיר אותם בפירוש. אבל שיטת הרמב"ם שונה מכל שאר הראשונים דהרי הוא נקט דלא בעינן דעת המתחייב או דעת מקנה עבור מסירת השטר.

כיון שהחזיק עמו בקרקע, נקנה שטר בכל מקום שהוא.

בענין קנין אגב

א

קנין אגב בשטר

יש להקשות על כל עצם הדין בגמ', דלמה פשוט דשטר ראיה נקנה בקנין אגב. דבשלמא אם הלוקח היה רוצה לקנות את הנייר אזי היינו אומרים דהנייר הוי מטלטלין דנקנין אגב קרקע. אבל כאן, הלוקח אינו רוצה רק לקנות את הנייר אלא להפוך להיות בעל השטר כדי שהשטר יעיד בעדו, ולמה אגב מהני לזה. ולכאורה אפשר להביא ראיה דאגב חל רק לקנות מטלטלין בעין משיטת הרמב"ם (פרק ו מהלכות מכירה הל"ז) דקנין אגב אינו

[832] עיין בשו"ע (חו"מ סימן לט סעיף ב) דהובא ב' דעות האם אחרי הכתיבה העדים צריכים להמלך עם הלוה לפני נתינת השטר למלוה. אבל לכאורה המחלוקת היא רק בנוגע לאומדן דעת הלוה אבל אם הוא חוזר בו מלתת את השטר אל המלוה אין העדים רשאין למסור את השטר למלוה. אבל עיין בנתיבות (סימן לט סק"ד) דחידש דאם הלוה אמר כתבו ותנו שטר למלוה ואחר הכתיבה הוא חזר בו, אע"פ דלא נותנים את השטר למלוה, מ"מ השטר עצמו כשר ואין בו דין דמפיהם ולא מפי כתבם מכיון דנכתב מדעת המתחייב.

[833] בנוגע להתפסת השטר ביד המקבל כחלק של אשווי שטרא בשטר קנין עיין לעיל (ט. קונטרס בענין עדי חתימה כרתי או עדי מסירה כרתי, אות יא-יב).

מהני במלוה על פה, וז"ל אבל ראובן שהיה לו חוב על שמעון והקנה ללוי קרקע ועל גבה חוב שיש לו אצל שמעון, נראה לי שלא קנה החוב עכ"ל.[834] וא"כ מאי שנא מלוה על פה דאינו מטלטלין בעין ולכן א"א להקנותה בקנין אגב, מהקנאת שטר ראיה דחלה בקנין אגב. דהרי לכאורה הראיה והשעבודים דנקנין ללוקח ג"כ אינם מטלטלין בעין.

ונראה לבאר ע"פ השו"ט בסוגיא דמכירת שטרות בב"ב (עז.). דנחלקו רבי והחכמים אם אותיות נקנות במסירה או במסירה וכתיבה. והגמ' הסיקה (לפי גירסת הרשב"ם) וז"ל אמר אמימר הלכתא אותיות נקנות במסירה, כרבי עכ"ל.[835] ורב אשי רצה לבסס את ההלכתא הזאת בסברא, וז"ל אמר רב אשי סברא נמי הוא, דאותיות מילי נינהו, ומילי במילי לא מיקנין עכ"ל. וכתב הרשב"ם וז"ל דברים הוא מוכר ולא ממון ממש הלכך מעשה בידים דהיינו מסירה הוא עיקר קנייתן אבל שטר אחר לא מהני דמילי במילי לא מיקנו שטר לא יקנה בשטר עכ"ל. ואז הגמ' הקשה מקנין השטר ע"י חזקה בקרקע דמילי במילי מיקנן וז"ל ולא, והאמר רבה בר יצחק אמר רב שני שטרות הם וכו' אם קדם מוכר וכתב את השטר אותה ששנינו כותבין שטר למוכר אע"פ שאין לוקח עמו כיון שהחזיק זה בקרקע נקנה שטר בכל מקום שהוא, וזו היא ששנינו נכסים שאין להן אחריות נקנין עם נכסים שיש להן אחריות בכסף ושטר וחזקה עכ"ל. ומשמע מקושיית הגמ' דקנין אגב בשטר הוי קנין מילי דמהני וא"כ רואים דמילי מהני בשטר והו"ה דאותיות נקנה בשטר מכירה (עיין ברשב"ם עז: ד"ה בכסף). ואז הגמ' תירצה וז"ל אגב שאני, דהא מטבע דלא ניקני בחליפין ואגב ארעא ניקני עכ"ל, כלומר דקנין אגב מהני בשטרות כי הוא לא מוגדר כמילי, כדמוכח מזה דמטבע נקנה באגב.

ולכאורה כל השו"ט צ"ב. דהרי למה הגמ' בהו"א השווה בין אותיות שאינן נקנין בשטר מכר בלבד אלא רק במסירת השט"ח לבין קנין אגב, דמהי הסברא לומר דקנין אגב הוי בגדר "מילי" כמו שטר מכר לחודה.[836] ועוד צ"ע דמהו הביאור בדחיית דהגמ' כשהוכיחה דאגב לא הוי מילי מזה דאגב קונה מטבעות.

ונראה לבאר את השו"ט דבגמרא דהנה יש לעיין מה הופך אדם להיות בעל השטר כדי שהשטר יעיד בעדו. די"ל דחלות שם בעל השטר תלוי בקנין ממון על השטר, דהיינו דמי שזוכה בשטר בדיני ממונות והלכות קניינים דעלמא הופך להיות בעל השטר והשטר

[834] אבל יש דעה בתוס' (ב"ב קמח. ד"ה שכיב) דנקט דחוב בלי שטר נקנה באגב. ובביאור שיטת הרמב"ם דקנין אגב לא מהני למלוה על פה לעומת מעמד שלשתן מהני עיין ברשימות שיעורים לב"מ (נו. בענין מכירת שטר חוב, אות ו').

[835] אבל עיין בתוס' (שם ד"ה אמר) דהביא גירסא הפוכה וז"ל כתב רב יהודאי גאון דאין אותיות נקנות בחליפין ולר"ת ולר"י נראה דגרס אין אותיות נקנות במסירה כרבנן דהכי הלכתא עכ"ל.

[836] זה לפי הרשב"ם. אבל לפי גירסת התוס', מילי הוי מסירת השטר (עיין בתוד"ה אותיות).

מעיד בעדו. ומאידך י"ל דחלות שם בעל השטר אינו תלוי בזכיית השטר בקנין דעלמא אלא בדין מיוחד של תפיסה דשייך בהלכות שטרות. דקבע הגר"ח זצ"ל דלהיות בעל השטר צ"ל התופס של השטר כי שטר בלי תפיסה אינו מעיד כלל.[837]

וי"ל דיש בזה נ"מ גדולה בנוגע לדין מי שרוצה להקנות את השטר שבידו לאדם אחר. דאם חלות שם בעל השטר תלוי בזכיית השטר בקניינים דעלמא, אזי כמו דאדם תמיד יכול להקנות חפצים שלו לאדם אחר כמו"כ בעל השטר יכול להקנות את השטר לאדם אחר. ואע"פ דהספירת דברים הוי של האדם הראשון, כלומר, דשמו מוזכר בשטר ולא השם של הקונה, מ"מ מכיון דהשני קונה את השטר מבעל השטר הראשון בדיני ממונות, הקונה הופך להיות בעל השטר והשטר מעיד בעדו. אבל לפי הצד השני דחלות שם בעל השטר תלוי בדין מיוחד של תפיסה, אזי לכאורה אין דרך לשני להיות בעל השטר. דמסתבר דרק התפיסה של בעל השטר הראשון מהני מכיון דשמו כתוב בספירת הדברים של השטר, אבל תפיסה של אדם אחר, אע"פ דהוא קנה את השטר בקנין, אינו גורם שהשטר יעיד בעדו דהרי תפיסתו חסרה כל זמן שאין שמו נזכר בשטר. ואפי' אם נאמר דיש דרך להתפיס את השטר ביד אדם אחר כדי שהוא יהיה בעל השטר והשטר יעיד בעדו, אין ההעברה הזאת תלויה בזכייה בשטר בדיני ממונות אלא בהלכות מיוחדות של תפיסת שטרות.

ועל פי זה יש לבאר את קושיית הגמ' מזה דקנין אגב מהני בשטר. דהרי רב אשי אמר דמסברא מילי במילי לא מיקנין. וביאור הקושיא מקנין אגב הוא דלכאורה אגב מהני לזכות בשטר בדיני ממונות אבל אין ללוקח שום תפיסה בגוף השטר, ואפ"ה הלוקח הופך להיות בעל השטר והשטר מעיד שהוא הבעלים. וא"כ מוכח מזה כצד הראשון לעיל, דהיינו דחלות שם בעל השטר תלויה בזכיית השטר בדיני ממונות דעלמא ולא בדין מיוחד של תפיסה. וא"כ גם מילי דהיינו שטר מכר – דמועיל לקנין בדיני ממונות אבל לא לדין תפיסה – גם ראוי להועיל בהעברת השטר.[838]

ולפי הביאור הזה בקושיית הגמ' אפשר לתרץ את קושיית התוס'. דהרי התוס' (עז: ד"ה נקנה) הקשו על קושיית הגמ', וז"ל אבל אכתי קשה דהיכי מוכח מהכא דמיקנו מילי במילי דהכא לא חזינן דמיקנו אלא לענין שטר מכר הכתוב בשם מוכר ללוקח עכ"ל. כלומר, דהסוגיא בב"ב עוסקת בהעברת שטר ראיה על החוב מהמלוה לאדם אחר דאינו מוזכר בשטר. ומאידך, ההיכי תמצי בקנין אגב היא בנוגע לזכיית הלוקח בשטר של

[837] ועיין בזה בשיעורים לזכר אבא מרי חלק א' בשיעור "אותיות נקנות במסירה" (עמוד רפג-שג), וברשימות שיעורים לב"ק (סז. ענין יאוש ושינוי רשות, אות ב') וברשימות שיעורים לב"מ (נו. בענין מכירת שטר חוב).

[838] השווה לדברי רבינו זצ"ל בשיעורים לזכר אבא מרי חלק א (עמוד רחצ-רצט).

המכירה הזאת, ושמו של הלוקח כתוב בשטר. וא"כ, התוס' הקשו, דהיאך אפשר להביא ראיה מזה דע"י קנין אגב דהלוקח הופך להיות בעל השטר על השטר דנכתב בשמו, דיש נמי אפשרות של הקנאת שטר חוב מאדם אחד לאדם אחר מן השוק ע"י מילי. ועיי"ש בתוס' דנדחקו בתירוצם. אבל ע"פ הנ"ל נראה לבאר דיסוד קושיית הגמ' היתה דאם קנין אגב מהני להפוך את הלוקח לבעל השטר בלי תפיסה, אזי רואים דחלות שם בעל השטר תלוי בדינים הרגילים של זכייה בדיני ממונות. וא"כ מסברא אין הבדל בין היכא שהשם של הקונה מוזכר בשטר או לא, דהרי כל מי שזוכה בשטר בקנין הופך להיות בעל השטר.

ועל פי זה גם יש לבאר את דחיית הגמ' וז"ל אגב שאני, דהא מטבע דלא ניקני בחליפין ואגב ארעא ניקני עכ"ל. ודברי הגמ' לכאורה סתומים. ונראה לבאר דאיתא בב"מ (מה:) דאין מטבע נעשה חליפין וז"ל משום דדעתיה אצורתא וצורתא עבידא דבטלא עכ"ל. ולקמן בסוגיא שם (מו.) גם מבואר דאין מטבע נקנה בחליפין. ועיין ברמב"ן (ב"מ מה: ד"ה והא דאמרינן) דהשווה בין מטבע לבין שטר וז"ל ויש לפרש צורתא עבידא דבטלא והוה ליה כדבר שאין גופו ממון דומה לאותיות, ולהאי טעמא אין נעשה חליפין ואין נקנה נמי בחליפין עכ"ל. ויוצא מהרמב"ן דקנין חליפין חל רק בחפצא דגופו ממון, דהיינו דהשוויות נמצא בבעין עצמו. אבל בשטר ראיה ובמטבע דהשוויות שלהם אינם תלויים בבעין עצמו אלא בדבר אחר, אזי אינם נקנים בחליפין.

והביאור בזה הוא דבקנין חליפין אין מעשה קנין דנעשה בחפצא הנקנית. אלא דלפי הגר"ח זצ"ל הקנין חל ע"י דעת מקנה לחוד. ואפי' לפי השיטת דחולקות על הגר"ח זצ"ל ולפיהן יש מעשה קנין בחליפין, מ"מ אין מעשה קנין של תפיסה או הכנסה לרשותו דנעשה בחפץ הנקנה כמו דיש בקנין משיכה או הגבהה. וי"ל דדעת מקנה או מעשה קנין דאינו קשור לחפץ יכול להעביר רק את הבעין עצמו אבל לא דבר שקשור לחפץ אבל אינו כלול בו. מאידך, אם אדם עושה מעשה קנין בגוף החפץ אזי הוא קונה לא רק את החפץ עצמו אלא כל השוויות דשייך לחפץ, כמו מי שקונה מטבע בקנין משיכה והגבהה.

ועל פי זה יש לחזור לסוגיא בב"ב. ונראה לבאר דכשהגמ' אומרת דמטבע לא ניקני בחליפין לעומת אגב דקונה מטבע, הגמ' בעצם מרמזת ליסוד גדול בקנין אגב. דהרי כל קושיית הגמ' מיוסדת על זה דקנין אגב הוי מילי, כלומר דיש הקנאה אבל בלי תפיסה בגוף החפץ. ועכשיו הגמ' דוחה שבאמת אגב לא הוי מילי דהרי אדם קונה מטבע באגב, וכדי לקנות מטבע דאין גופו ממון צריך לעשות מעשה קנין בגוף החפץ כנ"ל. אלא מוכח מזה דמטבע נקנה באגב, דע"פ דין הקונה באגב עושה מעשה קנין במטלטלין עצמן

ותופס אותם. וא"כ, הגמ' אומרת דאין להוכיח מזה דקנין אגב מהני לשטר חוב דגם קנין דמילי בעלמא מהני בשטר חוב, דהרי יש דין תפיסה דחל ע"י קנין אגב.

ב

פסק הלכה דקנין אגב בשטר חוב

אבל יש להעיר דלכאורה הביאור הזה תלוי במחלוקת הראשונים. דהרי נחלקו הראשונים בפסק הדין בנוגע לקנין אגב בשט"ח. דהרי הרמב"ם (פרק ו מהלכות מכירה הל"י-הל"יא) פסק כשיטת החכמים דבדרך כלל אותיות נקנות בכתיבה ומסירה, וז"ל המוכר שטר חוב לחבירו או נתנו לו במתנה, אינו נקנה במסירת השטר לידו, שלא מסר לו אלא הראיה שבו ואין הראיה נתפסת ביד, וכיצד יקנה השטר, שיכתוב לו המקנה קנה שטר פלוני וכל השעבוד שיש בו וימסור לו השטר ונמצא שנקנה בכתיבה ומסירה עכ"ל. ואע"פ דבעינן כתיבה ומסירה, הרמב"ם (פרק ו מהלכות מכירה הלי"ד) פסק דאגב קונה לבד, וז"ל המקנה לחבירו קרקע כל שהוא והקנה לו על גבה שטר חוב הרי זה קנה השטר בכל מקום שהוא בלא כתיבה ובלא מסירה עכ"ל.

אבל התוס' (ב"ב עז: ד"ה נקנה) והרא"ש (ב"ב פרק ה סימן ו) נחלקו על הרמב"ם ונקטו דכמו דהקנאת שט"ח דעלמא לא סגי במסירת השטר לבד אלא צריך ג"כ כתיבה, הו"ה באגב. דהרי התוס' נקטו דאגב הוי כמו מסירה, וז"ל [אגב] חשיב כמסירה ומשיכה והגבהה עכ"ל, אבל אינו יותר חזק מקנין מסירה לומר דקונה בלי כתיבה. וכן הסיק הש"ך (סימן סו סקכ"ז). אבל בתחילת דבריו הש"ך (שם) הביא דעה שלישית של הרב האי גאון שקנין אגב לא מהני כל עיקר לשט"ח ורק מועיל ללוקח לקנות שטר ראיה על המכירה כמו דמבואר בסוגיא דידן.

ונראה לבאר דהרמב"ם דנקט דקנין אגב מהני לבד בשט"ח (לעומת קנין מסירה דבעי ג"כ כתיבת שטר) סבור כיסוד שביארנו לעיל, דבקנין אגב הקונה תופס את המטלטלין ע"פ דין ובתפיסה כזאת הוא יכול לקנות את השטר ולהפוך להיות בעל השטר.[839] וכמו"כ שיטת הרא"ש והתוס' מובנים ע"פ הנ"ל, דקנין אגב הוי כמו מעשה קנין בגוף השטר דקונה ביחד עם כתיבה. אבל לכאורה רב האי גאון חולק על כל היסוד דאגב הוי כתפיסה בגוף

[839] ורבינו זצ"ל לא ביאר למה התפיסה של אגב יותר חזקה ממסירה דעלמא דאגב קונה לבד לעומת מסירה דבעי נמי כתיבה. אך עיין בשיעורים לזכר אבא מרי ז"ל (חלק א' דף ער"ה) דרבינו זצ"ל ביאר אחרת, דבמסירה מנסה המקנה לשנות את כל חלות שם בעל השטר וגם את עצם הגדת העדות שיעיד השטר בעד הקונה וזה לא שייך אלא רק בכתיבה ומסירה ולא במסירה בלבדה. ומאידך בקנין אגב הוא מקנה את השטר עצמו כחפצא של ערך ששוה ממון בעבור הגבייה אך אינו מוכר לו עצם העדות והראייה שבו, ומשו"ה מועיל אגב לבדו בלי כתיבה ומסירה, עיי"ש.

המטלטלין, דהרי א"כ אגב היה קונה שטר חוב לכל הפחות ביחד עם כתיבה כמו קנין מסירה. ונמצא דנחלקו הראשונים האם יש חלות תפיסת המטלטלין בקנין אגב.

ג

ב' מיני דעת מקנה בשטר

וע"פ זה גם נראה לבאר דברי הרשב"א בסוגיין (ד"ה ומסתברא נמי) דחילק בין ב' מקרים דקנין אגב בשטר. דאיתא בסוגיא דידן דמשהחזיק הלוקח בקרקע הוא קונה את השטר מדין אגב. והרשב"א הבין דהשטר מהני להיות ראיה ללוקח דוקא אם המוכר אמר ללוקח קני לך הוא וכל שעבודא כמו בקנין שטר דעלמא, וז"ל ומסתברא נמי דקני לך הוא וכל שעבודא דאית ביה מיבעי למימר ליה דהא מדמינן לה להא לשאר שטרי בעלמא התם בפרק הספינה דמקשי' מינה למ"ד התם אין אותיות נקנות במסירה ושני' אגב שאני, וכיון שכן אף קני לך הוא וכל שעבודא דאית ביה בעינן דאגב טפי מכתיבה לא עדיף אלא במקום כתיבה קאי ודיו וכדאיתא התם, והלכך כיון דאפילו בכתיבה לא קני עד דכתב ליה כל שעבודא דאית ביה כ"ש באגב דבעינן כל שעבודא דאית ביה וכו' אלא ודאי דלענין קנייתו של קלף לצור ע"פ צלוחיתו לא אצטריך אלא לענין שעבודא דאית ביה עכ"ל. כלומר דאם המקנה רק אמר שהוא רוצה להקנות את השטר בקנין אגב אזי הלוקח זוכה בנייר דהשטר לצור ע"פ צלוחיתו. אבל אם המוכר אמר "קני לך וכל שעבודא דאית בה", אזי הלוקח זוכה לא רק בנייר אלא דהוא הופך להיות בעל השטר, דהיינו שהשטר מעיד עבורו.

ונראה לבאר דבהקנאת השטר בקנין אגב יש ב' סוגי דעת מקנה. המקנה יכול להקנות את גוף הנייר ללוקח כמו מטלטלין דעלמא, אבל אז אין הלוקח הופך להיות בעל השטר. דהרי אף אם נאמר דבקנין אגב ע"פ דין הקונה עושה מעשה קנין בגוף המטלטלין, הרי קנין כזה לבד אינו הופך את הקונה לבעל השטר דהרי לפי השיטה הזאת בדרך כלל בעינן מסירה וכתיבה. אבל אם דעת המקנה היא להקנות את הראיה שבשטר לקונה בקנין אגב, אזי הקונה לא רק עושה מעשה קנין בגוף הנייר אלא נחשב כאילו הוא תופס בשטר והופך להיות בעל השטר דמעיד בעדו. וכדי להחיל את הקנין של עדות השטר אזי המקנה צריך לומר "קני לך הוא וכל שעבודא דאית ביה", דזה מוכיח שהוא רוצה שהקונה יתפוס בשטר בתורת ראייה ולא רק לזכות בנייר.

ד

צבורין ואגב וקני

יוצא מכל הנ"ל דנחלקו הראשונים האם בקנין אגב נחשב ע"פ דין שהקונה עשה מעשה קנין במטלטלין עצמן או"ד בקנין אגב אין מעשה קנין דנעשה במטלטלין. ולפי הצד השני צ"ל דהמטלטלין עוברים לקונה ע"י הקנאת המקנה לבד. ולכאורה י"ל דשני הצדדים נכונים ויש ב' דינים בקנין אגב. דהרי הגמ' בסוגיין נתספקה אם בעינן צבורין או לא והסיקה, וז"ל והלכתא צבורים לא בעינן, אגב וקני בעינן עכ"ל. ומרהיטת הגמ' משמע דלעולם לא בעינן צבורים ולעולם בעינן לומר אגב וקני. אבל הרמב"ם (פרק ג מהלכות מכירה הל"ח-הל"ט) חילק בין צבורין לבין אינן צבורין בנוגע לאמירת אגב וקני, וז"ל המקנה קרקע ומטלטלין כאחד כיון שקנה קרקע בכסף או בשטר או בחזקה נקנו המטלטלין עמהם בין שהיו שניהם במכר או במתנה, בין שמכר מטלטלין ונתן קרקע, בין שמכר הקרקע ונתן המטלטלין כיון שקנה קרקע קנה מטלטלין. במה דברים אמורים כשהיו אותן המטלטלין צבורין באותה קרקע, אבל אם היו במקום אחר צריך שיאמר לו קנה מטלטלין אגב קרקע, אפילו היו המטלטלין במדינה אחרת ואמר לו קנה אותם על גבי קרקע פלונית כיון שקנה הקרקע נקנו המטלטלין אע"פ שאינן צבורין בתוכה, ואם לא אמר קנה אגב קרקע לא קנה, וקרקע כל שהיא קונין על גבה כל מטלטלין שירצה עכ"ל. **ויתכן** לפרש בדעת הרמב"ם דיש ב' דינים שונים בקנין אגב. דהיינו, היכא דהמטלטלין צבורין בקרקע, אזי י"ל דמעשה הקנין של הקונה בקרקע גם מתייחס למטלטלין דנמצאין על הקרקע ונחשב ע"פ דין דהקונה עשה מעשה קנין בגוף המטלטלין. ולכן היכא דצבורין לא צריך המקנה לומר אגב וקני דהרי הקונה עושה מעשה קנין בגוף המטלטלין ואין טעם להצריך אמירה נוספת מצד המוכר. אבל היכא דהמטלטין אינן צבורין אזי מעשה הקנין של הקונה בקרקע אינו מתייחס למטלטלין וקנין אגב מהני מצד הקנאת המקנה בלי מעשה קנין מצד הקונה. ולכן כשאינן צבורין הרמב"ם פסק דהמוכר צריך לומר אגב וקני.

ולכאורה, הפירוש הזה הוא ביאור יפה בפסק הרמב"ם כאן, אמנם לכאורה ביאור זה בשיטת הרמב"ם קשה מב' טעמים: א) דהרי בסוגיא דידן יש רק מקור אחד לקנין אגב, והיאך אפשר לומר דיש ב' דינים שונים דנלמדים מאותו פסוק. ב) קשה להעמיס החילוק הזה בשאר פסקי הרמב"ם. דהרי לעיל הבאנו (אות ב') דהרמב"ם פסק דקנין אגב מהני בשטר חוב וביארנו דזה מפני דע"פ דין הקונה עושה מעשה קנין בגוף השטר ותופס אותו. ולפי הביאור הנ"ל בחילוק הרמב"ם בין צבורין לשאינן צבורין היה מסתבר לומר דקנין אגב מהני בשט"ח רק כשהוא צבור דאזי נחשב דהקונה תופס את גוף השטר. אבל כשאינו צבור קנין אגב חל רק מצד הקנאת המקנה ואין קנין כזה מהני בשטרות. אבל

בדברי הרמב"ם עצמו מבואר דקנין אגב מהני בשט"ח אפי' כשאינו על הקרקע, וז"ל המקנה לחבירו קרקע כל שהוא והקנה לו על גבה שטר חוב הרי זה קנה השטר בכל מקום שהוא בלא כתיבה ובלא מסירה עכ"ל. ולכאורה יוצא מזה דאין חילוק מהותי בין צבורין לשאינן צבורין ובשניהם קנין אגב נחשב ע"פ דין כמעשה קנין בגוף המטלטלין.

וא"כ צריך לבאר את חילוק הרמב"ם בנוגע לאמירת אגב וקני באופן אחר.[840] וי"ל דבכדי שמעשה הקנין על הקרקע גם יתייחס אל המטלטלין בקנין אגב צריך שיהא צירוף בין הקרקע לבין המטלטלין. והרמב"ם נקט דאם המטלטלין נמצאין על הקרקע, אזי יש צירוף ביניהן ממילא וקנין אגב מהני. אבל אם המטלטלין נמצאין במקום אחר, אזי בעינן אמירה ודעת המקנה מיוחדת כדי לצרף את המטלטלין אל הקרקע כדי שהקנין יועיל. ולכן כשאינן צבורין הרמב"ם פסק דהמוכר צריך לומר אגב וקני.

ה

שיטת רש"י בגדר קנין אגב

ונראה דיש לעיין עוד בחקירה הנ"ל, האם בקנין אגב נחשב שהקונה עשה מעשה קנין בגוף המטלטלין או דקנין אגב חל ע"י הקנאת המקנה לבד. ונראה דיש בזה כמה נ"מ בסוגיות דאגב.

איתא בב"ק (קיז:) וז"ל ת"ר הגוזל שדה מחבירו ושטפה נהר חייב להעמיד לו שדה אחר דברי ר' אלעזר, וחכ"א אומר לו הרי שלך לפניך עכ"ל. והגמ' שם מבארת דנחלקו האם קרקע נגזלת או לא. ובהמשך הסוגיא שם יש ברייתא שדנה בגוזל את הפרה וז"ל הגוזל את הפרה ושטפה נהר חייב להעמיד לו פרה דברי ר' אלעזר, וחכמים אומרים אומר לו הרי שלך לפניך, התם במאי קמיפלגי, אמר רב פפא התם במאי עסקינן כגון שגזל שדה מחבירו והיתה פרה רבוצה בו ושטפה נהר, דר' אלעזר לטעמיה ורבנן לטעמייהו עכ"ל. יוצא מהגמ' דאם אדם גוזל קרקע ויש פרה העומדת על הקרקע, לפי ר' אלעזר דקרקע נגזלת הגזלן גזל גם את הקרקע וגם את הפרה והוא חייב באונסין על שניהם.

ולכאורה צ"ב דהרי הגזלן לא נגע בפרה והיאך הוא גזל את הפרה להתחייב באונסין. ורש"י שם (ד"ה פרה רבוצה) פירש דהוא קנה באגב, וז"ל וגזלן לא משכה והוי כקרקעות ולר"א דאמר שדה נגזלת קונה פרה עמה וחייב לשלם דמטלטלין נקנין אגב קרקע ולרבנן לא קנה שדה ולא פרה שבה עכ"ל. לפי רש"י יוצא חידוש גדול דאגב מהני אפי' בלי דעת מקנה על הקרקע או על המטלטלין. והחידוש הזה רק יתכן לפי הצד דבקנין אגב הקונה

[840] ועיין במגיד משנה דביאר דקנין אגב צריך אמירת אגב וקני אבל היכא דצבורין הוא קונה מדין קנין חצר.

עושה מעשה קנין בגוף המטלטלין ע"פ דין, ורש"י סבור דהמעשה הזאת מצד הקונה קונה את החפץ אפי' בלי הקנאת המקנה כלל.[841]

אבל לכאורה פירוש רש"י בסוגיא שם אינו מוכרח. דהרי הגמ' עצמה לא הזכירה קנין אגב בהדיא. ויתכן לפרש דיש דין מיוחד בהלכות גזל דכל דבר דנמצא בתוך החפץ הנגזל נחשב כחלק של הגזילה אע"פ דבהלכות קניינים הוא לא היה קונה את הדבר שבתוך החפץ.[842] ולפי"ז אין צורך לחדש דקנין אגב יכול לקנות אפי' בלי דעת מקנה, אלא דבהלכות גזילה יש דינים מיוחדים ומעשה הגזילה דחל בקרקע לפי ר"א גם מתייחס לפרה הרצובה שם. והצעתי פירוש זה בגמ' לפני אאמו"ר הגר"מ זצ"ל והוא הסכים.

ונראה להוסיף דרש"י בקנין אגב בגזל הוי לשיטתו לפירושו במסכת גיטין. דהרי איתא שם (עז:) דאם הגט נמצא בתוך בית, האשה יכולה לעשות קנין חזקה בבית והגירושין חלין. ורש"י (ד"ה הרי זו חזקה) פירש דהיא קונה את הגט בקנין אגב, וז"ל לקנות שאין המוכר יכול לחזור בו דהשתא קא יהיב לה חצר וגיטה בתוכו ותנן נכסים שאין להם אחריות נקנין עם נכסים שיש להן אחריות בכסף בשטר ובחזקה עכ"ל. וכבר הבאנו לעיל (דף כה: בענין קנין מסירה וקנין משיכה, אות ד') דנחלקו עליו שאר הראשונים דהרי בעינן ונתן בידה וליתא באגב. ולכאורה דברי שאר הראשונים נכונים דבגירושין הקנאה מצד הבעל בלי קבלה מצד האשה אינו מהני. ומזה דרש"י נקט דקנין אגב מהני בגט מוכח דס"ל דבקנין אגב נחשב ע"פ דין שהקונה עשה מעשה קנין בגוף המטלטין. וזה הוי לשיטתו לפירושו בב"ק דקנין אגב מהני אפי' בלי הקנאת המקנה.

ו

קנין אגב בטובת הנאה

וגם יש לעיין בסוגיא דב"מ (יא.) בנוגע לקנין אגב בטובת הנאה. דהגמ' שם הביאה את המעשה ברבן גמליאל וזקנים שהיו בספינה, ולפי דעה אחת בגמ' הוא הקנה את המעשר להם ע"י קנין אגב. ואז הגמ' הקשה וז"ל אמר רבא וכו' וכי לא היה להם סודר לקנות ממנו בחליפין, אלא טובת הנאה אינה ממון לקנות ממנו בחליפין הכא נמי טובת הנאה אינה ממון לקנות על גבי קרקע, ולא היא מתנות כהונה נתינה כתיבא בהו, חליפין דרך מקח וממכר הוא, מטלטלין אגב מקרקע נתינה אלימתא היא עכ"ל.

[841] ועיין בקצוה"ח (סימן ערה סק"א) דגם הוכיח מרש"י הזה דקנין אגב מהני בלי דעת אחרת מקנה. אבל עיין בנתיבות המשפט (סימן רב סק"ב) החולק על הקצוה"ח ונקט דרש"י התכוון לקנין חצר ולא לקנין אגב.

[842] ועיין בזה ברשימות שיעורים לב"ק (עט. תוד"ה או) דרבינו זצ"ל הראה דנחלקו הראשונים האם מעשה גזילה צ"ל מעשה קנין המועיל בכל התורה כולה או יש למעשה גזילה דינים מיוחדים.

הרי מבואר בדברי רבא דטובת הנאה אינה ממון לקנות בחליפין או באגב. והביאור בזה בנוגע לחליפין הוא דאפי' לפני הנתינה המעשר כבר הוי ממון השבט, אלא דלוי מסויים צריך לעשות מעשה קנין כדי שהתבואה תכנס לבעלות הפרטית שלו. וא"כ במעשר ראשון ומעשר עני עיקר הנתינה חלה ע"י מעשה הקנין דהלוי או העני הפרטי ולא ע"י דעת המקנה, דהרי התבואה כבר אינה ברשות הבעלים ודעת המקנה אינו מעלה ואינו מוריד. ולפי"ז מובן למה חליפין - דכל כולו הוי הקנאה מצד גמירת דעת דהבעלים בלי מעשה קנין מצד הקונה - אינו מהני במתנות האלו. ולכאורה רבא סבור דאותה סברא נכונה גם לגבי אגב, כלומר דיש הקנאה מצד המקנה אבל אין מעשה קנין מצד הקונה, ולכן אינו מהני במעשר ראשון ומעשר עני דהוו ממון שבט. ולפי"ז יוצא דבשלב הזה של השקלא וטריא בב"מ, רבא נקט דאין באגב מעשה קנין של הקונה בגוף המטלטלין.[843] **ולפי** הרמב"ם ורש"י דסבורים דלהלכה קנין אגב הוי מעשה קנין של הקונה ע"פ דין, היינו חושבים דהיסוד הזה תהיה דחיית הגמ'. כלומר, דכמו דבב"ב (עז:) בנוגע למכירת שטרות הגמ' הסיקה דאגב לא הוי מילי ולכן הוא מועיל במטבע אע"פ דחליפין אינו מועיל, כמו"כ הכא הגמ' היתה יכולה לחלק ולומר דשאני אגב דקנין דנחשב כמעשה קנין ע"פ דין בתבואה ולכן מובן למה הכהן יכול להכניס את התבואה לרשות הפרטית שלו ע"י אגב ולא ע"י חליפין. אבל הגמ' באמת לא חילקה כך, אלא חילקה בין אגב לבין חליפין לגבי מצות הנתינה. כלומר, דמשמע מדחיית הגמ' דבאמת בדיני ממונות גם חליפין וגם אגב מהני במתנות כהונה כדי להכניס את התבואה לרשות של כהן מסויים אע"פ דאין מעשה קנין מצד הקונה.[844] אלא דבחליפין יש חסרון מצד מצות הנתינה מכיון דדמי למקח וממכר, והחסרון הזה אינו שייך באגב. וא"כ משמע מהשו"ט דהסוגיא בב"מ דאגב באמת דומה לחליפין שחל מצד הקנאת המקנה לבד בלי מעשה קנין מצד הקונה. **אמנם** יל"ע לפי הראשונים הסבורים דבקנין אגב יש מעשה קנין מצד הקונה, האם ג"כ צריך דעת מקנה. לפי רש"י בב"ק דאגב מהני בגזל, מבואר דקנין אגב חל רק כמעשה קנין מצד הקונה בלי דעת מקנה כלל. ונראה דלפי רש"י אגב גם מהני לקנות מהפקר דמאי שנא הפקר מגזל.[845] ולפי רש"י דלא בעינן דעת מקנה כלל באגב אזי קשה לבאר

[843] נראה דרבינו זצ"ל הבין דרבא באמת סבור דטובת הנאה אינה ממון ולכן אינו מהני בחליפין ואגב כמובא בפנים. ויש להעיר דקצוה"ח (סימן ערה סק"א) הביא דברי השטמ"ק דבעצם רבא יכול לסבור דטובת הנאה הוי ממון לשאר דינים, אלא דאינו ממון בנוגע להקנאה ע"י חליפין ואגב וז"ל מפני שאין קנינים אלו חשיבי אלא גריעי עכ"ל. ועוד י"ל ע"פ הגר"ח זצ"ל (לעיל בשיעורים) שחליפין ואגב חלין מדין דעת מקנה דהבעלים, ומכיון שטובת הנאה אינה ממון חסרה בדעת המקנה שלהבעלים כדי להחיל את הקנין.

[844] ועיין בחידושי הריטב"א (ב"מ יא: ד"ה ולא היא) דביאר דלפי המסקנא טובת הנאה הוי ממון ולכן נקנה באגב ובחליפין. אבל עיין במאירי לפי המסקנא אפי' אם טובת הנאה אינה ממון, מ"מ נקנין בחליפין ובאגב.

[845] וכן איתא בקצוה"ח (סימן ערה סק"א).

את השו"ט בב"מ שם, דהרי באגב הכל חל מצד הקונה ואילו בחליפין הקנין חל מצד המקנה, ולמה הגמ' השווה ביניהם.

אבל יתכן דהרמב"ם והתוס' נקטו כמו רש"י דבקנין אגב יש מעשה קנין מצד הקונה, ומ"מ ס"ל דקנין אגב גם בעי דעת מקנה. דהרי י"ל דאע"פ דבאגב יש מעשה קנין דהקונה ולכן מצד הקנין עצמו היה אפשר לקנות מהגזל או מהפקר באגב, מ"מ כדי שקנין אגב יחול בעי צירוף בין המטלטלין לבין הקרקע. והצירוף הזה נוצר רק ע"י דעת המקנה המצרפת את שניהם ביחד ולכן תמיד בעינן דעת מקנה.

וא"כ נראה לבאר דרבא סבור דהישראל אינו הבעלים של התבואה ואין חלות דעת מקנה בנתינת מעשר ראשון או מעשר עני. ואם אין חלות דעת מקנה אזי אין חליפין ואגב מועילים, אבל מטעמים שונים. דקנין חליפין אינו מהני משום דחליפין חל ע"י גמירת דעת דהמקנה ואם אין דעת מקנה אזי חסר כל היסוד של הקנין. ולגבי אגב, אע"פ דיש מעשה קנין ע"פ דין מצד הקונה, מ"מ בלי חלות דעת מקנה חסר הצירוף בין המטלטלין והקרקע דצריך אותו כדי שאגב יחול.

ואז הגמ' דחתה דבאמת יש חלות דעת מקנה בטובת הנאה. ולכן מצד דיני ממונות קנין חליפין מהני, אבל יש חסרון במצות נתינה, וכמו"כ דעת המקנה יוצרת הצירוף בין המטלטלין והקרקע כדי שהקונה יכול לעשות מעשה קנין דמתייחס לשניהם בקנין אגב. ולפי הביאור הזה יוצא דבאגב הקנין חל ע"י מעשה הקנין של הקונה במטלטלין אבל עדיין בעינן דעת מקנה מטעם צירוף. ולכן מובן למה הגמ' השוותה בין קנין אגב לבין קנין חליפין, דשניהם צריכים דעת מקנה מיוחדת, אע"פ דהצורך לדעת המקנה הוא מטעמים אחרים.

גמ'. איבעיא להו שדה במכר ומטלטלין במתנה מהו.

ונראה לבאר דספיקת הגמ' תלויה בב' נקודות: א) האם דעת מקנה במכר ובמתנה הויא אותה חלות שם דעת מקנה או שהן ב' חלויות דעת שונות, ב) האם דעת מקנה באגב הוי דעת מקנה דקנין או דחל כמצרף בין הקרקע לבין המטלטלין אבל אינה חלק מגופו של הקנין. דהרי ביארנו לעיל (דף כו. ד"ה רב אשי אמר) דנחלקו בעלי התוס' האם דעת מקנה דמכר ומתנה מהווין אותה חלות שם דעת מקנה. ואם הן אותה חלות שם דעת אזי מסתבר דקנין אגב דמכר ומתנה ביחד חל דהרי זה דומה לקנין אגב דעלמא דיש למקנה דעת מקנה לקרקע ולמטלטלין והקונה מחזיק בקרקע. אבל אם עצם דעת מקנה דמכר שונה מדעת מקנה דמתנה, אזי דין קנין אגב הזה תלוי בדין של דעת המקנה בקנין אגב. דהרי אם קנין אגב חל ע"י הקנאת המקנה לבד אזי מסתבר דצריך להיות חלות

דעת מקנה אחת. אבל אם כל התפקיד דדעת מקנה הוי ליצור צירוף בין המטלטלין לבין הקרקע, אזי י"ל דצירוף כזה נוצר גם אם דעת מקנה דמכר בעלמא שונה מדעת מקנה דמתנה דעלמא דהרי סוף סוף המקנה רוצה להקנות את שניהם ביחד לאדם אחד. ומכיון דיש צירוף אזי הקונה יכול לקנות בקנין אגב ומעשה הקנין שלו חל בין לקרקע ובין למטלטלין.

גמ'. איבעיא להו שדה לאחד ומטלטלין לאחר מהו.

ונראה לבאר דהגמ' נסתפקה האם הגדר דקנין אגב הוא דאדם העושה מעשה קנין בגוף הקרקע קונה נמי במטלטלין או"ד דאדם הזוכה בקרקע זוכה נמי במטלטלין. דלפי הצד הראשון י"ל דמכיון דאדם הקונה את הקרקע עושה מעשה קנין בגוף הקרקע אזי מעשה הקנין גם כן מהני להקנות את המטלטלין אפילו לאדם השני. והאדם דעושה את מעשה הקנין זוכה את המטלטלין בעד השני בתורת זכייה או שליחות. אבל לפי הצד השני דקנין אגב חל לאדם הזוכה בקרקע, אזי מכיון דמי שקונה את הקרקע אינו קונה את המטלטלין קנין אגב אינו מהני.

ויש להטעים את ב' הצדדים ע"פ היסודות הנ"ל בקנין אגב. דאם קנין אגב חל מצד הקנאת המקנה בלי מעשה קנין במטלטלין, פשיטא דשדה לאחד ומטלטלין לאחר אינו מהני, דהרי יש ב' חלויות שונות של דעת מקנה לשני אנשים ואין זה מהני לקנין אגב. אבל אם דעת המקנה רק נצרכת ליצור צירוף בין הקרקע והמטלטלין, וקנין אגב באמת חל ע"י מעשה קנין של הקונה בגוף המטלטלין ע"פ דין, אזי יש מקום לב' הצדדים. דהרי מצד אחד יתכן דמעשה החזקה של מי שקונה את השדה גם מתייחס למטלטלין והוא יכול לזכות במטלטלין בעד האדם השני. אבל גם י"ל דההחידוש הזה דמעשה קנין בקרקע מתייחס למטלטלין רק חל היכא דיש צירוף ביניהן כמו היכא דנקנין לאדם אחד. אבל היכא דהקרקע והמטלטלין הולכין לב' אנשים שונים, אזי חסר הצירוף בין הקרקע והמטלטין וקנין אגב אינו חל.

גמ'. ואי בעית אימא שאני ר' עקיבא דיד עניים הוה.

לכאורה תירוץ הגמ' צ"ב. דהרי מסברא ניתן לומר דהדין דיד עניים הוה חל בנוגע למעמד שלשתן, כלומר דאע"פ דאין עניים בפנינו הגבאי צדקה עומד במקום העניים. וכן איתא בב"ק (לו:) וז"ל אמר ליה ההוא גברא הואיל ופלגא דזוזא הוא לא בעינא, נתביה לעניים, הדר אמר ליה נתביה ניהלי איזיל ואברי ביה נפשאי, א"ל רב יוסף כבר זכו ביה עניים, ואף על גב דליכא עניים הכא אנן יד עניים אנן עכ"ל. ורוב הראשונים פירשו דרב יוסף קונה לעניים מדין מעמד שלשתן. אבל לכאורה בסוגיא דידן קשה להבין היאך יד עניים

מהני לפי הצד דקרקע לאחד ומטלטלין לאחר אינו קונה. דהרי סוף כל סוף רבן גמליאל רצה שהעניים יקנו את התבואה ורבי עקיבא יקנה את הקרקע. וזה שרבי עקיבא גם פועל כגבאי צדקה בקניינים אחרים לכאורה אינו מעלה או מוריד לקנין אגב כאן שהולך לב' בני אדם. וצ"ע.[846]

גמ'. אמר רבא לא שנו אלא שנתן דמי כולן, אבל לא נתן דמי כולן, לא קנה אלא כנגד מעותיו.

הגמ' השווה בין הצורך לתת דמי כולן בקנין אגב לבין היכא דהלוקח רוצה לקנות כמה שדות דאינן סמוכות במעשה חזקה אחד. ולכאורה י"ל שזה הוי דין בסמיכות דעת, דהיינו דאין המוכר סומך דעתו להקנות את המטלטלין או את כל השדות אם הוא לא מקבל את כל הדמים. אבל לכאורה קשה להבין את הדין דרבא כך, דהרי כבר למדנו לעיל (כו.) דאדם הקונה שדה בשטר צריך לתת את דמי השדה דאל"כ אין גמירת דעת מצד המוכר (עיין ברש"י שם ד"ה עד שיתן). ולא נראה דהסוגיא כאן חוזרת על אותו יסוד. אלא נראה דיש דין מיוחד דנתינת דמים דשייך בקנין אגב ובקנין עשר שדות שאינן סמוכות אפי' אם יש סמיכות דעת מצד המקנה להקנות את כולם.

ונראה לבאר ע"פ הנ"ל דבקנין אגב בעינן צירוף בין המטלטלין והקרקע. וניתן ליצור את הצירוף הזה בדרכים שונים. היכא דהבעלים מקנה את השדה והמטלטלין בתורת מתנה, אזי סגי בדעת המקנה להיות המצרף בין הקרקע והמטלטלין. אבל בהיכי תמצי דמכירה דהקונה צריך לתת דמים, אזי בנוסף לדעת מקנה בעינן גם נתינת הדמים כדי לצרף את הקרקע והמטלטלין לאותו קנין. והו"ה נמי בדין דשמואל, דהיכא דיש עשר שדות דאינן סמוכות צריך צירוף בין השדות כדי שמעשה קנין בשדה אחד יחול גם על השדה השני. ולפיכך צריך נתינת כסף כדי לצרף את כל השדות לחלות קנין אחד.[847] וזה כוונת רש"י (כז: ד"ה במה דברים) דכתב וז"ל דקנה בחזקה דשדה זו את שדה אחרת שאינה סמוכה לה בזמן שנתן לו כו' ומטלטלין הנקנין עם קרקע נמי כשדה שאינה סמוכה לה דמי והיינו דרבא עכ"ל. כלומר, דכל היכא דאדם עושה מעשה קנין בדבר אחד ורוצה

[846] אולי י"ל דשאני דין גבאי צדקה דהוי מינוי ב"ד על ממונם של העניים וידו כידם ממש, ודין יד עניים אנן אינו חלות דין זכייה ושליחות דעלמא אלא חלות דין מינוי ושררה, ולכן קנין הקרקע לרבי עקיבא וקנין דהמטלטלין לעניים מצטרפים ביחד לאגב כי רבי עקיבא שוה לעניים עצמם מחמת מינויו כגבאי. וי"ל דזה כוונת רש"י (ד"ה דיד). ועוד י"ל דר"ע שכר אף את גוף הקרקע בעבור העניים מדין גבאי.

[847] והשווה לדברי הרשב"ם (ב"ב נג: ד"ה אותה קנה) דביאר דצריך נתינת דמי כולם לעיקר חלות הקנין ולא רק לגרום סמיכות דעת, וז"ל וכדמפרש התם בברייתא בד"א שקנה כולן שנתן לו לוקח למוכר דמי כולן דכולהו אשתעבוד ליה ללוקח בשביל מעותיו אהני חזקת אחת מהן לקנות כולן אבל לא נתן לו דמי כולן לא קנה אלא כנגד מעותיו עכ"ל.

לקנות גם דבר אחר (כמו המטלטלין בקנין אגב או שדה דאינה סמוכה בקנין חזקה), צריך לצרפם ביחד. ונתינת כל הדמים גורם הצירוף.

ועיין ברשב"א (כז: ד"ה בד"א) דהעיר דלפי רבא בעינן נתינת דמים בקנין אגב אפי' היכא דהקנין היה חל בלי נתינת כל הדמים בקנין דעלמא, כגון היכא דהמוכר לא עייל ונפיק אזוזי. ורשב"א הסביר את החילוק בין המטלטלין בקנין אגב לבין קנין חזקה דעלמא, וז"ל אבל בנקנין באגב כיון שאינן נקנין מחמת עצמן אלא מחמת חזקת הקרקע אמרו שלא קנה עד שיתן דמי כולן עכ"ל. וכוונתו היא כנ"ל, דמכיון דהוא עושה מעשה הקנין בקרקע ולא במטלטלין ומ"מ רוצה שהמעשה קנין שלו תחול גם על המטלטלין, צריך ליצור צירוף בין הדברים, ונתינת דמי כולם חל כמצרף.[848]

ובהמשך דבריו הרשב"א חידש דבאמת יש היכי תמצא של מכירה שלא צריכים לתת דמי כולם, וז"ל ומיהו בשפירש לו קני קנין גמור אגב קרקע, א"נ בעשר שדות קני השאר בחזקתה של זו קני, דהא במתנה דליכא דמי קני ליה אגב קרקע והאי נמי כיון דפריש דכותה היא עכ"ל. כלומר, דאם המוכר אמר במפורש שהלוקח יכול לקנות בלי לתת כל הדמים אזי חל על המכירה הזאת דין דמתנה והלוקח יכול לקנות הכל במעשה קנין אחד אפי' בלי נתינת הדמים. ולכאורה לפי הנ"ל צ"ב דהרי ביארנו דבמכר ע"פ דין צריך נתינת דמי כולם מיד בתורת מצרף. ונראה לבאר דשהמוכר אומר דהקנין יחול על כל השדות או על קרקע והמטלטלין בלי נתינת דמי כולם הוא אינו מוותר על הדמים אלא בעצם אומר כאילו התקבלתי את דמי כולם. והרשב"א חידש דכשהמוכר אומר כאילו התקבלתי דמי כולם אזי זה גם יכול לצרף את כל הדברים הנקנין לחלות קנין אחד.

אמנם עיין ברמב"ם דהביא את הדין דנתינת דמי כולם רק בקנין חזקה בשדות דאינן סמוכות (פרק א מהלכות מכירה הל"כ), אבל לא לגבי קנין אגב. וצ"ע, דהרי הגמ' השווה ביניהם. וגם דמסברא ראוי שיהא להם אותו דין צירוף דנתינת דמים כנ"ל.[849]

---

[848] לכאורה מהמשך דברי הרשב"א עולה סברא אחרת. דהרי כמו שרבינו הביא בפנים, הרשב"א חילק בין היכא דהמוכר אינו עייל ונפיק אזוזי לבין היכא דאמר במפורש שהקונה יכול לקנות את כולם בלי נתינת הדמים. וכתב הרשב"א וז"ל ואע"ג דכי לא עייל ונפיק אזוזי לא קני כדכתבינן, התם הוא דאיכא למימר דאע"ג דלא עייל ונפיק לאו משום דסמכא דעתי' וניחא לי' דליקני בלא נתינת דמים אלא משום דמסבר סבר כי לא אחזיק במטלטלין או בשאר שדות מאי איעול ומאי אטרח אזוזי כי בעי להו מינאי אנא שקילנא דמי אבל כי אמר ליה בפי' קני קני עכ"ל. ומשמע מדבריו שהכל תלוי בסמיכות דעת דהמוכר, ודו"ק.

[849] ועיין במגיד משנה (פרק ג מהלכות מכירה הל"ח) דתירץ דהרמב"ם הבין דהדין דנתינת דמי כולם בקנין אגב הויא אותה הלכה של נתינת הדמים היכא דקנה שדה אחת בשטר דהסוגיא דלעיל. ולכן הרמב"ם לא חזר על ההלכה הכללית בקנין אגב. וקושיית רבינו זצ"ל היא לשיטתו דב' הסוגיות הוו ב' דינים שונים כנ"ל.

דף כז:

גמ'. דאמר שמואל מכר לו עשר שדות בעשר מדינות, כיון שהחזיק באחת מהן קנה את כולן.

הדין של שמואל נאמר באדם שלוקח עשר שדות שאינן סמוכות זה לזה בקנין חזקה. ונחלקו הראשונים האם גם במתנה אמרינן דקנין חזקה בשדה אחת קונה שדה שאינה סמוכה לה. דהרמב"ם (פרק א מהלכות מכירה הל"כ) הביא את הדין דשמואל ואז הוסיף, וז"ל במה דברים אמורים שנתן דמי כולן, אבל אם לא נתן דמי כולן לא קנה אלא כנגד מעותיו, לפיכך אם היו הכל במתנה קנה כולן עכ"ל. ומבואר בדבריו דהדין דשמואל שייך גם למתנה. אבל התוס' בב"ב (נג: ד"ה אותה) הבינו דהדין דשמואל נאמר רק היכא דשייך לתת דמי כולם כמו במכר, וז"ל והא דאמרי' בפ"ק דקדושין (כז.) גבי עשר שדות בעשר מדינות החזיק באחת מהן קנה כולן התם בנותן לו דמי כולן והכא בנכסי הגר או במתנה ואע"ג דאין מחוסרין דמים מכל מקום לא הוי כמכר שנתן לו דמי כולן עכ"ל. ואף ברא"ש (ב"ב פרק ג' סימן ס) איתא כמו התוס'.[850] וצ"ב במאי קמיפלגי הרמב"ם והתוס'.

ונראה לבאר דנחלקו בגדר המצרף דנצרך בקניית שדות דאינן סמוכות. דהרמב"ם נקט דהוא דומה למש"כ לעיל בנוגע לקנין אגב, דשיעור הצירוף תלוי בהיכי תמצי. דהיינו דהיכא דיש אפשרות לצרף את הדברים השונים בנתינת דמים כמו במכר אזי צריך לתת דמי כולם, אבל היכא דאי אפשר לצרפם ע"י נתינת דמים כמו במתנה, אזי סגי בצירוף שנוצר ע"י דעת המקנה. אבל התוס' סברו דרק באגב סגי בצירוף דדעת המקנה דהרי כל המקור של התוס' איירי במתנה ומוכח מזה דאפשר לצרף את הקרקע והמטלטלין ביחד ע"י דעת מקנה בלבד. אבל בקניית שדות שאינן סמוכות ע"י חזקה דאין מקור מפורש דחל במתנה, אזי הסברא נותנת דצריך הצירוף החזק של נתינת דמי כולם ובלי זה א"א לקנות את כל השדות במעשה אחד.[851] אבל עדיין מחוסר ביאור מ"ש דין מתנה באגב דחל בלי נתינת דמים, מעשר שדות דלא חל הקנין במתנה בלי דמים, וצ"ע.

[850] לכאורה יש מקום לחלק בין הרא"ש לבין התוס'. דהרי לפי התוס' משמע דאין מקום כלל לקנות שדות דאינן סמוכות במתנה, ומשמע כביאור רבינו זצ"ל בהמשך דבעינן נתינת הדמים בתורת מצרף. אבל עיין ברא"ש (שם) דכתב וז"ל אבל במכר אם נתן דמי כולן אפילו בעשר מדינות קנה כולן ובמתנה יראה דהוו כמו מכר ולא נתן דמי כולן אבל אם אמר לו החזק באחת מהן וקנה כולן קנה כולן עכ"ל. ומזה דכתב דאם המוכר אמר במפורש דהקנין חל אפי' במתנה, משמע דמעיקר הדין לא צריך הדמים בתורת מצרף אלא דהוי דין בסמיכות דעת, ודו"ק. אבל עיין בהמשך דרבינו זצ"ל ביאר שיטה כזאת (דעת הרשב"א) ע"פ הסברא שלו דנתינת דמי כולם הויא דין בצירוף.

[851] אולם עיין בסמ"ע (סימן קצב סקכ"ד) דביאר אפי' שיטת התוס' והרא"ש ע"פ הסברא דסמיכות דעת וז"ל טעמייהו, דכיון שלא קיבל ממנו כלום מסתמא דעתו של הנותן שיהא הברירה בידו לחזור בו כל זמן שלא קנאהו המקבל עכ"ל.

ובנוגע לשכירות, כו"ע מודו דהדין דשמואל קיים אולם נחלקו הראשונים האם בעינן נתינת מעות או לא. דהרמב"ם (פרק א מהלכות מכירה הל"כ) כתב וז"ל וכן בשכירות כיון שהחזיק באחת מהן קנה כולן כל זמן השכירות, היו מקצת הקרקעות במכר ומקצתן בשכירות, כיון שהחזיק בין במכירה בין בשכירות קנה הכל עכ"ל. והכס"מ דייק דבשכירות לא בעינן נתינת כל הדמים, וז"ל ונראה מדברי רבינו שכתב וכן בשכירות כיון שהחזיק באחת מהן וכו' דלא משוה שכירות למכר אלא לענין זה בלבד אבל לא לענין שצריך לתת דמי כולן דבשכירות אפילו לא נתן דמים קנה בחזקה וטעמא משום דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף עכ"ל. ולכאורה נראה לבאר כי הרמב"ם לשיטתו בנוגע למתנה, דהיינו דהיכא דהכסף אינו שייך אזי הדין דשמואל חל אפי' בלי נתינת דמים. ומתנה ושכירות שווים בזה דנתינת הדמים אינו שייך בשעת הקנין, דהרי במתנה אין נתינת דמים כלל ושכירות הדמים אינה משתלמת אלא לבסוף, ולכן הצירוף חל בלי נתינת דמי כולם.

ועיין בשו"ע (חו"מ סימן קצב סעיף יב-יג) דדן במכר מתנה ושכירות וז"ל המוכר לחבירו עשר שדות בעשר מדינות, כיון שהחזיק באחד מהם, קנה כולם, ואפי' היתה אחד מהם הר גבוה והשנית מצולה, שהרי אין תשמיש של זו כתשמיש של זו, בד"א שנתן דמי כולם אבל אם לא נתן דמי כולם, לא קנה אלא כנגד מעותיו, לפיכך אם היו הכל במתנה קנה כולם. הגה: ויש חולקין במתנה (טור בשם הרא"ש). והוא הדין בעשרה בתים, או בית ושדה, דינן כעשרה שדות. וכן בשכירות, כיון שהחזיק באחד מהם קנה כולם כל זמן השכירות. הגה: ובשכירות לא בעינן שנתן דמי כולן, דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף (בית יוסף) עכ"ל.

ולכאורה פסקי המחבר עולים יפה ביחד. דהרי הוא פסק כהרמב"ם דבמתנה הדין דשמואל חל אפי' בלי נתינת דמים מכיון דא"א לתת את הדמים. אבל בשכירות, אע"פ דאין שכירות משתלמת אלא לבסוף, מ"מ כיון דשייך נתינת דמים מלכתחילה אזי י"ל דצריך לתת את הדמים בתחילה כדי לצרף אל כל השדות ביחד. אבל לכאורה קשה להבין את פסקי הרמ"א. דהרי אם במתנה הוא הביא את דעת הרא"ש דהדין דשמואל אינו שייך במתנה מפני דא"א לתת את דמי כולם, היאך בשכירות הוא הביא את הפירוש דהכס"מ ברמב"ם דהקנין בכל השדות חל בלי נתינת דמים מכיון דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף. וכן הקשה הגר"א (ביאור הגר"א שם סקכ"ב) וז"ל צ"ע לדעת הרא"ש שדוקא דמים מקודם צריך ליתן ואף במתנה לא קנה מאי עדיפא דשכירות עכ"ל.

וצ"ל דיש לרמ"א חידוש בהלכות צירוף. דהיינו, דבמכר, דהחיוב לתת את דמים בפועל חל בתחילה, אזי הלוקח צריך לתת את דמי כולם בפועל לצרף את השדות לקנין אחד. אבל בשכירות, מכיון דאינה משתלמת אלא לבסוף והשוכר לא ישלם בפועל בתחילה, י"ל דעצם חיוב הדמים דאכן חל בתחילה חל כדבר המצרף. אבל במתנה דאין דמים בכלל – לא תשלומין ולא חיוב – אזי הרמ"א נקט כמו הרא"ש דחסר דבר שמצרף את כל השדות לקנין אחד ולכן כל הדין דשמואל אינו קיים.

גמ'. אמן על האלה, אמן על השבועה.

עיין ברש"י דפירש וז"ל על האלה - ירכך נופלת וגו', השבועה - שהיה משביעה הכהן ואומר משביעני עליך שלא נטמאת כדכתיב (במדבר ה) והשביע אותה עכ"ל. ונראה מדברי רש"י דהאלה והשבועה הוו ב' דברים שונים. וכן משמע מהפסוקים עצמם דנראה דיש ב' דברים שונים דהכהן אומר לאשה (במדבר פרק ה פסוק יט-כב) וז"ל והשביע אתה הכהן ואמר אל האשה אם לא שכב איש אתך ואם לא שטית טמאה תחת אישך הנקי ממי המרים המאררים האלה, ואת כי שטית תחת אישך וכי נטמאת ויתן איש בך את שכבתו מבלעדי אישך, והשביע הכהן את האשה בשבעת האלה ואמר הכהן לאשה יתן יהוה אותך לאלה ולשבעה בתוך עמך בתת ה' את ירכך נפלת ואת בטנך צבה, ובאו המים המאררים האלה במעיך לצבות בטן ולנפל ירך ואמרה האשה אמן אמן, וכתב את האלת האלה הכהן בספר ומחה אל מי המרים עכ"ל. וככה גם עולה בפשטות מהגמ' בסוטה (יח.) דמפרשת את הפסוקים האלו, וז"ל א"ר זירא אמר רב, ב' שבועות האמורות בסוטה למה וכו' אלא אמר רבא אחת שבועה שיש עמה אלה, ואחת שבועה שאין עמה אלה, היכי דמי שבועה שיש עמה אלה וכו' אלא אמר רב אשי משביעני עליך שלא נטמאת, ואם נטמאת יבואו ביך עכ"ל. והרי מבואר דהגמ' הבינה דהכהן משביע אותה פעמיים, פעם אחת בשבועה סתם ופעם שנייה בשבועה דיש עמה אלה.

מאידך הרמב"ם (פרק ג מהלכות סוטה הל"ז) הבין את כל הענין באופן אחר וז"ל ואחר כך משביעה הכהן בלשון שהיא מכרת ומודיעה בלשונה שלא גרם לה אלא קינוי וסתירה שקנא לה בעלה ונסתרה ואומר לה בלשון שהיא מכרת אם לא שכב איש אותך ואם לא שטית טומאה תחת אישך הנקי ממי המרים המאררים האלה ואת כי שטית תחת אישך וכי נטמאת ויתן איש בך את שכבתו מבלעדי אישך יתן ה' אותך לאלה ולשבועה בתוך עמך בתת ה' את ירכך נופלת ואת בטנך צבה ובאו המים המאררים האלה במעיך לצבות בטן ולנפיל ירך, והיא אומרת אמן אמן בלשון שהיא מכרת, ומודיעה שהבטן היא תלקה תחלה והירך בסוף כדי שלא להוציא לעז על המים עכ"ל. הרי מבואר מלשון הרמב"ם

דהכהן רק משביע אותה פעם אחת עם שבועה דכולל את כל דמבואר בפסוקים: שבועה על העבר וקללה בעתיד.

וצריך לדחוק דהרמב"ם הבין את הסוגיא בסוטה דיש שבועה אחת עם ב' חלקים אע"פ דזה אינו הפירוש הפשוט בגמ' שם.[852] ואולי י"ל דמפני זה הרמב"ם הוסיף בתחילת ההלכה דהכהן צריך להודיע לה שלא גרם לה אלא קינוי וסתירה וכו', דלכאורה מה הצורך להוסיף את זה, הרי פשיטא לאשה ולכל העולם דהיא שותה את המים בגלל הקינוי והסתירה. אלא י"ל דהרמב"ם רצה להדגיש דהשבועה הזאת דהוי אלה וקללה על העתיד גם כולל חלק של שבועה דעלמא דחל כמברר על העבר בנוגע למה שקרה בתוך הסתירה.

ועיין בפירוש רש"י עה"ת (במדבר פרק ה פסוק יט) על השבועה הראשונה וז"ל והשביע אותה וגו' - ומה היא השבועה אם לא שכב הנקי, הא אם שכב חנקי [לא תנקי], שמכלל לאו אתה שומע הן, אלא שמצוה לפתוח בדיני נפשות תחלה לזכות עכ"ל. ונראה דרש"י עה"ת פירש את הפסוקים כמו הרמב"ם דיש רק שבועה אחת דכולל שבועה ואלה דהרי רש"י הכניס את האלה לתוך השבועה הראשונה. וצ"ע בדעת רש"י עה"ת, למה הוא לא פירש את הפסוקים כפשוטם וכמו הפשטות דהגמ' בסוטה, וכפירוש רש"י עצמו בסוגיא דידן דיש ב' דברים שונים: שבועה דעלמא ובנוסף לזה שבועה דיש עמה אלה, וצ"ע.[853]

תוד"ה אלא דקני לה כשהיא ארוסה וקא משקי לה כשהיא נשואה.

התוס' דייקו מלשון הגמ' דבעצם קינוי וסתירה מהני בארוסה והגזה"כ דתחת אישך הויא רק דין בהשקאה. אלא דמ"מ הגמ' הסיקה דאין משקין אותה כשקינוי וסתירה היו באירוסין מפני טעם אחר, דהיינו דהבעל אינו מנוקה מעוון אם בא עליה. והתוס' הקשו דהיאך הגמ' יודעת דסתירה בארוסה מהני מעיקר הדין, אולי הגזה"כ דתחת אישך שייך גם לסתירה עצמה, וז"ל ואם תאמר מנ"ל לפרושי קרא הכי הא טומאה תחת אישך משמע שהסתירה היתה בנישואין עכ"ל, ועיי"ש מה שתירצו.

[852] עיין בחזון יחזקאל (פרק ב הל"א) דביאר דהרמב"ם פסק כרב בסוגיא שם דחולק על כל המהלך דיש ב' שבועות שונות.

[853] לכאורה רש"י לוקח את פירושו לתורה מהגמ' לקמן (סב.) דמביא את הפירוש חנקי על המלה הנקי דנמצא בשבועה הראשונה דסוטה. והראשונים שם כבר הקשו דהרי לפי הגמ' בסוטה השבועה הראשונה היא שבועה שאין עמה אלה והיאך הגמ' דייקה את הקללה שלה בתוך השבועה הזאת. ועיין ברשב"א וז"ל וא"ת א"כ שבועה שיש בה אלה היא ובמס' סוטה (יח.) אמרינן דשתי שבועות הללו למה חד לשבועה שיש בה אלה וחד לשבועה שאין בה אלה, איכא למימר דאלה דהנקי לא מיפרשא בהדיא וכו' עכ"ל. וא"כ יתכן דרש"י עה"ת באמת סבור כמו דפירש על הש"ס דיש ב' שבועות שונות ומ"מ הוא הכניס את הדיוק דחנקי לתוך השבועה הראשונה כמו שביאר הרשב"א.

ונראה דיש לתרץ את קושייתם באופן אחר. דהרי מסברא ראוי לומר דיש לסתירת ארוסה אותה הדין דסתירת נשואה, דהרי אין הבדל באיסור זנות שלהם. דהרי זנות דארוסה וזנות דנשואה הוו אותו לאו של לא תנאף ושניהם חייבים מיתה, בשניהם הוולד ממזר, ויש להם אותה חלות שם זנות. אלא דיש הבדל מסויים בעונש דארוסה דזינתה חייבת סקילה ונשואה דזינתה חייבת חנק אבל אין זה משנה לגבי עצם האיסור והחלות שם זנות. וא"כ מסתבר דחלות שם סתירה, דתלוי באיסור זנות, גם חלה בארוסה כמו בנשואה.

ולפי המבואר דחל קינוי וסתירה בארוסה מכיון דיש בה איסור זנות גמור, לכאורה יש להקשות על דברי התוס' לקמן (ד"ה הכי גרסי'). דבסוף התוס' הקשו למה עולא למד גלגול שבועה מזה דמשביעין אותה אמן שלא סטיתי ארוסה, הרי גם אפשר ללמוד גלגול שבועה על זה דהיא נשבעה שלא סטיתי מאיש אחר, וז"ל וא"ת ועולא אמאי לא מפיק גלגול שבועה מאמן מאיש זה ומאיש אחר, וי"ל דמהא לא נפקא דמגלגלין על קרקעות דהא דמגלגלין שבועה מאיש אחר היינו משום דאותו איש אחר שייך בו שבועה אם קינא אבל קרקע דלא שייך בה שבועה כלל אימא לא מגלגלין אבל השתא דמדמינן גלגול שבועה דקרקע לגלגול דארוסה ניחא שפיר דלגבי ארוסה נמי לא שייך בה שבועה אלא ע"י גלגול דוקא כדפרישית עכ"ל. יוצא מהתוס' דארוסה מופקעת משבועת הסוטה יותר מאדם אחר, ולכן רק ניתן ללמוד דגלגול שבועה מהני בקרקע מהא דמשביעין את הסוטה דלא סטיתי ארוסה. ולכאורה צע"ג דלפי מה דביארנו לעיל יש לדחות דהרי בעצם כל דיני סוטה כמו קינוי וסתירה שייכים לארוסה כמו נשואה אלא דאי אפשר להשקות אותה על הסתירה בשעת אירוסין בגלל דין צדדי של מנוקה מעון. וא"כ עדיין יש לומר דהא דמשביעין הסוטה דלא סטיתי ארוסה אינו יכול להיות המקור דמגלגלין שבועה לקרקע דמופקע לגמרי מהלכות שבועות.

גמ'. אמן שלא סטיתי ארוסה ונשואה ושומרת יבם וכנוסה.

פשיטא דהבעל רק יכול לגלגל עליה שבועה על איסור זנות דשייך להשקאת הסוטה, ומשו"ה נ"ל דמזה דהיא נשבעה שלא סטיתי שומרת יבם מוכח דהאיסור דיבמה לשוק חל מפאת האישות ולא מהווה חלות איסור ביאה דעלמא. וזה שיש חלות אישות בשומרת יבם גם עולה משיטת ר"א במסכת נדרים (עד.) דהיבם מיפר הנדרים דשומרת יבם, וגם מהצד בגמ' (יבמות צב:) דאין קידושין תופסין בה.

ברם לכאורה עדיין קשה להבין דהאיסור דיבמה גורם לה את הקללות דסוטה דהרי אע"פ דיתכן דהאיסור לשוק חל מפאת חלות האישות דיש בה, מ"מ נראה דהאיסור

דיבמה לשוק הוי איסור קלוש בהשוואה לאיסור זנות דאשת איש, דהרי האיסור דיבמה לשוק אינו מלא תנאף כמו ארוסה או נשואה אלא נלמד מהפסוק דלא תהיה אשת המת החוצה לאיש זר (יבמות צב:). וגם אין לה עונש מיתה אלא רק מלקות בלבד ואין הוולד ממזר.[854] ואם האיסור דיבמה לשוק חלוק ביסודו מהאיסור של זנות דאשת איש, אזי יש לעיין בזה דביאת שומרת יבם לשוק כלולה היא בשבועות דסוטה הגורמות את הקללה.

ונראה דזהו ההו"א דהגמ' בסוטה, וז"ל אמר רב המנונא שומרת יבם שזינתה אסורה ליבמה, ממאי מדקתני שומרת יבם וכנוסה, אא"ב אסירה משום הכי מתנה בהדה, אלא א"א לא אסירה היכי מתנה בהדה והתנן זה הכלל כל שאילו תיבעל ולא תהא אסורה לו לא היה מתנה עמה, אמרי במערבא לית הילכתא כרב המנונא, אלא הא דקתני שומרת יבם וכנוסה, הא מני ר"ע היא דאמר אין קידושין תופסין בחייבי לאוין ומשוי לה כי ערוה עכ"ל. הגמ' העלה ב' פירושים בהמשנה דהבעל משביע אותה על זנות של שומרת יבם: א) דזה כפי רב המנונא דשומרת יבם שזינתה אסורה לבעלה, ב) כרבי עקיבא דמשוי איסור לאו לאיסור כרת. ונראה דרב המנונא נקט דאע"פ דיש הבדלים בין האיסור דיבמה לשוק לבין האיסור זנות דאשת איש, מ"מ יש בהם אותו חלות שם זנות האוסרתה לבעלה וליבם ומסתבר להשוותם. ולכן רב המנונא הבין את המשנה כפשוטה, דהיינו דלכו"ע האיסור דיבמה לשוק גורם לקללות דסוטה וגם לפי דעתו שומרת יבם שזינתה אסורה ליבמה כמו אשת איש דזינתה. אבל מסקנת הגמ' הוא כמערבא דפירשו את המשנה כרבי עקיבא דהשווה בין איסורי לאוין לאיסורי כרת באופן כללי. אבל החכמים סבורים דאין האיסור דיבמה לשוק אוסר אותה ליבם וגם דזנות שלה אינה שייכת לדיני סוטה כלל. והביאור הוא כנ"ל, דאע"פ דיש בזיקה חלות שם אישות, מ"מ אין לה אישות גמורה ולכן הלאו דיבמה לשוק חלוק ביסודו מהאיסור זנות דאשת איש.[855]

גמ'. ומה סוטה שלא ניתנה להתבע בעד אחד.

יש דיני קינוי וסתירה בזה"ז, ומכיון דאין השקאת סוטה לברר את הדבר אחרי קינוי וסתירה האשה נשארת אסורה לבעלה לעולם מדין ספק סוטה. והיה מעשה בהרב אליהו חיים מייזלש זצ"ל (הרב דלודז') שאמר לאשתו דהוא לא רצה שפלוני מסויים יכנס לביתם מכיון דהוא היה אדם חשוד, והלשון של הרב אליהו חיים היה נשמע כקינוי. ויום א'

[854] זה לפי רוב הראשונים, עיין למשל ברמב"ם (פרק ג מהלכות יבום וחליצה הלי"ט). אבל עיין באו"ז (הלכות יבום סי' תרמז) דהולד הוי ספק ממזר. ועיין ביבמות (מט:) דלכאורה יש ב' דעות בגמ' בנידון וז"ל תניא נמי הכי הכל מודים, בבא על הנדה ועל הסוטה ועל שומרת יבם שאין הולד ממזר, ואביי שומרת יבם מספקא ליה אי כרב אי כשמואל עכ"ל. וע"ע בשיעורים לקמן (סז: ד"ה אשת איש).

[855] ובנוגע לגדר דשומרת יבם והאיסור יבמה לשוק ע"ע ברשימות שיעורים ליבמות (ב. עמוד כו-כז, יז: בענין יש זיקה ואין זיקה).

האדם הזה נכנס לבית ונשתהה שם קצת זמן עד שהצליחה אשת הרב אליהו חיים לגרש אותו, והיו ביחד בבית לשיעור סתירה. והרב אליהו חיים חשש דחל עליה דין ספק סוטה והיא אסורה לו לעולם. ושאל את הבית הלוי מה הדין. והבית הלוי (חלק ב' סימן מא) פסק דהיא מותרת לו מכיון דלא היו עדים בשעת הקינוי ועדי קינוי הוו עדים לקיום הדבר ולא רק עדים לבירור הדבר.[856] וא"כ, אע"פ דהרב אליהו חיים ואשתו מודים דהיה קינוי, מ"מ מכיון דהוא לא עשה את זה בפני עדים אין לאמירתו חלות שם קינוי ע"פ דין. **אמנם** פשיטא דכל זה נכון רק בעדי קינוי, אבל עדי סתירה הוו עדי בירור לדעת האם היא נסתרה עם האיש ונכנסה לספק זנות, דהרי האיסור סוטה לבעלה תלוי בהאם היא זינתה בפועל או לא. ובזה ניתן לתרץ את קושיית התוס' לקמן (סו. ד"ה אמר אביי). דשיטת אביי בסוגיא שם היא דאם עד א' אמר זינתה אשתך והבעל שותק דהיא אסורה עליו. והתוס' הקשו וז"ל מיהו קשה דמשמע הכא עד אחד נאמן ובמסכת סוטה (דף ג:) משמע דאין האשה נאסרת על בעלה אלא על עסקי קינוי וסתירה משמע דבעינן עדים עכ"ל. כלומר, דלומדים מסוטה דבעינן עדים לאוסרה על בעלה והיאך אביי נקט דעד א' ושתיקת הבעל סגי לאסור אשה על בעלה. ולפי"ד הבית הלוי התירוץ פשוט, דהרי עדי קינוי הם עדים לקיום הדבר וצריך אותם כדי ליצור חלות קינוי. אבל עדות על הסתירה ועל מעשה זנות עצמה הריהו עדות רק לבירור הדבר בלבד ולכן אביי נקט דאם הבעל שתק אזי אמרינן שתיקה כהודאה שהריהו קיבל את דברי העד אחד דזינתה ולכן היא אסורה עליו.

גמ'. ונקה האיש מעון אמר רחמנא, בזמן שהאיש מנוקה מעון מים בודקים את אשתו, אין איש מנוקה מעון אין המים בודקים את אשתו.

נחלקו הראשונים בביאור הגזה"כ דהבעל צריך להיות מנוקה מעון. דרש"י פירש וז"ל ונקה האיש - שלא בא עליה אחר שנסתרה שנאסרה עליו בסתירה זו עכ"ל. כלומר דהגזה"כ רק ממעט השקאה היכא דהבעל עבר על האיסור דסוטה לבעלה. אולם עיין ברמב"ם (פרק ב מהלכות סוטה הל"ח) שהרחיב את הגדר דהגזה"כ, וז"ל כל איש שבא ביאה אסורה מימיו אחר שהגדיל אין המים המאררים בודקין את אשתו, ואפילו בא על ארוסתו בבית חמיו שאסורה מדברי סופרים אין המים בודקין את אשתו שנ' ונקה האיש מעון והאשה ההיא תשא את עונה, בזמן שהאיש מנוקה מעון האשה נושאה את עונה עכ"ל. כלומר, דלפי הרמב"ם הבעל כגברא צריך להיות נקי מאיסורי ביאה בכלל, ואפי' איסורי ביאה מדרבנן, כדי שהמים יבדקו את אשתו. וניתן להטעים את זה על דרך המוסר דמום שבך אל תאמר לחברך.

[856] וע"ע ברשימות שיעורים ליבמות (כד: ד"ה ברא"ש סימן ח').

ועיין במשנה בסוטה (כג:) דאלמנה לכה"ג גרושה וחלוצה לכהן הדיוט אינה שותה מי סוטה. והרמב"ם הבין את המשנה ע"פ דרכו דכל בעל דעבר על איסור ביאה אין המים בודקין את אשתו. וזה מבואר בדבריו, דהרי אחרי ההלכה דהבאנו לעיל כתב הרמב"ם וז"ל לפיכך אם היתה אשתו אסורה עליו מחייבי לאוין או מחייבי עשה אפילו שנייה וקנא לה ונסתרה אינה שותה אלא תצא בלא כתובה ותהיה אסורה עליו אף משום זה, עבר ונשא מעוברת חבירו ומניקת חבירו הרי זו שותה שאין כאן עבירה עכ"ל. יוצא דהרמב"ם הבין הא דחלוצה לכהן אינה שותה הוא מצד האיסור ביאה דהבעל עובר עליו. אבל עיין ברש"י (כד. ד"ה לא שותות) דהביא דרשא מיוחדת מהספרי וז"ל דלא נאמרה פרשה אלא בראויה לקיימה והכי תניא בספרי כי תשטה אשתו בראויה לאישות הכתוב מדבר פרט לאלמנה לכ"ג וכו' עכ"ל. כלומר, דלפי רש"י יש גזה"כ מיוחדת דאישות דאינה ראויה אינה מחייבת השקאת מי סוטה. ונראה דרש"י הלך לשיטתו, דהגזה"כ דונקה האיש מעון שייך רק היכא דהבעל בא על אשתו אחרי קינוי וסתירה ולא לשאר איסורי ביאה. ולכן מובן למה הוא צריך להביא גזה"כ מיוחדת בגדרי האישות המחייבות השקאת סוטה דהיינו, דהאשה אינה שותה אם האישות אינה ראויה. וע"פ הנ"ל לכאורה יש להקשות על שיטת הרמב"ם, דלדעתו למה הספרי צריך לחדש גזה"כ מיוחדת לאישות דאינה ראויה, הרי הרמב"ם בעצמו כלל את הדינים דהמשנה תחת הגזה"כ דונקה האיש מעון, וצ"ע.[857]

ויש לעיין לפי הרמב"ם האם כל מעשה ביאת איסור דהבעל מפקיע אותו מלהשקות את אשתו. דהרי הרמב"ם כלל אפי' איסורי דרבנן כמו שניות לעריות, ואפי' האיסור דארוס לארוסתו. ועיין בראב"ד דהשיג עליו בנוגע להבא על ארוסתו בבית חמיו, וז"ל א"א הא דלא כהלכתא משמעתא דריש ארוסה ושומרת יבם עכ"ל. ויש להעיר דבהלכה הבאה כשהרמב"ם פסק דגם מי שבא על שניות לעריות אין המים בודקין את אשתו הראב"ד שתק ולא השיג. ונראה דהראב"ד בעצם סבור כמו הרמב"ם דהגזה"כ דונקה האיש מעון בעצם שייך לכל מי דעבר על איסור ביאה – בין מדאורייתא ובין מדרבנן - כמו דמוכח מזה דהוא לא השיג על פסק הרמב"ם בנוגע לשניות לעריות. ומ"מ הראב"ד נקט דארוס הבא על ארוסתו עדיין נחשב כמי שמנוקה מעון והמים בודקין את אשתו. וצ"ב בהחילוק לפי הראב"ד בין ארוס וארוסתו לבין שאר איסור ביאה.

[857] ויתכן נ"מ בנכנסה לחופה ולא נבעלה דהאיש מנוקה מעון אך האשה אינה ראויה לקיימה, אך דין הזה ליתא ברמב"ם ולכאורה א"א לאומרו ברמב"ם, דהא כתב "לפיכך".

וי"ל דהראב"ד נקט דביאות האסורות מדין חלות שם איסור ביאה מגדירות את הבעל כמי שאינו מנוקה מעוון. וזה כולל רוב הביאות האסורות, בין מדאורייתא ובין מדרבנן. אבל האיסור דארוס וארוסה אינו חלות שם ביאה אסורה דהרי כבר נתקדשה לו והיא כבר אשתו, אלא דהוי חסרון בעלמא בהיתר ביאה דחל בנישואין. ואע"פ דלמעשה אסור לארוס לבוא על ארוסתו, מ"מ מכיון דיסוד האיסור הוא מחמת חסרון היתר ולא מדין חלות שם איסור ביאה בפני עצמו, מי שבא על ארוסתו עדיין מוגדר כמנוקה מעון. ולפי"ז י"ל דהרמב"ם חולק על זה ונקט דאפי' מעשה ביאה דאסור מצד חסרון היתר בלי חלות שם איסור בפני עצמו עדיין עושה את הבעל כמי שאינו מנוקה מעון ואין המים בודקין את אשתו.

ועוד י"ל דהרמב"ם והראב"ד נחלקו לשיטתם בגדר האיסור דארוס לארוסה. דבפתיחה למסכת הארכנו במחלוקת הרמב"ם והראב"ד בנוגע לאיסור דפנוי הבא על פנויה. דהרמב"ם נקט דזה הוי איסור לאו דאורייתא של קדישות, ואילו הראב"ד ס"ל דרק הוי איסור עשה של כי יקח איש אשה. וא"כ י"ל דלפי הרמב"ם כשחז"ל תיקנו איסור לארוס לבוא על ארוסתו הם הרחיבו את האיסור דאורייתא של קדישות וקבעו דארוסה הוי קדשה מדרבנן.[858] וא"כ מובן למה ארוס הבא על ארוסתו מוגדר כמי שעבר על איסור ביאה ואינו מנוקה מעון. מאידך, לפי הראב"ד י"ל דבעצם הקיחה דקידושין פקע כל איסור ביאה. כי גם אחרי הקידושין חל המתיר המלא של הביאה דהרי קיים את מצות כי יקח איש אשה. אלא דעדיין אסור לו לבוא על ארוסתו באיסור הרחקה בעלמא דחל מפאת החוצפה וחוסר דרך ארץ דיש במעשה. ויוצא מזה דמי שבא על ארוסתו נחשב כעבר על עבירה דעלמא ולא על חלות שם איסור ביאה דהרי היתר גמור דביאה כבר חל באירוסין.

ובסוף הלכה ט' כתב הרמב"ם דיש מקרים דהבעל עובר על איסור ביאה מדרבנן אבל עדיין מוגדר כמנוקה מעון, וז"ל עבר ונשא מעוברת חבירו ומניקת חבירו הרי זו שותה שאין כאן עבירה עכ"ל. וזה ע"פ הברייתא בסוטה (כה:-כו.) וז"ל מעוברת חבירו ומינקת חבירו לא שותות ולא נוטלות כתובה דברי ר' מאיר, שהיה רבי מאיר אומר לא ישא אדם מעוברת חבירו ומינקת חבירו, ואם נשא יוציא ולא יחזיר עולמית, וחכמים אומרים יוציא, וכשיגיע זמנו לכנוס יכנוס עכ"ל. כלומר, דהרמב"ם פסק כהחכמים דאע"פ דאסור לכונסה עכשיו, מכיון דיש לה היתר בעתיד המים בודקין אותה. ולכאורה צ"ב דהרי

[858] ועיין בפתיחה למסכת (אות ב) דרבינו זצ"ל העלה צד דלפי הרמב"ם יש איסור דאורייתא בארוס הבא על ארוסתו.

עכשיו היא אסורה לו ואם נישאה הוא עבר על איסור ביאה מדרבנן וראוי לומר דאינו מנוקה מעון. ומהי הסברא לומר דמכיון דבעתיד יש לה היתר הבעל נחשב כמנוקה מעון אם עכשיו הוא עבר על איסור. ועוד קשה היאך כתב הרמב"ם "שאין כאן עבירה" והרי הוא בעצמו פסק (פי"א מהל' גירושין הלכ"ה-כ"ח) דיש איסור, וז"ל וכן גזרו חכמים שלא ישא אדם מעוברת חבירו ומינקת חבירו כו' שמא יזיק הוולד בשעת תשמיש כו' ומניקה שמא יתעכר החלב כו' כשם שאסור לישא כך אסור לארס כו' עבר ונשא מעוברת כו' יוציא בגט ואפילו היה כהן, ואם היה ישראל יחזירנה אחר כ"ד חדש של מניקה כו' עכ"ל.

ונראה לבאר דהאיסור דמנקת ומעוברת חבירו אינו חל בכלל איסורי ביאה אלא חל מדין אחר לגמרי כדמבואר בתוס' שם (סוטה כו. ד"ה לא ישא) וז"ל בירושלמי עליו הכתוב אומר (משלי כג) אל תשיג גבול עולם ובשדה יתומים אל תבא עכ"ל. כלומר דחז"ל תיקנו איסור מיוחד שלא תהא אישות עם מנקת ומעוברת חבירו משום הסכנה להוולד. אבל י"ל דלא תיקנו חלות שם איסור ביאה אלא איסור אישות. והראיה דהאיסור הוא חלות האישות ולא הביאה עצמה היא דלפי החכמים הבעל צריך לגרשה עד שעת ההיתר ולא רק לפרוש ממנה. וא"כ י"ל דמכיון דהאיסור חל כאיסור אישות ולא כאיסור ביאה, הבעל עדיין נחשב כמנוקה מעון.[859]

דף כח.

גמ'. אשכחן בודאי, ספק מנלן.

בענין גלגול שבועה בטענת ספק

א

בגדר טענת שמא ובגדר שבועה

לכאורה קשה להבין למה צריך לימוד מיוחד לגלגול שבועה בטענת ספק, דהרי יסוד הדין דגלגול שבועה הוא דהנתבע חייב לישבע אע"פ דע"פ עיקר הדינים דהלכות שבועה הוא פטור. וא"כ, כמו דאדם חייב לישבע על קרקע ע"י גלגול אע"פ דיש גזה"כ דאין נשבעין על קרקעות, הו"ה נמי דראוי להיות חייב לישבע אפי' אם התובע רק טוען טענת ספק. דהרי מאי שנא הפטור שבועה דקרקע מהפטור שבועה בטענת ספק דבעינן מקור מיוחד לטענת ספק.

[859] וע"ע בזה ובגדר מחלוקת התנאים ברשימות שיעורים ליבמות (לו: ד"ה מעוברת חבירו). ועוד י"ל דאיסור מינקת ומעוברת אינו איסור ביאה ולא איסור אישות אלא איסור גברא דעלמא להתרחק ולא לגרום נזק לוולד.

ויוצא מזה דטענת ספק חלוק ביסודו מכל פטור שבועה אחר. דהרי בפטורים דעלמא, כמו קרקע או כופר הכל, טענת התובע והכחשת הנתבע גורם ללידת הספק, ומסברא יש מקום לשבועה לברר את הספק. אלא דבסופו של דבר הנתבע פטור מלהשבע בגלל טעם מסויים. למשל, בקרקע יש גזה"כ דאין נשבעין על קרקעות, ובכופר בכל יש לנתבע נאמנות מהחזקה דאין אדם מעיז פניו בפני בע"ח (ב"מ ג.). אבל כשהתובע רק טוען טענת שמא, אזי אין כאן הכחשה בין הטענות כדי לומר דחל לידת הספק כלל. וא"כ מסברא אין מקום לשבועה כלל, דהרי שבועה חלה כמברר וכאן אין ספק דבעי בירור. ולכן הגמ' תמה היאך ידעינן דאפי' בהיכי תמצי דטענת ספק יש לחייבו מדין גלגול שבועה.

וע"פ היסוד הזה – דשבועה חל כמברר של ספק מסויים – יש לבאר הנחת הגמ' בכמה מקומות דמדאורייתא אין הנתבע יכול לישבע אם הוא אומר איני יודע. למשל, בסוגיא דשבועות (מז.) איתא דאם ראובן טוען לשמעון דמנה לי בידך ושמעון אומר דחמשין ידענא וחמשין לא ידענא, דהוא מודה במקצת וחייב שבועה על החמשין השני אבל אינו יכול לישבע בגלל דטען איני יודע ולכן הוא מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע דחייב לשלם. ולכאורה צ"ב דלמה הוא אינו יכול לישבע דהוא באמת אינו יודע וליפטר כמו דאם הוא כפר את החמישים השני. וצ"ל כנ"ל, דכל חלות שבועה היא להיות מברר ואם הוא נשבע דאינו יודע אזי אין כאן מברר כלל.[860]

ולפי"ז יש לבאר למה לא תקנו שבועת היסת בטענת ספק, כדאיתא ברמב"ם (פרק א מהלכות טוען ונטען הל"ז) וז"ל אין משביעין שבועת היסת אלא על טענת ודאי אבל על טענת ספק פטור, כיצד כמדומה לי שיש לי אצלך מנה או שאמר מנה הלויתיך וכמדומה לי שלא פרעתני וכו' והנתבע אומר אין לך בידי כלום הרי זה פטור אף משבועת היסת וכן כל כיוצא בזה עכ"ל. ועיין במגיד משנה דהעיר דהסכימו לזה כל הפוסקים. ולכאורה קצת צ"ב, דאם כופר בכל פטור בין היכא דיש טענת ודאי נגדו ובין היכא דיש טענת שמא נגדו, למה תקנו שבועת היסת מדרבנן רק בטענת ודאי.

ונראה לבאר דהיכא דהתובע טוען טענת ודאי והנתבע כופר בכל אזי נולד ספק מדאורייתא, אלא דהנתבע פטור מלישבע בגלל שיש לו נאמנות. ומכיון דהכחשת הטענות גרמה ללידת הספק יש מקום לתקנת החכמים דהנתבע צריך לישבע שבועת

[860] ויש להעיר מדברי רבינו זצ"ל ברשימות שיעורים לב"מ (צז: בענין גלגול שבועה אות א') דדייק מהרמב"ן שם דיש היכי תמצא דשבועה דאורייתא בטענת איני יודע. ורבינו שם הקשה על הרמב"ן דא"כ למה אמרינן דמי שטוען איני יודע הוי מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע דמשלם, ראוי לומר דהוא יכול לישבע דאיני יודע. ועיי"ש מה שתירץ רבינו זצ"ל. ועיין בתוספות רעק"א למשנה בב"מ (פרק ח משנה ב' אות סח) דהעיר דנחלקו הראשונים האם יש שבועה דאורייתא דאיני יודע.

היסת מדרבנן. אבל בטענת ספק אין לידת הספק כלל ולכן אין מקום לתקנה דשבועה דרבנן.

ב

שבועה דבא מחמת טענה

לפי רש"י (ד"ה אשכחן ודאי) קושיית הגמ' היא דבדיני ממונות בדרך כלל רק נשבעין אם יש לתובע טענת ודאי, וא"כ היאך ידעינן דיש גלגול שבועה אם התובע רק טוען טענת שמא. אבל בסוטה דכל כולה הויא שבועה מספק אזי גם בהו"א היה פשיטא דהגלגול שבועה נמי יכול להיות בטענת שמא. וכן איתא בתוס' (ד"ה ספק) וברמב"ן (ד"ה אשכחן). ויוצא מזה דלפי קושיית הגמ' הכל הולך בתר עיקר השבועה, דהיינו אם עיקר השבועה חלה ע"י טענת שמא אף מגלגלין בטענת שמא, אבל אם עיקר השבועה חלה רק ע"י טענת ודאי אזי קשה מהו המקור דהגלגול חלה ע"י טענת שמא. והביאור בזה הוא דיש ב' מיני שבועות: שבועות הבאות מחמת טענה, ושבועות הבאות שלא מחמת טענה אלא דהמצב עצמו גורם לחיוב שבועה. ובזה חלוק יסוד דין חיוב שבועה בדיני ממונות משבועת הסוטה, דלפי רש"י נשבעין בדיני ממונות רק כדי להכחיש את הטענה, ומאידך בסוטה אין חיוב השבועה חל מחמת טענת הבעל אלא משום דהמצב של סתירה אחרי הקינוי מוליד ספק.

ובקושייתה הגמ' נקטה דהדין דגלגול שבועה נקבע ע"פ הדין דהעיקר שבועה. דהיינו, דאם עיקר השבועה אינה באה מחמת הטענה כמו בסוטה אזי גם הגלגול שבועה לא צריכא טענת ודאי, והבעל יכול לגלגל עליה שבועה מחמת טענות מספק. אולם אם עיקר השבועה באה מחמת הטענה כמו במודה ומקצת, אזי גם הגלגול שבועה צריכא לבוא מחמת הטענה ונשבעין רק אם יש לתובע טענת ודאי. ולפי"ז יוצא דגם בהו"א אם יש היכי תמצי בדיני ממונות דעיקר השבועה לא באה מחמת הטענה, אזי מובן דמגלגלין שבועה אפי' בטענת ספק.[861]

ויתכן נפ"מ בזה, דהתוס' בב"מ (ג. ד"ה מפני) נקטו דלא בעינן טענה בשבועת עד אחד אלא דעצם עדות העד מחייבת את השבועה, וז"ל [דיש שבועת עד א'] במקום שהוא אינו תובע כלום ואינו יודע והעד מעיד שהוא גנב או שאביו הלוה לו עכ"ל. ויש בזה נ"מ לטענת קטן, דלפי התוס' אע"פ דאין חלות שם טענה לקטן מ"מ אם יש עד אחד דמעיד

[861] וכן איתא ברמב"ן שם בנוגע לשבועת השומרים. דהרמב"ן נקט דשבועת השומרים נחשבת כבאה מחמת טענת ספק ולכן הבין דקושיית הגמ' דספק מנלן שייך רק לשאר שבועות בדיני ממונות.

בעדו הנתבע חייב לישבע שבועת עד א'.[862] ויוצא מזה, דאפי' בהו"א של הגמ' דידן דאין גלגול שבועה בטענת שמא, מ"מ אם הקטן תובע ועד אחד מעיד בעדו דלפי תוס' הנתבע חייב לישבע, אזי הקטן יכול לגלגל על הנתבע שבועות אחרות אע"פ דאין בהן חלות שם טענה. דהרי עיקר השבועה חלה בלי חלות שם טענה והשבועה מוגדרת כשבועה שלא באה מחמת הטענה, וכמו דמצינו בסוטה.

ג

פירוש תוס' ר"י הזקן בקושיית הגמ'

ועיין בתוס' ר"י הזקן שפירש את קושיית הגמ' באופן אחר, וז"ל אשכחן עקר השבועה היא טענת ברי מגלגל עליו כל מה שטוען עליו בברי וכו' שמא מנלן, כשעיקר הטענה היא שמא כגון שבועת השומרים מנין שמגלגל עליו כל מה שיטעון עליו בברי וכו' עכ"ל. כלומר, דבהו"א הגמ' נקטה דיש דין גלגול דברי על ברי אבל צריך מקור דיש דין גלגול אפי' בטענת ברי היכא דהטענה הראשונה היתה טענת שמא. ולכאורה צ"ב, דאם התובע עכשיו מגלגל עליו טענת ודאי מאי שנא אם הטענה הראשונה היתה ודאי או ספק. דהרי מסתבר דכל היכא דהנתבע חייב לישבע אזי פשיטא דהדין דגלגול שבועה קיים היכא דהתובע מגלגל עליו טענת ברי.

ונראה לבאר דהסברא בהו"א הזאת היא דאין לגלגול שבועה חלות שם מחייב בפני עצמו אלא דהמחייב של הגלגול הוי הטענה הראשונה. ולכן אם השבועה הראשונה נתחייבה ע"י טענת ברי, אזי יש כח בטענה הזאת לחייבו בעוד שבועות. אבל אם אין השבועה הראשונה נתחייבה ע"י טענת ברי כמו בשבועת השומרים, אזי אין כח בטענה הראשונה הזאת דשמא לחייבו בעוד שבועות על קרקע וכדומה.[863]

ד

מסקנת הגמ' לפי התוס'

ובביאור מסקנת הגמ' דנשבעין על ספק בגלגול שבועה, נחלקו הראשונים. דהרי איתא במשנה ב"מ (צז.) וז"ל השואל את הפרה, שאלה חצי יום ושכרה חצי יום, שאלה היום ושכרה למחר, שכר אחת ושאל אחת ומתה וכו' השוכר אומר שכורה מתה, ביום שהיתה שכורה מתה, בשעה שהיתה שכורה מתה, והלה אומר איני יודע פטור עכ"ל.

והתוס' (ד"ה ביום) הקשו דלמה השומר פטור, לכאורה הוא חייב לישבע דשכורה מתה וז"ל וכן במציעתא השוכר אומר ששכורה מתה והלה אומר איני יודע פטור ואמאי פטור

[862] זה נגד שיטת רבינו אפרים (מובא ברשב"א שבועות מ. ד"ה אמר רב נחמן) דרק נשבעין שבועת עד א' היכא דהתובע טען בטענת ברי. וע"ע בזה ברשימות שיעורים לשבועות (לט: בענין שתי כסף, אות א').

[863] ועיין ברשימות שיעורים לב"מ (צז: בענין גלגול שבועה אות ב') דרבינו זצ"ל הרחיב את הסברא הזאת.

לימא ליה אישתבע לי דכדרכה מתה ועל ידי גלגול איצטריך לישבע דשכורה מתה דאף על פי שהמשכיר טוען ספק יכול הוא להשביע שוכר על ידי גלגול מן התורה דגמרינן מסוטה בברייתא בפ"ק דקדושין (כח.) עכ"ל. והתוס' תירצו, וז"ל ועוי"ל דאין מגלגלין כשטוען תובע טענת שמא אלא בדבר דדומה קצת כגון טענת אריסין ואפוטרופסין דשבועות (מח:) שרגילין ליהנות משל חבריהם משום דמורו היתרא כדאמרינן התם וכגון סוטה שרגלים לדבר שקינא ונסתרה ויש לחוש שמא זינתה גם באירוסין ולכך אין מגלגלין במתניתין אלא ע"י טענת ודאי עכ"ל. כלומר, דכשהגמ' חידשה דגלגול שבועה חלה אפי' בטענת שמא, איירי רק היכא דיש רגליים לדבר לטענת השמא. אבל אם אין רגליים לדבר וליכא סבה לחשוש דהטענת שמא היא אמיתית, אין מגלגלין בספק אפי' למסקנא.

והביאור בזה הוא דיש ב' מיני טענות שמא: א) טענת שמא דעלמא, דאינה יוצרת לידת הספק ואין מה לברר כלל, ולכן אין מקום לשבועה דחלה כמברר כנ"ל. וא"כ בטענת שמא כזו אפי' לפי מסקנת הגמ' אין נשבעין בגלגול. ב) טענת שמא ויש גם יש רגליים לדבר, דאזי הטענת שמא אכן גורמת לידת הספק, אלא דאעפ"כ בדרך כלל הנתבע עדיין נאמן נגד הטענת שמא דהתובע ואינו חייב לישבע. והחידוש דמסקנת הגמ' היא דבטענת שמא עם רגליים לדבר דיוצרת לידת הספק, התובע יכול לחייב את הנתבע לישבע בגלגול שבועה.

ובהמשך התוס' הקשו דאם לומדים מסוטה דבעינן טענה דהוי דבר הדומה ורגליים לדבר אזי למה לא צריך טענה כזאת אפי' בטענת ודאי, וז"ל ואם תאמר על טענת ודאי מנלן שמגלגלין אפילו על דבר שאינו דומה אמת כיון דגלגול מסוטה נפקא לן עכ"ל. ועיי"ש בתוס' דדחקו בתירוצם. אבל לפי הנ"ל לכאורה אין מקום לקושייתם דהרי י"ל דגלגול שבועה חלה כל היכא דנוצר לידת הספק ויש מקום לשבועה לחול כמברר. ויש ב' היכי תמצי לזה: א) היכא דיש טענת שמא בדבר הדומה, ב) היכא דהתובע טוען בטענת ודאי. וא"כ מובן דאין הלכה דגלגול שבועה צריכא להיות דוקא בטענה עם רגליים לדבר כמו סוטה, אלא דלומדים מסוטה דגלגול שבועה קיימת כל היכא דיש לידת הספק.

ה

מסקנת הגמ' לפי הרמב"ן

ועיין ברמב"ן (כח. ד"ה אשכחן) דהביא דעות אחרות בהבנת מסקנת הגמ' דמגלגלין בטענת ספק. וז"ל ומ"מ שמעינן מינה דהשתא דקיי"ל גלגול שבועה מגלגלין שמא על ברי וברי על שמא ושמא על שמא, דהא סוטה שמא על שמא היא ומגלגלין, ויש שדוחין ואומרים

שמא על שמא אין מגלגלין ושאני סוטה דשמא על ברי הוא כיון שרגלים לדבר שהרי קנא לה ונסתרה עכ"ל. הרמב"ן עצמו נקט דגלגול חל בכל היכי תמצא – אפי' בטענת שמא על שמא, כלומר היכא דהטענה הראשונה וגם הטענה דמגלגלין עכשיו שניהם הוו בספק בלי רגליים לדבר. והיש אומרים ברמב"ן הבין דלא מגלגלין בשמא על שמא והא דמגלגלין בטענת שמא על שבועת סוטה דהוי טענת ספק הוא מפני דהטענה הראשונה נחשבת כברי מפני דיש רגליים לדבר.

והרמב"ן הקשה על היש אומרים, וז"ל וזה אינו כלום שאעפי"כ שמא הוא, והרי רש"י ז"ל אמר כן שהוא שמא, ועוד שאם כן מצינו שמא על ברי ברי על שמא מנא לן וכו' עכ"ל. כלומר דאם הטענה העיקרית בסוטה נחשבת כברי אזי אין מקור לזה דמגלגלין טענת ברי על טענת שמא דהרי בסוטה הטענה הראשונה תמיד הוי טענת ברי. והרמב"ן המשיך להוכיח בכמה וכמה סוגיות דאכן מגלגלין ברי על שמא. והרמב"ן נקט דהמקור דמגלגלין ברי על שמא צריך להיות מסוטה, וא"כ מוכח דהטענה הראשונה בסוטה נחשבת כטענת ספק. וצ"ב בביאור שיטת היש אומרים וביסוד המחלוקת בין הרמב"ן והיש אומרים.

ונראה לבאר דהרמב"ן נקט דהחידוש דגלגול שבועה הוא דשבועה השניה חלה אפי' בלי חלות שם טענה כלל. ולכן מגלגלין משמא על שמא אפי' בלי רגליים לדבר. אולם היש אומרים נקט דרק מגלגלין בטענת שמא היכא דהטענה העיקרית היתה טענת ברי. והביאור בזה הוא דבעצם גם גלגול שבועה צריך טענה ולכן בהו"א ס"ל דאין מגלגלין בטענת שמא, אלא דהתורה חידשה דהטענה העיקרית נחשבת כטענה המחייבת שבועה גם בשעת הגלגול. ולכן אפי' אם הוא רק מגלגל עליו בטענת שמא דאינה טענה בעצמה לחייב שבועה, מ"מ יש כאן חלות שם טענה ודאית מחמת הטענה העיקרית. אבל לפי"ז יוצא דהיכא דהטענה העיקרית גם היתה טענת שמא והוא רוצה לגלגל עליו עוד טענת שמא, אזי אין טענה המחייבת את הגלגול שבועה והנתבע פטור מלהשבע.

והרמב"ן הקשה על היש אומרים מהדין דמגלגלין טענת ברי על טענת שמא דמוכח מכמה סוגיות. וכוונת קושייתו היא דאם לפי היש אומרים הטענה הראשונה נחשבת כהטענה המחייבת את הגלגול שבועה, אזי כל היכא שהטענה הראשונה היתה טענת שמא ראוי לומר דאין גלגול שבועה כלל. ולכן, כשהרמב"ן הוכיח דמגלגלין ברי על שמא, הוא הבין דמזה ניתן להבין דאין הטענה העיקרית נחשבת כהמחייב של גלגול שבועה אלא דבגלגול שבועה לא בעינן טענה כלל. ולפי"ז יוצא לשיטתו דגם אפשר לגלגל שמא על שמא. ונראה לבאר דהיש אומרים סבור דאע"פ דגלגול שבועה בעי חלות שם טענה

יש ב' דרכים להגיע לזה: א) היכא דהטענה הראשונה היתה טענת ברי דאז הטענה העיקרית נחשבת לטענה המחייבת את הגלגול שבועה (מגלגלין שמא על ברי), ב) היכא דהטענה דמגלגלין עליו הוי טענת ודאי (מגלגלין ברי על שמא). אבל היכא דאין חלות שם טענה כלל כמו בשמא על שמא, אזי אין דין גלגול שבועה.

ויש להעיר דאפי' להיש אומרים ברמב"ן דאין מגלגלין שמא על שמא, מ"מ מסתבר דיש שבועות דכן מגלגלין אפי' בשמא על שמא. דהרי הרמב"ן הקשה על היש אומרים מהדין דסוטה דמגלגלין אע"פ דכל הטענות של הבעל הן בספק ומ"מ מגלגלין. והרמב"ן תירץ בדוחק דליש אומרים סוטה נחשבת כטענת ודאי מפני שיש רגליים לדבר. וכמו"כ יש להקשות על היש אומרים מעצם הדין דשבועות השומרים. דהרי מבואר בגמ' (ב"מ ו.) דשומר חייב לישבע ג' שבועות (שלא פשע, שלא שלח בה יד, שאינה ברשותו), ורוב הראשונים ס"ל דחלק מהשבועות דהשומר נשבע הוו ע"י גלגול שבועה (עיין בתוס' ב"מ דף ו. ד"ה שבועה). ובתחילת דברי הרמב"ן הוא הביא דעה דטענת המפקיד נחשבת לטענת ודאי אבל בסוף דחה אותה והסיק דהשומר צריך לישבע אע"פ דאין לבעלים טענת ודאי נגדו.[864] וא"כ לכאורה קשה, דהרי אם אין מגלגלין שמא על שמא היאך יש דין דגלגול שבועה בשבועות השומרים דכל טענות המפקיד הוו טענות שמא.

ונראה לבאר דאע"פ דבסוטה ובשבועת השומרים השבועות האחרונות באות ע"י גלגול, מ"מ הן קשורות לחלות דהשבועה הראשונה וחל עליהן חלות השם דהשבועה הראשונה. למשל, בסוטה אע"פ דהיא חייבת לישבע דלא זינתה ארוסה רק מדין גלגול שבועה, מ"מ חלה על שבועה זו דגלגול דין שבועת האלה דסוטה דהרי המים בודקין אותה אם היא באמת זינתה ארוסה. וגם בגלגול שבועה דשבועת השומרים, כל הג' שבועות דנשבע השומר הויין חלות אחת דשבועות השומרים, אע"פ דהשומר לא היה חייב לישבע חלק מהן בלי השבועה הראשונה. ולפי"ז יתכן דאפי' היש אומרים דנקט דבדרך כלל אין מגלגלין שמא על שמא, סבור דהיכא דכולן קשורות ביחד דיש דין גלגול אפי' בשמא על שמא.

ביסוד הדין דגלגול שבועה

א

בדין גלגול על שבועה דנשבע ונוטל

[864] ובנוגע למחלוקת הראשונים האם שבועת השומרים צירך טענת ודאי ע"ע ברשימות שיעורים לשבועות (לט: בענין שתי כסף, אות ד).

איתא בשבועות (מח:) וז"ל אמר רב הונא לכל מגלגלין, חוץ משכיר שאין מגלגלין עכ"ל. ונחלקו בתוס' שם (מט. ד"ה לכל) בגדר הדין דרב הונא. דהריצב"א נקט דה"ה דכל מי שנשבע ונוטל אין מגלגלין עליו, אבל הר"י סבור דזה הוי דין מיוחד בשכיר דהשבועה שלו היא רק להפיס דעתו של בעל הבית. אבל בדרך כלל גם מי שנשבע ונוטל מגלגלין עליו עוד שבועות. וצ"ב במאי קמיפלגי.

ונראה דיש לעיין בדין דגלגול שבועה האם דין הגלגול תלוי בחיוב השבועה הראשונה, כלומר דמי שחייב שבועה אחת אפשר לגלגל עליו עוד חיובי שבועה, או"ד דגלגול שבועה תלוי בחפצא דהשבועה הראשונה, כלומר דאפשר לגלגל מהחפצא דהשבועה הראשונה כשנשבע אותה לעוד שבועות.[865] ונראה לבאר דבזה פליגי הריצב"א והר"י. דהרי בשבועה דנשבע ונוטל אין חלות חיוב שבועה דחל על הנוטל, אך כשהוא נשבע יש בשבועה שלו חלות שם חפצא של שבועה. ולפי"ז י"ל דהריצב"א נקט דגלגול שבועה תלוי בחיוב של השבועה הראשונה דאינו חל בשבועה דנשבע ונוטל ולכן אין מגלגלין עליו. ולעומת זאת הר"י סובר דכל זמן דיש חפצא של שבועה אזי מגלגלין עליו עוד שבועות.

ובנוגע לשיטת הרמב"ם בענין הזה יש לעיין, דהרי פסק (פרק א מהלכות טוען ונטען הלי"ב) וז"ל כל מי שנתחייב שבועה בין של תורה בין של דבריהם מגלגל עליו המשביע כל מה שירצה מדברים שאם יודה בהן יתחייב ממון, ועד היכן כח גלגול עד שיאמר ובכלל שבועה זו שלא נמכרת לי בעבד עברי ועדיין עבדי אתה, וכבר ביארנו שאין מגלגלין על השכיר עכ"ל. ומשמע מזה דהוא סבור דשכיר הוי היוצא מן הכלל היחיד אבל בשאר נשבע ונוטל מדרבנן יש דין גלגול שבועה כמו שיטת הר"י. וא"כ לפי הביאור הנ"ל י"ל דהרמב"ם סבור דגלגול שבועה תלוי בחפצא של השבועה ולא בחיוב. אבל יתכן לדחות דכשהרמב"ם כתב דאין מגלגלין על השכיר כוונתו להשתמש בשכיר כדוגמא לכל מי שנשבע ונוטל דאין מגלגלין עליו.

ובנוגע להלכה, עיין בשו"ע (חו"מ סימן צד סעיף א) וז"ל כל מי שנתחייב שבועה בבית דין, אפילו היסת יכול בעל דינו לגלגל עליו כל תביעה שיש לו עליו, שאם היה מודה בו היה מתחייב בו ממון. הגה: ויש מי שכתב דאם בא לו שבועה הפוכו, שאמר לו הנתבע השבע וטול, אין מגלגלין עליו (ת"ה סימן שכ"ז) וכו' אבל שכיר שנשבע ונוטל, אין מגלגלין עליו עכ"ל. הרמ"א פסק דאין מגלגלין על שבועה דהנתבע הפך לתובע. וי"ל דזה הוי דין כללי דאין גלגול שבועה היכא דנשבע ונוטל כמו שיטת הריצב"א. אבל גם יתכן לומר

[865] ע"ע ברשימות שיעורים לשבועות (מט. תוד"ה לכל).

דבדרך כלל אפשר לגלגל שבועה אפי' על שבועה דנשבע ונוטל, אלא דהיפוך שבועה שאני. דהרי בעצם חיוב השבועה חל על הנתבע אלא דיש דין דהנתבע יכול להפך אותה אל התובע דנשבע ונוטל. ואולי מכיון דהשבועה בעצם שייכת לנתבע אין משתמשמים בשבועה הזאת לגלגל עוד שבועות על התובע אע"פ דהוא הנשבע למעשה. אבל עוד צ"ע בזה.[866]

ב

חלות אחת דשבועה או ב' חלויות שונות

ועוד יש לבאר את שיטת הריצב"א באופן אחר ע"פ דברי הרמב"ם הנ"ל. דהרי כתב הרמב"ם (פרק א מהלכות טוען ונטען הלי"ב) וז"ל ובכלל שבועה זו שלא נמכרת לי בעבד עברי ועדיין עבדי אתה עכ"ל. ומשמע מהלשון "בכלל שבועה זו" שגלגול שבועה הוי חפצא של שבועה א' ביחד עם השבועה הראשונה. ולפי"ז י"ל פירוש אחר בריצב"א דאין גלגול שבועה היכא דהשבועה הראשונה היתה נשבע ונוטל. דהיינו, שלדעתו החפצא של שבועת נשבע ונפטר אינה ניתנת לצירוף עם החפצא של שבועת נשבעין ונוטלין כי שתי שבועות שונות הן בעצם שמותיהן וחלותיהן ואין לצרפן יחד להוות שבועה אחת. אמנם עיין בראב"ד (שם הלי"ג) מובא לקמן (באות ג) דנקט דיש היכי תמצא שהנתבע פטור מלהשבע השבועה הראשונה ועדיין חייב לישבע את הגלגול. ולכאורה מוכח מזה דלא כהרמב"ם אלא דהשבועה הראשונה והגלגול הוו ב' חלויות שונות דשבועה.[867]

ונראה דיש בזה נ"מ בנוגע לדברי התוס' בשבועות (מב: ד"ה על כל דבר פשע). דהרי איתא במשנה שם וז"ל ואלו דברים שאין נשבעין עליהן העבדים, והשטרות, והקרקעות, וההקדשות, אין בהן תשלומי כפל ולא תשלומי ארבעה וחמשה, שומר חנם אינו נשבע, נושא שכר אינו משלם עכ"ל. והגמ' שם הביאה מקור למיעוטין האלו מכפל, וז"ל תשלומי כפל מנלן, דתנו רבנן על כל דבר פשע כלל, על שור ועל חמור ועל שה ועל שלמה פרט, על כל אבדה חזר וכלל, כלל ופרט וכלל אי אתה דן אלא כעין הפרט, מה הפרט מפורש דבר המטלטל וגופו ממון, אף כל דבר המטלטל וגופו ממון, יצאו קרקעות שאין מטלטלין, יצאו עבדים שהוקשו לקרקעות, יצאו שטרות שאע"פ שהן מטלטלין אין גופן ממון, הקדש רעהו כתיב עכ"ל. והקשו בתוס' (שם) דלפי המ"ד בגמ' דהפסוק איירי

[866] ורבינו זצ"ל ציין לש"ך (סק"ב) דהביא מהתרומת הדשן לחלק בין היפוך שבועה לבין שאר שבועה דנשבע ונוטל, וז"ל ואף לר"י דפירש שם דדוקא שכיר, נראה קצת דהיפוך שבועה נמי חשיב שלא מן הדין משום דלפום דינא היה לו לישבע או לפרוע, ע"כ דבריו עכ"ל.

[867] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לשבועות (מט. תוד"ה לכל) וברשימות שיעורים לב"מ (צז: בענין גלגול שבועה, אות ג').

בטוען טענת גנב למה בעינן מיעוט דקרקע מכפל, הרי החיוב כפל בטוען טענת גנב חל רק אחרי שבועה והרי אין נשבעין על הקרקעות, וז"ל תימה בשלמא למ"ד במרובה (ב"ק סג:) חד בגנב וחד בטוען טענת גנב איצטריך למעוטינהו מכפל משום גנב עצמו אלא למ"ד תרוייהו בטוען טענת גנב לא איצטריך כיון דאימעוט משבועה דאין שייך כפל בטוען טענת גנב אלא היכא דנשבע וכו' עכ"ל. והתוס' תירצו וז"ל וי"ל דאיצטריך להיכא דנתחייב לו שבועה ע"י גלגול עכ"ל.

והנה לפי הרמב"ם דהגלגול שבועה הויא חלות אחת עם השבועה העיקרית קשה להבין את תירוץ התוס'. דהרי לכאורה כדי להתחייב בכפל בטט"ג צריך לישבע חלות שם שבועת השומרים ולא שבועת הדיינים בעלמא. ואם השבועה הראשונה כאן היא שבועה אחרת כמו מודה במקצת ורק מגלגלין עליו שבועת גניבה אזי לפי הרמב"ם אין השבועה השניה נחשבת כשבועה בפני עצמה אלא כחלק של השבועה הראשונה ולא חל עליה חלות שם שבועת השומרים כדי לחייב השומר בכפל. אבל לפי הראב"ד דהגלגול שבועה הויא חלות שבועה בפני עצמה, אזי יתכן דאם שומר נשבע שלא נגנבה ממנו בגלגול שבועה, חל עליה דין שבועת השומרים אע"פ דהשבועה הראשונה לא היתה שבועת השומרים, והוא יכול להתחייב בכפל דטט"ג.

אבל לכאורה גם יתכן לומר דאפי' לפי הרמב"ם דהגלגול שבועה איננה שבועת השומרים מ"מ היינו אומרים דחייב כפל. דהרי י"ל דהחיוב כפל בטט"ג לא צריך דוקא חלות שם שבועת השומרים אלא דכל שבועת הדיינים סגי.[868]

ג

גלגול שבועה מדרבנן

ועוד כתב הרמב"ם (פרק א מהלכות טוען ונטען הלי"ג) וז"ל מי שנתחייב שבועה אפילו היסת והתחיל התובע לגלגל עליו דברים אחרים שלא טען אותם, וראה הנתבע כך ואמר איני רוצה להשבע אלא הריני משלם הטענה הראשונה שנתחייבתי על כפירתה שבועה, אין שומעין לו אלא אומרים לנתבע או תן לו כל מה שגלגל עליך מטענות הודאיות או השבע והפטר עכ"ל. ויש לעיין בכמה נקודות בהלכה הזאת.

מבואר מהרמב"ם גם בהלכה י"ב וגם בהלכה י"ג דמגלגלין משבועה דרבנן. אבל יש לעיין, האם הגלגול שבועה דינה כשבועה דרבנן או כשבועה דאורייתא. דהרי במושכל ראשון מסתבר דהגלגול שבועה אינו יכול להיות יותר חמור מהשבועה הראשונה. אבל לכאורה י"ל דזה תלוי ביסוד הדין דגלגול שבועה. דאם חלות דין גלגול שבועה חל מחמת

[868] וע"ע בכל זה ברשימות שיעורים לב"מ (נז: בענין גניבת קרקע, אות א').

החיוב שבועה הראשון אזי פשיטא דאם החיוב הראשון הויא רק מדרבנן אזי גם הגלגול הוי נמי רק חלות דין שבועה מדרבנן. אבל אם הגלגול חל מחמת החפצא דשבועה עצמה אזי י"ל דאע"פ דהחיוב הראשון הוא דרבנן בעלמא מ"מ החפצא דהשבועה הראשונה עצמה חלה כחפצא דשבועה דאורייתא.[869] וא"כ יתכן דהגלגול הוי שבועה דאורייתא אפי' אם החיוב הראשון הוי רק דרבנן.

ויש להביא סימוכין דהשבועה השניה הוי דאורייתא דהרי הרמב"ם איירי היכא שהטענות האחרונות הוו טענות ודאיות. וא"כ קשה להבין למה בעינן הדין דגלגול שבועה כלל, הרי אפי' בלי גלגול שבועה התובע יכול לטעון דהנתבע חייב לו כסף ואם הנתבע כופר בכל אזי הוא חייב לישבע שבועת היסת, אפי' על קרקע.[870] ומשמע מזה דיש לתובע איזה עדיפות שהנתבע ישבע על הטענות האחרונות מדין גלגול שבועה ולא מדין שבועת היסת. ויתכן דזה מפני דשבועת היסת הוי שבועה דרבנן, אבל גלגול שבועה חל כשבועה דאורייתא, אפי' אם השבועה הראשונה היתה רק מדרבנן.[871]

ומדברי הראב"ד מוכח דחולק על זה, וסבור דאם השבועה הראשונה הוי מדרבנן אזי פשיטא דגם הגלגול שבועה הוי ג"כ מדרבנן. דהרי הראב"ד פסק דהנתבע יכול להפוך את כל השבועות על התובע שהוא צריך לישבע וליטול, וז"ל א"א ואם זה שנתחייב היסת ורואה שמגלגלין עליו הרבה והפך השבועה אם נאמר כבר פטר עצמו מן השבועה או נאמר לו או השבע לו על הכל או תהפך עליו את הכל שישבע ויטול שהרי אתה חייב לו שבועת היסת אף על הגלגולים כמו על הטענה הראשונה, זה המחבר האריך וקיצר ואני רואה כי זה הוא הדין או ישבע על הכל או יהפך על הכל וישבע זה ויטול ולא יפטר בהפוכו מן הגלגולים ואם אמר הנתבע על הגלגולין אני נשבע ונפטר ועל הטענה הראשונה השבע וטול הרשות בידו עכ"ל. ומוכח גם מעצם הפסק וגם מלשונו דהראב"ד נקט דהשבועות האחרונות הוו רק מדרבנן. דהרי רק מהפכינן שבועה דרבנן ולא שבועה דאורייתא (שבועות מא.) והראב"ד נקט דניתן להפוך את כל השבועות. וגם, הראב"ד תיאר את השבועות האחרונות כשבועות היסת, וז"ל שהרי אתה חייב לו שבועת היסת אף

[869] לכאורה מש"כ רבינו זצ"ל תמוה הוא דהרי הרמב"ם פסק דמגלגלין משבועות היסת, ואילו בפרק י"א מהלכות שבועות (הל"ז והלי"ג) פסק דשבועת היסת איננה שבועת הדיינין דל"צ נקיטת חפץ. ומכיון דבהיסת ליכא חפצא דשבועות הדיינים מדאורייתא אזי א"א לגלגל שבועה דאורייתא ואפילו אם מגלגלין מהחפצא דהשבועה, דהחפצא דהגלגול שבועה איפוא הויא רק שבועת היסת בעלמא כהחפצא דשבועת היסת הראשונה שאיננה חפצא של שבועת הדיינים מדאורייתא, וצ"ע.

[870] וכן הקשה בלחם משנה.

[871] לפי ההערה הנ"ל דהגלגול נמי הוי היסת אין נ"מ אלא שמשביעין את הגלגול בבת אחת עם השבועה הראשונה ול"צ דין תורה אחר על הטענה השניה.

על הגלגולים כמו על הטענה הראשונה עכ"ל. ויוצא דהראב"ד חולק על הצד הזה לומר דלפי הרמב"ם השבועות האחרונות דאורייתא הן.

ד

גלגול שבועה היכא דשילם על הטענה הראשונה

ולכאורה יש להוכיח מעצם הדין דהרמב"ם בהלכה י"ג דהוא נקט דגלגול שבועה חל מחמת החיוב שבועה ולא מחמת החפצא דהשבועה. דהרי הרמב"ם פסק דיש לנתבע חיוב בנוגע לגלגול שבועה או לישבע או לשלם, אע"פ דהנתבע בסופו של דבר רוצה לשלם ולא לישבע על הטענה הראשונה. ואם הנתבע משלם ואינו נשבע על הטענה הראשונה אזי אין כאן חפצא של שבועה בטענה הראשונה כלל. ויוצא מזה דהגלגול שבועה חל מעצם החיוב דהשבועה הראשונה ולא מהחפצא דהשבועה.

אבל יש להקשות על זה מסוף דברי הרמב"ם דהנתבע חייב לשלם על הטענות הודאיות. והמגיד משנה העיר דמשמע מלשון הרמב"ם דאם התובע מגלגל על הנתבע טענת שמא, אזי אם הנתבע אומר דהוא רוצה לשלם את הטענה הראשונה ולא לישבע, אזי הוא פטור בנוגע לטענה האחרונה ואינו צריך לישבע או לשלם. ויוצא מזה דחלוק דין גלגול שבועה ע"י טענת ודאי מגלגול שבועה ע"י טענת ספק, דבטענת ודאי חיוב הגלגול עומד בפני עצמו והנתבע צריך לישבע או לשלם אפי' אם הוא משלם על הטענה הראשונה, ובטענת ספק החיוב שבועה קשור לשבועה הראשונה. וצ"ב בחילוק הזה.

ולפי הפירוש הנ"ל בעצם שיטת הרמב"ם בנוגע לטענות ודאיות, היה יוצא דיש ב' דינים בגלגול שבועה. דהיינו, היכא דהתובע מגלגל על הנתבע טענת ודאי, אזי חיוב דגלגול שבועה חל מחמת החיוב שבועה הראשון ועומד בפני עצמו אפי' אם בסופו של דבר הנתבע לא נשבע על הטענה הראשונה. אבל בגלגול דטענת שמא, אזי צריך חפצא דשבועה הראשונה כדי שהנתבע יהא חייב לישבע את הגלגול. ולכאורה הפירוש הזה קשה להולמו, דהרי מהי הסברא לומר דיש ב' דינים שונים בגלגול שבועה.[872]

ויתכן דבעצם גלגול שבועה חל מחמת החפצא דהשבועה הראשונה בכל המקרים. וא"כ היה ראוי לומר מסברא דבין בגלגול דטענת ברי ובין בגלגול דטענת שמא, אם הנתבע משלם את הטענה הראשונה ולא נשבע דהוא פטור מלישבע בגלגול על הטענות האחרונות מכיון דאין כאן חפצא של שבועה ראשונה. אמנם הרמב"ם עדיין פסק דבטענות ודאיות הנתבע עדיין חייב לישבע או לשלם על הטענות האחרונות אבל זה

[872] אבל עיין ברשימות שיעורים לב"מ (צז: בענין גלגול שבועה אות ד') דרבינו זצ"ל קיבל את הפירוש הזה ברמב"ם דיש ב' דינים בגלגול שבועה.

מטעם אחר. דהיינו, דמדוייק בלשון הרמב"ם דהוא רצה לשלם את הטענה הראשונה רק אחרי שהוא שמע את כל הגלגולים, וההתנהגות הזאת היא הוכחה כנגדו דעושה אותו לחשוד. דהרי אם כל הכפירות שלו הן אמיתיות, למה הוא הסכים לשלם רק אחרי דהוא שמע על הגלגולים. ומכיון דיש הוכחה כנגדו דהוא משקר זה גורם שהוא חייב לישבע או לשלם על הטענות האחרונות אע"פ דמעיקר הדין בהלכות דגלגול שבועה צריך חפצא דשבועה ראשונה ולא רק חיוב שבועה ראשונה כדי ליצור חלות דין גלגול שבועה. וכל זה נכון אם יש לתובע טענות ודאיות נגד הנתבע, אזי הטענות בצירוף לרצון של הנתבע להשתמט מהשבועות הוו הוכחה כנגדו דמחייב אותו לישבע או לשלם על הטענות האחרונות. אבל אם הטענות האחרונות הוו טענות שמא, אזי אין הוכחה כנגד הנתבע כדי לומר דהוא צריך לישבע או לשלם, וחוזרים לעיקר הדין דאם הוא משלם על הטענה הראשונה ואין חפצא של שבועה ראשונה אזי הוא פטור מהטענות האחרונות.

ויש להביא סימוכין לפירוש הזה ברמב"ם מדיוק בלשונו, דכתב הרמב"ם דאם הוא רוצה לשלם את הטענה הראשונה, וז"ל אין שומעין לו אלא אומרים לנתבע או תן לו כל מה שגלגל עליך מטענות הודאיות או השבע והפטר עכ"ל. וממש"כ ד"אין שומעין לו" משמע דאין לו חיוב ע"פ דין לישבע את הגלגול אלא דמצד אחר אין שומעין לו לפטור את עצמו מהטענות האחרונות, מכיון דהוא חשוד. ויוצא מכל הנ"ל דבעצם הרמב"ם נקט דההחפצא של השבועה הראשונה יוצרת את הגלגול שבועה ולא חיוב השבועה.

אמנם יתכן לדחות ולומר דהרמב"ם סבור דגלגול שבועה חל מחמת חיוב השבועה ולא מההחפצא דהשבועה, ואעפ"כ אם בסופו של דבר הנתבע מסכים לשלם את הטענה הראשונה אזי אין חיוב ע"פ דין בטענות האחרונות. דהרי יש לעיין מתי חיוב שבועה מתחיל. דבמושכל ראשון היינו אומרים דמשעה דהב"ד אומרים לנתבע דהוא צריך או לישבע או לשלם אזי הנתבע מוגדר כמחוייב שבועה. אך יתכן דמכיון דעד שהוא נשבע יש לו הבחירה לשלם ולא לישבע, אזי באמת לא חל עליו חיוב שבועה גמור. וא"כ י"ל דרק כשהוא נשבע ממש אזי איגלאי מילתא דחל עליו חיוב שבועה גמור מעיקרא דעל זה מגלגלין. ולפי"ז יתכן לפרש דברי הרמב"ם דבעצם חיוב השבועה הראשונה יוצר את הגלגול שבועה, ועדיין מדיני גלגול שבועה הוא פטור מהטענות האחרונות אם הוא בסופו של דבר משלם את הטענה הראשונה. דהרי מכיון דהוא שילם ולא נשבע, אזי נתברר דהוא בעצם לא היה חייב שבועה ואין עליו חיוב דגלגול שבועה כנ"ל. אלא דכשהתובע מגלגל עליו טענות ודאיות אזי הנתבע חייב לישבע או לשלם בגלל דהוא חשוד, כנ"ל.

ובנוגע לשיטת הראב"ד בענין הזה יש לעיין. דהרי מצד אחד הראב"ד לא השיג על חילוק דהרמב"ם בין טענת ודאי לטענת שמא ומשמע מזה דהסכים עמו. אבל הראב"ד כתב וז"ל או תהפך עליו את הכל שישבע ויטול שהרי אתה חייב לו שבועת היסת אף על הגלגולים עכ"ל, ומשמע מלשונו דחל על הנתבע חיוב דגלגול שבועה ע"פ דין. וזה דלא כפירוש השני ברמב"ם דביארנו דבעצם לא חל חיוב השבועה הראשונה עליו עד דנשבע בפועל. וגם לכאורה מוכח מעצם שיטת הראב"ד דגלגול שבועה נובע מהחיוב שבועה הראשונה דחל על הנתבע אפי' לפני דהוא נשבע. דהרי לפי הראב"ד הנתבע יכול להפוך את השבועה הראשונה והתובע נשבע ונוטל, ומ"מ הנתבע צריך לישבע או לשלם על הטענות האחרונות. הרי רואים דאפי' היכא דאין הנתבע נשבע את השבועה הראשונה, עדיין חל עליו גלגול שבועה וצ"ל דגלגול נובע מעצם החיוב הראשון דחל על הנתבע כשב"ד אומרים לו דהוא חייב לישבע. ואם כנים הדברים, אזי הדרא קושיא לדוכתא, דהרי משמע משתיקת הראב"ד דהוא מודה לחילוק הרמב"ם בין טענות ודאיות לבין טענות מספק, וקשה דהרי החיוב הראשון והחיוב דהגלגול שבועה דנובע ממנו ראוים להיות שווים בכל המקרים, וצ"ע.

ה

בדין גלגול שבועה מחמת הדין דמתוך שאיל"מ

ועיין בשו"ע (סימן צד סעיף ז) דהביא ב' דעות האם אמרינן גלגול שבועה היכא דבשבועה הראשונה הנתבע משלם מדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, וז"ל טענו מנה והודה לו בחמשים ועל השאר טען איני יודע, והאחר גלגל עליו כמה גלגולים, והנתבע השיבו על הגלגולים אין לך בידי כלום, אע"פ שעיקר שבועה אנו דנים בה מתוך שאינו יכול לישבע משלם לא נדין כן על הגלגולים, ומה דינו, יש מי שאומר שנשבע על הגלגול אם ירצה או יהפכנה עליו, ויש מי שאומר שאין כאן גלגול שלא נתחייב לו שבועה מעולם, אלא חייב לשלם לו מן התורה ואין כאן גלגול עכ"ל. ועיין בבית יוסף דנחלקו בזה הרא"ש והתרומת הדשן. וצ"ב במאי קמיפלגי.

ולכאורה י"ל דנחלקו בחקירה הנ"ל האם גלגול שבועה חל מחמת החיוב שבועה או מהחפצא דהשבועה. דהרי בהיכי תמצא של מתוך שאיל"מ בטענה הראשונה, אזי ברור דחסר החפצא של שבועה, אבל יתכן דחל על הנתבע חיוב שבועה דנהפך לחיוב תשלומין מכיון דאינו יכול לישבע. ולפי"ז, יש לבאר את הדעה דמגלגלין עליו עוד שבועות לפי הצד דגלגול שבועה חל מחמת החיוב השבועה הראשון. אבל יש לדחות דרק במי דיכול לישבע אלא דרוצה לשלם דאזי הוא נחשב כמחוייב שבועה דיכול לגלגל

עליו עוד טענות. אבל היכא דאינו יכול לישבע וצריך לשלם, אזי לא נחשב כמחוייב שבועה כלל אלא דהחיוב שבועה מיד נהפך להיות חיוב ממון ואין כאן לא חפצא של שבועה ולא חיוב שבועה כלל וא"כ לפי ב' הצדדים דהחקירה אין מגלגלין במקרה של מתוך שאיל"מ.[873]

ו

פסקי השו"ע

ובפסקי השו"ע (חו"מ סימן צד) מצינו לכאורה סתירות בנוגע ליסוד הדין דגלגול שבועה. דהרי בסעיף א' משמע דהוא פסק כשיטת הריצב"א דמגלגלין בשבועה נשבע ונוטל. וביארנו דזה משום דגלגול שבועה נובע מהחפצא דהשבועה ולא מהחיוב. אבל הוא גם פסק (סעיף ו') כהראב"ד דאם הנתבע הפך את השבועה הראשונה, הוא עדיין חייב לישבע את כל שאר השבועות בגלגול. ולכאורה מוכח דנקט דהחיוב שבועה הוי השורש דהגלגול דהרי הנתבע לא נשבע כלל את השבועה הראשונה ועדיין חל עליו גלגול שבועה. וגם פסק כמו הרמב"ם דאע"פ דהוא שילם את הטענה הראשונה, הוא עדיין חייב או לישבע או לשלם על הטענות הודאיות שגלגלו עליו. ומשמע מזה דעצם החיוב הראשון גורם את הגלגול דהרי אין חפצא של שבועה ראשונה ומ"מ חל עליו החיוב דגלגול שבועה, אך ביארנו לעיל דיש לפרש את הרמב"ם באופן אחר, עיי"ש.[874]

ז

מתוך שאיל"מ בגלגול שבועה

הבאנו לעיל (בענין גלגול שבועה בטענת ספק אות ד) מהתוס' בב"מ (צז. ד"ה ביום) דהקשו דהשומר תמיד חייב לישבע דשכורה מתה מדין גלגול שבועה דהרי הוא חייב לישבע דמתה כדרכה. והתוס' תירצו וז"ל ונראה לר"י דאין מגלגלין אלא כשנתבע טוען ודאי דומיא דסוטה שטוענת ודאי אבל ברישא וסיפא שהנתבע טוען שמא אין מגלגלין דלא הוי דומיא דסוטה עכ"ל. כלומר, דהדין דגלגול שבועה חל רק כשהנתבע טוען ודאי נגד הטענה השניה, וזה גזה"כ דנלמד מסוטה. ועיין ברא"ש (ב"מ פרק ח סימן י) דהביא התירוץ דהר"י ואז הוסיף תירוץ שני, וז"ל מצינן נמי למידחי דלא אמרינן מחוייב שבועה ואין יכול לישבע משלם אלא היכא שאין יכול לישבע אותה שבועה שנתחייב על עיקר טענתו כגון חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דכיון שהודה במקצת נתחייב שבועה על הכפירה ואינו יכול לישבע כיון דקאמר איני יודע אבל בשבועה הבא לו ע"י גלגול ולא על עיקר

[873] וע"ע ברשימות שיעורים לב"מ (צז: בא"ד דלא אמרינן בהו מתוך שאיל"מ משום דלא הוי להו לידע) דרבינו זצ"ל האריך בגדר דמתוך שאיל"מ.

[874] ולכאורה השו"ע פסק שיש ב' דיני גלגול - א) על החפצא של השבועה, ב) על החיוב של שבועה.

טענתו לא החמירו כולי האי שנאמר בה אם אינו יכול לישבע משלם ואף על גב דגלגול שבועה דאורייתא מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ילפינן משבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשין כגון דאמר מנה לי ביד אביך ואמר חמשין ידענא וחמשים לא ידענא הלכך אין לנו אלא כיוצא בזה שנתחייב שבועה על עיקר טענתו עכ"ל. וכן הביא הרמב"ן (ב"מ צח. ד"ה ולרמי בר חמא) מהראב"ד.

ונראה דמדברי הרא"ש פשוט דהתירוץ שלו דלא אמרינן מתוך שאיל"מ בגלגול שבועה שונה מתירוץ הר"י דלא אמרינן גלגול שבועה היכא דהנתבע טוען טענת שמא. דהרי אין נ"מ בין התירוצים היכא דהנתבע הטוען דאיני יודע, דאז לפי שתי השיטות לא אמרינן דחל עליו חיוב לישבע או לשלם. אבל קיימת נ"מ היכא דהנתבע אינו יכול לישבע מפני דהוא חשוד. דלפי הרא"ש אין אומרים מתוך שאיל"מ בגלגול שבועה כלל והנתבע פטור מכלום, ומאידך לפי הר"י נאמר משאיל"מ אפי' בגלגול שבועה והוא חייב לשלם.

ויוצא לפי הר"י כל הדין דגלגול שבועה מופקע היכא דהנתבע טוען איני יודע וזה נלמד מגזה"כ. ואילו לפי הרא"ש גם היכא דהנתבע אינו יכול לישבע את הגלגול שבועה מ"מ החיוב דגלגול שבועה חל אלא שאינו חייב לשלם מכיון דלא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם.

ולכאורה צ"ב בשיטת הרא"ש והראב"ד, דמהי הסברא לומר דלא אמרינן משיל"מ בגלגול שבועה אם חל עליו חיוב שבועה מדאורייתא. ונראה לבאר ע"פ יסוד הדין דמתוך שיל"מ. די"ל דחל על הנתבע חיוב לישבע אלא דמכיון דאינו יכול לישבע אזי החיוב השבועה נהפך לחיוב ממון. ולפי"ז לא שנא שבועה ראשונה ולא שנא גלגול שבועה, אם חל עליו חיוב שבועה ואינו יכול לישבע אזי חל חיוב ממון והוא חייב לשלם. מאירך י"ל דהגדר דמתוך שיל"מ הוא דלכתחילה חל עליו חיוב או לישבע או לשלם. ומשו"ה אם אינו יכול לישבע אזי הוא חייב לשלם דהרי זה חלק מעיקר חיובו, והחיוב לשלם אינו שלב שני מאי-יכלתו לישבע.[875]

וי"ל דכל זה נכון בשבועת הדיינים דעלמא. אבל בגלגול שבועה התורה לא חידשה חיוב לישבע או לשלם, אלא דהחיל על הנתבע חיוב שבועה גרידא. דהרי המקור דחיוב שבועה הוא סוטה דאין שם תשלומין כלל, ובכן מסתבר דגלגול שבועה הוי רק חיוב

[875] ועיין ברשימות שיעורים לב"מ (צז: תוד"ה רב הונא, בא"ד דלא אמרינן בהו מתוך) דרבינו זצ"ל האריך ביסוד הדין דמתוך שאיל"מ לפי כמה ראשונים. לפי רוב הראשונים רבינו הסיק דיסוד הדין כמו דמבואר בפנים, אבל העיר דלפי הראב"ד (פרק ה' מהלכות שאלה ופדקון הל"ו) דרק אמרינן מתוך שאיל"מ היכא דהוה ליה למידע ואערומי הוא דמערים יסוד הדין הוא דהב"ד אינו מאמין לטענתו ולא דבכל חיוב שבועה ביסודו הוי חיוב או לישבע או לשלם.

שבועה בלבד. ולפי"ז י"ל דאם חל על הנתבע חיוב דגלגול שבועה והוא יכול לישבע אבל אינו רוצה, אזי הסירוב לא לישבע מהוה הוכחה כנגדו דמערים ולכן חייב לשלם. אבל אם הוא אינו יכול לישבע מחמת דהוא חשוד או שטוען איני יודע וכדומה, אזי לא חל עליו מתחילה חיוב תשלומין ואין הוכחה נגדו שמערים ולכן הריהו פטור מלשלם. וזוהי סברת הרא"ש והראב"ד דלא אמרינן מתוך שאיל"מ בגלגול שבועה.[876]

ונראה לבאר לפי"ז את הדין בשו"ע (סימן צד סעיף ח) דהנתבע יכול להפוך גלגול שבועה וז"ל נתחייב לו שבועה מן התורה, ובא לגלגל עליו שבועת היסת, יכול לומר לו שבועה דאורייתא אשבע לך ועל הגלגולים תשבע ותטול עכ"ל. והש"ך שם (סקי"ב) תמה על זה דהרי אפשר להפך רק שבועה דרבנן בלבד ולא שבועה דאורייתא, ובמקרה דהשו"ע השבועה דגלגול לכאורה חלה כשבועה דאורייתא. ולכן הש"ך פסק נגד השו"ע דלא מפכינן הגלגול כמו דלא מפכינן את עיקר השבועה דאורייתא.

ולפי היסוד הנ"ל נראה לבאר את פסק השו"ע. דהרי כל הדין דלא מפכינן בשבועה דאורייתא הוא משום דעצם היסוד דחיוב שבועה דאורייתא הוא חיוב או לישבע או לשלם. ומבואר מזה דהנתבע דאינו רוצה לישבע אינו יכול להפך את השבועה על התובע דהרי עצם חיובו כולל חיוב לשלם. ומאידך ניתן להפך שבועה דרבנן על התובע להיות נשבע ונוטל כי בשבועה דרבנן החכמים רק תיקנו חיוב שבועה גרידא בלי חיוב תשלומין. ויש להטעים את זה כי בשבועות דאורייתא אם אמר איני נשבע ואיני משלם אזי יורדים לנכסיו וגובין, לעומת זה בשבועה דרבנן לא נחתינן לנכסיה (שבועות מא.). והביאור הוא ע"פ הנ"ל, דבשבועה דאורייתא עצם החיוב הוי חיוב לישבע או לשלם לעומת שבועה דרבנן. ולפי"ז י"ל דגלגול שבועה, אע"פ דהויא דאורייתא, דומה בנקודה הזאת לשבועה דרבנן דהרי שניהם חלין כחיוב שבועה בלי חיוב לשלם. ולכן בשניהם הנבתע יכול להפוך את השבועה על התובע.

ח

מתוך שאיל"מ בגלגול שבועה דבא מטענת ספק

ועיי"ש בהמשך הרמב"ן שתירץ עוד דלא אמרינן בגלגול הבא ע"י טענת שמא מתוך שאיל"מ, ומשו"ה קיי"ל בסיפא דהמשנה שם (ב"מ צז:) דזה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע יחלוקו. ונראה לבאר דבריו דהיכא דחל גלגול שבועה מכח טענת שמא אזי חל רק דין שבועה גרידא ומשו"ה ליכא בה דין מתוך שאיל"מ, משא"כ כשחל גלגול

[876] ועיין ברשימות שיעורים לב"מ (צז: בענין גלגול שבועה אות א') דרבינו חילק בין שבועת הדיינים בעלמא לבין גלגול שבועה באופן דומה וביאר דשבועת הדיינים דעלמא הויא "חלות שם חיוב שבועה" דכולל חיוב ממון, לעומת גלגול שבועה דהויא "מדין בירור בעלמא" דאינו כולל חיוב ממון.

שבועה מחמת טענת ברי אזי חל חלות דין חיוב שבועה - דהיינו חיוב או לישבע או לשלם, ושפיר אמרינן דחל בה דין מתוך שאיל"מ.

ולפי"ז נמי יש לבאר דברי הרמב"ן שם דאם אחרי דהתובע גלגל על הנתבע טענות אחרות הנתבע רוצה לשלם את הטענה הראשונה, הוא עדיין חייב לישבע או לשלם את הטענות הודאיות ופטור מהטענות שמא, וז"ל ומיהו כך נראה כמו שאמרנו מזו שאמרו בירושלמי בשבועות (ס"פ ז') או הב ליה כל דתבע לך או אישתבע ליה על כל מה דמגלגל עלך ואע"פ שבא לשלם עיקר התביעה המחייבתו שבועה, וזו כעין ראייה למי שאמר על הגלגולין איני יודע, ומיהו דוקא בגלגול הבא בטענת ברי אבל גלגול של שמא אינו מחוייב ממון בשאינו יודע, שאף באומר הריני משלם הורו מקצת בעלי הוראה ז"ל שאין אומרים הב ליה כל מה דמגלגל עלך אלא מטענת הוודאות אבל מטענות של שמא משלם עיקר תביעתו ופטור והדעת נוטה לדבריהם עכ"ל. וזה הוי כשיטת הרמב"ם הובאה לעיל (אות ד). ולעיל ביארנו דקשה להעמיס ברמב"ם דיש ב' דינים בגלגול שבועה ועיי"ש מה שביארנו בדעת הרמב"ם.

אבל עכשיו דהרמב"ן נקט דיש הבדל בין גלגול בטענת ודאי לבין גלגול בטענת שמא בנוגע למתוך שאיל"מ וגם בנוגע להיכא דשילם את הטענה הראשונה, אזי יש לבאר את הרמב"ן דבאמת יש ב' דינים בגלגול שבועה. דהיינו, דהיכא דחל גלגול שבועה מכח טענת ברי אזי חל בגלגול שבועה חלות שם ודין חיוב שבועה דעלמא - או לישבע או לשלם - ומשו"ה אע"פ ששילם את עיקר התביעה מ"מ חל עליו חיוב שבועה גמורה מדין גלגול שבועה. משא"כ בטענת שמא החיוב דגלגול שבועה חל כחיוב שבועה גרידא בלי חיוב ממון ולכן ליכא בה חלות דין מתוך שאיל"מ, ואזי נמי יתכן דאם שילם את עיקר התביעה אזי החיוב דגלגול שבועה פקע ואין עליו חיוב ממון כלל והוא פטור ממילא.

גמ'. מטבע נעשה חליפין.

בענין מטבע נעשה חליפין

א

קנין חליפין וקנין מעות

התוס' (ד"ה ש"מ מטבע) העירו דאם מטבע נעשה חליפין אזי כשהקונה נותן מטבע אל המקנה יכול להיות ב' כוונות שונות של הדעת לקנין: א) קנין מעות דחל מדאורייתא לפי ר' יוחנן אבל אינו קונה להלכה, ב) קנין סודר. וזה נכון גם בכל כלי דשוה כסף, דהקונה יכול לתתו למקנה בתורת דמים דשוה כסף או בתורת קנין חליפין. וברור דכוונת הקונה והמקנה לקנין מסויים קובע את המשמעות של נתינת החפץ. ויוצא מזה כמה

נ"מ לדינא, למשל בנוגע לפדיון הקדש דרק מהני מדין קנין כסף ולא בקנין חליפין.[877] דהרי אם יש כלי דהקדש ורוצים לפדותו בכלי דחולין, אזי הפודה צריך להתכוון לפדות אותו בתורת קנין דמים ולא בתורת חליפין.

אבל יש להסתפק מה בדיוק הם צריכים להתכוון כדי שנתינת החפץ יחשב כקנין חליפין ולא כקנין מעות. די"ל דהגדר של דעת לקנין סודר הוא דנתינה הכלי הויא בתורת חפץ ולא בתורת שוויות והוא מתכוון לקנות ע"י חפץ עצמו ולא בשוויות דהחפץ.[878] ועוד י"ל דההבדל בין דעת דקנין מעות לבין דעת דקנין סודר הוא האם המטבע או החפץ דהקונה נותן למקנה הוו חלק של פרעון הדמים. דהרי במעות קונות במטלטלין כבר ביארנו (דף ו: ד"ה ארווח לה זימנא, אות ד') דהקנין חל ע"י זה דהלוקח נותן למוכר את דמי החפץ דנקנה בתורת פרעון. אבל בקנין סודר י"ל דהחפץ או המטבע אינו חלק של הפרעון אלא דהוי מעשה קנין דעלמא כמו דמצינו בקנין כסף דקרקע וקידושי אשה. וא"כ הקונה צריך לתת את כל דמי הפרעון בנוסף למטבע דהוא השתמש בו לקנין חליפין עצמו.

ולפי הצד דהחפצא דהסודר אינו חלק של הפרעון יש לתרץ קושיית התוס' בב"מ (מו.) דהקשו דכשחז"ל תיקנו דמעות אינן קונות במטלטלין משום שמא יאמר נשרפו חיטיך בעלייה למה התקנה הזאת חלה רק בקנין מעות ולא בקנין סודר. דהרי לכאורה, אותה החשש שייך גם לקנין סודר וא"כ נאמר דהתקנה דמפקיע קנין מעות גם מפקיע קנין סודר. והתוס' תירצו וז"ל ובקנין סודר דשכיחא ליכא למיחש שמא יאמר לו נשרפו חטיך בעלייה דכיון דלא קיבל המוכר המעות טרח ומציל פן יסרב הלוקח ליתן לו המעות עכ"ל.

ולפי הנ"ל בגדר דמעות קונות וקנין חליפין י"ל באופן אחר. דהרי קנין דחל ע"י פרעון כמו קנין מעות במטלטלין הוי בגדר קנין דממילא, דהיינו דמכיון דהקונה נותן את דמי החפץ אל המוכר ממילא החפץ דהיה בבעלות של המוכר נקנה ללוקח. ומאידך קנין כסף דקרקע הוי חלות שם מעשה קנין ע"פ דין ולא חל כקנין ממילא. וא"כ י"ל דתקנת חז"ל לבטל מעות קונות משום שמא יאמר ישרפו חיטך היתה לבטל רק קניינים דחלין ממילא. אבל חליפין דהוי סוג אחר של קנין לגמרי משום דחל כמעשה קנין, אינו קשור לקנין מעות ולא הוי חלק של התקנה. דהתקנה היתה להוסיף מעשה קנין דמשיכה לקנין דממילא דכסף, אך לא להוסיף מעשה קנין על גבי מעשה קנין כגון משיכה על גבי חליפין.

[877] וע"ע ברשימות שיעורים לב"מ (נו. ברש"י ד"ה וההקדשות, אות ב') דרבינו זצ"ל האריך בזה דהיסוד לפדיון בדק הבית הוי קנין כסף.

[878] ע"ע בזה בשיעורים לעיל (ו: ד"ה אלא אמר רב אשי בכולהו קני, אות א').

ב

חלות פרעון בקנין מעות

ויש להוכיח כיסוד הנ"ל דמעות קונות במטלטלין חל ממילא ע"י פרעון דמי החפץ מהסוגיא דערבון (ב"מ מח:). דאיתא שם וז"ל אתמר ערבון, רב אומר כנגדו הוא קונה, ורבי יוחנן אמר כנגד כולו הוא קונה עכ"ל. ועיי"ש ברש"י (ד"ה ערבון) דמיירי ששילם הלוקח מקצת דמי הפרעון ופליגי רב ור' יוחנן אי קונה רק כנגד מעותיו או שקונה כנגד כולו. והגמ' רצתה להוכיח כשיטת ר' יוחנן מדברי רשב"ג דנקט דבקרקע ערבון קונה, וז"ל רשב"ג אמר וכו' מכר לו בית או שדה באלף זוז, ופרע לו מהם חמש מאות זוז קנה, ומחזיר לו את השאר אפילו לאחר כמה שנים, מאי לאו הוא הדין למטלטלין עכ"ל. אבל בסוף, הגמ' דחתה את הראיה משום דקרקע חלוק ממטלטלין, וז"ל ומאי שנא, קרקע דבכספא קני ליה ממש קני ליה לכולה, מטלטלי דלא קני אלא לקבולי מי שפרע לא קני ליה כוליה עכ"ל. ולכאורה צ"ב, מאי שנא קרקע ממטלטלין בנוגע לדיני ערבון ומקצת פרעון. ונראה לבאר דקנין כסף בקרקע חל בתורת מעשה קנין ולכן גם נתינת מקצת הדמים קונה כל השדה. ואילו מעות קונות במטלטלין חל מדין פרעון, וא"כ מתסבר דערבון קונה רק כנגדו דהרי הוא נתן דמים רק תמורת חלק דהחפץ.[879]

ויש להביא עוד ראיה ליסוד הזה במעות קונות משיטת הרמב"ם בקנין עכו"ם. דהרי איתא בגמ' בבכורות (יג.-יג:) דנחלקו ריש לקיש ור' יוחנן באיזה קנין עכו"ם קונה. ומרהיטת לשון הגמ' משמע דהגזה"כ דעמיתך מלמד דהקנין דאינו קונה בישראל קונה בעכו"ם, כלומר, דלפי ריש לקיש משיכה קונה בישראל ולכן כסף קונה בעכו"ם, ומאידך לפי ר' יוחנן מכיון דמעות קונות מדאורייתא בישראל אזי משיכה קונה בעכו"ם. אבל כבר הבאנו לעיל (יד: בענין קנין עכו"ם, אות א') דהרמב"ם (פרק א מהלכות זכייה הלי"ד) פסק דגם משיכה וגם מעות קונות בעכו"ם. ולכאורה צ"ב דהרי הוא פסק דמעות קונות בישראל וא"כ ראוי לומר דרק משיכה ולא מעות קונה בעכו"ם.

ונראה לבאר דבעצם קנין מעות הויא סברא פשוטה דפרעון דמים בתמורת החפץ מעביר

[879] ולגבי הא דהגמ' הזכירה את המי שפרע – עיין ברשימות שיעורים לב"מ (מח: בענין ערבון, אות א') דרבינו זצ"ל ביאר דעצם זה דתיקנו מי שפרע מדרבנן ולא ביטלו את הקנין לגמרי הויא הוכחה דמעות קונות מדאורייתא חלה מדין פרעון כקנין דממילא. כי בפרעון שייך יותר לומר שחל מקצת קנין לענין מי שפרע משא"כ במעשה קנין אם אינו קונה אז אינו קונה כלל. אבל עיי"ש בהמשך הסוגיא (בענין ערבון, אות ה') דרבינו זצ"ל נקט דרהיטת לשון הגמ' משמע דהחילוק בין קרקע לבין מטלטלין הוא דבמטלטלין ביטלו את הקנין לגמרי ומעות חל רק לגבי מי שפרע דאינו תלוי בהלכות קניינים אלא בסמיכות דעת הקונה והמקנה. וא"כ מובן בקנין מי שפרע במטלטלין דערבון קונה רק כנגדו בלבד, דמדשלם רק מקצת הדמים ע"ז בלבד סמכה דעתם.

את הבעלות על החפצא באופן דממילא.[880] וא"כ צ"ל דקנין כזה קונה בין לישראל ובין לעכו"ם. ורק היכא דקנין מהווה חלות שם מעשה קנין ע"פ דין בישראל, אזי ניתן לומר דיש גזה"כ דזה קונה רק בישראל ולא בעכו"ם.[881]

וע"פ כל הנ"ל י"ל דהתוס' אזלי לשיטתם. דהרי כבר הבאנו דהתוס' ביארו למה הגזירה דשמא יאמר נשרפו חיטיך בעלייה שייך רק בקנין מעות ולא בקנין סודר בדרך שלהם ולא תירצו כדברינו דהתקנה שייכת רק לקנין דחל ממילא. וגם, התוס' (לעיל יד: ד"ה הואיל) חלקו על הרמב"ם בנוגע לקנין עכו"ם והבינו דמעות קונות במטלטלין נלמד מגזה"כ דלפי ר' יוחנן שייך רק לישראל ועכו"ם אינו קונה בו, וכמו דלפי ריש לקיש הגזה"כ דמשיכה קונה אינה שייכת לעכו"ם. ונראה דהתוס' חולקים על היסוד הנ"ל בקנין מעות ונקטו דגם דין מעות קונות במטלטלין חל מדין מעשה קנין.

ג

חליפי שוה בשוה

ויש להוסיף דיתכן דיש ב' דינים בחליפין עצמו. דהרי ר"ת (ב"מ מז. תוד"ה גאולה) חידש דיש לחלק בין חליפי שוה בשוה לבין חליפי סודר, וז"ל ומפרש ר"ת גאולה זו מכירה ולרבי יוחנן גאולה בכסף ולר"ל במשיכה, תמורה זו חליפין של שוה בשוה דמהני לכ"ע אפי' בפירי, לקיים כל דבר לרבות אינו שוה בשוה למר אף במטבע ופירי ולמר דוקא בכלי עכ"ל. יוצא דר"ת חידש דחליפי שוה בשוה חל אפי' בפירי לכו"ע. ויתכן דהביאור בשיטת ר"ת הוא דחליפין דעלמא הוי חלות שם מעשה קנין ע"פ דין ולכן התורה הגדירה דהחפץ של מעשה הקנין צריך להיות באופן מסויים. אבל חליפי שוה בשוה אינו מעשה קנין ע"פ דין אלא דהוי חלות קנין דממילא, דהיינו דמכיון דאחד נותן את החפץ שלו לשני בתמורת החפץ השני, ממילא שני החפצים עוברים לבעלות של האחר. ולפי"ז יוצא דחליפי שוה בשוה לפי ר"ת דומה בנקודה הזאת לקנין מעות במטלטלין דשניהם הוו קניינים דחלין ממילא.[882]

[880] ואולי יש להטעים את זה בשיטת הרשב"א (ב"מ מז: ד"ה אמר) דאין לר' יוחנן מקור בפסוק דמעות קונות אלא דהויא סברא "לפי שרוב הקנינין נעשין בכסף".

[881] ובנוגע להבנת הרמב"ם בשו"ט דהסוגיא בבכורות ועוד שיטות בראשונים, עיין בשיעורים לעיל (יד: בענין קנין עכו"ם).

[882] ועיין ברשימות שיעורים לב"מ (מו: בענין קנין שוה בשוה) דרבינו זצ"ל ביאר את שיטת ר"ת בב' אופנים: א) כמו דמבואר בפנים דשוה בשוה הויא חלות אחרת מקנין סודר דעלמא, ב) שוה בשוה וקנין סודר בעצם הוי אותה חלות קנין והחידוש הוא דכל חליפין בכלים, שני הכלים נחשבים כשוה בשוה בגלל החשיבות דכלים. ועיי"ש דהביא נ"מ דנחלקו בעלי התוס' האם שיטת ר"ת דחליפי שוה בשוה קונה בפירות, האם הוא גם קונה במטבע, ודו"ק.

ויש לעיין האם גם הרמב"ם סבור דיש דינים מיוחדים לחליפי שוה בשוה. דהרי בפרק ג' מהלכות מכירה (הל"א) הרמב"ם פסק את הדין דמעות קונות מדאורייתא, וז"ל אחד הבהמה ואחד שאר המטלטלין נקנין במעות דין תורה, ומשנתן את המעות קנה ואין אחד מהן יכול לחזור בו, אבל חכמים תקנו שלא יקנו המטלטלין אלא בהגבהה או במשיכת דבר שאין דרכו להגביה עכ"ל. ואז באמצע פרק ה' מהלכות מכירה (הל"ה) הרמב"ם הביא את הדין דחליפין, וז"ל הקרקעות והעבדים והבהמה ושאר כל המטלטלין כל אחד מהן נקנה בחליפין והוא הנקרא קניין, ועיקר הדרך הזאת שיתן הקונה למקנה כלי כל שהוא ויאמר לו קנה כלי זה חלף החצר, או היין, או הבהמה, או העבד שמכרת לי בכך וכך, כיון שהגביה המוכר את הכלי וקנהו, קנה הלוקח אותו הקרקע או אותן המטלטלין, אע"פ שעדיין לא משכן ולא נתן הדמים, ואחד מהן אין יכול לחזור בו עכ"ל. ובהמשך הפרק הרמב"ם הביא את כל דיני חליפין כמו דקונין בכלים אע"פ דאינן שווין פרוטה וכדומה.

ונמצא דמפרק ה' הלכה ה' דהלכות מכירה הרמב"ם איירי בהלכות קנין חליפין. אבל בריש פרק ה' (הל' א') פסק הרמב"ם, וז"ל כל המטלטלין קונין זה את זה, כיצד החליף פרה בחמור או יין בשמן אף על פי שמקפידין על הדמים ושיערו כמה שוה זה וכמה שוה זה ואחר כך החליפו, כיון שמשך האחד או הגביהו, קנה השני המטלטלין האחרים בכל מקום שהם ונעשה ברשותו, ואע"פ שעדיין לא משכן עכ"ל. הרי הרמב"ם הביא את הדין דמטלטלין קונין זה את זה לפני הדין דקנין חליפין דעלמא. וברור מסדר ההלכות דחליפי שוה בשוה מהווה דין אחר מקנין חליפין דעלמא.[883]

אבל עדיין יש להסתפק בגדר דחליפי שוה בשוה ברמב"ם. דהרי בין הלכה א' דאיירי בחליפי שוה בשוה והלכה ה' דאיירי בחליפין דעלמא, הרמב"ם הביא היכי תמצי דחז"ל לא עקרו את הדין דמעות קונות. למשל, בהלכה ד' הרמב"ם הביא מהמשך הסוגיא דידן, וז"ל וכן ראובן שמכר מטלטלין לשמעון בחמשים זוז, וקנה שמעון המטלטלין ונתחייב בדמים, ואחר שנתחייב שמעון בחמשים זוז אלו היה לו יין או בהמה או עבד וכיוצא בהן משאר המטלטלין והיה רוצה למכרן, ואמר לו ראובן מכור אותו לי בחמשים זוז שיש לי בידך דמי המכר ואמר לו הן, קנה ראובן המטלטלין בכל מקום שהן, ואע"פ שלא משך ולא הגביה, שגם זה דבר שאינו מצוי הוא ולא הצריכו בו משיכה וכו' עכ"ל. וא"כ יש להסתפק בדעת הרמב"ם האם הוא סבור דחליפי שוה בשוה חל מגזה"כ מיוחד כמו ר"ת,

[883] וע"ע במגיד משנה (פרק ה מהלכות מכירה הל"א) דהעיר דמשמע מזה דכלל הרמב"ם פירי בהלכה שם דהוא סבור כמו שיטת ר"ת דיש דין מיוחד דחליפי שוה בשוה.

או"ד בעצם חליפי שוה בשוה אינו דין מיוחד בפני עצמו אלא דהוא קשור למה שהרמב"ם הביא בהלכה ג-ד, דהיינו מקרים דמעות קונות אפי' להלכה. וצ"ב בדעת הרמב"ם.[884]

ולכאורה יש להוכיח דחליפי שוה בשוה לפי הרמב"ם שונה מחליפין דעלמא מהדין דקרקע. דהרי בפרק ה' הלכה ה' כשהרמב"ם איירי בחליפין דעלמא כתב דחליפין קונה קרקע. אבל בתחילת הפרק כשהרמב"ם איירי בחליפי שוה בשוה כתב וז"ל כל המטלטלין קונין זה את זה עכ"ל והשמיט את הקרקע. ונמצא דקנין סודר מהני בקרקע אבל חליפי שוה בשוה קונה רק במטלטלין בלבד. ומוכח מזה דהוו ב' קניינים שונים. ויש להעיר דאין זה מוסכם בראשונים. דהרי עיין בבית יוסף (חו"מ סימן רג) דהביא משו"ת הרשב"א, וז"ל כתב הרשב"א ז"ל בתשובה סימן אלף ורכ"ו המחליף קרקע בקרקע כיון שהחזיק זה בשדה זו קנה חברו שדה השני עכ"ל. ויש לבאר דהרשב"א חולק על הרמב"ם ור"ת ונקט דחליפי שוה בשוה הוי אותו הדין דקנין חליפין בעלמא ולכן כמו דחליפין דעלמא מהני בקרקע כמו"כ חליפי קרקע בקרקע.[885]

ויש להעיר דצ"ב למה הרמב"ם הזכיר את דין העבד בהלכה ד' כשאיירי בהיכי תמצא דלא ביטלו מעות קונות. דהרי לא מצינו דביטלו קנין כסף בעבד וא"כ למה זה שייך לחוב הבא מחמת מכר, וצ"ע. ועיין מה שביארנו בזה לקמן (כח: ה"ק יש דמים, אות א').

גמ'. אמר רב יהודה הכי קאמר כל הנישום דמים באחר כיון שזכה זה נתחייב בחליפין.

יוצא מהגמ' דלשון המשנה "נעשה דמים באחר" פירושו מטבע, לעומת הלשון "נישום דמים באחר" דפירושו מטלטלין דעלמא. ובביאור למה כל מטלטלין הוי "נישום דמים באחר" פירש רש"י (ד"ה אמר רב יהודה) וז"ל כל דבר שאם בא לתתו דמים באחר צריך לשומו בדמים דהיינו כל המטלטלין בר ממטבע עכ"ל.

ומשמע מלשון הגמ' דיש חילוק בעצם הגדר דמטבע דהוי בעצם דמים ושוויות, לבין הגדר דשאר מטלטלין דרק משוערים בדמים אבל אינם דמים בעצם. והנה הבאנו בריש המסכת (ב. תוד"ה בפרוטה ובשוה פרוטה, בענין כסף וממון) דנחלקו הראשונים האם מסברא אמרינן דשו"כ ככסף. דהרי התוס' שם חיפשו מקור דשו"כ ככסף, לעומת הרמב"ן דנקט דבדינים בעלמא שו"כ ככסף הוא מסברא. ונראה לבאר דנחלקו בגדר הדין דשו"כ ככסף האם בעצם הם הוו ב' שמות שונים, או"ד הדין דשו"כ ככסף הוא דאין הבדל בין שו"כ לכסף דהרי כל יסוד דכסף הוי השוויות שבו. ומלשון סוגייתנו משמע כשיטת התוס' דאפי' להלכה מטבע ושו"כ הוו ב' שמות שונים.

[884] וע"ע ברשימות שיעורים לב"מ (מו: בענין קנין שוה בשוה, אות ב') דרבינו זצ"ל האריך בשיטת הרמב"ם בנידון והביא ראיות ממקומות אחרים במשנה תורה.

[885] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לב"מ (מז. תוד"ה גאולה) דרבינו זצ"ל ביאר את המחלוקת באופן אחר.

ויתכן דיש בזה נ"מ בנוגע לשיטת ר"ת דחליפי שוה בשוה מהני אפי' בפירות, האם גם קונין במטבע. דהרי מבואר בתוס' ב"מ (מו: ד"ה ולרב נחמן) דאין קונין מטבעות בחליפי שוה בשוה, וז"ל ומיהו למאן דאמר אין מטבע נעשה חליפין לא מצי למימר דבשוה בשוה יועיל עכ"ל. אבל בתוס' שאנץ (מובא בשיטמ"ק ד"ה כיצד החליף בשר שור) מבואר בהדיא דלפי ר"ת שוה בשוה מועיל גם במטבעות, וז"ל ואומר רבינו תם דאותו קנין של שוה בשוה נוהג בכל דבר לכולי עלמא במטבע ופירות עכ"ל. וכן איתא בספר הישר (חלק החידושים סימן תקפא). ויש לבאר את המחלוקת שלהם ע"פ מה דהבאנו לעיל בנוגע לגדר דקנין שוה בשוה לפי ר"ת האם הוי אותה חלות שם קנין של קנין חליפין דעלמא או דהוי חלות שם קנין אחר לגמרי.[886] אבל גם יתכן לבאר ע"פ הנ"ל בגדר דכסף ושו"כ. כלומר, דאם מטבע הוי שם בפני עצמו לעומת כל מטלטלין דשו"כ דעלמא, אזי ניתן להבין למה חליפי שוה בשוה אינו שייך למטבע.

דף כח:

גמ'. ה"ק יש דמים שהן כחליפין כיצד החליף דמי שור בפרה וכו' מילתא דלא שכיח לא גזרו בה רבנן.

א

שיטת הרמב"ם בחוב הבא מחמת מכר

לפי רש"י, חז"ל לא עקרו את הדין דמעות קונות היכא דהוא קונה את המטלטלין בחוב דהרי זה מילתא דלא שכיחא. ועיין בלשון רש"י (ד"ה מילתא דלא שכיחא) דכתב וז"ל מילתא דלא שכיחא - שיהא חייב לו הדמים קודם לכן עכ"ל, דמשמע מדבריו דאין חילוק בנוגע להיאך נוצר החוב, אלא כל היכא דהמוכר חייב דמים לקונה לפני כן אזי הקונה יכול לקנות בחוב הזה. אך עיין ברמב"ם (פרק ה מהלכות מכירה הל"ד) דכתב דהמקח קיים רק היכא דהחוב בא מחמת מכר, וז"ל וכן ראובן שמכר מטלטלין לשמעון בחמשים זוז, וקנה שמעון המטלטלין ונתחייב בדמים, ואחר שנתחייב שמעון בחמשים זוז אלו היה לו יין או בהמה או עבד וכיוצא בהן משאר המטלטלין והיה רוצה למכרן, ואמר לו ראובן מכור אותו לי בחמשים זוז שיש לי בידך דמי המכר ואמר לו הן, קנה ראובן המטלטלין בכל מקום שהן, ואע"פ שלא משך ולא הגביה, שגם זה דבר שאינו מצוי הוא ולא הצריכו בו משיכה, אבל אם היה חוב לו עליו שלא מחמת המכר ואמר לו מכור לי מטלטלין בחוב שיש לי אצלך ורצו שניהם, לא קנה עד שיגביה, או ימשוך דבר שאין דרכו להגביה, או

[886] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לב"מ (מו: בענין קנין שוה בשוה, אות א').

יקנה באחד מהדרכים שהמטלטלין נקנין בה עכ"ל. והפירוש הפשוט בשיטת הרמב"ם הוא דמדאורייתא חוב מהני לקנין כסף אבל מדרבנן ברוב חובות עקרו את חלות הקנין כמו דביטלו קנין כסף דעלמא. והיוצא מן הכלל הוא חוב הבא מחמת מכר דהוי מילתא דלא שכיחא ואפשר לקנות בו. ולכאורה החילוק הזה תלוי לגמרי בכמה שכיח היכי תמצא מסויים, וזה קצת דחוק.

ונראה לבאר החילוק בין חוב הבא מחמת מכר וחוב הבא מחמת הלוואה באופן אחר. דהיינו דהתקנה דמעות אינן קונות חלה בכל קנין כסף כולל היכא דחוב דעלמא הוי הכסף. אבל בחוב הבא מחמת מכר חז"ל החשיבו את זה כאילו המוכר והקונה עכשיו מחליפים את החפץ הראשון עם החפץ השני. ואע"פ דהקנין הראשון נעשה בלי קשר לקנין השני, מ"מ מכיון דהחוב נוצר ע"י קנין החפץ הראשון והקונה עדיין חייב הדמים למוכר, מדרבנן רואים בחוב הזה את החפץ הראשון. ומכיון דמדאורייתא הקנין חל מדין קנין כסף בחוב, ומדרבנן אפשר לראותו כסוג של חליפי מטלטלין במטלטלין, אזי לא ביטלו קנין כזה ואפשר לקנות בחוב הבא מחמת מכר.

ויתכן דבזה אפשר לבאר את מה דהקשינו על הרמב"ם לעיל (כח. ד"ה מטבע נעשה חליפין, אות ג') דלמה כלל עבד בהלכה הזאת דחוב הבא מחמת מכר והרי בעבד תמיד אפשר לקנות בקנין כסף ואין תקנה בכלל לבטל קנין כסף. ולפי דברינו דבחוב הבא מחמת מכר יש כאן סוג של חליפי דבר בדבר, בזה אין הבדל בין עבד לשאר דברים בעולם ויש לעבד אותו דין שיש לכל שאר הדברים דהרמב"ם הזכיר.

ולכאורה גם הראב"ד הסכים עם היסוד הזה. דהרי יש לו ב' השגות על דברי הרמב"ם הנ"ל, וז"ל וכן ראובן שמכר וכו'. א"א דבר זה אין לו שורש לענין קניה אלא לגבי מי שפרע ואע"פ שהרב ז"ל מפרש כך בקידושין על משנת החליף שור בפרה אנו לא שמענו אלא דמי שור שאינן ידועים למוכר את הפרה שגם זה מילתא דלא שכיחא. אבל אם היה חוב וכו'. א"א ואפילו למי שפרע עכ"ל. דהיינו, בתחילה הראב"ד השיג על זה דהרמב"ם פסק דהקנין חל בחוב הבא מחמת מכר, והראב"ד עצמו נקט דחוב הבא מחמת מכר מהני רק לענין מי שפרע. ובהשגה השניה הראב"ד ביאר דחוב הבא מחמת הלוואה אינו קונה אפי' למי שפרע. ולכאורה, כל היכא דהקנין היה ראוי לחול מדאורייתא אזי תיקנו מי שפרע מדרבנן, מאידך היכא דהקנין לא היה חל מדאורייתא דלא תיקנו מי שפרע. וא"כ יוצא דאע"פ דהראב"ד חולק על הרמב"ם וסבור דאין קנין חל בחוב הבא מחמת מכר, מ"מ הראב"ד סבור דיש חילוק מדאורייתא בין חוב הבא מחמת מכר לבין חוב

דעלמא ולכן יש מי שפרע רק בחוב הבא מחמת מכר.[887] וצ"ב בטעם הדבר, מדוע חוב הבא מחמת מכר מהני לקנין מעות מדאורייתא ולא חוב דעלמא. ונראה לבאר ע"פ הנ"ל, דבעצם הראב"ד סבור דחוב אינו מהני לקנין כסף או מעות. אבל מדאורייתא רואים את הקנין בחוב מחמת מכר כהחלפת ב' חפצים ולכן הקנין חל מדין קנין חליפין.[888]

ב

פרעון דכל הדמים בקנין מעות

ועוד נראה לבאר את שיטת הראב"ד באופן אחר.[889] דהיינו דכשאדם מוכר חפץ בדמים אין הקנין של הלוקח נגמר עד שעת תשלומי דמי המכר. דיעויין בנתיבות המשפט (חו"מ סימן קצ סק"ז) שכתב וז"ל אם הלוקח עדיין אין לו מעות ורוצה ליתן מעות כשיזדמן לו, יכול המוכר לבטל המקח לגמרי, כי לא מכר לו רק אדעתא ליתן דמים, וכ"כ השיטמ"ק בהדיא ריש פרק האומנין (ב"מ עז:) בד"ה וז"ל הרי"ף בתשובה ואמנם אם שום א' מהם אינו רוצה לחזור בו, והמוכר קבל מקצת מעות והוא דוחק לקבל השאר, והקונה אומר אני רוצה שימתין לי בשאר המעות עד שיזדמן לי, לא נגמר המקח לקונה לא בכולה ולא במקצתה וכו' ועוד נראה דבזה לא בעינן שיהיה עייל ונפיק אזוזי ביומו רק כיון שתבע מעות והלוקח טוען שאין לו, יכול המוכר לבטל המקח וכו' עכ"ל. והנה יל"ע בדין הרי"ף דאם הלוקח אינו משלם דמי המכירה שהמוכר יכול לבטל את המקח, האם המקח בטל מדין מקח טעות בעלמא, דהיינו דבשעת המקח חל הקנין אולם מדלא שילם הלוקח חלה טעות המבטל את הקנין למפרע, או"ד דכל זמן שלא שילם הקנין שעשה מעיקרא מיתלא תלי וקאי, דבתשלומי הדמים לבסוף נגמר מעשה הקנין, דהדמים גומרים את הקנין. ומלשון הרי"ף "לא נגמר המקח", משמע דס"ל שעצם הקנין דמעיקרא תלוי בתשלומי הדמים לבסוף, דהתשלומין הן גמר המכירה וקנין המקח עצמו נגמר בתשלומי הדמים. וזהו חידוש גדול, דבפשטות י"ל כהצד הראשון שבחקירתנו. אך הגר"ח זצ"ל נקט כהצד השני שבחקירה הנ"ל, דתשלומי הדמים גומרים את עצם הקנין דמעיקרא.[890]

ולפי"ז נראה דבזה מבואר שיטת הראב"ד דס"ל דהקנין של הלוקח אינו נגמר עד שישלם את דמי המכירה, דהתשלומין גומרין את הקנין שעשה בשעת המכירה. והראב"ד סובר

[887] זה דבחוב דעלמא אין קונין בו אפי' למי שפרע לפי הראב"ד מבואר בהשגותיו לפרק ז מהלכות מכירה הל"ד.

[888] אך צ"ע למה חל דין מי שפרע דהא לא שמענו דין מי שפרע שחל בקנין חליפין אלא רק בקנין מעות, וצ"ע.

[889] עיין בזה ברשימות שיעורים לב"מ (מו: בענין יש דמים שהן כחליפין, אות ג).

[890] והשווה למה שהבאנו בשיעורים לעיל (יד: בענין קנין עכו"ם, אות ג) דרק בעכו"ם פרעון כל הדמים מעכב את הקנין. וכדברי רבינו זצ"ל כאן דייק המשאת משה (קידושין סימן ג') מלשון הטור וז"ל דבר תורה מעות קונות בכל המטלטלין אחד בעלי חיים ואחד שאר כל המטלטלין שכיון שפסקו סכום הדמים ונתנו למוכר חזר המקח לרשות לוקח לכל דבר עכ"ל. ומשמע דהקונה צריך לתת את כל הדמים שפסקו ורק אח"כ הקנין חל.

דבמחילת החוב ללוקח שהתחייב לשלמו מחמת מכר, לא רק שנסתלקו שעבודי דמי החוב מהלוקח אלא דבשעת המחילה נגמר עצם קנינו בחפצא דמכירה, דהקנין הראשון שעשה לא נגמר כל זמן שלא שילם דמי המכירה, ובמחילת החוב נגמר עצם הקנין. ולפיכך סובר הראב"ד שבמחילת חוב מחמת מכר קיבל הלוקח חפצא דכסף, דהיינו את החפצא דהמקח, דמעכשיו נקנה לו בקנין גמור, ומשו"ה ס"ל להראב"ד דמחילת חוב כזה מועלת לקנין כסף, דמהווה מעשה נתינת חפצא של כסף, ואינה רק מחילת שעבוד חוב בעלמא, וקונה מדין קנין כסף מדאורייתא.[891]

ועפ"י משנ"ת הקפיד הגר"ח זצ"ל שלא לקנות את הד' המינים שלו בהקפה אלא היה משלם דמי קניית ד' המינים לפני החג, דאע"פ שהמוכרים היו מאפשרים לו לשלם אחרי חג הסוכות מ"מ הגר"ח זצ"ל היה מקפיד לשלם בשעת קנינו לפני החג, משום דחשש לשיטת הרי"ף והראב"ד דס"ל דקנין המכירה אינו חל בשלימות אלא עד לאחר שמשלם הלוקח את דמי המכירה, וחשש דבלי גמר חלות המכירה חסר בדין "לכם" המעכב במצות ד' מינים.[892]

---

[891] וכן פסק הר"י מג"ש (בשו"ת סימן קי"ג) דחל הקנין מדאורייתא, עיי"ש

[892] ורבינו זצ"ל הוסיף עוד ענין בדין מעות דמכירה דממה שהקפיד אברהם אבינו לשלם כסף בקנין מערת המכפלה ולא רצה לקבלה בתורת מתנה מעפרון החתי (בראשית כג: יא - טז) משמע דקנין מתנה אינו באותו תוקף כקנין מכירה, דחל הקנין ביתר עוז ותוקף כשמשלם דמי המקח. ואברהם אבינו רצה לקנות את מערת המכפלה בקנין גמור דחל דוקא במכירה עם תשלומי דמים. וכן מצינו שדוד המלך הקפיד לשלם עבור מקום המקדש ולא הסכים לקבלו במתנה מארנן היבוסי (עיין בדברי הימים א' פרק כא: כב - כה), שדוד נמי רצה שיהא הקנין קנין גמור דמכירה דחל בתשלומין ולא קנין גרוע דמתנה בעלמא. ויעויין בב"ר (פרק עט: ז) וז"ל ויקן את חלקת השדה אשר נטה שם אהלו וגו' במאה קשיטה, אמר ר' יודן בר סימון זה אחד מג' מקומות שאין אוה"ע יכולין להונות את ישראל לומר גזולין הן בידכם, ואלו הן מערת המכפלה וביהמ"ק וקבורתו של יוסף, מערת המכפלה דכתיב "וישמע אברהם אל עפרון וישקל אברהם לעפרון". ביהמ"ק דכתיב "ויתן דוד לארנן במקום וגו" וקבורתו של יוסף דכתיב "ויקן את חלקת השדה", יעקב קנה שכם עכ"ל. ומבואר דבתשלומי דמי מכר נתחזק קנין הלוקח לבטל מעליו תרעומת המוכר. וסמך לכך יש להביא מדין תליוהו וזבין זביניה זביני (ב"ב מח.) דאיתא בגמ' שם "דסברא הוא אגב אונסיה גמר ומקנה", ואילו במתנה אי אנסיה לא קונה. וברש"י שם (ד"ה אלא) פירש וז"ל הואיל ואיכא תרתי, יסורין ומתן מעות דלא מפסיד מידי עכ"ל. ומשמע מזה דהדעת להקנות במקום תשלומין אלימתא מהדעת להקנות במתנה, שהרי הקנאת מתנה באונס אינה חלה ואילו מכירה באונס במקום שיש תשלומי דמים חלה. ובזוהר (פ' חיי שרה) איתא "תא חזי אי עפרון הוי חמי במערתא מה דהוי חמי אברהם בה לא יזבין לה לעלמין". ונמצא דאחרי שהתגלה שאדם וחוה היו קבורין בה ושאר המעלות של מערת המכפלה לענין תפילה וכו' היה עפרון יכול לבא ולטעון טענת טעות כדי לבטל את נתינתו, אך מכיון שמכרה וקיבל את דמי המכירה בכסף מלא תו לא היה לעפרון טענת טעות, דבקבלת הכסף בטלו כל התערומות. וה"ה בקניית מקום המקדש שקנה אותו דוד בכסף מלא מארנן, דמאחר ששילם דוד בטלו כל תערומותיו. ודומה לדין תלויה וזבין, דמאחר שקיבל דמים גמר בדעתו למכור וחלה דעת גמורה להקנות וחל הקנין אפילו באונס. וה"ה באופן שהמקנה לא הבין את ערך וחשיבות המקום שמכר. והנה טענות אוה"ע דג' מקומות אלו הן גזולין בידי ישראל לכאורה יסודו בדין מכר חטין ונמצאו שעורין דבטל המקח. אך נראה דטענה זו בדותא היא שהרי מעלות המקומות אינן משוות את המכירה לחיטין ושעורין אלא ליפות ורעות דקיי"ל דהמקח קיים, אלא שיש טענת אונאה שהמתאנה יכול לחזור בו (רמב"ם פי"ז מהל' מכירה ה"א). ברם טענת אונאה ברעות ויפות חלה רק ביפות ורעות שערכן ידוע לאחרים במקומם, ואחד המוכר או הלוקח הטעה את השני במכירתן, וכדכתב במגיד משנה (שם) וז"ל שאמר המוכר שהם יפות, ונמצאו שקורין לכמותן במקום שהן רעות, וכו' הלוקח יכול לחזור בו מפני שהטעהו ויש ביניהם שינוי השם והרי

ובכך נמי מבואר את המנהג במכירת חמץ לזקוף זקיפת מלוה תחת החוב דהמכירה, דנמצא שהגוי שקנה את החמץ אינו מחוייב לשלם את דמי המכירה משום דשילמם בזקיפת המלוה דחייב לשלם חוב אחר ולא את דמי המכירה. והביאור בזה הוא דאילו היה הגוי מחוייב לשלם את עצם דמי המכירה אזי י"ל דאליבא דשיטת הרי"ף והראב"ד מכירת החמץ אינה נגמרה מכיון דלא שילם הגוי את דמי המכירה, ויש חשש דבל יראה ובל ימצא, ומשו"ה גוי משלם את החוב של מכירת החמץ בזקיפת מלוה, להחיל חוב אחר, דדמי המכירה כבר שולמו בזקיפת המלוה, וליכא חסרון בקנין החמץ של הגוי.[893]

ג

קנין בהנאת מחילת מלוה

וכל זה לשיטות הרמב"ם והראב"ד דסברי דאפשר לקנות בחוב מדאורייתא. אבל רוב הראשונים פסקו ע"פ הגמ' לקמן (מז.) דהמקדש במלוה אינה מקודשת משום מלוה להוצאה ניתנה ומשמע דה"ה במכר דאין קונין בחוב. ולפי"ז הקשו מהגמ' דידן דהחליף דמי פרה בשור מהני לקנות בו. ועיין בתוס' (ב"מ מו: ד"ה יש דמים) דביאר וז"ל אף על גב דאמר בקדושין (דף ו:) המקדש במלוה אינה מקודשת ובמכר לא קנה היינו כי קדשה או קנה החפץ במעות שחייב לו אבל קדשה או קנה בהנאת מחילת מלוה מועיל כמו ארוח לה זמנא ואדבר עליך לשלטון עכ"ל. כלומר, דהקנין חל ע"י הנאת מחילת החוב ולא עם החוב עצמו. ועיין לעיל בשיעורים (דף ו: ד"ה ארווח לה זימנא, אות ד') דביארנו את המחלוקת האם חוב מהני בקנין כסף ומעות ע"פ המחלוקת הידועה בין הסמ"ע והט"ז האם קנין כסף הויא מעשה קנין דנתינת כסף או דחל מדין פרעון, ודו"ק.

זה קצת כשינוי חפץ מחפץ שאם רצה המתאנה לחזור בו ולבטל מקחו רשאי וכו' רעות ונמצאו יפות וכו' שהטעה הלוקח את המוכר ואמר לו חיטים שלך רעות הן ונמצאו שהן מן היפות, מוכר שנתאנה יכול לחזור בו ולא לוקח עכ"ל. משא"כ בג' המקומות האלו דמעלתן לא היתה ידועה כלל בשעת המכירה, והמוכר איפוא לא נתאנה מאחר שלא הטעהו הלוקח, דכ"ע החשיבו את המקומות האלו כרעות, ורק אברהם אבינו דוד המלך ויעקב אבינו ידעו את סוד מעלתן, ומשו"ה לא חל בהן דין אונאה וביטול מקח מצד טענת המוכר, דאין טענת אונאה חלה כלל, דלא נתאנו מאחר שלא הטעום, דחשיבות המקומות האלה היה בסוד. אך עכ"ז למוכרים יש קצת מקום לתערומות מאחר שהקונים לא הודיעום ממעלות המקומות. וכדי לבטל גם מקצת תרעומת זו שילמו אבות העולם כסף מלא כי מי שמכר בכסף גמר בדעתו להקנות בדעת גמורה, ולכן אף שלאחר זמן נתגלו מעלות המקומות שנמכרו, מכיון שקיבלו המוכרים כסף מלא הרי גמרו והקנו את ג' המקומות האלה בדעת גמורה. ולפי"ז נראה דהנה עיין באבני מילואים (סימן מ"ב ס"ק א') שהביא את שיטת בעל העיטור דתלויה וקני לא קני, והרשב"א חולק דסובר דק"ו הוא דאם תלויה וזבין זביני כ"ש תלויה וקני, כי הקונה אינו מפסיד כלל, ורק מרויח את חפץ הקנין, וצ"ב בשיטת בעל העיטור. ונראה דשאני במכירה דקבלת תשלומי הדמים גומרת את דעת המקנה לדעת גמורה והחזקה ביותר, ומשו"ה המכירה חלה אפילו באונס. משא"כ דעת הקונה, דאינה דעת גמורה כדעת המוכר שקיבל דמים למכור, כי עיקר הדעת המחיל את הקנין במכירה ובמתנה הרי היא דעת המקנה ולא דעת הקונה, וכדחזינן מדין דעת אחרת מקנה אותו דמועלת להקנות לקטן ולא להיפך. ומשו"ה דעת הקונה באונס אינה קונה, דאונס מבטלה, משא"כ בדעת המוכר באונס דחלה המקח משום דע"י קבלת הדמים חלה דעת מקנה גמורה להקנות אפילו באונס.

[893] וע"ע בזה בשיעורים לעיל (כו. ד"ה הוא מותיב לה).

משנה. רשות הגבוה בכסף.

בענין קנין דהקדש

א

קנין דהקדש וחלות הקדושה

הגמ' מבארת דאם הגזבר קונה בהמה במעות הקדש דהמעות יוצאות לחולין והבהמה נכנסת לרשות הקדש. ובהיכי תמצי כזה יש ב' חלויות שחלין בבת אחת: א) חלות קדושה דפקעה מהכסף וחלה על הבהמה, ב) חלות בעלות דהיינו הכסף יוצא מבעלות דהקדש, והקדש נעשה לבעלים של הבהמה. ויש לעיין האם יתכן לחלק בין ב' החלויות. דהרי יתכן דהדרך היחידה של הקדש לעשות מקח וממכר הוא ע"י פדיון. דהיינו דהגזבר לוקח חפצא דיש בה חלות קדושה ומחלל את הקדושה על חפץ אחר של הדיוט וע"י החלפת חלות הקדושה רשות הקדש אף קונה את החפץ בדיני ממונות. וא"כ אין לחלק בין חלות הקדושה לבין חלות הבעלות דהקדש בדיני ממונות דהרי שתיהן תמיד חלין ביחד. ולפי"ז החידוש דהמשנה הוא דגם הפדיון וגם הקנין דהקדש בדיני ממונות חלין ע"י כסף לבד.

אולם יתכן דהקדש יכול להיות הבעלים בדיני ממונות בלי קשר לחלות הקדושה בחפץ. וא"כ הקדש יכול לקנות חפצים דחולין בלי חלות קדושה או פדיון כלל. למשל, יש לעיין מהו הדין היכא דאדם רוצה להקנות חפץ להקדש ע"י קנין דעבד כנעני. כלומר, דאדם נותן כסף למוכר כדי שהקדש יקנה חפץ מסויים שעכשיו ברשות המוכר. דמצד אחד אין כאן דיני פדיון כלל, דהרי הגזבר לא נותן מעות דהקדש למוכר בעד החפץ שהופכים להיות חולין במקום החפץ דהופך להיות קודש. וא"כ לפי הצד דהקדש קונה רק ע"י פדיון והחלפת חלות הקדושה, אזי אין הקדש קונה בקנין עבד כנעני. אבל לפי הצד השני דהקדש יכול לעשות מקח וממכר בלי חלות קדושה ובלי פדיון, אזי הקדש בודאי יכול לקנות ע"י קנין עבד כנעני כמו כל הדיוט דעלמא.[894]

ולפי הצד דיש להקדש דיני קנין בנפרד מחלות הקדושה אזי יש להסתפק בפירוש המשנה דרשות הגבוה בכסף, האם הוי דין בחלות קדושה או בקנייני הקדש בדיני ממונות. דמצד אחד י"ל דהמשנה איירי בהלכות פדיון וחילול, והיא קובעת דאפשר

[894] בכמה מקומות האריך רבינו זצ"ל לדון ביחס בין קנין דהקדש וחלות הקדושה בהלכות פדיון. ע"ע ברשימות שיעורים לב"מ (מד. ד"ה בענין פדיון מע"ש, אות ד', נו. ד"ה והקדשות, אות ב'), וברשימות שיעורים לסוכה (לט. תוד"ה וליתב, מ: בסוגיית תפיסת דמי שביעית, אות א'), וברשימות שיעורים לשבועות ונדרים (שבועות כב. בענין מעילה בקונמות אות ד-ה), וברשימות שיעורים לב"ק (סח: תוד"ה הוא). וע"ע בחידושי הגר"ח הלוי (פרק ח מהלכות מע"ש הל"ז) ובספר חידושי הגר"מ הלוי מהדורא תנייא (פרק ד מהלכות עכו"ם הלי"ג) דפדיון הקדש כולל קנין כסף.

לחלל חלות קדושה מחפץ אחד לחפץ אחר ע"י כסף. מאידך יתכן דהחידוש דהמשנה הוא דבהלכות קנין בדיני ממונות יש להקדש דיני קנין שונים מההדיוט, והקנין של הקדש לעולם חל ע"י כסף בלבד ואפי' היכא דליכא חלות חילול קדושה מחפצא לחפצא. ומשמע מלשון המשנה דרשות גובה בכסף דאיירי בדיני בעלות בדיני ממונות.

ונ"מ היכא דיש חפצא דהויא בבעלות דהקדש בדיני ממונות אבל אין עליו חלות קדושה - האם שייך הדין דרשות הגבוה בכסף. דאם נפרש דהמשנה איירי בהלכות פדיון והחלפת חלות הקדושה אזי אם יש להקדש בעלות על חפץ בלי חלות קדושה אזי הדין דהמשנה אינו שייך לזה הציור ודין הקדש אזי שווה לדין הדיוט דמשיכה קונה. אבל אם נאמר דכוונת המשנה היא דיש להקדש דינים שונים בהלכות קנייני ממון, אזי כל זמן דחפץ קנוי להקדש בדיני ממונות אזי חל עליו הדין דרשות הגבוה בכסף.

ב

קנין דהקדש בלי חלות קדושה

ולכאורה מצינו היכי תמצי דהקדש קונה חפץ בלי חלות קדושה משיטת הרמב"ן בב"ב (עט.) בסוגיא דקנין חצר להקדש. דאיתא בגמ' וז"ל הקדיש בור מלאה מים וכו' מועלין בהן ובמה שבתוכן, אבל הקדיש בור ואחר כך נתמלא מים וכו' מועלין בהן ואין מועלין במה שבתוכן עכ"ל. ונחלקו הראשונים בביאור הסיפא דהברייתא, מדוע אין מעילה במים בתוך הבור של הקדש. התוס' (ד"ה ואין מועלין) כתבו וז"ל דלא אמרינן שיקנה חצר הקדש כמו שקונה חצר הדיוט דחצר משום יד איתרבאי ולא מצינו יד להקדש עכ"ל, כלומר דאין להקדש קנין חצר כלל וא"כ פשיטא דאין קדושה במים בתוך הבור. אבל הרמב"ן הביא דעת התוס' ואז הוסיף, וז"ל ויש לומר אי נמי קניא ליה אין מעילה בזכיתה עכ"ל. יוצא דלפי הרמב"ן אין מעילה במים אע"פ דהקדש קונה את המים בקנין חצר. והטעם דאין בהן מעילה הוא משום דחסרה קדושת פה.[895]

ויש להסתפק לפי הרמב"ן האם המים האלו אסורים בהנאה אלא דאין בהם מעילה או"ד אינם אסורים בהנאה כלל. דהרי מצינו שיש דברים קדושים דאין בהן מעילה אבל בודאי יש איסור הנאה דאורייתא. כמו למשל קדשים קלים דאין בהן מעילה עד שיזרק הדם (רמב"ם פרק ב מהלכות מעילה הל"א), ומ"מ פשיטא דאסורין בהנאה.[896] ולא ברור מלשון

[895] וכן ביאר הקצוה"ח (סימן ר סק"א) דלפי הרמב"ן רק קדושת פה ע"י אדם גורם מעילה. ורבינו זצ"ל הוסיף דפעם תלמיד שאל אותו לפי הרמב"ן למה יש מעילה בבכור דקדוש ממילא בלי שאדם יקדיש אותו. ורבינו תירץ דאין מקום לקושיא הזאת דהרי כל הסברא דהקדש ממילא אין מועלין בו הוא דבלי הקדשת האדם יש חסרון בחלות הקדושה. אבל בכור בודאי הויא קדשי ה' בחלות קדושה גמורה ולכן פשיטא דמועלין בו.

[896] לכאורה זה מוכח מהגמ' בר"ה (כח.) וז"ל אמר רב יהודה בשופר של עולה לא יתקע ואם תקע יצא, בשופר של שלמים לא יתקע ואם תקע לא יצא, מאי טעמא, עולה בת מעילה היא כיון דמעל בה נפקא לה לחולין, שלמים

הרמב"ן האם המים האלו מופקעין לגמרי מאיסור הנאה או לא. אבל שמעתי מאאמו"ר הגר"מ זצ"ל דכוונת הרמב"ן הוא דהקדש קונה בדיני ממונות בקנין חצר אבל אין חלות קדושה כלל במים ואין בהם איסור הנאה. ויוצא דלפי מה שקבע הגר"מ זצ"ל בדעת הרמב"ן, יש היכי תמצי של בעלות דהקדש בדיני ממונות בלי חלות קדושה.

ויש עוד היכי תמצא של בעלות הקדש בלי חלות קדושה בגמ' בב"מ (נז:) בנוגע לבונין בחול ואח"כ מקדישין. דאיתא בברייתא (שם) דאין רבית להקדש והגמ' מחפשת ההיכי תמצא דאדם מלוה ממון להקדש ברבית, וז"ל רבית דהקדש היכי דמי, אילימא דאוזפיה גזבר מאה במאה ועשרים והלא מעל הגזבר, וכיון שמעל הגזבר יצאו מעותיו לחולין והוו להו דהדיוט וכו' רב פפא אמר הכא באבני בנין המסורות לגזבר עסקינן, כדשמואל דאמר שמואל בונין בחול ואחר כך מקדישין עכ"ל. ומשמע מדברי הגמ' דהאבנים המסורות לבנין הרי הן בבעלות הקדש ולכן אין בהן רבית, ומ"מ אין בהן חלות קדושה דהרי לא מעל הגזבר ע"י הוצאתם לחולין.[897]

וא"כ מצינו דיש היכי תמצי דחפצים הוו ממון הקדש בלי חלות קדושה. ולפי הנ"ל יש להסתפק מה דין חפצים דהויין ממון הקדש אמנם ליכא בהו חלות קדושה בנוגע לקנין דהקדש, כלומר האם הקדש קונה ומוכר חפצים אלו באופן שונה מההדיוט. וזה תלוי בפירוש דהרישא דמתניתין, האם הדין דרשות גבוה בכסף הויא הלכה בפדיון וחלות קדושה או הלכה בדיני ממונות גרידא. דלפי הצד הראשון דהמשנה איירי בהלכות פדיון וחלות קדושה, אזי רשות הגבוה קונה ומוכר חפצים דאין בהם קדושה באותם דרכים של הדיוט. אבל לפי הפירוש השני דהמשנה מלמדת דהקדש שונה מהדיוט אפי' בהלכות קניינים דעלמא, אזי י"ל דהקדש קונה או מוכר החפצים האלו דוקא בכסף אע"פ דאין בהם חלות קדושה.

ויש להעיר דלפי רש"י קשה לומר דהקדש חלוק מהדיוט בנוגע להלכות קניינים. דהרי רש"י (ב"מ מו: ד"ה סבר לה) הבין דכל המקור דמעות קונות בהדיוט הוא מהקדש, וז"ל דבר תורה מעות קונות, כדאשכחן גבי קונה מן ההקדש, שאמרה תורה ונתן הכסף וקם לו עכ"ל. ואם יש להקדש ולהדיוט אותו מקור למעות קונות, אזי מסתבר דלכל הפחות

דלאו בני מעילה נינהו איסורא הוא דרכיב בהו ולא נפקי לחולין עכ"ל. יוצא מהגמ' דחל איסור הנאה בשלמים אע"פ דאין בהם מעילה. ויש להעיר דמדברי רש"י במנחות (ד: ד"ה לא נהנין) משמע דהאיסור ליהנות מקדשים קלים לפני הזריקה הוא רק מדרבנן. אבל עיין בחידושי הגרי"ז שם דכתב דברור מכמה וכמה סוגיות דיש איסור הנאה בקדשים קלים מדאורייתא אע"פ דאין מועיליין בהם. ורש"י רק התכוון לומר דהאיסור מעילה הויא מדרבנן בעלמא אבל עדיין יש איסור הנאה דקדשים מדאורייתא.

[897] וכן ביאר הקובץ שיעורים (חלק ב סימן כ:ו). ולכאורה מיירי דהקדש קנאתן בלי קידוש פה וכרמב"ן.

לר' יוחנן יש להקדש ולהדיוט אותם דינים.[898]

והנה לעיל הבאנו ב' מקרים דהקדש קונה בדיני ממונות בלי חלות קדושה. וא"כ כשהקדש מוכר החפצים האלו להדיוט יש לזה חלות שם מקח וממכר ולא פדיון וחילול קדושה. ויש גם היכי תימצי למקרה ההפוך, דהיינו דיש חלות פדיון בלי העברת בעלות, מפדיון מע"ש לפי רבי יהודה דמעשר שני ממון הדיוט. דהרי לפי רבי יהודה מעשר שני כבר נמצא בבעלות הדיוט ומ"מ הוא פודה את חלות הקדושה על הכסף. ויוצא דמצינו מקורות לחלק בין חלות דין פדיון וחילול קדושה לבין חלות דין קנין בהקדש.

דף כט:

גמ'. משכו במנה ולא הספיק לפדותו עד שעמד במאתים נותן מאתים, מאי טעמא ונתן הכסף וקם לו.

הטעם דמשיכה לא מהני תלוי בב' פירושים הנ"ל במשנה. אם גם פדיון וגם קנין בדיני ממונות דהקדש חלין ע"י כסף בלבד, אזי מובן למה משיכה לא מהני לקבוע את סכום הדמים. ולפי"ז הפסוק דונתן הכסף וקם לו מהווה מקור דגם פדיון וגם קנייני הקדש חלין ע"י כסף בלבד.

אבל לפי הביאור השני במשנה דרשות הגבוה בכסף הוי דין בפדיון ולא בקניינים דהקדש אזי י"ל דבאמת ההדיוט קנה את החפץ בדיני ממונות ע"י המשיכה, אלא דהוא צריך לתת מאתים להקדש מדין פדיון וחילול הקדושה דחל רק ע"י כסף. אבל זה אינו נכון. דהרי יתכן דיהיה חפץ בבעלות הקדש בלי חלות קדושה, אבל לא מצינו חפצא עם חלות קדושה בבעלות דהדיוט. וא"כ צ"ל דאפי' אם דיני קנין דהקדש שווים לדיני קנין דהדיוט, מ"מ ההדיוט לא קנה את החפץ במשיכה דהרי עדיין יש בו חלות קדושה ואי אפשר שחפץ קדוש יהיה בבעלות הדיוט.[899] ולכן גם החילול קדושה וגם הבעלות דההדיוט חלין ע"י כסף שנתן לבסוף. ולפי הפירוש הזה הפסוק דונתן הכסף וקם לו מלמד דחלות הקדושה נתחלל רק ע"י כסף, ומזה אנו קובעים דמשיכה אינה יכולה לקנות בדיני ממונות דהרי חלות הקדושה נשארת עד שעת נתינת דמים.

גמ'. משכו במנה.

[898] ועוד יש להעיר מרש"י (ב"מ נז: ד"ה דאמר שמואל) דהקדש קונה בהקפה בלי מעות והאבנים שקנה הקדש הירהם חול, משמע דיש להקדש שאר קנינים כהדיוט כמו משיכה והגבהה בלי להחיל חלות קדושה, וכרמב"ן בקנין חצר.

[899] צ"ע משיטת ריה"ג דקדשים קלים ממון הדיוט הוא. ויש לחלק שם היה כבר ממון הדיוט לפני שהקדישו. א"נ דשאני קדושת מזבח מקדושת בדק הבית.

לכאורה קשה היאך שייך משיכה בהקדש. דהרי היסוד דמשיכה הוא הכנסה לרשותו דשייך רק בהדיוט ואילו בשור הקדש לכאורה אין להדיוט היכולת להכניס את השור לרשותו כי כל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתיה, וא"כ מהו הצד לומר דמשיכה מהני.[900]

גמ'. משכו במנה.

וגם יש להקשות דהרי אם ההדיוט משך את השור לקנותו לפני דנתן את כסף הפדיון לכאורה הוא מעל בהקדש. ולכאורה י"ל דמעילה חל רק אם ההדיוט עושה מעשה קנין בהקדש להוציאו מרשות הקדש עכשיו.[901] אבל כאן אין כוונתו לקנות את השור עכשיו ע"י המשיכה, אלא דהוא עושה מעשה קנין דמשיכה עם כוונה שחלות הקנין תחול לאחר זמן כשהוא נותן את הדמים להקדש בתורת פדיון וחילול הקדושה. וא"כ אין מעשה קנין דהוצאה עכשיו ואין כאן מעילה.

גמ'. לא יהא כח הדיוט חמור מהקדש.

התוס' (ד"ה אטו) נקטו דזה הוי מדרבנן בעלמא, אבל מדאורייתא אין למשיכה חלות כלל והכל הולך בתר השווי בשעת נתינת מעות. מאידך עיין ברמב"ם (פרק ז מהלכות ערכין הלי"ב) וז"ל הפודה מיד ההקדש משך במנה ולא הספיק ליתן הדמים עד שעמד במאתים נותן מאתים שנאמר ונתן את הכסף וקם לו בנתינת הכסף הוא שלו, משכו במאתים ולא הספיק ליתן את הדמים עד שעמד במנה נותן מאתים, לא יהא כח הדיוט חמור מכח הקדש, והרי קנה במשיכה ונתחייב בדמים עכ"ל. ויש לדייק בדבריו דלא הזכיר דהדין השני דמשכו במאתים הוי דין דרבנן, ומשמע דהוא קנה במשיכה מדאורייתא ונתחייב בדמים.

ובביאור שיטת הרמב"ם י"ל כיסוד הנ"ל לחלק בין היכא דהדיוט לוקח את השור מהקדש בדיני ממונות לבין היכא דהדיוט פודה את חלות הקדושה מהשור. דהרי בדרך כלל כשההדיוט נותן את הדמים להקדש אזי ב' הדברים חלין בבת אחת – גם קנין כסף וגם פדיון ההקדש. וכבר ביארנו דיתכן דע"י משיכה ההדיוט ראוי לקנות את השור בדיני ממונות מההקדש אלא דחלות הקדושה מונע את העברת הבעלות להדיוט בפועל. ולכן

[900] והשווה לדברי התוס' בבכורות (יג: ד"ה דבר תורה) דבאמת ביארו דזה הסברא דמשיכה אינה קונה בהקדש וז"ל וא"ת לריש לקיש דאמר משיכה מפורשת מן התורה ליגמר שיקנה כסף בהדיוט כמו בהקדש ומשיכה נמי תקני בהקדש כמו בהדיוט ותירץ הרב רבי יהודה בר נתן דמשיכה לא שייכא בהקדש דכל היכא דאיתיה בי גזא דרחמנא איתיה ולהכי שייך טפי כסף מבהדיוט שבהדיוט דאפשר במשיכה לא יהא קנין אחר עכ"ל.

[901] עיין בזה באריכות בשיעורים לקמן (מב: ד"ה ואמאי), וברשימות שיעורים לשבועות ונדרים (בענין מעילה אות ד').

היכא דמשך במאתים ואז עמד במאתים ונתן הכסף גם הקנין וגם הפדיון בפועל חלין ע"י הכסף.

אבל היכא דמשך במאתים ואז עמד במנה, הוא חייב לשלם מאתים מדאורייתא. דהרי אע"פ דעכשיו אפשר לפדות את חלות הקדושה במנה, מ"מ הוא כבר עשה מעשה קנין דלוקח במשיכה בשווי של מאתים ונתחייב בדמים כמו כל לוקח אחר דמושך חפץ ע"מ לקנותו. וזהו כוונת הגמ' דלא יהא כח הדיוט חמור מכח הקדש, דכמו דההדיוט קונה את החפץ ונתחייב בדמים משעת משיכה, הו"ה ההדיוט דמושך שור של הקדש נתחייב בדמים בשעת המשיכה בתורת לוקח דעלמא. ואע"פ דההדיוט שמשך ההקדש לא הופך להיות הבעלים בפועל עד פדיון הקדושה דהוי בשעת נתינת המעות, מ"מ חל עליו חלות דין לוקח כדי להתחייב בדמים משעת המשיכה ולכן הוא חייב מאתים כמו כל לוקח דעלמא.[902]

גמ'. פדאו במאתים, ולא הספיק למושכו עד שעמד במנה נותן מאתים, מאי טעמא ונתן הכסף וקם לו.

ע"פ הביאור הנ"ל היה מקום לומר דמכיון דהמשיכה הוי מעשה קנין דמעביר את חלות הבעלות מההקדש להדיוט, הדמים נקבעים מזמן המשיכה. אבל החידוש דהגמ' הוא דכסף אינו מחיל רק חלות פדיון וחילול דחלות הקדושה, אלא גם מהווה מעשה קנין המעביר החפץ מבעלות דהקדש. ולכן הפדיון והקנין חלים בשעת נתינת הדמים ואין משמעות למשיכה דקרה לאחר זמן.

גמ'. פדאו במנה, ולא הספיק למושכו עד שעמד במאתים מה שפדה פדוי ואין נותן אלא מנה, אמאי ה"נ נימא לא יהא כח הדיוט חמור מהקדש.

צ"ע בקושיית הגמ' לפי הרמב"ם. דהרי לפי מה שביארנו לעיל בדעת הרמב"ם לכאורה מאד מובן למה אומרים מה שפדה פדוי במנה, דהרי כשההדיוט נתן את המנה להקדש הוא גם עשה מעשה קנין וגם פדה את חלות הקדושה וא"כ המשיכה אינה חשובה כלל. ומסתבר דהדין דלא יהא כח הדיוט חמור מהקדש שייך רק היכא דמשך בתחילה והעסק לא נגמר עד שעת נתינת הכסף. אבל היכא דהגם הפדיון וגם הקנין חלין בתחילה בשעת נתינת מעות, מהו הסברא לומר דמשיכה אח"כ מעלה או מוריד אפי' אם יד הקדש תהא בעליונה. וקושיית הגמ' יותר מובנת לפי שיטת התוס' דכל הדין דלא יהא כח הדיוט חמור מהקדש הוי דין דרבנן דעלמא דיד הקדש תמיד על העליונה. וא"כ שייך לומר

[902] וכן איתא בקוב"ש (חלק ב סימן כ:ב).

דאע"פ דאין בעצם סברא ע"פ דין לתת מאתים כשעת המשיכה, מ"מ חז"ל היו צריכין לתקן לתת מאתים כדי להרוויח את הקדש.

ולפי הרמב"ם צריך לדחוק דקושיית הגמ' היא דמכיון דביטלו קנין מעות בהדיוט אזי גם בהדיוט דפודה וקונה מהקדש י"ל דמדרבנן אין ההדיוט קונה מהקדש בדיני ממונות במעות דעלמא אלא צריך ג"כ משיכה. וא"כ הוא צריך לשלם להקדש את הדמים של שעת המשיכה לא מפני הפדיון אלא בתורת לוקח דעלמא. וזה כוונת הגמ' דלא יהא כח הדיוט חמור מכח הקדש, דהיינו דהיכא דהקדש מרוויח י"ל דחז"ל ביטלו קנין מעות מהקדש והצריכו קנין משיכה. והקושיא היא מתקנה דרבנן ולא מדאורייתא.

גמ'. אטו הדיוט לאו במי שפרע קאי.

בענין מעות קונות בהדיוט ובהקדש

א

הגדר דמי שפרע ומעות קונות אחרי התקנה

כדי להבין את דברי הגמ' יש להקדים מחלוקת בין הר"י מיגש והרמב"ם בגדר מי שפרע.[903] דהרי הר"י מיגש (הובא בשטמ"ק ב"מ מח.) נקט דאפי' היכא דאדם חוזר מקנין דבר שלא בא לעולם דאינו קונה מדאורייתא הוא חייב במי שפרע, וז"ל מה שעלה על דעתך שאין חיוב מי שפרע חל אלא בדבר שהוא נקנה מה"ת במעות, ומשום גזרה שמא יאמרו לו נשרפו חטיך בעלייה הוא דלא קנה, אבל דבר שלא נתקיים בו המקח מה"ת במעות כמו מי שמכר דבר שאינו ברשותו וקבל בו המעות שאין חייב בו מי שפרע, אין הדבר כמו שעלה בדעתך, אלא חיוב מי שפרע חל ואפילו בדבר שאינו נקנה מה"ת וכו' אלא שלא נחייב מי שפרע למי שמכר מה שאינו ברשותו מטעם שקבל המעות אלא אם קנה אח"כ אותו הדבר שמכר אותו ובא לרשותו יכול הוא להשלים דברו אם ירצה שאז נחייב אותו במי שפרע לפי שמכיון שקנה הדבר ההוא ובא לרשותו חל עליו מדרך האמונה וצידוק הדיבור להשלים דיבורו ולתת הדבר ההוא להקונה, ואם לא עמד בדיבורו נחייב אותו במי שפרע וכו' עכ"ל. יוצא מדבריו דהיכא דאדם מוכר דבר שלא בא לעולם ואח"כ החפץ בא לעולם ונכנס לרשותו, אזי אם הוא אינו מוכר את החפץ אל הלוקח הוא חייב מי שפרע. ובפשטות י"ל דהר"י מיגש סובר דיסוד הדין דמי שפרע הוא שחייב לקיים את דיבורו ומשו"ה חל אף במקום שאין חלות קנין כלל מדאורייתא כמו בדבר שאינו ברשותו. ומשמע מזה דכשחז"ל תיקנו דמעות אינן קונות הם ביטלו

[903] וע"ע בכל זה ברשימות שיעורים לב"מ (מח. בענין מי שפרע בדבר שאינו ברשותו ובדבר שלא בא לעולם).

את הקנין מעות לגמרי, וההיוב דמי שפרע דתיקנו היכא דנתן מעות אינו מפני חלות קנין אלא מפני דאינו עומד בדיבורו.

מאידך, יש להוכיח משיטת הרמב"ם דאפי' לאחר דתיקנו דמשיכה קונה, מ"מ עדיין יש חלות קנין מסויים במעות. דהרי פסק (פרק ט מהלכות תרומות הל"י) וז"ל יראה לי שאם מכר הכהן פרתו לישראל ולקח הדמים אע"פ שעדיין לא משך הלוקח הרי זה אסור להאכילה תרומה שדין תורה מעות קונות וכו' ואם מכר ישראל לכהן אע"פ שנתן הדמים לא תאכל בתרומה עד שימשוך עכ"ל. ושמעתי מאבא מרי זצ"ל בשם הגר"ח זצ"ל דמדברי הרמב"ם מבואר דפסק דמעות קונות לחומרא הלכה למעשה, דהיינו דאם מכר הכהן את פרתו לישראל בקנין מעות שוב אינו מאכילה תרומה, דלחומרא נקטינן דהישראל קנה את הפרה במעות ששילם, וס"ל דהרבנן לא ביטלו את חלות המכירה דאורייתא לגמרי.

וכמו"כ יש להביא את דברי הרמב"ם (פרק ז מהלכות מכירה הל"ג) בנוגע לאחריות המוכר על המעות דקיבל, וז"ל הנותן דמי המטלטלין או מקצת הדמים וחזר בו הלוקח ואמר לו המוכר בוא וטול מעותיך הרי המעות אצלו כפקדון ואם נגנבו או אבדו אינו חייב באחריותן. אבל אם חזר בו המוכר הוי המעות ברשותו וחייב באחריותן ואע"פ שחזר בו ואמר ללוקח בוא וטול את שלך, עד שיקבל עליו מי שפרע ויאמר לו אח"כ בו וטול את שלך עכ"ל. כלומר, דאם המוכר קיבל מעות בעד חפץ מסויים, אע"פ דמדרבנן משיכה קונה, מ"מ עד דהלוקח חוזר בו או עד דהמוכר מקבל מי שפרע, המוכר חייב באחריותן של המעות. ויעויין במגיד משנה ובכס"מ (שם) שדנו מהו גדר האחריות אליבא דהרמב"ם כשחזר בו המוכר. והנה הרי"ף פסק דחל אחריות אף באונסין גמורים (וכן הוא דעת הרמב"ן). והכס"מ הכריע שהרמב"ם נמי ס"ל כשיטת הרי"ף והרמב"ן משום שכתב "שהמעות ברשותו וחייב באחריותן", דמשמע שהמעות הן לגמרי ברשות המוכר וחייב גם באחריות דאונסין. ולכאורה צ"ב, מדוע המוכר חייב באונסין על המעות דהוא קיבל שהרי אם קנין המעות בטל המעות עדיין הם ברשות הלוקח. אלא דמזה נמי מוכח דחל מקצת קנין עם המעות ולכן חשיבי המעות ברשות המוכר שחייב באחריותן.

וא"כ יוצא דנחלקו הראשונים בהבנת הדין דמי שפרע חל על מי שחוזר בו בקנין מעות. דלפי הר"י מיגש אין כאן חלות קנין כלל והחיוב דמי שפרע הוא בגלל דאינו עומד בדיבורו. מאידך, הרמב"ם סבור דחז"ל השאירו חלות קנין קלושה בקנין מעות והחיוב דמי שפרע חל מחמת דאדם חוזר בו ממקצת הקנין הזה.

והשתא אפשר לחזור לסוגיא דידן המקשרת בין החיוב דמי שפרע דעלמא לבין הדין דמה שפדה פדוי במנה וההדיוט אינו חייב לשלם יותר ואע"פ דעמד במאתים בשעת

המשיכה. דלפי הר"י מיגש קשה להבין את הקשר בין הדברים. דהרי המי שפרע הוי דין מסוים לקלל מי דאינו עומד בדיבורו, ולכאורה זה אינו שייך להלכות פדיון מהקדש דחלין ע"י מעות כנ"ל. אבל נראה דלפי הרמב"ם הגמ' היא מבוארת כפתור ופרח. דהרי ביארנו דהרמב"ם הבין את קושיית הגמ' דהביטול דמעות קונות ראוי לחול גם בפדיון הקדש ולכן ההדיוט צריך לשלם להקדש את השווי של שעת המשיכה דרק אז הוא לוקח אותו בדיני ממונות מהקדש.

וע"ז מתרצת הגמ' דאפי' בהדיוט במעות לבדן חייב במי שפרע. כלומר, דלפי הרמב"ם החיוב של מי שפרע מורה דיש חלות קנין מסוים אפי' במעות לבדן, והמי שפרע חל כשחוזר מחלות מקצת הקנין הזה. ולכן י"ל דהיכא דמי שפרע שייך, כמו בהדיוט דקונה מהדיוט, אזי חז"ל ביטלו במקצת את קנין מעות וקבעו דיש ב' אפשריות: א) אפשר להשלים את הקנין ע"י משיכה, או ב) לבטל את הקנין ע"י מי שפרע. מאידך מי שפרע אינו שייך בהקדש כלל דהרי הגזבר דעוסק במקח וממכר אינו הבעלים על החפצים ולא יתכן לקלל הקדש עצמו. ונראה דזה כוונת הרמב"ם בסוף ההלכה (פרק ז מהלכות ערכין הלי"ג) וז"ל פדהו במנה ונתן הדמים ולא הספיק למשכו עד שעמד במאתים מה שפדה פדוי ואינו נותן אלא המנה שכבר נתן, ואין אומרין כאן לא יהא כח הדיוט חמור מכח הקדש, שאפילו הדיוט אינו יכול לחזור בו עד שיקבל מי שפרע כמו שיתבאר במקומו ואין הקדש ראוי לקבל מי שפרע עכ"ל. כלומר דמכיון דמי שפרע אינו שייך בהקדש אזי חז"ל לא התקינו בהקדש קנין קלוש במעות דאפשר לבטלו ע"י מי שפרע, אלא השאירו את הדין דמעות קונות לגמרי. וא"כ היכא דהדיוט נותן מעות להקדש בעד חפץ מסוים, חלין ב' דברים ביחד: א) פדיון וחילול דחלות הקדושה, ב) הלוקח קונה את החפץ בדיני ממונות מרשות הקדש ע"י קנין מעות. וכל זה ניחא לפי הרמב"ם דחז"ל לא ביטלו קנין מעות לגמרי אזי ניתן לומר דבהקדש השאירו אותו כקנין גמור. אבל לפי הר"י מיגש דס"ל דחז"ל ביטלו לגמרי קנין מעות, אזי קצת קשה לומר דביטלו קנין מעות לגמרי בהדיוט אבל בהקדש חל קנין גמור ע"י מעות.[904]

ב

תקנה דשמא יאמר נשרפו חטיך בעלייה וקנין מעות דהקדש

ועוד יש לבאר למה לפי הרמב"ם חז"ל לא ביטלו קנין המעות היכא דהדיוט קונה מן

[904] ואולי י"ל דמשום דבהקדש לא שייך קללת מי שפרע חלילה אזי השאירו חלות דין הכסף דאורייתא דפודה וקונה לגמרי מהקדש ולא קשה מהדיוט אהקדש, ודו"ק.

ההקדש כמו בהדיוט דקונה מההדיוט.[905] דהרי לפי הרמב"ם לאחר קנין מעות יש גם למוכר וגם ללוקח זכויות ומקצת קנין הן בחפץ הנמכר והן במעות. ואם המוכר חוזר בו וחייב מי שפרע, אזי המי שפרע גורם לו להפסיד את הזכויות שלו בחפץ וממילא החפץ חוזר ללוקח. וכל זה שייך בין ב' הדיוטות דניתן לומר דהם מעין שותפין בחפצא. אבל לא מסתבר שהקדש והדיוט יהיו שותפין בחפצא עד המי שפרע או המשיכה אלא דהחפץ צריך להיות או קדוש או חולין. ולכן חז"ל השאירו את קנין המעות כקנין גמור ולא תיקנו את מקצת קנין.

ועוד נראה לבאר בדרך אחרת למה מעות קונות בהקדש לגמרי והוא על פי מה דיסדנו לעיל (דף כח. ד"ה מטבע נעשה חליפין, אות ב') דלמה חז"ל לא תיקנו דמשיכה קונה גם בקנין חליפין. דביארנו דהתקנה להצריך משיכה מדרבנן שייכת רק לקנין דחל ממילא כמו במעות קונות דהוי חלות דין פרעון. ואילו חליפין אינו חל כפרעון וקנין ממילא אלא דהוי חלות שם מעשה קנין, ומשו"ה אינו נכלל בתקנת שמא נשרפו חיטך בעלייה. והביאור בזה הוא דמשיכה מהווה חלות מעשה קנין ולא קנין דחל ממילא,[906] וא"כ יש מקום לומר שצריך גם קנין מעות וגם משיכה, דהרי הוו ב' סוגי קנין שונים וקנין משיכה מוסיף על קנין המעות. אבל לא היה מקום לחז"ל להצריך גם חליפין וגם משיכה משום דשניהם הוו חלות שם מעשה קנין ואין המשיכה מוסיף דבר על הקנין דחליפין. ולפי"ז י"ל דפדיון מהקדש דומה לקנין חליפין. כלומר, מכיון דפדיון מהקדש מהווה חלות שם מעשה קנין ולא קנין דחל ממילא מפאת פרעון, אזי אין מקום לתקן שצריך משיכה בנוסף לפדיון. וא"כ חז"ל השאירו קנין המעות בהקדש כקנין גמור.[907]

ג

הקדש ונכסי יתומים

ולפי הנ"ל יש לתרץ את קושיית התוס' (ד"ה אטו). דהקשו התוס' למה בהקדש אמרינן דפדאו במנה ועמד במאתיים בשעת המשיכה עדיין אמרינן מה שפדה פדוי, אבל ביתמי דנכסים שלהם דינם כהקדש, אמרינן דאם האפוטרופוס נתן דמים לקנות פירות ואז הפירות אייקרו דהיתומים יכולין לחזור בהן מפני שלא יהא כח הדיוט חמור מההקדש.

[905] ועיין בשיטה שלא נודע למי (ד"ה גזבר שנתן) דהביא כמה טעמים אחרים למה אמרינן דאין תקנה דמעות אינן קונות בהקדש.

[906] ובאופן דומה עיין ברשימות שיעורים לב"מ (מד. הערה 11) דאע"פ דקנין כסף דעלמא חל מדין פרעון, חילול מע"ש חל מדין מעשה קנין.

[907] וכ"ז אם נוקטים דפדיון הקדש חל מדין קנין, אך יתכן דפדיון הקדש אינו חל מדין קנין אלא מחלות דין חילול, ולכן ליכא בו תקנת מי שפרע דחלה רק בקנין כסף ולא בחילול. ובענין גדר פדיון דהקדש עיין בשיעורים לעיל (כח: ד"ה רשות הגבוה בכסף).

ולכאורה היה ראוי לומר דדין יתמי כהקדש והשווי של הפירות נקבע לפי הזמן דנתינת הדמים בגלל דיש מי שפרע בהדיוט. ועיין בתוס' מה שתירצו.

אבל לפי הביאורים שביארנו בדעת הרמב"ם אין מקום לקושיא כלל. דהסברות דהבאנו לעיל דלא ביטלו קנין מעות בהקדש שייכים רק להקדש ולא לנכסי יתומים. דהרי ביתומים ניתן לומר שתהיה שותפות בין היתומים לבין הלוקח, וגם מכיון דקנין מעות ביתומים חל כקנין ממילא מדין פרעון אזי ניתן להוסיף קנין משיכה על קנין מעות כמו בקנין מעות דעלמא. וא"כ כוונת הגמ' בגיטין דנכסי יתומים הרי הן כהקדש היא רק לומר דחז"ל תיקנו דיד היתומים על העליונה, לעומת הגמ' דידן בהקדש דהביאור הוא דקנין מעות חל כקנין גמור גם מדרבנן. וא"כ מובן למה ביתומים אמרינן דאפי' לאחר מתן מעות יכולים הם לחזור בהם בלי מי שפרע כשידם על העליונה אבל בהקדש אין לאחר מתן מעות כלום אע"פ דהשווי עלה למאתים דהרי הקנין והפדיון חלו לגמרי.

ועיין ברשב"א דאף הוא הקשה מנכסי יתומים ותירץ וז"ל דבהקדש שמים היינו טעמא שאין הגזבר חוזר בו משום דמדאורייתא מעות קונות וכיון שזה נתן מעות וקנה דבר תורה ואף החוזר בו מקבל עליו מי שפרע אינו בדין שהקדש שמים יתנהג במדה שמקבלין עליה מי שפרע, דאלו בשמשך ולא נתן מעות שחוזר בו אע"פ שההדיוט קנה התם הוא משום דעומד הוא אדינו דמעות קונות דבר תורה בלא משיכה, אבל ביתומים דהדיוטות הן חוזרין הן כשאר הדיוטות שכמותן ומי שפרע אין כאן דאלו יתומים לא עשו ולא כלום לא קנו ולא חזרו ולמה יקבלו מי שפרע ואפטרופא נמי אינו מקבל מי שפרע שהרי לא מרצונו הוא חוזר בו אלא מפני שאין המקח שלו אינו יכול לקיימו כיון דיש בו צד ביטול הוא מוכרח על חזרתו למה נקללו ומי שפרע למה יקבל, וכן הדברים פשוטים שאין האפטרופוס מקבל מי שפרע עכ"ל. כלומר, דבעצם דינם של יתומים הוא כשאר הדיוטות דיכול לחזור לאחר נתינת המעות. אלא דאין בהם מי שפרע כי אין את מי לקלל, דהרי היתומים עצמם אינם עושים את המקח והממכר והאפטרופוס חייב לעשות הדבר הכי הטוב ליתומים ולכן הוא חייב לחזור כשאייקר. ומאידך, בהקדש אין הדין דאין על מי להחיל את המי שפרע אלא דנמנעים מלחזור בו בכלל לאחר נתינת המעות מכיון "דאינו בדין" דהקדש שמים יחזור מהמקח ולכן הקנין חל ע"י נתינת המעות. והביאור בזה הוא דהפסוק (שמואל א פרק טו פסוק כט) אומר וז"ל נצח ישראל לא ישקר ולא ינחם עכ"ל, והקדש הווי נכסי שמים.

ד

חזרה היכא דהקדש קונה מהדיוט

והנה סוגיא דידן איירי במי שפודה חפץ מהקדש. אמנם הרמב"ם בהלכות מכירה (פרט ט הל"ב) פסק גם את הציור ההפוך כשהגזבר קונה חפץ מהדיוט, וז"ל הגזבר שקנה להקדש או שמכר ידו על העליונה כיצד נתן דמים של הקדש אע"פ שלא משך הפירות אם הוקרו קנה כדין תורה, ואם הוזלו הפירות חוזר שהרי לא משך, ולא יהא כח הדיוט חמור מכח ההקדש, וכן אם מכר חפץ של הקדש ומשכו הלוקח ולא נתן דמים והוזל החפץ קנה, שלא יהא כח הדיוט חמור מכח הקדש, ואם הוקר החפץ חוזר בו שהרי לא לקח הגזבר דמים, וההקדש אינו נקנה אלא בכסף שנאמר ונתן הכסף וקם לו, ואין הגזבר חייב לקבל מי שפרע עכ"ל. ומבואר בדבריו דאם הגזבר נתן דמים בעד פירות דההדיוט ואז הוזלו הפירות דהקדש יכול לחזור בו משום דלא יהא כח הדיוט חמור מכח הקדש. והרשב"א חולק על זה ופסק דמכיון דהגזבר נתן מעות העסק נגמר ואין הקדש יכול לחזור בו, בדיוק כמו דאיתא בסוגיא דאם ההדיוט נתן מעות להקדש דמה שפדה פדוי. והרשב"א הביא את דברי הרמב"ם והקשה, וז"ל ולא ידעתי מה הפרש יש בין הקדש שקבל מעות על פירות הקדש דאינו חוזר כיון דאית ביה מי שפרע לגבי הדיוט כה"ג ובין הקדש שנתן מעות הקדש שאף בזה יש מי שפרע אצל ההדיוטות עכ"ל. כלומר, דאם חז"ל לא ביטלו קנין מעות מהדיוט דפודה מהקדש, כמו"כ לא ביטלו קנין מעות היכא דהקדש קונה מהדיוט. ושיטת הרמב"ם צ"ב.

ונראה דהרמב"ם סבור דיש ב' דינים שונים: א) היכא דהגזבר קונה בעד הקדש, ב) היכא דההדיוט פודה מהקדש. דבהלכות ערכין (פרק ז הלי"ב-י"ג, מובא לעיל כט. ד"ה לא יהא כח הדיוט) הרמב"ם איירי היכא דההדיוט פודה מההקדש ואז חל גם הפדיון דחלות קדושה וגם הקנין דההדיוט בתורת לוקח בבת אחת ע"י נתינת המעות כמש"כ לעיל. אבל בהלכות מכירה הרמב"ם איירי היכא דהגזבר קונה פירות מההדיוט. ושם י"ל דנתינת מעות דהקדש בעד פירות רק הוי חלות דין מקח וממכר כשהקדש הוי הקונה, אבל אין כאן חלות פדיון. ואע"פ דהמעות דהגזבר נותן יוצאות לחולין והפירות הופכים להיות קדושים, אמר אבא מרי הגר"מ זצ"ל דזה לא צריכא לחול מדין פדיון וחילול חלות הקדושה.[908] כי בנוסף לדין פדיון הקדושה יש עוד דין דקדושה תופסת דמים ולכן הקדושה עוברת מהמעות אל הפירות מדין תפיסת דמים.

וזה עולה מהגמ' בסוכה (מ:) וז"ל תניא כוותיה דרבי אלעזר שביעית תופסת את דמיה, שנאמר כי יובל היא קדש תהיה לכם, מה קדש תופס את דמיו ואסור אף שביעית תופסת

[908] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לסוכה (מ: בענין תפיסת דמי שביעית) וברשימות שיעורים לב"ק (יב: ד"ה בקדשים קלים ואליבא דריה"ג, סח: תוד"ה הוא, אות ד-ה).

את דמיה ואסורה, אי מה קדש תפס דמיו ויוצא לחולין אף שביעית תופסת את דמיה ויוצאת לחולין, תלמוד לומר תהיה בהוייתה תהא עכ"ל.

ולכאורה דברי הגמ' צ"ע, דהרי דין הקדש חל מטעם חלול קדושה ולא מטעם תפיסת איסורים ואילו בשביעית החלות חלה מטעם תפיסת איסורים, ואיך השווה ר"א שביעית לקדש. וביאר הגר"מ זצ"ל כי מזה מוכח שגם בהקדש קיים דין תפיסת דמים באיסורים כמו בשביעית בלי חלות דין חלול הקדושה. והגר"מ זצ"ל היה אומר שבכך מובן היסוד של הפדיון בפסולי המוקדשין, דהרי שם נשארת חלות ההקדש על בהמת בעלת המום ועכ"ז נתפסים דמי הפדיון בקדושה. ונראה שדין זה חל מטעם תפיסת הדמים באיסורי קדש, ואינו חל מטעם חלול הקדש דזה נכנס לקדושה וזה יוצא.[909] והוסיף שנ"מ אליבא דריה"ג שסובר קדשים קלים ממון בעלים הם, כשנמכרים הקדשים קלים הגם שהם נשארים בקדושתם נתפסים הדמים בקדושה. וכן מדוייק בלשון הרמב"ם (פ"ד ממעילה הל"ח) וז"ל המוכר עולתו ושלמיו לא עשה כלום ודין תורה שיחזרו המעות חולין כמו שהיו עכ"ל. ומדיוק לשון הרמב"ם מוכח שסובר שאילו היתה מכירת השלמים קיימת היה צריך להיות הדין שהמעות יתפסו בקדושה, והלא קדושת השלמים לא הופקעה על ידי המכירה כי הבהמה רק עוברת מרשות ראובן לרשות שמעון אבל עדיין בקדושתה קיימא, וא"כ למה יקדשו דמי המקח. על כרחך שיש דין תפיסת דמים בהקדש כמו בשביעית ולא רק פדיון שזה נכנס בקדושה וזה יוצא מקדושה.

ולכאורה החילוק הזה בין הדיוט דנותן מעות להקדש בעד חפצא דהקדש לבין היכא כשהקדש נותן מעות לקנות חפץ, מבואר בפסוקים עצמם. דהרי בפרשת פדיון הקדש בתורה, תמיד ההדיוט הוא זה שנותן את המעות. למשל אלו הפסוקים דאיירי בפדיון שדה דהקדיש (ויקרא פרק כז פסוק יח- יט) וז"ל ואם אחר היובל יקדיש שדהו וחשב לו הכהן את הכסף על פי השנים הנותרת עד שנת היובל ונגרע מערכך ואם גאל יגאל את השדה המקדיש אתו ויסף חמשית כסף ערכך עליו וקם לו עכ"ל. ומזה דכל דיני פדיון בחומש אייריי היכא דההדיוט נותן מעות להקדש, משמע דרק בהיכי תמצא כזה יש חלות שם פדיון, לעומת היכא דההדיוט מקבל כסף מהקדש בעד חפץ דאין כאן חלות שם פדיון אלא מקח וממכר ותפיסת דמים באיסורין.

וא"כ י"ל כשהדיוט נותן מעות להקדש בעד חפץ אזי חל הדין דפדיון וחילול הקדושה והכל חל ע"י נתינת מעות לבד. וכבר ביארנו דאין לומר דמצד המקח וממכר שבו חז"ל

[909] כי הפדיון בפסוה"מ אינו מחלל הקדושה שבבהמה אלא רק מתיר איסורי הקדש. וע"ע בזה בשיעורים לעיל (כג. ד"ה דתניא גר שמת, אות ב').

תיקנו דצריך ג"כ משיכה, דהרי אי אפשר שהקדש והדיוט יהיו שותפין בחפץ וגם דנתינת מעות בתורת פדיון מהווה חלות שם מעשה קנין והתקנה דמשיכה שייכת רק לדין מעות קונות בהדיוט דחל הקנין ממילא. אבל היכא דהגזבר נותן מעות דהקדש להדיוט לקנות פירות אזי אין כאן חלות פדיון וחילול אלא דהגזבר עושה מקח וממכר בעד הקדש והקדושה עוברת מהמעות אל הפירות מדין תפיסת דמים. וכאן אמרינן דמדין מקח וממכר יד הקדש על העליונה, דהיינו דמעות קונות לבדן אם הפירות הוקרו, אבל אם הפירות הוזלו לפני משיכה אמרינן דהשווי נקבע לפי שעת המשיכה. ואע"פ דאמרנו לעיל דבהיכי תמצא של פדיון חז"ל לא עקרו מעות קונות, מ"מ הסברות הנ"ל אינן שייכות להיכא דהגזבר נותן מעות לקנות חפץ. דהרי באופן זה קנין המעות דהקדש הוי אותה חלות קנין מעות של הדיוט, דשניהם חלין מדין קנין דממילא ולכן שייך לומר דהצריכו מעשה הקנין דמשיכה בנוסף. ולפי הסברא האחרת דאי אפשר שהקדש והדיוט יהיו שותפין בחפץ מסוים, י"ל דזה שייך היכא דההדיוט פודה ומחלל את חלות הקדושה, דאז או שהחפץ קדוש או לא, ואין ממוצע ביניהם, אבל כאן דמדובר בבעלות דהקדש בדיני ממונות, י"ל דחז"ל תיקנו שיהיו זכותי ממון גם לרשות הקדש וגם להדיוט באותו חפץ.

ובזה אפשר להבין את שינוי הלשון ברמב"ם בהלכות מכירה, דהרי ברישא (פרק ט הל"ב) כשאיירי היכא דהגזבר קונה חפץ בעד הקדש, כתב וז"ל אם הוקרו קנה כדין תורה עכ"ל. אבל בסיפא של ההלכה דמיירי כשההדיוט משך חפץ מהקדש ואז הוקר, כתב הרמב"ם דההדיוט צריך לתת את השווי הגבוה והביא את הפסוק כמקור, וז"ל ואם הוקר החפץ חוזר בו שהרי לא לקח הגזבר דמים, וההקדש אינו נקנה אלא בכסף שנאמר ונתן הכסף וקם לו, ואין הגזבר חייב לקבל מי שפרע עכ"ל. וצ"ב דהרי לכאורה שני המקרים נלמדים מאותו דין דהמשנה דרשות הגבוה בכסף ולא במשיכה, וצ"ע למה ברישא הרמב"ם רק כתב דמעות קונות כדין תורה ואילו בסיפא הביא את הפסוק. ולפי הנ"ל הכל מובן, דהרי ברישא הרמב"ם איירי כשהגזבר קונה חפץ בעד הקדש ואז הנידון הוא הלכות מקח וממכר בהקדש, ולכן הרמב"ם ביאר דקנה כדין תורה דמעות קונות, כלומר דלא ביטלו מעות קונות בהקדש היכא דזה הוי יתרון להקדש. אבל הסיפא איירי בפדיון דההדיוט מהקדש ולכן הרמב"ם הביא את הגזה"כ המיוחדת דחלות הקדושה נתחללה רק ע"י כסף.[910]

[910] ויש להוסיף דשיטת הרמב"ם לפי ביאור דרבינו זצ"ל מאד מדוייק בלשון הגמ'. דהרי הברייתא רק הביאה את הפסוק דונתן הכסף וקם לו היכא דההדיוט נותן מעות להקדש (כט. למעלה). אבל בתחילת הברייתא דאיירי בגזבר דקונה שור בעד הקדש (סוף כח:) הברייתא לא הביאה את הפסוק. ומשמע כמו רבינו זצ"ל, דונתן הכסף

ובזה גם אפשר להבין את שינוי הלשון מהלכות ערכין להלכות מכירה. דהרי בהלכות מכירה הרמב"ם כותב "הגזבר שקנה להקדש" ו"אין הגזבר חייב לקבל מי שפרע".[911] אבל בהלכות ערכין, כשהרמב"ם איירי בהדיוט דפודה מהקדש, הוא אינו מזכיר את הגזבר כלל אלא דההדיוט "פודה מיד הקדש", ובסוף ההלכה "ואין הקדש ראוי לקבל מי שפרע". ונראה לבאר ע"פ הנ"ל דבהלכות ערכין איירי בהלכה מסויימת של פדיון וחילול הקדושה ואין הגזבר חלק של חלות הפדיון. מאידך, בהלכות מכירה איירי בקניית חפץ להקדש ובזה אין חלות שם פדיון אלא דהגזבר מהווה הדעת קונה בעד הקדש. ולכן הרמב"ם השתמש בלשון דגזבר שקונה וכו'.

וכל זה לשיטת הרמב"ם, אבל הרשב"א סבור דאפי' היכא דהגזבר קונה חפץ בעד הקדש אמרינן מעות קונות ומה שקנה קנה. ואין לומר דהוא חולק על כל החילוק הנ"ל בין פדיון דהדיוט לבין היכא דהגזבר קונה בעד הקדש בתורת מקח וממכר בעלמא, דהרי זה דחלות פדיון חל רק היכא דההדיוט נותן המעות יוצא מדיוק בפסוקים עצמם. אלא דאע"פ דאין חלות פדיון היכא דהגזבר נותן מעות, מ"מ יש דין כללי דהגזבר או הקדש אינן יכולין לחזור לאחר נתינת מעות. והסברא הוא כמ"ש לעיל מדברי הרשב"א וז"ל אינו בדין שהקדש שמים יתנהג במדה שמקבלין עליה מי שפרע עכ"ל. כלומר דהקדש אינו יכול לשקר ולחזור בו אחרי דקנה מדין תורה. אבל הרמב"ם חולק על זה דהרי נקט דהיכא דהגזבר קנה מדין מקח וממכר הוא באמת יכול לחזור בו אם החפץ הנקנה הוזל.

אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט.

בענין אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט

א

שיטת התוס' באמירתו לגבוה בדבר שלא בא לעולם

אם אדם מקדיש חפץ לבדק הבית האמירה שלו מחילה שתי חלויות: א) חלות קנין הקדש בחפץ, ב) חלות קדושה בחפץ. ויש לעיין בגדר הדין דאמירתו לגבוה, האם בעיקר הוא מעשה הקנאה להקדש וחלות הקדושה נגררת מזה, או"ד להיפך דהאמירה מחילה חלות הקדושה וממילא רשות הקדש קונה את החפץ.

וקם לו שייך רק היכא דההדיוט הוי הקונה. וכן עיין בתוס' ר"י הזקן (כט. ד"ה ונתן הכסף) וז"ל ונתן הכסף – גבי הקדש כתיב שאין אדם קונה מן ההקדש אלא בכסף עכ"ל. ולכאורה הוא נזהר לומר דהפסוק איירי דוקא היכא דאדם קונה מן ההקדש. ומאידך, השיטה לא נודע למי (כח:) כתב בהדיא דהפסוק דונתן הכסף וקם לו שייך גם להיכא דהגזבר קונה חפץ מההדיוט.

[911] רבינו זצ"ל העיר דלפי הביאור שלו בדברי הרמב"ם, המשפט האחרון בההלכה "ואין הגזבר חייב לקבל מי שפרע" חוזר לדין הראשון היכא דהגזבר קנה בעד הקדש. כי סיפא דהרמב"ם איירי היכא דאדם אחר קונה מההקדש ואז אין הגזבר חשוב לגבי הקנין.

ובנידון הזה יש לעיין בתוס' בב"ק (לו: ד"ה יד עניים). דאיתא בגמ' וז"ל ההוא גברא דתקע לחבריה וכו' אמר ליה ההוא גברא [הנחבל] הואיל ופלגא דזוזא הוא לא בעינא נתביה לעניים, הדר אמר ליה נתביה ניהלי איזיל ואברי ביה נפשאי, א"ל רב יוסף כבר זכו ביה עניים ואף על גב דליכא עניים הכא, אנן יד עניים אנן עכ"ל. וביארו הראשונים דהעניים קנו ע"י מעמד שלשתן. והתוס' הקשו וז"ל וא"ת בלא יד עניים נמי מחייב צדקה באמירה כדדרשינן בפ"ק דר"ה (ו.) בפיך זו צדקה עכ"ל, כלומר דלמה בעינן קנין מעמד שלשתן דרב יוסף יד עניים, הרי יש גזה"כ דפיך זו צדקה אפי' בלי הקנין דרב יוסף בעד העניים. והתוס' תירצו וז"ל וי"ל דכמו שאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם ה"נ אין אדם נותן צדקה דבר שלא בא לעולם וכשאמר ניתביה לעניים הוי זה החוב כמו שלא בא לעולם וכן אם היה אומר ניתביה להקדש לא היה הקדש קונה ונהי שאם היה אומר חוב זה לכשיבא לידי אתנהו להקדש או לצדקה דומה שמתחייב מטעם נדר אבל זה לא אמר כן אלא אמר תנהו לעניים ולא נדר עכ"ל.

יוצא מהתוס', דלא אמרינן דיש דין אמירה לגבוה בחוב מכיון דהוי דבר שלא בא לעולם. וכן איתא ברי"ף (ב"ק יח: בדפי הרי"ף) וז"ל משום דההוא פלגא דזוזא לאו ברשותיה הוה קאי דהא לא אתא לידיה כו' ומשום הכי א"ל רב יוסף אנן יד עניים אנן דלא גרע מדינא דהדיוט דקני במעמד שלשתן, אבל מידי דאיתיה ברשותיה ואמר הרי הוא לעניים כבר זכו ביה עניי ולא מצי למהדר ביה כדאמר בפיך זו צדקה כו' עכ"ל. והסכים עמו המלחמות (שם). ויוצא מהתוס' הרי"ף והרמב"ן דלולי החסרון דדבר שלא בא לעולם, אמירה בהקדש ובצדקה מהני להקנות בדיוק כמו מעמד שלשתן.[912]

והנה בחדושי הגר"ח זצ"ל על הרמב"ם (פרק כב מהלכות מכירה הלי"ז) הקשה על שיטת התוס' והרי"ף דהשוו קנין אמירה בהקדש ובצדקה לקנין דעלמא בנוגע לזה דאינם מועילים להקנות חוב. אבל לכאורה אין לדמות אמירה בהקדש ובצדקה לקנין משיכה וכדומה. דהרי בחוב יש לחלק בין ב' דברים: א) הדמים דהחובל ישלם לבסוף דהוי דבר שלא בא לעולם, ב) עצם החוב והשעבוד דכבר נחשב כשלו של הנחבל. ובעלמא הנחבל אינו יכול להקנות את החוב מדאורייתא כי יש חסרון בב' הדברים: א) הדמים דהחובל ישלם לבסוף הוי דבר שלא בא לעולם ואין הקנין חל בהם אפי' במעמד שלשתן, ב) עצם החוב והשעבוד הוי בעולם ושייך לנחבל אלא דאינו נתפס במעשה קנין. ובזה יש להבין למה מעמד שלשתן מהני להקנות עצם החוב דהרי הקנין חל בלי הצורך למעשה קנין

[912] אמנם לבסוף כתבו התוס' שנדר לצדקה וגבוה מהני על דשלב"ל אם נדר בפירוש. אך נראה דזה מהוה חיוב נדר בעלמא, אך הקנין בנדרי גבוה לא חל בדשלב"ל.

בגוף החוב. אבל לפי זה, גם קנין דאמירה בהקדש ובצדקה היה צריך להועיל להקנות עצם החוב דהרי הוא דומה למעמד שלשתן דאין צורך למעשה קנין בגוף הוב. וא"כ בשלמא ניחא דאין קנין אמירה חל בהמעות דישלם לבסוף דהוי דבר שלא בא לעולם, אבל צ"ע למה אין קנין אמירה חל בנוגע לעצם החוב.[913]

ותירץ הגר"ח זצ"ל דאמירה בהקדש ובצדקה בעיקר מהווה התפסת חלות קדושה וחלות שם צדקה בחפצא ואז ממילא חל הקנין להקדש ולעניים. וא"כ י"ל דאמירה בהקדש ובצדקה מהני רק בחפצא מסוים דאפשר להתפיס בו חלות שם של הקדש או של צדקה, אבל חוב דאינו חפצא אלא הוי דבר שאין בו ממש מופקע מדין אמירה דא"א שיחול בו חלות שם קדושה. וזהו הטעם דאין קנין אמירה בחוב, דהרי הממון דישלם לבסוף הוי דבר שלא בא לעולם והחוב עצמו, דהוי שלו וברשותו, אינו נתפס בחלות שם הקדש וצדקה כדי לומר דהקנין נגרר וחל אחריו.

אבל יש להעיר דשיטת הגר"ח זצ"ל דאי אפשר להקנות חוב בגלל דאינו נתפס במעשה קנין, אינו מוסכם. דהרי התוס' בב"ב (עו: ד"ה קני) כתבו במפורש דאין מקנין חוב מדאורייתא בגלל חוסר בעלות, וז"ל דכמו שאינו יכול להקדישו כדמוכח בפרק כל שעה (פסחים לא.) כיון שהקרקעות אינם ברשותו כך אינו יכול להקנותן מן התורה עכ"ל. וכן הבאנו לעיל (דף טו. בענין שעבודא דר' נתן, אות ה') מהרשב"א. ולפי"ז אין מקום לקושיית הגר"ח דאמירה בהקדש ובצדקה ראויה להועיל בחוב, דהרי לפי התוס' אין החסרון בהקנאה תלוי במעשה קנין לבדו אלא בעצם הבעלות דהנחבל להקנות. אלא דיש דין מיוחד במעמד שלשתן דחז"ל תיקנו דמועיל מדרבנן. ולפי"ז אין להוכיח מכאן דאמירה בהקדש ובצדקה בעיקר הויא התפסת חלות שם קדושה ולא קנין.

ב

שיטת הר"ח

בהמשך, התוס' הביאו את דעת הר"ח, וז"ל ור"ח פירש שזה לא היה רוצה לחזור בו מן הצדקה אלא היה רוצה ללוותו לפי שעה להחזיר אחר לעניים תחתיו וא"ל רב יוסף דיד עניים אנן וזכינן בו במעמד שלשתן ואמרי' בפ"ק דערכין (ו.) האומר סלע זו לצדקה עד שלא בא ליד גבאי מותר לשנותו משבא ליד גבאי אסור לשנותו, עכ"ל. הר"ח נקט דאמירה מהני להקנות את החוב לצדקה. ולפי דברי הגר"ח זצ"ל הנ"ל הביאור בזה הוא דהחסרון בהקנאת חוב הוא דחוב ושעבוד אינו נתפס במעשה קנין דעלמא, אבל

[913] וע"ע בכל זה ברשימות שיעורים לנדרים (בענין צדקה, שיטת הרי"ף והתוס'), ברשימות שיעורים לב"ק (לו:) וברשימות שיעורים לב"מ (בענין מכירת שטר חוב אות ב').

מהני בקנין דאמירה דמועיל להקנות בלי מעשה קנין. ויוצא מזה דאמירה מהני בהקדש ובצדקה אפי' היכא דאין חפצא מסוים להתפיס בו שם צדקה והקדש, ומוכח מזה דאמירה לגבוה מהווה חלות דין הקנאה ולא חלות התפסת קדושה בחפצא.

ויש לעיין בסוף דברי הר"ח דאחרי קנין דאמירה הניזק יכול לשנות את הצדקה אבל מכיון דנעשה קנין מעמד שלשתן אסור לשנותו. דהרי אם באמת האמירה מקנה את החוב לעניים, מה מוסיף המעמד שלשתן דשוב אינו יכול לשנותו. ובאמת כך נקט הרי"ף (ב"ק יח: בדפי הרי"ף), דאפי' לאחר מעמ"ש אפשר לשנות את הצדקה עד שמגיע ליד הגבאי ממש, וז"ל ומשום הכי א"ל רב יוסף אנן ידי עניים אנן דלא גרע מדינא דהדיוט דקני במעמד שלשתן אבל מידי דאיתיה ברשותיה ואמר הרי הוא לעניים כבר זכו ביה עניי ולא מצי למהדר ביה כדאמר בפיך זו צדקה ואמר רבא צדקה מיחייב עלה לאלתר דהא קיימי עניים אבל ודאי אי בעי לשנויי ההוא מידי דיהב לעניים עד דלא אמטייה ליד גבאי במידי אחרינא דכוותיה מצי לשנויה כדגרסי' בערכין (ערכין ו.) אר"נ אמר רבה בר אבוה אמר רב סלע זו לצדקה מותר לשנותו בין לעצמו בין לאחר ל"ש אמר זו ול"ש אמר עלי ות"ר האומר סלע זו לצדקה עד שלא באת ליד גבאי מותר לשנותה משבאת ליד גבאי אסור לשנותה עכ"ל. הרי"ף חולק על הר"ח וסובר שקנין מעמד שלשתן אינו כאילו נמסר ליד המקבל אלא הוא קנין בעלמא ועדיין יכול הנותן לשנותו, וצ"ב במאי קמיפלגי.

וניתן לבאר את המחלוקת עפ"מ שיש לחקור בקנין מעמד שלשתן עליו אמרו חז"ל (גיטין יד.) דשוינהו רבנן כהלכתא בלא טעמא, האם הוא מהווה קנין בעלמא, כלומר, שהקנה הנותן (המלוה) את החוב למקבל, או"ד נחשב החוב כפרוע, המלוה הסתלק והלוה מתחייב למקבל. לשם ביאור התקנה ע"פ צד זה נראה שכשהנותן (המלוה) אומר ללוה תן לפלוני במעמד שלשתן הרי זה כאילו נמסר החוב לידי המקבל והחוב נפרע, דהיינו דע"פ דין הוי כאילו הלוה שילם את החוב למקבל וממילא נסתלק המלוה. אכן כ"ז בנוגע להנותן (המלוה) שלגביו חשוב הוא כפרעון, אבל לגבי המקבל החוב עדיין קיים והוא יכול לגבות מהלוה. ונראה שבחקירה זו חלוקים הרי"ף והר"ח. דלרי"ף מעמד שלשתן הוא קנין רגיל ואין בו חלות פרעון ומשום כך כל זמן שלא הגיעה הצדקה לידי הגבאי ממש עדיין ניתן לשנותה. לעומת זאת אליבא דר"ח יש חלות פרעון במעמד שלשתן וכאילו באו המעות לידי המקבל (הגבאי צדקה) ובכך נסתלק הנותן (הנחבל) שכן החוב שלו פרוע. ולכן תו אי אפשר לשנות את החוב שהרי ע"פ דין מעמד שלשתן נחשב לצדקה משהגיע ליד גבאי.

ועיין בתוס' (גיטין יג: ד"ה תנהו) וז"ל דלא תקינו מעמד שלשתן בכתובה דאפשר שלא תבא לידי גבייה לעולם ועי"ל וכו' עכ"ל, ובפשטות חלוקות שתי הדעות בתוס' בנוגע למעמד ג' אם מועיל להקנות חוב תוך זמנו (או כתובה שאינה ניתנת לגבות מחיים, עיי"ש במפרשים). אם מעמד ג' קנין בעלמא מועיל גם בחוב תוך זמנו, אבל אם חל כחלות פרעון אינו מועיל תוך זמנו של החוב (או בכתובה שאינה עומדת לגבות מחיים) הואיל ואינו עומד לפרעון.[914]

ג

שיטת הרמב"ם

ובנוגע לשיטת הרמב"ם[915] עיין בדבריו בהלכות מכירה (פרק כב הלט"ו-י"ז) דאחרי דהביא את הדין דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כתב וז"ל דין ההקדש ודין העניים ודין הנדרים אינו כדין ההדיוט בקנייתו שאילו אמר אדם כל מה שתלד בהמתי יהיה הקדש לבדק הבית או יהיה אסור עלי או אתננו לצדקה אע"פ שאינו מתקדש לפי שאינו בעולם הרי זה חייב לקיים דברו שנאמר ככל היוצא מפיו יעשה. והואיל והדבר כן אם צוה אדם כשהוא שכיב מרע ואמר כל מה שיוציא אילן זה לעניים, או כל שכר בית זה לעניים זכו בהן העניים. יש גאונים שחולקין על דבר זה ואומרים שאין העניים זוכין אלא בדברים שהדיוט קונה בהן, ולפיכך לא יזכו בדבר שלא בא לעולם, ואין דעתי נוטה לדברים אלו, שאין אדם מצווה להקנות, והוא מצווה לקיים דבריו בצדקה או בהקדש כמו שהוא מצווה לקיים הנדר כמו שביארנו בערכין עכ"ל. כלומר, דהרמב"ם סבור דהמקדיש דבר שלא בא לעולם חייב לקיים דברו כשיבוא לעולם והגאונים חולקין וסבורין דאין תוקף לדבריו כלל.

ובהלכות ערכין (פרק ו הלל"א-ל"ג), הרמב"ם לכאורה גם איירי בדין הזה, וז"ל יראה לי שאע"פ שאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם אם אמר הרי עלי להקדישו הרי זה חייב להקדישו כשיבא לעולם משום נדרו, ואם לא הקדיש הרי זה עובר משום בל תאחר ולא יחל דברו ומשום ככל היוצא מפיו יעשה כשאר הנדרים. כיצד האומר הרי עלי להקדיש כל שתעלה מצודתי מן הים, הרי עלי ליתן לעניים פירות שתוציא שדה זו, הרי עלי להחרים או ליתן לשבוים כל שאשתכר בשנה זו וכל כיוצא במאמרים אלו הרי זה חייב ליתן ולעשות בהן מה שאמר כשיבואו לידו, וזה וכיוצא בו בכלל נדרים הוא לא בכלל הקדשות. ראיה לדבר זה מה שאמר יעקב אבינו וכל אשר תתן לי עשר אעשרנו לך ונאמר אשר נדרת לי שם נדר, והרי האומר לא אפטר מן העולם עד שאהיה נזיר חייב לנהוג

[914] ועיין ברשימות שיעורים לב"מ (נו: בענין מכירת שטר חוב, אות ט') דרבינו האריך בגדר דמעמד שלשתן והביא עוד כמה נ"מ.

[915] ועיין בכל זה ברשימות שיעורים לנדרים (בענין צדקה אות ג') וברשימות שיעורים לב"ק (לו:).

בנזירות ואע"פ שעדיין לא נדר בנזיר, הואיל ואמר שידור בנזיר חייב להנזר וזה כיוצא בו וכזה ראוי לדון עכ"ל. ולכאורה כאן הרמב"ם חזר על שיטתו דהמקדיש דבר שלא בא לעולם חייב לקיים דברו כשיבוא לעולם, ויש להקשות למה הוא כתב את ההלכה הזאת פעמיים.

וגם יש להעיר דיש כמה הבדלים בין הלכות ערכין לבין הלכות מכירה: א) בהלכות ערכין הרמב"ם הזכיר בל תאחר ושאר איסורי נדרים ולא בהלכות מכירה, ב) בהלכות ערכין הרמב"ם הקדים את ההלכה ב"יראה לי" ולא בהלכות מכירה, ג) בהלכות ערכין הרמב"ם הביא ב' ראיות ולא בהלכות מכירה, ד) בהלכות ערכין האדם אמר "הרי עלי להקידשו" ובהלכות מכירה הלשון הוא "יהיה קודש", ה) בהלכות מכירה הרמב"ם הזכיר דהגאונים חולקין על דבריו והשמיט את זה בהלכות ערכין. וכל זה צ"ב.

ונראה לבאר דבב' המקומות הרמב"ם איירי בב' דינים שונים.[916] דבהלכות ערכין הרמב"ם עוסק בדיני נדר דאיסור והיתר בלי חיוב או שעבוד ממון, דהיינו דאדם נודר עכשיו שבעתיד כשהחפץ יהיה בעולם שהוא יקדיש אותו לשמים. ויש צד לומר דנדר כזה אינו חל דהרי הנדר הוי נדר לחייב גברא לעשות מעשה בעתיד בקו"ע,[917] ולכן הרמב"ם חידש דהנדר הראשון אכן חל. ויש לבאר את זה ע"פ הראיה השנייה דהרמב"ם הביא דנדר על דבר שלא בא לעולם חל מהדין דלא אפטר מן העולם עד שאהיה נזיר. דהרי הראב"ד הקשה וז"ל א"א הראיה מיעקב ראיה היא אבל זו של נזיר אינה כלום שהרי בידו היא ועוד כי לא ידע מתי יפטר והרי הוא כאילו אמר הריני נזיר מיד עכ"ל. וכל זה בא מהסוגיא בריש נדרים (ג:) דמחפשת היכי תמצא להלאו דבל תאחר בנזירות וז"ל בל תאחר דנזירות היכי משכחת לה כיון דאמר הריני נזיר הוה ליה נזיר, אכל קם ליה בבל יאכל וכו' אמר רבא כגון דאמר לא איפטר מן העולם עד שאהא נזיר דמן ההיא שעתא הוה ליה נזיר מידי דהוה האומר לאשתו הרי זו גיטיך שעה אחת קודם מיתתי אסורה לאכול בתרומה מיד, אלמא אמרינן כל שעתא ושעתא דילמא מיית, הכא נמי לאלתר הוי נזיר דאמרינן דילמא השתא מיית עכ"ל. והתוס' שם (ד"ה בל תאחר בנזירות) פירשו דאמירת לא איפטר מן העולם עד שאהא נזיר אינו בעצם קבלת נזירות אלא דהוא אומר דאם הוא אינו מקבל עליו נזירות מיד הוא יעבור בבל תאחר. ולכן אם לא התחיל לנהוג נזירות מיד הוא עובר בבל תאחר. ויש עוד חידוש בדבר דהנדר הראשון נחשב ע"פ דין כחלות נדר של נזירות ולכן הוא עובר בבל תאחר דנזירות.

[916] והשווה לדברי הלחם משנה (בהלכות ערכין) דגם דייק לחלק בין פסקי הרמב"ם בהלכות מכירה ובלהכות ערכין.

[917] ובנוגע לנדרי מצוה עיין לקמן (אות ט').

אמנם התוס' (ד"ה מידי) הביאו קושיא מהיכי תמצי אחר, וז"ל הקשה הר"ר יוסף שהלך בארץ הצבי אמאי לא משכחת בל תאחר בנזירות דאמר הרי עלי לקבל נזירות אחר שלשים יום ואי מאחר עובר בבל תאחר, ושמא היינו כשינויא דשנינן לא אפטר מן העולם עד שאהיה נזיר כלומר עד שאקבל נזירות עוי"ל דאי מאחר לשלם נדרו א"כ לאו היינו בל תאחר דנזיר כ"א בל תאחר דנדר שמאחר לנדור נדרו עכ"ל.[918]

נמצא דנחלקו ב' הדעות בתוס' בדין האומר לא אפטר מן העולם עד שאהא נזיר. התירוץ הראשון נקט כהתוס' דלעיל (ד"ה בל תאחר) דלא אפטר מן העולם עד שאהא נזיר נחשב כנדר שבעתיד הוא ידר נדר להיות נזיר, כמו האומר הרי עלי לקבל נזירות אחר שלשים יום וזה נחשב כנדר של נזירות כנ"ל. מאידך, התירוץ השני חילק בין המקרים. דהאומר הרי עלי לקבל נזירות לאחר ל' יום נחשב כנדר דעלמא לעשות מעשה בעתיד ודינו כנדר דעלמא.[919] ומשמע דהאומר לא אפטר מן העולם עד שאהא נזיר הויא קבלת נזירות ממש עכשיו ולכן עוברין עליו בבל תאחר דנזירות.

ועפ"ז יש לחזור לדברי הרמב"ם, וי"ל דהוא הבין כמו הדעה הראשונה בתוס', דהיינו דלא איפטר מן העולם עד שאהא נזיר הוי נדר לנדור נדר נזירות בעתיד, וזה נחשב כחלות שם נדר דנזירות. ולכן הרמב"ם סובר דאם אינו מקיים את הנדר הראשון הוא חייב בבל תאחר. וזה גם כוונת הרמב"ם בהוכחתו מיעקב אבינו שגם לקח נדר שידור בעתיד.[920] מאידך הראב"ד סבור כמו הדעה השניה בתוס' דלא אפטר מן העולם בעצם הוי קבלת נזירות עכשיו. ולכן הראב"ד השיג על הרמב"ם דאין הנדר דלא אפטר מן העולם וכו' מהווה ראיה דאפשר לנדור לקחת נדר בעתיד. ולפי הפירוש הזה ברמב"ם אפשר להבין את שאר דיוקי לשון הרמב"ם בהלכות ערכין. דהרי לא היה פשיטא ליה דאפשר לקחת נדר לנדור בעתיד ולכן הרמב"ם הקדים יראה לי ורצה להוכיח את הדין מיעקב אבינו דנדר להקדיש הממון שלו לה' בעתיד וגם מהגמ' בנזירות.

ויש להעיר דכל זה צ"ב מלשון הרמב"ם בפרק א מהלכות נזירות (הל"ד) דלכאורה פסק כמו הראב"ד וז"ל האומר לא אפטר מן העולם עד שאהיה נזיר הרי זה נזיר מיד שמא ימות עתה, ואם איחר נזירותו הרי זה עובר בבל תאחר לשלמו ואין לוקין על לאו זה עכ"ל.

---

[918] רבינו דן בנושא הזה כמה פעמים וביאר את הדין דנדר לנדור בעוד אופנים. עיין בזה ברשימות שיעורים לנדרים (ב. בענין נדרי גבוה אות ד', דף ב: בענין נזירות חלה על נזירות, בענין צדקה אות ג'), וברשימות שיעורים לב"מ (מה: בענין קנין דחל מדין דעת מקנה, אות ב).

[919] פעם רבינו זצ"ל אמר בדעה השניה בתוס' דמכיון דהנדר הראשון מוגדר כנדר דעלמא ולא כנדר של נזירות אזי חל הדין דאין נדר בקו"ע ולכן הנדר אינו חל כלל. אבל לכאורה קשה לומר דזה באמת כוונת התוס' דהרי הם דיברו על בל תאחר דנדרים בתירוץ השני שלהם ומשמע דהנדר חל.

[920] ועיין ברשימות שיעורים לנדרים (בענין צדקה אות ג') וברשימות שיעורים לב"ק (לו: אות ג') דרבינו זצ"ל דייק מהתרגום שם דהוא חולק על הרמב"ם.

ומשמע דהוא אינו מקבל על עצמו לנדור בעתיד אלא דהוא מקבל על עצמו עכשיו להיות נזיר. והגר"מ זצ"ל הביא את ההלכה הזאת להוכיח דאין מושג של נדר לנדור ברמב"ם נגד הדעה הראשונה בתוס'. ולפי הביאור שכתבנו ברמב"ם בהלכות ערכין דהרמב"ם חידש דיש חלות נדר לנדור, צריך לדחוק בלשון הרמב"ם בפרק א' דנזירות ד"הרי זה נזיר מיד" פירושו דהוא חייב מיד לקבל על עצמו נזירות ולא שהוא כבר קיבל עליו נזירות.

מאידך, בהלכות מכירה הרמב"ם לא איירי בהלכות נדרים והפלאה אלא בהלכות שעבוד ממון. שיטת הרמב"ם היא שהדיוט אינו יכול להשתעבד להדיוט על דבר שלא בא לעולם. יעויין בתוס' ריש פרק אע"פ (כתובות נד: ד"ה אע"פ) וז"ל תימה דעכשיו נהגו שכותב חתן לכלה מאה ליטרין אע"פ שאין לו שוה פרוטה, דבשלמא כשיש לו הוא משעבד נכסיו לזה החוב כו' אבל אותו שאין לו היאך ישתעבד נכסיו שיקנה אחרי כן כיון שלא נתחייב לה היינו דבר שלא בא לעולם, ושאל ר"י לרבי אליהו והשיב לו כו' אע"פ שאין מקנה לו שום נכסים, אלא שמשעבד גופו לזה החוב מעתה ולכשיהיו לו נכסים, חל שעבודו מעתה, ואין זה קנין דברים בעלמא, דקנין דברים לא הוי אלא כההיא דריש בבא בתרא (ג.) שקנו מידם לחלוק חצר שאין בו דין חלוקה, אבל מה שמשעבד גופו להתחייב לדבר זה משתעבד, ואין זה קנין דברים, עכ"ל. לדעת התוס' אדם יכול לשעבד גופו בהתחייבות ממון אף שאין לו נכסים בשעת ההתחייבות. אמנם הרמב"ם לעומתם הבחין בין המתחייב ממון למתחייב לתת לחברו דבר שבעין. המתחייב ממון לחבירו חייב אף שאין בידו עכשיו במה לשלם (פרק י מהלכות אישות הל"ז), אבל אין אדם מתחייב לתת לחבירו דבר בעין שאינו ברשותו. והמתחייב על בעין שלא בא לעולם פטור (פרק כב מהלכות מכירה הל"א-ב, הל"ה). בד"א בהדיוט, ואילו בהקדש וצדקה המקבל לתת דבר שבעין חייב.

והביאור בחילוק הזה בין הדיוט לבין הקדש הוא ע"פ הטעם דאין התחייבות אבעין בדבר שלא בא לעולם בהדיוט. דמצד אחד י"ל דחפצים בעין מופקעין לגמרי מהתחייבות, דהרי התחייבות חל כשעבוד על הגברא ונכסיו לעומת חפץ מסוים דרק נתפס בקנין ולא בהתחייבות.[921] וא"כ אין לחלק בין התחייבות להדיוט לבין התחייבות להקדש דהרי אין חפצא בעין נתפס בהתחייבות כלל. אבל מצד שני י"ל דבעצם ניתן להחיל חלות התחייבות על חפצא בעין, אבל בדרך כלל אין דרך לעשות מעשה קנין כזה. אבל בהקדש אין צורך למעשה קנין אלא דחל באמירה בעלמא ולכן ההתחייבות חלה. ובאופן אחר

[921] עיין בשיעורים לעיל (כו. ד"ה אמר שמואל) דרבינו זצ"ל העיר דהקצוה"ח (סימן שלב סק"ד) הביא מחלוקת ראשונים אם התחייבות חלה על חפצא מסוים בעין.

יש לבאר שבהקדש וצדקה מחייב הממון הוא חלות הנדר ומצות הפלאה. דעקב חלות הנדר דהרי עלי לתת להקדש או לצדקה דבר שלא בא לעולם דחלה כמצות הפלאה (כדביאר בהל' ערכין) חל גם חיוב ממון ועליו לשלם הבעין להקדש או לצדקה (כדפסק בהלכות מכירה).

ויוצא דלפי הרמב"ם יש ב' דינים שונים במקדיש דבר שלא בא לעולם: א) אדם יכול לנדור שבעתיד הוא יקדיש דבר להקדש כשיבוא לעולם (הלכות ערכין), ב) אדם יכול להתחייב לתת חפצא מסוים להקדש בעתיד כשיבוא לעולם (הלכות מכירה).

ויש להסתפק לדעת הרמב"ם בהלכות מכירה מהו גדר ההתחייבות הזאת. דהרי בתחילה הרמב"ם כתב וז"ל אע"פ שאינו מתקדש לפי שאינו בעולם הרי זה חייב לקיים דברו עכ"ל. ומהביטוי "אע"פ שאינו מתקדש לפי שאינו בעולם" משמע דכשיבוא לעולם החפץ נעשה הקדש ממילא ואין צורך לעשות מעשה אחר. והביאור בזה הוא דמכיון דיש חלות התחייבות בחפצא שינתן להקדש, זה בעצמו הופך את הקדש להיות הבעלים ברגע שבא לעולם.[922] אבל המילים הבאות אח"כ ברמב"ם – "הרי זה חייב לקיים דברו" – משמע דאפי' כשיבוא לעולם אין החפץ הקדש מיד, אלא דהבעלים חייבים להקדישו מדין התחייבות על בעין. ולפי הצד הראשון דהוי הקדש מיד, אזי צ"ל ד"חייב לקיים דברו" פירושו דהוא חייב לתת את החפצא להקדש בפועל, אבל חלות ההקדש כבר חלה עליו ממילא. ועוד צ"ע בזה.

ד

שיטת הגאונים והראב"ד

ובסוף פרק כב מהל' מכירה הרמב"ם הביא את שיטת הגאונים דחולקים עליו וסברי שהעניים "לא יזכו בדבר שלא בא לעולם". ומשמע מהלשון דהם חולקים על דברי הרמב"ם בנוגע לדיני ממונות, דהיינו דסבורים דהמקדיש דבר שלא בא לעולם לא חל שום התחייבות ממון עליו לתתו להקדש כשיבוא לעולם. אבל לכאורה הגאונים עדיין מודים דאם אדם נדר דהוא יקדיש את הפירות כשיבואו לעולם, אזי הוא חייב לקיים דבריו מדיני הפלאה. ויש לבאר למה התחייבות ממון אינה חלה בב' אנפי: א) הגאונים סברי דאין מושג של התחייבות אדבר בעין כלל בין בהדיוט ובין בהקדש, ב) הם מודים לרמב"ם דיש חלות התחייבות על חפצא בעין בהקדש ובצדקה, אבל רק אם החפצא ישנו בעולם. ולכאורה לשון הרמב"ם משמע כהצד השני דהרי דייק הרמב"ם לכתוב "לא

[922] ויש להעיר דהגאונים דהרמב"ם הביא והראב"ד דיברו על זכיית העניים, ולכאורה משמע מזה דלפי הרמב"ם העניים באמת זוכים בדבר כשבא לעולם.

יזכו בדבר שלא בא לעולם", כלומר דהוא הדגיש שההתחייבות אינה חלה בגלל דההפץ אינו בעולם.

ועיין בראב"ד (פרק כב מהלכות מכירה הלט"ו) דהשיג על הרמב"ם והביא שיטת הרי"ף דהמקדיש דבר שלא בא לעולם אין התחייבות לתת החפצא כשיבוא לעולם, וז"ל א"א רואה אני כי הוא מוסיף אפילו על דברי הרב ז"ל כי הרב כתב במעשה דההוא גברא דתקע ליה חבריה משום דלא היה סלע ברשותו לא מצי מקני ליה אלא במעמד שלשתן וזה החכם אומר שאפילו לא בא לעולם קנו עניים עכ"ל. הראב"ד הקשה על הרמב"ם מהגמ' בב"ק הנ"ל, דהרי בשלמא לפי הרי"ף דהמקדיש דבר שאינו ברשותו לא עשה כלום שפיר מובן למה צריך מעמד שלשתן. אבל לפי הרמב"ם דאדם מקדיש דבר שלא בא לעולם למה צריך מעמד שלשתן כלל. וזהו בעצם קושיית התוס' בב"ק שם.

ונראה דלפי הרמב"ם יש נ"מ גדולה בין התחייבות דחלה כשאדם מקדיש דבר שלא בא לעולם לבין מעמד שלשתן. דבמעמד שלשתן חז"ל תיקנו דהקנין חל והמקבל קונה את הממון. וא"כ בנידון דידן הממון שביד הנחבל קנוי לעניים, והוא חייב באחריותו עד שהממון מגיע ליד העניים. מאידך לפי הרמב"ם אין הממון קנוי לעניים עכשיו אלא דהנחבל מקדיש אותו לכשיבוא לרשותו. וזה יוצר התחייבות על החפצא דהכסף וממילא כשהממון מגיע ליד הנחבל הריהו חייב לתתו להקדש. אמנם אם הכסף נאבד לפני שהנחבל נותנו להקדש, הוא אינו חייב באחריותו דהרי ההתחייבות שלו להקדש חלה על החפצא דהכסף ולא על הנחבל כגברא. ונמצא דיש נ"מ גדולה בין קנין דמעמד שלשתן דחל עכשיו וכל האחריות חלה על הנחבל לתתו לעניים, לבין הקדשת התשלומין שלא באו לעולם דההתחייבות חלה על החפצא ולכן אם החפצא נאבד הנחבל אינו חייב לתת ממון אחר לעניים.[923]

ובהמשך דבריו הראב"ד כתב את השיטה שלו, וז"ל ואני אומר שאם חייב עצמו בכך שאמר אתן לעניים כך וכך כלומר מן הפירות שיצאו בכרם שלי וכן כל כיוצא בזה הרי זה חייב עצמו ויתן אבל אם אמר ינתן לעניים כך וכך מפירות שלא באו לעולם לא קנו עניים לדברי הרב עכ"ל. וניתן לפרש דבריו דהוא סבור כמו שיטת הגאונים דאם אדם משתמש בלשון של הפלאה אזי הוא חייב מדין הפלאה להקדיש החפץ כשיבוא לעולם, אבל בלשון של הקדשה או התחייבות ממון אין בדבריו כלום. אבל לכאורה קשה לומר את זה דא"כ הרי הראב"ד היה יכול לומר דהוא מודה לשיטת הגאונים דמובאה ברמב"ם.

[923] ולכאורה יש עוד נ"מ, דהיינו אם הנחבל יכול למחול את החוב, דאחרי שהקנהו לו במעמד שלשתן החוב קנוי למקבל ואין הנחבל יכול למוחלו. ואילו בלי מעמד שלשתן הנדר רק מחייב הנחבל לתת הפרעון אחרי שגבתו למקבל, ואילו אם הנחבל מוחל החוב לפני הפרעון אזי מחילתו מחילה ומדליכא פרעון אין המקבל מקבל כלום.

ויתכן דיש לו דעה שלישית, דהיינו דבעצם הוא מודה לרמב"ם דניתן להחיל התחייבות על חפצא מסוים דלא בא לעולם להקדישו או לתתו לצדקה, וזה נגד שיטת הגאונים. אבל הוא חולק על הרמב"ם בנוגע ללשון דצריך כדי ליצור התחייבות כזאת. דהרי הרמב"ם נקט דלשון של הקדשה אע"פ דאינו מועיל לעצם ההקדשה בדבר שלא בא לעולם, מ"מ הוא מהני לפעול התחייבות. מאידך הראב"ד סבור דלשון של הקדשה אינו מהני לגרום התחייבות, אבל לשון ד"אתן לעניים כך וכך" מהני ליצור התחייבות דחלה על החפץ כשיבוא לעולם.[924]

ויש להעיר דלכאורה הרמב"ם, הגאונים והראב"ד כולם מודים ליסוד של הגר"ח זצ"ל דביאר בדעת התוס' והרי"ף דלא אמרינן אמירתו לגבוה בנוגע לעצם החוב מפני דהקדשה צריך לחול על חפצא מסוים ולא על חוב ושעבוד. דהרי הרמב"ם, הגאונים והראב"ד רק דנים על חפצא דעדיין לא בא לעולם ולא הזכירו דאפשר להקדיש חוב. וכל זה נגד הר"ח דמובא בתוס' הסובר דאפשר להקדיש חוב ע"י אמירה לגבוה.

ה

בגדר דפיך זו צדקה

בדין אמירתו לגבוה בהקדש יש לחלק בין הרי עלי לבדק הבית לבין חפץ זו הקדש. דאם אמר הרי עלי לבדק הבית אזי חל עליו ועל נכסיו שעבוד ממון להקדש.[925] אבל אין חפץ מסויים שחל עליו חלות שם קדושה ובעלות דהקדש. מאידך אם אמר חפץ זו הקדש אזי החפץ נעשה הקדש. והבאנו מהגר"ח זצ"ל לבאר בדעת התוס', הרי"ף והרמב"ם, דעצם ההקדשה הויא התפסת חלות שם קדושה על החפץ וממילא החפץ נעשית קנין דהקדש. ויוצא מזה דאמירה לגבוה יכול ליצור התחייבות ושעבוד (הרי עלי) או התפסת חלות שם קדושה (הרי זו). אבל אין דין דאמירתו לגבוה מקנה קנין ישיר להקדש.

ויש לעיין בדין אמירה לצדקה דנלמד מהדין פיך זו צדקה והרמב"ם והרי"ף השווה אותו לדין אמירה בהקדש. דהרי אם אמר עלי מנה לצדקה אזי חל עליו ועל נכסיו שעבוד ממון כמו בהקדש. אבל אם אמר סלע זו לצדקה לכאורה קשה להבין פשר הדבר. דבשלמא בהקדש י"ל דחל עליו חלות שם הקדש וממילא נגרר הקנין להקדש. אבל בצדקה

[924] ורבינו הוסיף דיש להסתפק גם בדעה הראשונה של התוס' בב"ק (הובא לעיל באות א') דכתבו וז"ל חוב זה לכשיבא לידי אתנהו להקדש או לצדקה דומה שמתחייב מטעם נדר עכ"ל האם איירי בנדר דעלמא או התחייבות ממון.

[925] לכאורה בגמ' דידן הדין דאמירה לגבוה רק נאמר היכא דאמר הרי זו (עיין סוף כח:). ובאמת נחלקו בזה המפרשים. עיין בקצוה"ח (סימן פז סקכ"א) דהביא מהתומים דאין דין דאמירתו לגבוה בהרי עלי ואין שעבוד ממון. אבל הקצוה"ח עצמו הקשה עליו והסיק דחל דין אמירה בהרי עלי, דהיינו דהוא אינו יכול לחזור בו ונכסיו משועבדים להקדש. וכן איתא במפורש ברש"י (ביצה כ. ד"ה נזיר ואינו מגלח).

לכאורה אין כאן חלות שם איסור אלא דהויא ממון עניים. ובשלמא לפי הר"ח דאמירה חל כקנין, זה שפיר שייך לצדקה. אבל לפי ביאור הגר"ח זצ"ל בשאר הראשונים דאמירתו לגבוה אינו יכול לפעול קנין ישיר אלא דמחיל חלות שם בחפצא, אזי יש להקשות היאך זה שייך בצדקה ומה יסוד הדין דפיך זו צדקה באמירת סלע זו לצדקה.

ובע"כ צ"ל דגם בצדקה יש חלות שם מיוחד שחל בחפצא.[926] דהרי איתא בגמ' (נדרים ז.) וז"ל יש יד לצדקה, או אין יד לצדקה, היכי דמי אילימא דאמר הדין זוזא לצדקה והדין נמי, ההוא צדקה עצמה היא וכו' עכ"ל. והרמב"ם הבין את הגמ' דיש התפסה בצדקה וז"ל הצדקה הרי היא בכלל הנדרים, לפיכך האומר הרי עלי סלע לצדקה, או הרי סלע זו צדקה חייב ליתנה לעניים מיד ואם איחר עבר בבל תאחר שהרי בידו ליתן מיד ועניים מצויין הן וכו' המתפיס בצדקה חייב כשאר הנדרים, כיצד אמר הרי סלע זו כזו הרי זו צדקה, המפריש סלע ואמר הרי זו צדקה ולקח סלע שנייה ואמר וזו הרי שנייה צדקה, ואע"פ שלא פירש עכ"ל. ולכאורה צ"ב דהרי התפסה מהווה העברת חלות שם שבחפצא אחד לחפצא אחר וא"כ היאך זה שייך לצדקה. הרי פשיטא דאם אדם הקנה חפץ אחד לחבירו ואז לקח חפץ שני ואמר זו כזו דלא אמר כלום דאין כאן התפסה. ויוצא מזה דצדקה אינה כהקנאה דעלמא אלא דחל חלות שם מיוחדת בחפצא של הסלע.[927]

וגם נראה להוכיח דיש חלות שם מיוחדת בצדקה ולא רק הקנאה בדיני ממונות מזה דיש חילוקים בין צדקה דישראל לבין צדקה דעכו"ם. דעיין ברמב"ם (פרק ח מהלכות מתנות עניים הל"ח) וז"ל עכו"ם שהתנדב לבדק הבית אין מקבלין ממנו לכתחלה, ואם לקחו ממנו אין מחזירין לו, היה הדבר מסויים כגון קורה או אבן מחזירין לו כדי שלא יהא להן דבר מסויים במקדש שנאמר לא לכם ולנו וגו', אבל לבית הכנסת מקבלין מהן לכתחלה, והוא שיאמר כדעת ישראל הפרשתי, ואם לא אמר טעון גניזה שמא לבו לשמים, ואין מקבלים מהם לחומת ירושלים ולא לאמת המים שבה שנאמר ולכם אין חלק וזכרון בירושלים עכ"ל. ולכאורה כל החילוקים האלה בין הצדקה של עכו"ם לישראל בנוגע לבית המקדש בית הכנסת וירושלים מובנים אם יש לצדקה חלות שם בחפצא דאזי י"ל דחלוק החפצא דצדקה דנוצר ע"י הפלאה דישראל לבין החפצא דצדקה דנוצר ע"י הפלאה דעכו"ם. אבל אם צדקה מהווה הקנאה בעלמא בדיני ממונות אזי קצת קשה להבין מה טיב של כל החילוקים שבין צדקה דישראל לבין צדקה דעכו"ם.

[926] ע"ע בזה ברשימות שיעורים לנדרים (בענין צדקה אות ג').

[927] רבינו זצ"ל האריך בדין התפסה בצדקה ובעוד דברים בשיטת הרמב"ם ברשימות שיעורים לשבועות (כ: בענין שיטת הרמב"ם בהתפסה).

ו

האם צדקה הויא ממון עניים

ויש להוסיף לומר דיתכן דסלע זו לצדקה הוי רק דין החלת חלות שם צדקה אבל הממון אינו הופך להיות ממון עניים כלל. דהרי כבר הבאנו מהגמ' בערכין (ו.) דעד שלא בא ליד הגבאי הנודר יכול לשנותו, כלומר דהוא יכול להחליף את הסלע דנדר לצדקה בסלע אחר. ולכאורה זה צ"ע טובא דהרי לא מצינו דבר דומה בתרו"מ או בלקט שכחה ופאה. ולמה דוקא בצדקה הוא יכול לשנותו. ונראה לבאר בפשיטות דכל המתנות האחרות חל עליהן דין ממון שבט או ממון עניים משעת הפרשה כשחל עליהן חלות שם בחפצא. ולכן פשיטא דאפי' אם יש לבעלים הראשונים טובת הנאה לבחור לאיזה כהן הוא נותן את התרומה, מ"מ הוא אינו הבעלים על התבואה אלא שבט הכהנים הם הבעלים ולכן התבואה שחלה עליה חלות שם תרומה צריכה להגיע ליד הכהן וא"א להחליפה בתבואה אחרת. ואילו לגבי צדקה, אין הסלע דנדר לצדקה עובר לבעלות של העניים, אלא נשאר בבעלות הנודר. אבל חל עליו חלות שם צדקה דכל יסודו הוא להנתן לעניים. ולכן אם הנודר רוצה יכול הוא להחליף את הסלע שנדר עליו סלע זו לצדקה עם סלע אחר משום דהוא עדיין הוי הבעלים. אבל משבאתה ליד גבאי אסור לשנותה דהרי ע"פ דין הממון הגיע ליד העניים והם קנו אותו.[928]

וזה דהאומר סלע זו לצדקה הוי רק החלת חלות שם בחפצא ולא קנין ממון אף עולה מפירוש הרמב"ם לסוגיא בב"ק (צג.) בנוגע לחלות שמירה על ממון עניים. דאיתא שם בגמ' וז"ל ההוא ארנקא דצדקה דאתי לפומבדיתא, אפקדה רב יוסף גבי ההוא גברא פשע בה אתו גנבי גנבוה חייביה רב יוסף, א"ל אביי והתניא לשמור ולא לחלק לעניים, אמר ליה עניי דפומבדיתא מיקץ קיץ להו ולשמור הוא עכ"ל. מבואר בגמ' דאין חלות שמירה בממון של צדקה דעלמא. והרמב"ם הביא את הדין הזה בהלכות שאלה ופקדון (פרק ה הל"א) וז"ל מי שהפקידו אצלו מעות של עניים או של פדיון שבויים ופשע בהם ונגנבו פטור שנאמר לשמור ולא לחלק לעניים והרי הוא ממון שאין לו תובעים בד"א בשאין זה הממון מופקד לעניי מקום זה או לשבויים [אלו] אבל אם היו לעניים אלו או לשבויים אלו והרי הוא קצוץ להן הרי זה הממון שיש לו תובעין וישלם אם פשע או ישבע שלא

[928] עיין ברשימות שיעורים לנדרים (ענין צדקה אות ה') דרבינו זצ"ל האריך יותר בסוגיא ויוצא מדבריו שם דמה שאמר כאן אינו מוכרח. דהרי אפי' אם מותר לשנותה, יתכן דההיתר ללוות מממון צדקה הוא מפני דניחא להו לעניים, כלומר דהממון כבר נחשב כממון עניים אבל הם נותנים לנודר רשות ללוות מהם. ורבינו גם הביא שם דהתוס' (ערכין ו: ד"ה עד) הזכירו דעת רבינו ברוך דההיתר לשנות בממון צדקה, פירושו להשתמש בו למצוה אחרת ולא חייב להחזירו לעניים. ורבינו העיר דלפי זה מוכח דהממון אינו בבעלות העניים.

פשע כדרך כל השומרים עכ"ל. והרמב"ם הביא את הגזה"כ מהגמ' ואז הוסיף והרי הוא ממון שאין לו תובעים. וצ"ב בטעם הזה מה טיבו.

וגם יש להקשות מהפטור שמירה בהקדש ובעכו"ם דהרמב"ם הביאו בהלכות שכירות (פרק ב הל"א-הל"ג) וז"ל שלשה דינין האמורין בתורה בארבעה השומרין אינן אלא במטלטלין של ישראל ושל הדיוט שנאמר כסף או כלים וכל בהמה יצאו קרקעות ויצאו העבדים שהוקשו לקרקעות ויצאו השטרות שאין גופן ממון ויצאו הקדשות שנא' כי יתן איש אל רעהו ויצאו נכסי עכו"ם, מכאן אמרו חכמים העבדים והשטרות והקרקעות וההקדשות ש"ח שלהן אינו נשבע, ונושא שכר או שוכר אינו משלם ואם קנו מידו חייב באחריותן וכו' יראה לי שאם פשע השומר בעבדים וכיוצא בהן חייב לשלם שאינו פטור בעבדים וקרקעות ושטרות אלא מדין גניבה ואבידה ומתה וכיוצא בהן שאם היה ש"ח על מטלטלין ונגנבו או אבדו ישבע ובעבדים וקרקעות ושטרות פטור משבועה, וכן אם היה שומר שכר שמשלם גניבה ואבידה במטלטלין פטור מלשלם באלו, אבל אם פשע בה חייב לשלם שכל הפושע מזיק הוא וכו' עכ"ל. וצ"ב בשני דברים: א) לכאורה המיעוט דהקדש עכו"ם וצדקה שורשם באותו יסוד, דהיינו דבעינן ממון הדיוט דישראל, וא"כ למה הרמב"ם הביא את הדינים בב' מקומות שונים. ב) מרהיטת לשון הרמב"ם בהלכות שכירות נראה דשומר דפשע בהקדש ובנכסי עכו"ם חייב לשלם דהרי פושע כמזיק.[929] אבל בהלכות שאלה ופקדון בנוגע לשמירה על ממון צדקה הרמב"ם כתב במפורש דאפי' אם השומר פשע דהוא פטור. וצ"ב בביאור החילוק.

ונראה לבאר דהקדש ועכו"ם הריהם בעלים גמורים על הנכסים שלהם וחל בהם חלות שם מפקיד ודיני שמירה. אלא דיש גזה"כ למעט חפצא עם חלות שם נכסי הקדש וחלות שם נכסי עכו"ם מדיני שמירה. ולכן הרמב"ם הביא את הדינים האלו ביחד עם קרקע עבדים ושטרות דנתמעטו מדיני שמירה מפאת שם החפצא ולא בגלל חסרון בעלות. ומכיון דהקדש ועכו"ם בעלים גמורים הם להפקיד את החפצים שלהם, חל דין שמירה לומר דפושע כמזיק ומי ששומר נכסי הקדש ועכו"ם ופושע חייב. מאידך, במעות של צדקה החסרון הוא בחלות שם בעלים המפקידים דהרי מצד אחד החפץ נחשב כממון של צדקה, אבל מצד שני העניים אינם הבעלים. ומכיון דבצדקה אין חלות שם מפקיד משו"ה אין שמירה חלה כלל ואפי' הפושע פטור דחסר בהבעלות של העניים לחייב את השומר שפשע, ודלא כנכסי הקדש ועכו"ם. וזהו מש"כ הרמב"ם "והרי הוא ממון

[929] ובנוגע לקשר בין הדין דפושע כמזיק וחלות שם שומר ודיני שמירה עיין ברשימות שיעורים לשבועות (מב: ד"ה אלו דברים, אות ג-ד), וברשימות שיעורים לב"מ (צד. ד"ה השואל את הפרה).

שאין לו תובעים", דהיינו דאין העניים הבעלים גמורים על הממון להפקידו וזה הוי יסוד גזה"כ דלשמור ולא לחלק לעניים.[930]

ויש להוכיח דממון צדקה מופקע מדיני שמירה מפאת חסרון בבעלים ולא מפאת חלות שם בחפצא מהסיפא דהרמב"ם דאחרי קציצה יש דין שמירה על הממון. ולכאורה עד שהממון מגיע ליד העניים ממש מסתבר דעדיין יש לו חלות שם ממון צדקה בחפצא. והנ"מ הוא דאחרי דהעני מקבל את הצדקה החלות שם דצקה בחפצא פקע דפשיטא דאי אפשר להתפיס שם צדקה מסלע דהעני כבר קיבל על סלע אחר. אבל אחרי הקציצה ולפני שהגיע ליד העני נראה דחלות שם צדקה לא פקע ועדיין אפשר להתפיס בו. וא"כ לכאורה קשה, שאם המטבע עדיין חשוב חלות שם צדקה בחפצא, למה חל בו דין שמירה. אלא דצ"ל דההפקעה דצדקה משמירה אינו דין בחלות שם צדקה בחפצא אלא בחסרון חלות בעלים. ואם הממון קצוץ לעניי מקום מסוים אזי הם הופכים להיות הבעלים בדיני ממונות כמו ההדיוט בממונו ויש בעלים איפוא להפקיד את הממון דצדקה. דהקציצה מעברת את הממון מלהיות ממון שבט העניים דעלמא להיות בבעלות של העניים הקצוצים דנעשו שותפים בממון כמו הדיוטות ששותפים בממונם.

וכמו"כ משמע מדיני בל תאחר בצדקה דאין לעניים בעלות עליו מיד אחרי הנדר. דהרי איתא בגמ' (ראש השנה ו.) דאע"פ דיש בל תאחר בצדקה כמו בקרבנות, יש להם שיעורים שונים וז"ל אמר רבא וצדקה מיחייב עלה לאלתר, מאי טעמא דהא קיימי עניים, פשיטא, מהו דתימא כיון דבענינא דקרבנות כתיבא עד דעברי עלה שלשה רגלים כקרבנות קא משמע לן התם הוא דתלינהו רחמנא ברגלים אבל הכא לא דהא שכיחי עניים עכ"ל. ונחלקו הראשונים בגדר החילוק בין צדקה וקרבנות בענין בל תאחר. דהרי התוס' (ראש השנה ד: ד"ה לקט) כתבו וז"ל דאי בדאיכא עניים ועבר ונטלם הרי עובר לאלתר בבל תאחר דדוקא היכא דליכא עניים אין עובר בבל תאחר אלא ברגלים אבל היכא דקיימי עניים קא עבר לאלתר כמו צדקה עכ"ל. כלומר, דאם איכא עניים הוא עובר בבל תאחר מיד ואם אין עניים אזי הוא עובר בג' רגלים כמו בקרבנות. מאידך מהרמב"ם (פרק ח מהלכות מתנות עניים הל"א) משמע אחרת וז"ל הצדקה הרי היא בכלל הנדרים, לפיכך האומר הרי

[930] אבל יש להעיר דלפעמים רבינו זצ"ל ביאר דלפי הרמב"ם יש ב' טעמים דאין חלות שמירה בצדקה: חסרון בעלות וגם חלות שם בחפצא. עיין בזה ברשימות שיעורים לנדרים (בענין צדקה אות א'), ברשימות שיעורים לב"ק (לו: בענין צדקה אות א', דף צג. ד"ה לשמור ולא לחלק), ברשימות שיעורים לב"מ (נו. בענין פטורי השומרים אות א'). ולפי השיעורים יל"ע בדין שמירה בצדקה קודם שהגיע ליד הגבאי, דלכאורה הנודר הוי בעל הממון אלא שחל שם ממון צדקה בחפצא בדומה לשם הקדש. ובכן מסתבר דבאופן כזה השומר יתחייב בפשיעה דצדקה אינו אלא חלות פטור כמו בהקדש אך הממון של הנודר הוא והוי ממון בעלים דהדיוט המוסרו לשומר שמתחייב לשומרו ולא לפשוע בו, וצ"ע.

עלי סלע לצדקה, או הרי סלע זו צדקה חייב ליתנה לעניים מיד ואם איחר עבר בבל תאחר שהרי בידו ליתן מיד ועניים מצויין הן, אין שם עניים מפריש ומניח עד שימצא עניים עכ"ל. ויוצא מדברי הרמב"ם דאין בל תאחר בצדקה תלוי כלל בג' רגלים אלא רק עד דמוצא עניים.

וגם יש לעיין דהרי הרמב"ם הביא את כל דיני בל תאחר בהלכות מעשה הקרבנות (פרק יד הלי"ג) וז"ל אחד נדרים ונדבות עם שאר הדברים שאדם חייב בהן מערכין ודמים ומעשרות ומתנות עניים מצות עשה מן התורה שיביא הכל ברגל שפגע בו תחלה שנאמר ובאת שמה והבאתם שמה וגו' כלומר בעת שתבא לחוג תביא כל מה שאתה חייב בו ותתן כל חוב שעליך לשם, הגיע הרגל ולא הביא הרי זה ביטל מצות עשה, עברו עליו שלשה רגלים ולא הביא קרבנותיו שנדר או התנדב או שלא נתן הערכים והחרמים והדמים הרי זה עבר בלא תעשה שנאמר לא תאחר לשלמו אינו עובר בלא תעשה עד שיעברו עליו רגלי השנה כולה, ואין לוקין על לאו זה לפי שאין בו מעשה עכ"ל. ושם מפורש דהשיעור ללאו הוא ג' רגלים. אבל הרמב"ם הביא את האיסור דבל תאחר בצדקה בפני עצמו בהלכות מתנות עניים. וגם עיין בהלכות נזיר (פרק א הל"ד) דהרמב"ם הביא את האיסור דבל תאחר דנזירות לבדו וגם שם לא הזכיר את השיעור דג' רגלים. וצ"ב בכל זה, למה הרמב"ם חילק בין נדרים נדבות ערכין מעשרות וכו' מצד אחד דהביא את כולם ביחד בהלכות מעשה קרבנות עם השיעור דג' רגלים, לבין צדקה ונזירות שהביא דיניהם במקומות אחרים והשמיט מהם את השיעור דג' רגלים לגמרי.

ויתכן דלפי הרמב"ם יש ב' דינים בבל תאחר. בהלכות מעשה קרבנות הרמב"ם הביא את כל הדינים כשהנדר או ההפרשה מחיל הקנאה או מחיל שעבוד ממון על הבעלים. במקרים האלו חל הדין דג' רגלים לבל תאחר. אבל בצדקה ובנזירות הנדר אינו מחיל התחייבות ממון אלא חלות שם על הגברא (בנזירות) או על החפצא (בצדקה). ובמקרים האלו השיעור דבל תאחר אינו נקבע לפי ג' רגלים אלא על פי גדר דהחלות דחל ע"י אמירתו. ובצדקה החלות בחפצא היא דהסלע הזה צריך להנתן לעניים בתורת צדקה. ולכן היכא דעניים מצויין ואפשר לתת אותו לעניים מיד אזי עוברין על בל תאחר מיד, אבל היכא דאין עניים מצויין אזי לא חל בל תאחר עד דהוא מוצא עני.[931] ולפי הביאור

[931] רבינו זצ"ל אמר דהסברא בזה הוא דהיכא דחל חיוב ממוני אי אפשר לחלק על פי הצורך, כמו למשל דהחיוב לתת את המעשר ללוי אינו תלוי בהאם הבעלים מוצא לוי, אלא דיש דין אחד לכולם. אבל היכא דחל חלות שם בחפצא להנתן לעניים אזי י"ל דהחלות שם הזאת רק מכריח את הבעלים לתת אותו לעניים לפי הצורך, כלומר כשהבעלים מוצא עני.

הזה בדברי הרמב"ם בסוגיית בל תאחר יוצא דבנדרי צדקה אין הקנאה לעניים אלא דחל חלות שם בחפצא להנתן לעניים.[932]

ועל פי זה גם נראה לבאר את החילוקים בין פסקי הרמב"ם בנוגע לכפייה בהקדש לבין כפייה בצדקה. דהיכא דהקדיש סכום מסוים, הרמב"ם (פרק ג מהלכות ערכין הלי"א) כתב בהדיא דנוצר שעבוד נכסים בדיני ממון, וז"ל האומר ערכי עלי וחזר ואמר ערכי עלי והיו בידו עשר סלעים ונתן תשע לשניה וסלע לראשונה יצא ידי שתיהן, שהערכין לאו כחובות הן, שאע"פ שכל מה שבידו משועבד לראשונה, הקדש מאוחר שגבה גבה עכ"ל. הרי דחל שעבוד ממה שאמר ערכי עלי ופשיטא דב"ד יורדין לנכסיו לגבות כמו בכל שעבוד ממון אחר. וזה גם עולה מדברי הרמב"ם (פרק א מהלכות ערכין הלכ"א) דהאומר ערכי עלי והכהנים העריכו אותו ואז מת, דהיורשים חייבים לשלם להקדש, ויוצא מזה דחל שעבוד על נכסיו. אבל בהלכות צדקה הרמב"ם לא הזכיר כלל דחל שעבוד נכסים כשאדם נודר לצדקה. ובנוגע לדין דכופין על הצדקה כתב הרמב"ם (פרק ז מהלכות מתנות עניים הל"י) וז"ל מי שאינו רוצה ליתן צדקה או שיתן מעט ממה שראוי לו, בית דין כופין אותו ומכין אותו מכת מרדות עד שיתן מה שאמדוהו ליתן ויורדין לנכסיו בפניו ולוקחין ממנו מה שראוי לו ליתן, וממשכנין על הצדקה ואפילו בערבי שבתות עכ"ל. והקצוה"ח (סימן לט סק"א, בסוף דבריו) דייק מהלשון דיורדין לנכסיו בפניו, דהגבייה בע"כ הוא מדין כופין על המצוות ולא מדין שעבוד ממון דאילו היה מדין שעבוד ממון לא צריך לגבות דוקא בפניו. ויוצא מזה דבהלכות צדקה הרמב"ם לא חילק בין לפני דנדר לצדקה לבין אחרי דנדר לצדקה, ורק דיבר על כפייה מדין מצוות עשה ולא מדין שעבוד ממון. וזה ג"כ משמע כדברינו דנדרי צדקה אינו גורם הקנאה או שעבוד ממון אלא רק התפסת חלות שם בחפצא.

ולפי הנ"ל האומר סלע זו לצדקה בדעת הרמב"ם אינו מקנה את הסלע לבעלות העניים אלא רק מחיל בו חלות שם בחפצא. אבל לכאורה צ"ע בכל זה מדברי הרמב"ם בהלכות מכירה (פרק כב הלט"ו) דהבאנו לעיל (אות ג') וז"ל דין ההקדש ודין העניים ודין הנדרים אינו כדין ההדיוט בקנייתו שאילו אמר אדם כל מה שתלד בהמתי יהיה הקדש לבדק הבית או יהיה אסור עלי או אתננו לצדקה אע"פ שאינו מתקדש לפי שאינו בעולם הרי זה חייב לקיים דברו שנאמר ככל היוצא מפיו יעשה עכ"ל. הרמב"ם כלל את הדין דבהמה זו לבדק הבית ביחד עם הדין דאתננו לצדקה. ומשמע דכמו דבהקדש היכא דאמר כל

[932] ועיין ברשימות שיעורים לנדרים (ג: בענין בל תאחר, אות ד) דרבינו האריך בסוגיא דבל תאחר בשיטת הרמב"ם וביאר באופן דומה אבל קצת שונה ממה דביאר כאן.

מה שתלד בהמתי יהי הקדש לבדק הבית חל התחייבות ממון להקדש כנ"ל (אות ג') כמו"כ חל התחייבות ממון בצדקה. וזה דלא כמ"ש לעיל דנדר לצדקה מחיל חלות שם בחפצא ולא שעבוד או הקנאה בדיני ממונות. אך יש לדחות דביחד עם הקדש וצדקה הרמב"ם הזכיר את הדין דהנודר בדבר שלא בא לעולם. ולכאורה בנדר בדבר שלא בא לעולם אין התחייבות ושעבוד בדיני ממונות אלא דהוא מתפיס שם בחפצא וזה חל על דבר שלא בא לעולם כשיבוא לעולם (כמו דדייק הכס"מ מהרמב"ם בפרק יב מהלכות נדרים הל"י). וא"כ י"ל דצדקה אינו דומה להקדש אלא כדין נדר ולא הויא הקנאה ושעבוד ממון אלא התפסת חלות שם בחפצא כשיבוא לעולם.

אבל לכאורה מהמשך ההלכה הנ"ל הרמב"ם משמע להיפך, דהיינו דהאומר סלע זו לצדקה הוי הקנאה לעניים, וז"ל והואיל והדבר כן אם צוה אדם כשהוא שכיב מרע ואמר כל מה שיוציא אילן זה לעניים, או כל שכר בית זה לעניים זכו בהן העניים עכ"ל. ומשמע מהרמב"ם דהיורשים חייבים לתת את החפץ הנדור לעניים אפי' אם החפץ בא לעולם רק לאחר מיתת אביהן השכיב מרע. והלשון ד"זכו בהן העניים" משמע דמהרגע שבא לעולם העניים קונים את הדבר. ולכאורה כל הדין הזה צ"ע דהרי היאך השכיב מרע יכול להקנות דבר דבא לרשותו רק לאחר שכבר מת. אבל באיזה דרך שנסביר את זה, ברור דההלכה הזאת מובנת רק אם אמירה בצדקה מהווה הקנאה לעניים. אבל אם אמירה בצדקה מהווה רק התפסת חלות שם בחפצא בלי חלות דין ממון כלל, אזי אינו מסתבר בכלל דהיורשים חייבים ליתן את הפירות או את שכר הבית לעניים.[933] וזה נגד היסוד שנתבאר לעיל דהבאנו ראיות דלפי הרמב"ם אין הקנאה לעניים בנדרי צדקה. ויל"ע בסתירה בדברי הרמב"ם האם אמירה בצדקה מהווה רק התפסת חלות שם בחפצא או דגם כולל הקנאה לעניים, וצ"ע.

ח

שיטת בעה"מ בפיך זו צדקה

ועיין בבעה"מ (ב"ק יח. בדפי הרי"ף) דהביא שו"ת מרבינו האי גאון דנדרי צדקה חלין כהפלאה בעלמא, וז"ל דלענין איחיובי נודר בצדקה מאלתר דאמר הרי הוא מטבע זה לצדקה אחייליה להנפוקי בצדקה ומאלתר דאמר יש עלי צדקה כך וכך אחייב ליה במה שאמר בפיו כו' ודאמר צדקה הרי הוא כנדר לבל תאחר וכלהו נדרי בדבור פה

[933] עיין בכס"מ דאוקים את דברי הרמב"ם דהיורשים היו שם ושתקו וז"ל ונ"ל שרבינו סובר דכיון שאמר מורישם כל מה שיוציא אילן זה לעניים והם שמעו ושתקו סבור וקבול והוה ליה כאילו נדרו הם בעצמם וחייבים לקיים נדרם עכ"ל. ויש להשוות את הביאור דרבינו זצ"ל לדברי הסמ"ע (סימן ריב סקי"ט) וז"ל ובפרישה (סעיף ט) כתבתי דנ"ל דטעם הרמב"ם הוא, דכל שאומר כן הו"ל כאילו הקנה הבית לעניים עד שקיבלו השכירות, וכן האילן לפירות, ואין בניו יורשים אותו הדבר עד שיקיימו תחילה לנדר עכ"ל.

בלחוד אינון, אבל האי נודר אי אתי למיהדר ביה בעון קאי וב"ד לא מצי למעבד ליה מדעם ולא עניים אית להון בהדיה עסק דברים, וכד זכי פרנס לעניים כו' אי אתי למיהדר ביה לא משגחינן ביה ובי דינא מתפשין לההוא מדעם לעניים עכ"ל. דעתו של רבינו האי גאון שנדר צדקה אינו זוכה לעניים אלא דע"י אמירת הרי עלי לתת צדקה קיימת רק מצות הפלאה בלבדה ולא התחייבות ממון. ובנודר סלע זו לצדקה אין הסלע קנוי לעניים אלא דחלה רק מצוה שהסלע ינתן לעניים ואין גובין אותו בבי"ד. וזה כמו כמה מהדיוקים דהבאנו לעיל ברמב"ם. ולפי"ז יוצא דיש חילוק יסודי בין נדרי הקדש דבודאי חל כהקנאה או שעבוד לבין נדרי צדקה. וההסבר הוא ע"פ הנ"ל דהקדש הוי בעלים דאפשר להקנות דבר אליו, אבל אין מושג של שבט עניים דהוו הבעלים על הצדקה ולכן אמירת הרי עלי סלע לצדקה חל רק כהפלאה בעלמא.

ואחר התשובה מרבינו האי גאון הביא בעה"מ את דברי הר"ח, וז"ל ורבינו חננאל ז"ל כתב בפירושו הכי כהאי עובדא אמר הואיל ופלגי דזוזא הוא לא בעינא ליה ליתבי לעניים הדר אמר ליתביה לי איזיל איברי ביה נפשאי וכו' האי גברא לאו איחרוטי הוא דאיחרט והדר ביה מדלא קאמר הדרי בי אלא קאמר ליתביה השתא לדידי איזיל אברי ביה נפשאי ובתר הכי יהיבנא אנא סלע מדידי ואמר ליה רב יוסף אנן יד עניים אנן וכיון דאמרת ליתבי לעניים כאילו אמרת מנה לי בידך תנהו לפלוני במעמד שלשתן קנה ותוב לית לך רשותא לשנותה משבאה ליד גבאי וזכו ביה עניים ותוב לית לך למישקליה השתא ולאהדורי בתר הכי שמעינן מינה דעניים כיתומים נינהו מדפשטינן ר"ג ובית דינו אביהן של יתומים אלו דברי רבינו האי גאון ז"ל ור"ח ז"ל עכ"ל. ומשמע מרהיטת דברי בעה"מ דהוא נקט דגם הר"ח סבור דאין בנדרי צדקה חלות ממון אלא רק הפלאה. אבל לכאורה צ"ע דהרי הר"ח כתב דבלי מעמד שלשתן הבעלים היה יכול להחליף את הממון הזה עם ממון אחר אבל אין יכול לחזור בו לגמרי. ולעיל (אות ב') ביארנו עפ"י הגר"ח זצ"ל דהר"ח סבור דאמירתו לגבוה בצדקה הויא הקנאה וסבור דאפשר להקנות את עצם החוב באמירה לבד. וצ"ע היאך בעה"מ דייק מדברי הר"ח דאין באמירתו לגבוה דין קנין אם לכאורה יוצא ההיפך, וצ"ע.

ועיי"ש בבעה"מ בהמשך דבריו, שהביא דיש היכי תמצא דגם בצדקה יש שעבוד ממון, וז"ל ושמעינן מדברי רבינו האי גאון ז"ל דמאי דאמרי' התם שממשכנין על הקופה אפי' בע"ש לא אמרו אלא בדבר שהוא תנאי בני העיר ותקנתם כדקתני התם רשאין בני העיר לעשות קופה תמחוי ותמחוי קופה וכו' עד ולהסיע על קצתן עכ"ל. כלומר דאיתא בב"ב (ח:) דממשכנין על הצדקה דמשמע דבצדקה אכן חל שעבוד ממון. אבל בעה"מ דחה דלא

איירי בנדרי צדקה דעלמא אלא בתנאי בני העיר דיכולין לחייב אדם לתת סכום מסויים לצדקה דהעיר. והביאור בזה הוא ע"פ הגמ' בב"ק (צג.) דהובא לעיל, דצדקה הוי ממון שאין לו תובעין עד דמיקץ קיץ לעניים מסויימים וכאן כל בני הקהילה הוו הבעלים על הממון. אבל אין חלות בעלות לעניים דעלמא.

ט

בדין נדרי מצוה בקו"ע

ויש להעיר בנוגע לכל הענין דנדרי צדקה, האיך אפשר לנדור הרי עלי צדקה אם זה הוי נדר בקום ועשה ונדרים חלין רק לאסור חפצא ולא לחייב את הגברא. ובאמת כזה קשה גם על הגמ' בנדרים (ח.) דאיתא שם וז"ל ואמר רב גידל אמר רב האומר אשכים ואשנה מסכת זו נדר גדול נדר לאלהי ישראל כו' עכ"ל. ומשמע מהגמ' דחל נדר בקום ועשה ללמוד תורה. אבל עיין בר"ן שם (ד"ה והלא מושבע) דכתב וז"ל ודאי אע"ג דקאמרת נדר גדול שבועה קאמרת דאמר בהדיא בשבועה אשנה פרק זה שהרי נדר כיון שהוא מיתסר חפצא אנפשיה ליתיה לעולם באעשה אלא ודאי שבועה קאמרת כדאשכחן בדוכתי טובא דקרי ליה לשבועה נדר עכ"ל. ויוצא מדברי הר"ן דאי אפשר לנדור לקיים מצוה. אבל התוס' (שם ד"ה האומר) הביאו פירוש אחר וז"ל אי נמי כדפירש הר"ר אליעזר דהוי נדר כמו נדר דצדקה עכ"ל. וכן איתא ברמב"ם (פרק א מהלכות נדרים הלכ"ט) דניתן לנדור לקיים מצוה בקו"ע. ויוצא דלפי הר"ר אליעזר והרמב"ם יש גזה"כ דחל דין נדר במצוה היכא דאמר הרי עלי אע"פ דאין בו חלות בחפצא. ולומדים את זה מפיך זו צדקה. אבל לכאורה דברי הר"ן קשים דהרי אם האומר אשכים ואשנה מסכת זו אינו באמת נדר דהרי אין מושג של נדר לעשות קו"ע, אזי צ"ב מה הגדר דנדרי צדקה באומר הרי עלי.

וי"ל דהר"ן סבור כמו הרי"ף והמלחמות והר"ח דבנדר צדקה חל שעבוד ממון ולא רק הפלאה בעלמא כמו רבינו האי גאון ובעה"מ. וא"כ הנדר לא חל לחייב את הגברא בקו"ע אלא דמחיל שעבוד או הקנאה בנכסיו.[934] וכן כתב הר"ן בפירושו על הרי"ף בקידושין (יא: בדפי הרי"ף) וז"ל דצדקה נמי קניא באמירה וכו', עיין שם. ובר"ן כתובות פ"ד (דף יח בדפי הרי"ף) מביא הרשב"א שסובר כרבינו האי גאון שאין יורדין לנכסים לגבות צדקה דאין בה חובת ממון והר"ן האריך לחלוק עליו ומסיק שכן יורדים לנכסיו לגבות צדקה שלא בפניו. ומשמע שדעתו שבצדקה יש שעבודי ממון. אבל התוס' דתירצו דלומדים

[934] ובאופן דומה, עיין ברמב"ן עה"ת (במדבר פרק ל פסוק ג) בפירוש הראשון שלו דביאר היאך חל נדרי גבוה בהרי עלי אם כל נדר בא להחיל איסור על חפצא וז"ל ואע"פ שמצינו בנדרי גבוה הרי עלי עולה הרי עלי שלמים, שאמירתו לגבוה נתחייבו בו נכסיו כמסירתו להדיוט עכ"ל. וע"ע בכל זה ברשימות שיעורים ריש מסכת נדרים (ב. בענין נדרי גבוה אות א-ב) דרבינו זצ"ל האריך בסוגיא דנדרי מצוה בקו"ע.

מנדרי צדקה דבכל מצוה יש חלות נדר בקו"ע לכאורה סבורים כמו בעה"מ ורבינו האי גאון דאין בנדרי צדקה קנין ממון אלא הפלאה בעלמא.

ו

שיטת הרי"ף

ועיין ברי"ף (ב"ק יח:) דהביא דעה דאין קנין בנדרי צדקה ולכן צריך מעמד שלשתן בסוגיא בב"ק (לו:), אמנם הרי"ף עצמו חולק על זה דהרי הדין דפיך זו צדקה והחיוב דבל תאחר בצדקה מורים דיש בו דין ממון. ויש להסתפק בכוונת הדעה הראשונה ברי"ף, האם ס"ל דאין דין ממון בנדרי צדקה אבל יש חלות שם בחפצא כמו דצידדנו לעיל בדעת הרמב"ם. וא"כ הרי"ף הביא את הדין דבל תאחר להוכיח דיש בנדרי צדקה הקנאה או שעבוד דהרי הוא סבור דבל תאחר יסודו בגזל.[935] או"ד י"ל דהדעה הראשונה ברי"ף ס"ל דאמירה אינה פועלת אפי' חלות בחפצא של הכסף אלא דחל חיוב על הגברא לקיים דברו. אבל ברור דלפי הדעה הראשונה ברי"ף אין חלות בממונות בנדרי צדקה והרי"ף חולק על זה.

ונחלקו הרי"ף ובעה"מ בנוגע להגדר דאינו ברשותו. דהרי הרי"ף ביאר דאע"פ דפיך זו צדקה מלמד דבנדרי צדקה יש הקנאה להקדש, בסוגיא בב"ק (לו:) צריך מעמד שלשתן בגלל דהממון דהחובל חייב לשלם אינו ברשות הנחבל, וז"ל והאי דאיצטריך רב יוסף הכא למימר ואע"ג דליכא עניים הכא דליזכו ביה אנן ידי עניים אנן דאלמא אי לאו הכי הוה מצי למיהדר ביה לאו משום דדין עניים כדין הדיוט דמי אלא משום דההוא פלגא דזוזא לאו ברשותיה הוה קאי דהא לא אתא לידיה כדאמרינן (בבא מציעא ז.) אמר רב כל ממון שאינו יכול להוציאו בדיינים והקדישו אינו קדוש וכו' עכ"ל. ובעה"מ הקשה וז"ל לא זו הדרך ולא זו העיר דלא אמרי' אינו ברשותו בדבר שאינו מסרב הלה ליתנו לו עכ"ל, כלומר דאם החובל מסכים לשלם אזי הממון נחשב כברשותו של הנחבל. ועיין במלחמות דהקשה על בעה"מ דאפי' את"ל דדבריו נכונים בגזל היכא דהגזלן רוצה לשלם, אינו מסתבר דלוה או ניזק יכולים להקדיש המעות אפי' אם המזיק והלוה רוצים לשלם, דהרי הממון אף פעם לא היה בידם ויש חסרון בדין שלו וז"ל ואפי' א"ת בגזל ולא נתיאשו הבעלים שהוא יכול להקדיש כשהלה רוצה ליתן לו במלוה אינו יכול להקדיש שהרי ממון זה אינו שלו ולא קנאו ואי בעו לאיחלופי באחרינא מצי עבדי כ"ש בנזקין שלא הגיעו לידו מעולם עכ"ל. והקושיא הזאת מאד חזקה וצ"ב בדעת בעה"מ. ולכאורה גם יש להקשות מעין זה על הרי"ף דלמה הוא הביא מהדין דגזל ולא נתיאשו הבעלים

[935] ויש להעיר מהדין דבל תאחר בנזירות.

דאינו יכול להקדיש בגלל דאינו ברשותו, הרי בסוגיא בב"ק יש חסרון יותר גדול דהמעות אף פעם לא היו בבעלות של הניזק.

וצ"ל דלפי בעה"מ והרי"ף דהדין דשעבודא דאורייתא חל נמי על מטלטלין ומפאת השעבוד הזה המעות דישלם לבסוף נחשבים כאילו הם שלו דהניזק והמלוה להקדישם. אלא דאעפ"כ הכסף דישלם לבסוף אינן ברשותו של הניזק עכשיו ובזה נחלקו הרי"ף ובעה"מ האם רצון המזיק לשלם עושה את המעות ברשות הנזיק.

אמנם יש להעיר דלפי מה שהבאנו לעיל (אות א') מהגר"ח זצ"ל דהנידון הוא הממון דעתיד לשלם בעתיד ולא החוב עצמו וא"כ צ"ל דאע"פ דהשעבוד חל על הממון עכשיו והמזיק רוצה לשלמו, מ"מ ההקנאה אינה חלה עכשיו דהרי כו"ע לא פליגי דהמטבע הזה דהניזק יקבל בעתיד אינו שלו ממש עכשיו. אלא דהשעבוד והרצון דהמזיק לשלם אותו סגי לעשותו לדבר שכבר בא לעולם, ולכן לכשיגיע המטבע ליד הניזק לבסוף ההקנאה חלה בלי צורך למעשה קנין חדש. וזה דומה לשיטת הרמב"ם (פרק ז מהלכות אישות הלט"ז) במקדש את העובר וז"ל האומר לחבירו אם ילדה אשתך נקבה הרי היא מקודשת לי בזה לא אמר כלום, ואם היתה אשת חבירו מעוברת והוכר העובר הרי זו מקודשת, ויראה לי שצריך לחזור ולקדש אותה מאביה אחר שתיולד כדי שיכניס אותה בקידושין שאין בהן דופי עכ"ל. ובחידושי הגר"ח הביא את שיטת הר"ן (כו: בדפי הרי"ף) דלפי הרמב"ם הקידושין חלין מעיקר הדין לאחר זמן כשהבת נולדה.[936] וזה דומה לניזק במקרה דידן דהקדיש המעות של התשלומין לפני שהגיע לידו, דמצד אחד אין חלות הקנאה חלה עכשיו בגלל דהמטבע הזה אינו ביד הניזק, אבל מ"מ השעבוד על נכסי המזיק והרצון של המזיק לשלם פועל שהניזק יכול להקדיש את המעות עכשיו שיחול ההקדש לאחר התשלומין.

אבל יש לבאר את דברי בעה"מ באופן אחר, דהיינו דההקנאה חלה עכשיו לפני שהממון מגיע ליד הנחבל. וזה ע"פ מה דהקשה הרמב"ן מהסוגיא בפסחים (ל:-לא.) דנחלקו אביי ורבא בבע"ח מהיכן גובה כראיה נגד בעה"מ. דאיתא שם וז"ל איתמר בעל חוב אביי אמר למפרע הוא גובה, ורבא אמר מכאן ולהבא הוא גובה וכו' כי פליגי דזבין מלוה וקדיש מלוה, אביי אמר למפרע הוא גובה כיון דמטא זמניה ולא פרעיה איגלאי מילתא למפרע דמעיקרא ברשותיה הוה קאי ושפיר אקדיש ושפיר זבין, ורבא אמר מכאן ולהבא הוא גובה כיון דאילו הוו ליה זוזי הוה מסליק להו בזוזי אישתכח דהשתא קא קני עכ"ל.

[936] וזה דלא כהגר"ח עצמו דביאר דהקידושין חלין (במקצת) עם העובר עכשיו. ועיין בזה לקמן (סב: ד"ה ואמר רבי חנינא) ובהערות שם.

והרמב"ן הקשה דלפי בעה"מ גם לפי רבא המלוה יכול להקדיש. וי"ל בדוחק דבעה"מ אוקים את הסוגיא היכא דהלוה מסרב לשלם.

אולם י"ל באופן אחר. דעד עכשיו הנחנו כדברי הגר"ח זצ"ל דכל הדיון בריב"ף ובעה"מ הוא על המעות דהמזיק ישלם לבסוף. אבל החוב עצמו נחשב כשלו וברשותו דהניזק אלא דבנוגע לקנין הדיוט אין מעשה קנין דמהני לקנות חוב, ואמירתו לגבוה אינו שייך לחוב מכיון דאין חפצא להתפיס בו חלות שם הקדש וצדקה לגרום את ההקנאה. ולפי הגר"ח זצ"ל קושיית הרמב"ן באמת חזקה דהרי לפי בעה"מ מסברא המלוה יכול להקדיש את השדה דהוא יגבה לבסוף מהלוה אפי' אם מכאן ולהבא הוא גובה. אבל הבאנו למעלה דהתוס' בב"ב (עז: ד"ה קני) חולקים על הגר"ח זצ"ל ונקטו דבאמת החוב עצמו נחשב כאינו ברשותו דהמלוה. וא"כ י"ל דהדיון בבעה"מ וברי"ף הוא לגבי החוב עצמו, כלומר האם המלוה או הניזק יכול להקדיש חוב (ולא הזוז דישלם לבסוף) כשהמזיק או המלוה רוצים לשלם. דבעה"מ סבור דהרצון של המזיק לשלם את החוב עושה את עצם החוב לברשותו של הנזיק ומכיון דהחוב הוי עכשיו גם שלו וגם ברשותו אזי הוא יכול להקדישו עכשיו. ולפי"ז אין מקום לקושיית הרמב"ן דלעיל דהיאך הניזק יכול להקדיש את המעות אם המעות אף פעם לא היו בידו ואינן שלו. דהרי זה נכון בנוגע למעות דישלמו לבסוף אבל עצם החוב נחשב כשלו דהניזק ורק נחלקו בעה"מ והרי"ף האם גם נחשב כברשותו או לו. וכמו"כ כל הסוגיא בפסחים האם בע"ח למפרע גובה או מכאן ולהבא הוא גובה אינו שייך לבעה"מ כלל דהרי התם הנידון הוא הדין דהשדה דהוא יגבה לבסוף. אבל לפי בעה"מ אם הלוה רוצה לשלם, אזי החוב עצמו נחשב כשלו וברשותו של המלוה והוא יכול להקדיש את החוב עצמו.

ויוצא מזה חידוש גדול, דלפי בעה"מ החוב עצמו נחשב כחפצא דיכול להיות שלו וברשותו דהמלוה. ומשמע מזה דאם הלוה מסרב לפרוע אזי הוא גוזל את החוב ומפני כן החוב אינו ברשות המלוה כמו כל דבר דנגנב. ולכאורה זה גם שייך להדיון האם יש יאוש בחובות, דהקצוה"ח (סימן קסג סק"א) הביא דנחלקו בזה הראשונים, דאם גזילה חלה בחוב אזי יתכן שיחול בו דין יאוש כבגזילה דעלמא.[937]

יא

הערות בדברי בעה"מ והמלחמות

[937] אך יתכן דיש יאוש בחוב דעלמא גם בלי חלות דין גזילה, כי חוב דעלמא אינו ברשותו של המלוה, ודומה איפוא לגזילה ואבידה דאינם ברשות הבעלים ומשו"ה חל בם דין יאוש, דה"ה בחוב דעלמא.

א) הבאנו לעיל (אות ב') את דברי הר"ח דאמירתו לצדקה מהני אפי' בדבר שלא בא לעולם בלי מעמד שלשתן, אלא דאפי' לאחר הקנאה לעניים הנחבל יכול לשנותו. אבל אחרי מעמד שלשתן הוא אינו יכול לשנותו כי הגבאי צדקה קיבל את הממון בעד העניים. לפי"ז יש חלות מיוחדת לגבאי צדקה דהוי יד עניים.

אבל הרמב"ן הביא פירוש אחר בדברי הר"ח ולפיו הר"ח מודה להרי"ף דאי אפשר להקדיש דבר שלא בא לעולם וצריך מעמד שלשתן לעצם הקנין. וגם, דאין חלות מיוחדת לגבאי צדקה אלא דכל היכא דהממון דצדקה אינו ביד הנודר אזי קנו העניים ואין הנודר יכול לשנותו. וכתב הרמב"ן וז"ל ולא תטעה במה שכתב רבינו חננאל ז"ל כי לא עלה על לבו לומר שיהא יכול להקדיש מה שאינו ברשותו אלא כך אמר מאחר שקנו עניים במעמד שלשתן אי אתה רשאי אפי' לשנותה שהרי הוא ביד המחזיק שהוא גבאי בסלע זה ודאיק לה להאי פירושא מדלא קאמר הדרי בי שאם אתה אומר שאפי' שלא במעמד שלשתן קנה הקדש לא הוצרך רב יוסף לומר אנן יד דעניים אנן אלא כיון דאמר לחובל תנהו לעניים והקדישו הקדש שוב אינו יכול לשנותה שהרי זה נעשה גבאי להקדש וה"ה להדיוט שאם היה לו בידו זה פקדון והקנה לאחר בחליפין או בדבור שהוא קונה לו כגון מתנת שכיב מרע כיון שקנה הלה אין הנפקד רשאי ליתנו לאחר אלא ודאי מה שהוצרך רב יוסף למעמד שלשתן כדי שיקנה אותו הקדש הוא דבלאו הכי לא קנה כדברי רבינו הגדול ז"ל זה דעת רב חננאל ז"ל ומפורש בפירושיו ואי לא תימא הכי היכי אפשר לומר דכשבאת ליד גבאי דמי ואין רשאי לשנותה וכי מפני שקנה רב יוסף לעניים הוי כמי שבאת לידו הרי אקדיש סלע שברשותו שקנה רב יוסף והעניים ויכול לשנותה אלא ודאי הא דלא מצי לשנותה מפני שהיא ברשות אחרים ביד התוקע וכל שקנו העניים אינו רשאי לשנות ולא הוצרך רב יוסף למעמד שלשתן אלא כדי שיקנו העניים ורבינו הגדול ז"ל לא חלק על דברי רב חננאל ז"ל בכאן כלל עכ"ל.

יוצא דנחלקו המפרשים בדעת הר"ח בגדר הדין דהובא בגמ' ערכין דאחרי דהגיע ליד הגבאי אי אפשר לשנותו. דלפי הרמב"ן אין חלות מיוחדת לגבאי צדקה וכל אדם יכול לזכות בעד העניים. וההסבר הוא דאין דין מינוי לתפקיד של גבאי צדקה דהרי אין ממנין אותו באורים ותומים וכדומה, ולכן מסתבר דיש לו דין כמו כל אדם אחר דפועל בעד העניים. אבל הבאנו לעיל ע"פ הגר"ח זצ"ל פירוש אחר בדברי הר"ח דאע"פ דהעניים קנו את הצדקה באמירה בעלמא, מ"מ יש חסרון בבעלות העניים עד דמגיע ליד העניים ממש או ליד הגבאי דהוי כיד עניים.

ב) בעה"מ רצה להוכיח דאין הקנאה באמירה בצדקה מהסיפור של ר"ג בספינה דהקנה מקום דמעשר עני לרבי עקיבא כדי שיזכה לעניים וז"ל עוד מעשה בר"ג ור"א ור' יהושע שהיו באים בספינה וכו' עד עשור שאני עתיד למוד נתון לעקיבא בן יוסף כדי שיזכה בו לעניים ומקומן מושכר לו, אס"ד קנו עניים באמירה לימא ליה לאגורי עכ"ל. דהיינו, דלפי הרי"ף דאמירה בצדקה הויא הקנאה למה צריך קנין חצר. ועיין ברמב"ן דדחה הראיה וז"ל תשובת הגאון ז"ל בזה אינה מחוורת דמאי דקשיא להו מעשה דר"ג לאו מלתא היא דהתם שעת הביעור היה והיה צריך להוציאו מרשותו דקתני רישא דההיא מתני' כיצד היה הביעור נותן תרומה וכו' ומעשר ראשון לבעליו ובתר הכי קתני מי שהיו פירותיו רחוקים ממנו צריך לקרות להם שם כיצד מעשה ברבן גמליאל ותניא בהדיא בברייתא מזכה להן ע"י אחר כיצד וכו' וכולה מתני' בשעת הביעור עכ"ל. כלומר, דבאמת אמירה בצדקה הויא הקנאה אלא דכדי לקיים מצות ביעור צריך להוציאו מהבית כלשון הפסוק "בערתי הקודש מן הבית". ובאמירתו לגבוה בצדקה אע"פ דיש קנין, מ"מ אין קנין דמוציאו מהבית ומכניסו לרשות דאחר כמו דיש בקנין של הדיוט, ובגלל זה ר"ג הקנה את המעשר עני ע"י קנין חצר. ובעה"מ שהביא ראיה משם סובר שאם אמירתו לגבוה מקנה מן הראוי שתועיל גם לגבי דין מסירה לרשות דאחר ולכן הביא ראיה ממתנות עניים. ויתכן דהרמב"ן סבור שבהקדש באמת אמירה פועל הכנסה לרשות דאחר דהרי כל מקום דאיתא בי גזא דרחמנא איתא אבל באמירה בצדקה עדיין חסר המסירה לרשותם.

ג) הרמב"ן מוכיח שיש קנין ממון בנדרי צדקה ממעשר עני, וז"ל היאך יאמר הגאון שאין ב"ד יכולין לעשות דבר במעשר עני עד שיזכה פרנס כו' והלא אמרו בפ' הזרוע ואפי' עני שבישראל מוציאין אותה מידו כו' הלכך בנדרים נמי כל דבר המסוים בודאי מוציאין מידו דמאי שנא, עכ"ל. ולכאורה יפלא דבשלמא מעשר עני בדין הוא ממון עניים שכן השם של מתנות עניים מחדש קניינים לעניים דומה לתרומה שדין מתנות כהונה מחדש קניינים לשבט כהונה אחרי הפרשה מהכרי. לעומת זה, בנדרי צדקה ליכא שם מתנות עניים וכהונה אלא דין וחלות הפלאה בעלמא וא"כ י"ל שאין קנין לעניים, ולמה השווה אותם הרמב"ן.

ומסתבר שהרמב"ן מחלק בין מעשר עני לבין שאר מתנות שמפרישים מטבל. דשאר מתנות שמפרישים מטבל מהוות חלות שם בפני עצמן כמו חלות שם תרומה ומעשר ראשון ושני ואילו מעשר עני אינו חלות שם בעצמו אלא צדקה בעלמא. דהרי תרומה אסורה לזרים ויש בה חלות איסורים נפרדים, ומעשר ראשון מהווה חלות שם שכן

חייבים להפריש ממנו תרומת מעשר שהיא אסורה לזרים, ומע"ש מהווה חלות שם שהרי חייבים לקיים בו מצוות מע"ש בירושלים. מאידך מעשר עני אין בו איסורים או קיומי מצוה מיוחדים, ואינו אלא חלות צדקה בעלמא. עקב כך מדייק הרמב"ן שמאחר שיש ממון עניים במעשר עני ע"כ שהממון מטעם ההפלאה ויוצא שבכל נדרי צדקה יש קנין ממון עניים.

קונטרס בענין מילה על פי סדר המנחת חינוך

מנחת חינוך אות א' ד"ה הנה בודאי פריעה הוא מגוף המצוה

בענין מילה ופריעה

א

פעולה אחת או ב' פעולות

איתא במשנה (שבת קלז:) וז"ל אלו הן ציצין המעכבין את המילה בשר החופה את רוב העטרה, ואינו אוכל בתרומה וכו' מל ולא פרע את המילה כאילו לא מל עכ"ל. ויש להסתפק מהי היחס בין המילה והפריעה, האם בעצם מהוות הן ב' פעולות שונות אלא דשתיהן מעכבות את קיום המצוה דמילה והחלות שם נימול דחל בגברא או"ד בעצם הריהן פעולה אחת נמשכת. והספק הזה תלוי בפירוש של המילה "המול" (בראשית פרק יז פסוק י), האם פירושו לחתוך או לגלות ע"י הסרת הערלה. דאם הפירוש ד"מילה" הוא "חתיכה" אזי פריעה דהויא מעשה דגילוי העטרה ולא חתיכה אינה כלולה במעשה המילה עצמה. מאידך אם לשון "המול" היינו לגלות, אזי מילה ופריעה הריהן פעולה אחת נמשכת דהסרת העלרה וגילוי הבשר שהיה מכוסה תחת הערלה. ויש להעיר דמלת "ערלה" פירושו אטום וסתום וכמו דפירש רש"י על הפסוק (ויקרא פרק יט פסוק כג) וערלתם ערלתו וז"ל ואטמתם אטימתו, יהא אטום ונסתם מליהנות ממנו עכ"ל. ולכן מסתבר דמילת הערלה כוללת גילוי הבשר שמכוסה היה ע"י הערלה, דהיינו הפריעה.[938]

ועיין בתוס' שם (ד"ה מל ולא פרע) דהקשו מהרישא דהמשנה וז"ל תימה אמאי איצטריך למיתני האי כיון דכבר תנא דבשר החופה את רוב העטרה מעכב המילה וכי לא פרע עדיין רוב עטרה מכוסה עכ"ל. ולכאורה קושייתם רק מובנת אם מילה ופריעה הוויין פעולה אחת של הסרת הערלה. אבל אם מילה הויא פעולה אחת דחתיכת הערלה ופריעה הויא פעולה אחרת דגילוי האבר אזי אין מקום לקושיית התוס' דהרי הרישא

[938] והשווה לדברי שו"ת חתם סופר (יו"ד סימן רמט) דפריעה נמי איקרי מילה משום "דמילה אין פירושו הכא חתוך וכריתה כלל אלא הסרת הדבר." אבל אונקלוס תירגם "המול לכם כל זכר" (בראשית פרק יז פסוק י) "מגזר לכון כל דכורא", ויוצא דהוא הבין המול כלשון של חתיכה.

דהמשנה איירי בחלות מעשה המילה דחתיכה, והסיפא מוסיף דיש עוד מעשה המעכב את המצוה דהיינו הפריעה.[939]

והנה נחלקו הראשונים במקור הדין דפריעה דוחה שבת. דאיתא בשאילתות (שאילתא צג) וז"ל ואפילו פריעת מילה דחייא שבת ואע"ג דאמ' רבא בר יצחק אמ' רב לא ניתנה פריעת מילה לאברהם אבינו, ומנלן דפריעת מילה דחייא שבת שנ' בעת ההיא אמר ה' אל יהושע וגו' מקיש סוף מילה לתחלת מילה מה תחלת מילה דחייא שבת אף סוף מילה דחייא שבת עכ"ל. ויוצא דיש לימוד מיוחד דפריעה דוחה את השבת. אבל בגמ' (יבמות עא:) ההקיש בין תחילת מילה וסוף מילה אינו במפורש לגבי דחיית שבת אלא דההיקש מתייחס לדברים המעכבים את המצוה, וז"ל אמר רבה בר יצחק אמר רב לא ניתנה פריעת מילה לאברהם אבינו, שנאמר בעת ההיא אמר ה' אל יהושע עשה לך חרבות צורים וגו', ודלמא הנך דלא מהול, דכתיב דכי מולים היו כל העם היוצאים וכל העם הילודים וגו', א"כ מאי שוב, אלא לאו לפריעה, ומאי שנית, לאקושי סוף מילה לתחלת מילה מה תחלת מילה מעכבת אף סוף מילה מעכבין בו דתנן אלו הן ציצין המעכבין את המילה בשר החופה את [רוב] העטרה ואין אוכל בתרומה עכ"ל. ורש"י (יבמות שם, ד"ה סוף מילה) פירש דסוף מילה הויא הציצין דנשתיירו. ולפי"ז אין היקש בכלל בין פריעה למילה ופשיטא דאין מקור מיוחד דפריעה דוחה שבת. ויש לתלות את המחלוקת בין השאילתות ורש"י בחקירה הנ"ל. דהיינו, לפי השאילתות פריעה מהווה פעולה מיוחדת בפני עצמה ולכן צריך מקור דדוחה את השבת, ומאידך רש"י סבור דהדין דמילה דוחה שבת מסברא שייך גם לפריעה מכיון דבעצם הוו חלות שם מעשה אחד.

ולכאורה יש להקשות על שיטת השאילתות דבלי ילפותא מיוחדת רק מילה היתה דוחה שבת ולא פריעה, דהרי סוף כל סוף הפריעה מעכבת את המצוה כמה שהבאנו לעיל מהמשנה, והיאך יתכן דמילה בלבדה דוחה שבת אם המל ולא פרע כאילו לא מל. וצ"ל דהשאילתות נקט דזה דמילה דוחה השבת אינו דין דחל בקיום המצוה אלא דחל במעשה המצוה, ולכן אע"פ דהמל בלבדה אינו מקיים את המצוה מ"מ הוא עושה מעשה מצוה וזה סגי לדחות את השבת. ולכן צריכים היקש ללמד שגם מעשה פריעה דוחה שבת כמעשה המילה.

ועל פי זה יש להבין את דברי הרמ"א בסוף הלכות מילה (יו"ד סימן רסו סעיף יד). דהרי המחבר שם פסק דבהיכי תמצא דמילה בשבת, רק מי שעשה את המילה יכול לעשות גם את הפריעה. והרמ"א חולק על זה, וז"ל ולא מצאתי ראיה לדבריו, ואדרבה נראה לי

[939] והשווה לדברי התוס' יו"ט על המשנה שם.

דשרי דהא מילה דחיא שבת כמו עבודה במקדש שכמה כהנים היו עובדים ומחללים שבת, דמאחר דשבת ניתן לדחות הרי הוא כחול לכל דבר וכו' אמנם מצאתי בקובץ שיש לאסור ועל כן טוב להחמיר לכתחלה, אף על פי שמדינא נראה לי מה שכתבתי (ד"ע ודלא כב"י) עכ"ל. והגר"א ביאר דנחלקו המחבר והרמ"א האם מילה בשבת הותרה או דחויה. אמנם ע"פ הנ"ל יש לבאר שהרמ"א הביא מעבודת המקדש משל לדין דחייה בשבת באופן כשהרבה מעשי מצוה גורמים לקיום אחד לבסוף. ומכיון דמותר לכל הכהנים לעשות מלאכות בשבת כחלק מהעבודה אע"פ שיש רק קיום אחד לבסוף, ומוכח דמעשה המצוה בלבדה דוחה שבת ולא רק קיום המצוה. וא"כ כמו"כ במילה, מעשה המילה בלבדה דוחה שבת אע"פ דקיום המצוה חל רק לאחר הפריעה. והמחבר סובר דרק קיום המצוה דוחה שבת ולכן אסור לאדם למול ולא לפרוע דהרי הוא עבר על מלאכת שבת במילה ולא גרם לקיום המצוה.[940]

הבאנו דנחלקו רש"י והשאילתות האם סוף מילה דהוקש לתחילת מילה (יבמות עא:) הויא הציצין המעכבין את המילה (רש"י) או הפריעה (השאילתות). ועיין בתוס' (שם ד"ה סוף מילה) דהביאו פירוש ר"ת, וז"ל הק' הר' יצחק הלבן דהכא דריש משנית ציצין המעכבין את המילה והתם (דף עב.) דרשי המול ימול לציצין כו' ותירץ לו ר"ת דהכא ציצין המעכבין את הפריעה קאמר עכ"ל. ונמצא דבעקרון ר"ת הסכים עם הפירוש דהשאילתות דסוף מילה אינו המילה עצמה אלא הויא הפריעה. ועיין בהעמק שאלה (שאילתא צג סק"ב) דביאר דלפי ר"ת מילה ופריעה ב' פעולות שונות הן ולכן צריך גזה"כ מיוחדת דיש ציצין המעכבין את הפריעה כמו דיש ציצין המעכבין את המילה. וזה כמו דביארנו לעיל בשיטת השאילתות. והעמק שאלה המשיך דרש"י לא צריך פסוק מיוחד דפריעה מעכבת דהרי היא בכלל סוף המילה. והעלה דיש נ"מ בזה בדין הברכה כשאדם עושה רק את הפריעה, האם הברכה היא "על המילה" או"ד יש ברכה מחודשת ד"על פריעת מילה". דלפי רש"י דפריעה חלק של המילה היא אזי הברכה היא "על המילה", ואילו לפי השאילתות ור"ת הברכה היא "על פריעת המילה".

אמנם עיין בדברי הנצי"ב במשיב דבר (סימן נב) דכתב דיש לפרש את דברי ר"ת באופן אחר ושלא כהשאילתות. דיתכן לומר דר"ת מודה לרש"י דעצם הפריעה נכללת במעשה המילה. אלא דמ"מ לא היינו יודעין דיש דין של ציצין המעכבין את הפריעה, ולפי ר"ת החידוש דההיקש של סוף מילה לתחילת מילה הוא דפריעה, דהויא חלק ממעשה

[940] וע"ע בזה ברשימות שיעורים ליבמות (ה: ד"ה נילף ממילה).

המילה, גם כולל הציצין. אבל השאילתות עצמו דצריך פסוק מיוחד לזה דעצם הפריעה דוחה שבת בודאי סבור דמילה ופריעה הוו ב' פעולות שונות.

ולכאורה צ"ב בדעת רש"י למה בעינן מקור מיוחד דיש ציצין המעכבין את המילה הרי בלי הציצין אין כאן מילה כלל. ונראה לבאר ע"פ הגמ' בשבת (קלז:) דציצין המעכבין את המילה היינו בשר החופה רוב גובהה של עטרה. כלומר, דאע"פ דאדם חתך רוב היקפה של העטרה מ"מ אם יש רצועה אחת של עור דנשארת ברוב גובהה במקום אחד אזי זה הוי ציצין המעכבין את המילה. ומובן דבלי גזה"כ מיוחדת היינו אומרים דרובו ככולו כמו בכהת"כ והמילה כשרה אע"פ דנשאר רצועה אחת, ולכן צריכא גזה"כ דבעינן רוב היקף וגם רוב גובהה.

ב

פריעה בבני קטורה

עוד עיין במנחת חינוך (ריש מצוה ב') דחידש דבני קטורה חייבים רק במילה ולא בפריעה. דהרי איתא ביבמות (עא:) דאברהם אבינו לא היה חייב בפריעה, וז"ל אמר רבה בר יצחק אמר רב לא ניתנה פריעת מילה לאברהם אבינו, שנאמר בעת ההיא אמר ה' אל יהושע עשה לך חרבות צורים וגו' ודלמא הנך דלא מהול, דכתיב דכי מולים היו כל העם היוצאים וכל העם הילודים וגו', א"כ מאי שוב, אלא לאו לפריעה עכ"ל. והתוס' שם (ד"ה לא ניתנה) הקשו וז"ל וא"ת אם לא ניתנה פריעה עד יהושע היכי גמרינן מיניה הא כתיב (ויקרא כז) אלה המצות שאין נביא רשאי לחדש דבר מעתה ויש לומר דהלכה למשה מסיני הוא ויהושע אסמכיה אקרא עכ"ל. ויוצא דלפי התוס' המקור לפריעה הוי הל"מ. והמנ"ח הסיק מזה דכל הדין דפריעה אינו שייך לבני קטורה דהרי הל"מ לא נאמרה אלא לישראל בלבד ולא לבני נח. והביא דכן מצא בשאגת אריה (סימן מט).

ולכאורה שיטת המנ"ח והשאג"א מובנת לפי השאילתות דמילה ופריעה הריהן ב' פעולות שונות ולכן ניתן לומר דבני קטורה חייבים רק במילה ולא בפריעה. אך לפי הצד דמילה ופריעה מהוות חלות שם מעשה אחד, אזי לכאורה קשה לומר דבני קטורה חייבים רק למול ולא לפרוע. ובנוגע להערת המנ"ח דאין הל"מ לבני נח וא"כ היאך בני קטורה חייבם בפריעה, י"ל דאע"פ דהל"מ בעלמא נאמרה רק לישראל, מ"מ ההל"מ דפריעה שייכת גם לבני קטורה. דהרי הגר"ח זצ"ל ביאר דיש ב' מיני הל"מ: א) הל"מ דמחדשת הלכה חדשה, ב) הל"מ דמפרשת פסוק. ובזה הגר"ח זצ"ל ביאר את המחלוקת האם יש דין דנטע רבעי בחו"ל. דלפי הגאונים ההל"מ דערלת חו"ל מפרשת את הפסוק דערלת א"י ומרחיבתו לכלול אף חו"ל, וא"כ כמו שיש דין רבעי בערלת א"י, כמו"כ יש

דין רבעי בערלת חו"ל. אבל הרמב"ם נקט דההל"מ מחדשת הלכה חדשה של ערלת חו"ל שאינו שייך לערלת א"י, ולכן אין בהל"מ הזו אלא חידושה, ואין טעם לחייב פירות חו"ל בדיני רבעי.[941]

ועל פי זה, יש לפרש את ההל"מ דפריעה בב' אופנים: א) ההל"מ מחדשת דיש דין דפריעה בנוסף לדין מילה דנלמד מהפסוק באברהם, ב) ההל"מ מפרשת שהמצוה דמילה שבתורה כוללת את הפריעה. והמנחת חינוך הבין כצד הא' ולכן הסיק דמכיון דפריעה הוי דין חדש דמקורו בהל"מ, בני קטורה נשארו רק עם הדין הראשון דמילה דמוזכר אצל אברהם אבינו. מאידך אם ננקוט כצד הב' אזי מסתבר לומר דאחרי דההל"מ מפרשת דפריעה כלולה במילה עצמה, אזי אי אפשר לומר שיש א' החייב במילה אך פטור הוא מפריעה, ולכן גם בני קטורה חייבים בפריעה.[942]

ובהמשך המנ"ח הביא את דעת היראים דרק קטן הנימול צריך פריעה אבל גדול סגי במילה לחוד. ולכאורה גם זה מובן רק אם פריעה ומילה הן ב' פעולות שונות. אבל קשה לומר דזה באמת הוי דעת היראים, אלא נראה דכוונתו דגם גדול צריך פריעה ע"פ דין אלא דעורו רך מאד והפריעה נעשה ממילא.[943]

מנחת חינוך אות ג' ד"ה ועיין בטור יו"ד

א

בענין ברכות המילה

הבאנו לעיל (פתיחה למסכת אות א') דנחלקו הראשונים האם הברכה להכניסו לבריתו של אברהם אבינו נאמרת לפני המילה או לאחרי המילה. דעיין בתוס' (שבת קלז: ד"ה אבי הבן) דהרשב"ם נקט דמברכים אותו לפני המילה מפני "דכל המצות מברך עליהן עובר לעשייתן". מאידך, הר"ת פסק דמברכים ברכת להכניסו לאחר המילה.

ויש לעיין בשיטת הרמב"ם במחלוקת הזאת. דכתב הרמב"ם (פרק ג מהלכות מילה הל"א) וז"ל המל מברך קודם שימול אשר קדשנו במצותיו וצונו על המילה אם מל בן חבירו, ואם מל את בנו מברך וצונו למול את הבן, ואבי הבן מברך ברכה אחרת ברוך אתה ה' אלהינו מלך העולם אשר קדשנו במצותיו וצונו להכניסו בבריתו של אברהם אבינו,

[941] ע"ע בזה בשיעורים לעיל (ב: בענין נטע רבעי בחו"ל, אות א').

[942] צ"ע היאך שייך לומר דאברהם אבינו היה פטור מפריעה ובני קטורה חייבים, דהא לכאורה בני קטורה חייבים במילת אברהם אביהם ולא במילת בני ישראל. ואפשר לומר דמכיון דבני קטורה התחייבו במצות מילה לדורות עולם אזי מילתם שוה למילת בני ישראל המהווה מצוה לדורות. אך עדיין קשה דהא לכאורה א"א להשוות מצות בני קטורה שהרי הם בני נח דעלמא למצות בני ישראל דנתקדשו בקדושת ישראל המחייבתם בתרי"ג מצוות וצ"ע.

[943] והשווה לדברי התעופות רא"ם (שם, אות ז') דדייק מדברי היראים דרק גדול דנתמעכה עורו מחמת תשמיש לא בעי פריעה אבל גדול דלא עסק בתשמיש המטה באמת צריך גם פריעה.

מצוה על האב למול את בנו יתר על מצוה שמצווין ישראל שימולו כל ערל שביניהן לפיכך אם אין שם אביו אין מברכין אחריה ברכה זו, ויש מי שהורה שיברכו אותה בית דין או אחד מן העם, ואין ראוי לעשות כן עכ"ל. והכס"מ דייק מלשון הרמב"ם דהוא סבור כמו ר"ת, וז"ל וממה שכתב רבינו המל מברך קודם שימול ולא כתב ואבי הבן מברך קודם שימול משמע דס"ל כר"ת דלאחר המילה הוא מברך להכניסו בבריתו של אברהם אבינו ואף ע"ג דכל הברכות מברך עליהם עובר לעשייתן שאני ברכה זו דאינה אלא שבח והודאה בעלמא עכ"ל. אבל באמת נראה שלא כהכס"מ אלא דהרמב"ם סבור כמו הרשב"ם דברכת להכניסו נאמר לפני המילה. דהרי מלשון הרמב"ם לעיל אין להוכיח דלהכניסו נאמר אחרי המילה, די"ל דהרמב"ם כתב את הכל ברצף אחד, כלומר דמיד אחרי ברכת על המילה אזי האב מברך להכניסו. ולכאורה מוכח דלהכניסו נאמר לפני המילה מדברי הרמב"ם בהלכות ברכות (פרק יא הל"ז) וז"ל אין לך מצוה שמברכין אחר עשייתה אלא טבילת הגר בלבד עכ"ל, ומשמע דכל הברכות אחרות, כולל ברכת להכניסו, מברכים אותה לפני המצוה. וא"כ יוצא דהרמב"ם סבור כמו הרשב"ם נגד ר"ת. **ונראה** לבאר דנחלקו בגדר הברכה דלהכניסו. דהרשב"ם והרמב"ם נקטו דלהכניסו הויא ברכה על מעשה המצוה דמילה ולכן מברכים אותה לפני המילה כמו ברכת המצוה דעלמא. אבל ר"ת (הובא בפסחים ז. תוד"ה בלבער) קבע דכל ברכה דמברכים אותה אדם אחר, ניתן לברכה אחרי המצוה וז"ל ואין צריך לברך עובר לעשייתו אלא במקום שהעושה המצוה הוא מברך אבל כשמברך אחר לא ותדע שהרי ברכת אירוסין אינו מברך אלא אחר אירוסין עכ"ל. ר"ת השווה את ברכת להכניסו לברכת אירוסין דבשתיהן אדם אחר מברך את הברכה ומפני זה הן יכולות להאמר אחרי מעשה המצוה. ונראה דהביאור הוא דברכת להכניסו וברכת האירוסין הן ברכות על החלות דנוצרה ע"י מעשה המצוה, דהיינו על חלות המילה ועל חלות האירוסין. ולכן לר"ת מברכים אותן אחרי המעשה כשהחלות כבר חלה, ואף אדם אחר דלא עשה את מעשה המצוה יכול לברכן. אבל קשה לומר דהברכות ברכת שבח והודאה בעלמא הן כמו שביאר הכס"מ בדעת ר"ת, דהרי נוסח הברכה הוי אקב"ו דלא כברכת שבח דעלמא.[944]

ויש להעיר דדברי ר"ת דאדם אחר יכול לברך ברכת להכניסו אינם פשוטים. דהרי הרמב"ם (פרק ג מהלכות מילה הל"ב) כתב וז"ל המל מברך קודם שימול אשר קדשנו במצותיו וצונו על המילה, אם מל בן חבירו, ואם מל את בנו מברך וצונו למול את הבן,

[944] ועיין בזה בשיעורים לעיל (פתיחה למסכת אות א') וגם ברשימות שיעורים לברכות (ס: בענין ברכות מצות תפילין, אות ג'). אבל בשיעורים דלעיל רבינו זצ"ל ביאר דגם הרמב"ם הסכים עם היסוד הזה דברכת להכניסו היא על החלות שם נימול ולא על מעשה המילה, דלא כדבריו כאן.

ואבי הבן מברך ברכה אחרת, ברוך אתה ה' אלהינו מלך העולם אשר קדשנו במצותיו וצונו להכניסו בבריתו של אברהם אבינו, מצוה על האב למול את בנו יתר על מצוה שמצווין ישראל שימולו כל ערל שביניהן, לפיכך אם אין שם אביו אין מברכין אחריה ברכה זו, ויש מי שהורה שיברכו אותה בית דין או אחד מן העם, ואין ראוי לעשות כן עכ"ל. ומבואר מדבריו דרק האב דמצווה על המילה מברך את ברכת להכניסו ולא אדם אחר. וגם בנוגע לברכת אירוסין פסק הרמב"ם (פרק ג מהלכות אישות הלכ"ג) דרק החתן או שלוחו מברך וז"ל כל המקדש אשה בין על ידי עצמו בין על ידי שליח צריך לברך קודם הקידושין הוא או שלוחו ואחר כך מקדש כדרך שמברכין קודם כל המצות, ואם קידש ולא בירך לא יברך אחר הקידושין שזו ברכה לבטלה, מה שנעשה כבר נעשה עכ"ל. יוצא דלפי הרמב"ם הברכות האלו הריהן ברכות המצוה דעלמא ולכן רק האב או החתן מברכים אותן ולא איש אחר, וגם חייבים לברכן לפני המצוה ולא לאחריה.

אבל לכאורה עדיין צ"ע בדעת הרמב"ם בנוגע למילה. דהרי בשלמא באירוסין שהחתן או שלוחו כשהן עושין את מעשה המצוה מברכין. אבל במילה, הרמב"ם כתב בהדיא דאדם אחר יכול למול את הבן ולברך את ברכת על המילה אך לא הזכיר דהמוהל הוי השליח של האב. ועוד יש לדייק דאין שליחות חלה כשאחר מוהל מדברי הרמב"ם בריש הלכות מילה (פרק א הל"ב) וז"ל אין מלין בנו של אדם שלא מדעתו אלא אם כן עבר ונמנע למולו שבית דין מלין אותו בעל כרחו עכ"ל. ומשמע מזה דרק שלא מדעתו אין אחר מל אותו, אבל מדעת האב אדם אחר יכול למולו אפי' בלי מינוי וחלות שליחות. ואע"פ דאין המוהל שלוחו של האב, מ"מ הרמב"ם נקט דרק האב מברך להכניסו גם כשאחר מל בנו. וצ"ב בגדר הדברים דהרי האיך האב יכול לברך להכניסו דהוי ברכת המצוה לפי הרמב"ם אם המצוה נעשית לא על ידו ולא ע"י שלוחו אלא ע"י אדם אחר.[945] וצ"ל דאע"פ דאין חלות שליחות מ"מ יש צירוף בין דעת האב לבין מעשה המילה דהמוהל, ומעשה המילה מתייחסת אל האב אפי' בלי שליחות. וזהו הטעם דהאב מברך. וקצת צ"ב בגדר הצירוף הזה בלי שליחות.

ועוד יש להעיר דמדברי הרמב"ם בנוגע לדעת האב משמע דהחיוב על האב אינו רק לראות ולסדר שהבן יהא נימול אלא דהוא בעצמו חייב למול.[946] דהרי אם חיוב מצות

[945] ויש להעיר דלפי דברי רבינו בפתיחה למסכת דגם הרמב"ם נקט דברכת להכניסו היא על החלות ולא מעשה המילה, אין מקום לקושייתו, דהרי אפי' אם האב אינו קשור למעשה המילה מ"מ הוא יכול לברך על זה דחלה על בנו חלות שם נימול.

[946] ועיין ברשימות שיעורים לב"מ (נא. בענין מתנה ע"מ שכתוב בתורה, אות ח') דרבינו זצ"ל ביאר כן בדעת הרמב"ם.

האב הוא רק שתהא התוצאה דבנו הוא נימול, אזי לכאורה היה אפשר לאדם אחר למול את הבן גם בלי דעת האב דהרי סוף כל סוף הבן נימול והתוצאה דבנו נימול נוצרה. ולכן מזה דלפי הרמב"ם המילה צריך להיות דוקא מדעת האב משמע דבעצם הוא חייב למול בעצמו, ובאיזה שהיא דרך מעשה המילה דאדם אחר שמל הבן מדעת האב מתייחסת אל האב. וכך באמת סובר הש"ך (סימן שפב סק"ד) והגר"ח זצ"ל דהאב חייב לעשות את המילה בעצמו.

ב

מי מברך ברכת להכניסו

הבאנו לעיל דנחלקו הרמב"ם ור"ת האם רק האב מברך ברכת להכניסו או אף אחר יכול לברכה. דהרמב"ם (פרק ג מהלכות מילה הל"א) נקט דרק האב לבדו מברך את ברכת להכניסו, אך הביא דעה אחרת שהיא כמו"כ דעת הראב"ד (שם) דב"ד או מיוחד שבעם צריך לברך, וז"ל הראב"ד מסתברא כמ"ד ב"ד או מיוחד שבעם מברך ונהגו אצלנו שהסנדקוס מברך עכ"ל. ונראה לבאר דפליגי בגדר החיוב דב"ד למול. דלפי הרמב"ם זה הוי חלק מהחיוב הכללי של ב"ד דכופין על המצוות. אבל הראב"ד סבור דחל על ב"ד חיוב מיוחד למול היכא דאין אחר לעשות את זה, ולכן נציג הב"ד יכול לברך ברכת להכניסו ולא רק האב. ומשמע מהגמ' אצלנו (כט.) כדעת הראב"ד דהרי יש בה מקור מיוחד דב"ד חייבין במילה, וז"ל למולו מנלן דכתיב, וימל אברהם את יצחק בנו, והיכא דלא מהליה אבוה מיחייבי בי דינא למימהליה, דכתיב המול לכם כל זכר עכ"ל.

ועוד נראה לבאר מחלוקתם באופן אחר, דנחלקו בגדר הברכה דלהכניסו ולא במהות החיוב דב"ד. דהרי י"ל דכו"ע מודו דיש ב' קיומי מצוות במילה: א) מצוה לעשות מעשה מילה, ב) מצוה להכניס את התינוק לבריתו של אברהם אבינו ושיהיה בן ברית.[947] ומפאת ב' הקיומים האלו נתקנו ב' ברכות על המילה (שבת קלז:), ברכת "על המילה" דחלה על מעשה המילה עצמה, וברכת "להכניסו בבריתו של אברהם אבינו" דחלה על קיום המצוה שבתינוק שנעשה לבן ברית. ולפי הראב"ד מכיון דכל אחד ואחד מישראל חייב לדאוג שכל ערל בישראל יהא נימול ויכנס לבריתו של אברהם אבינו, אדם אחר גם יכול לברך ברכת להכניסו. ונראה דהרמב"ם מודה להראב"ד דחל חיוב על כל ישראל לראות שהתינוק יהיה בן ברית דהרי כתב וז"ל שמצווין ישראל שימולו כל ערל שביניהן עכ"ל. ונראה דהחיוב הזה הוא דין פרטי במצוות מילה ולא חיוב כללי דב"ד לכפות את העם לקיים את המצוות. אלא דאע"פ דחיוב זה קיים, מ"מ הרמב"ם סבור דרק תיקנו

[947] והשווה לדברי הבית הלוי (חלק ב סימן מז:ד).

ברכת להכניסו בשביל מצות האב לבדו המכניס את בנו לבריתו של אברהם אבינו, לעומת הראב"ד דנקט דברכת להכניסו נתקנה למצות כל אחד ואחד.[948]

ג

בענין שליחות במילה

והנה בענין שליחות במילה נחלקו המפרשים. דעיין בקצוה"ח (סימן שפב סק"ב) דנקט דאין שליחות במילה משום דהוי מצוה שבגופו, וכן נקט הגר"ח זצ"ל. ואילו קצוה"ח הביא מהתבואות שור דשליחות חלה במילה. וצ"ב במאי קמיפלגי.

ונראה לבאר דיש ב' סברות למה אין שליחות במצוות. דהקצוה"ח (סימן קפב סק"א) הביא מתוס' הרי"ד דאין שליחות היכא דהמצוה צריכה את גוף האדם, וז"ל יש מקשים א"כ לכל דבר מצוה יועיל השליח ויאמר אדם לחבירו שב בסוכה עבורי הנח תפילין עבורי, ולאו מלתא היא שהמצוה שחייבו המקום לעשות בגופו היאך יפטור הוא ע"י שלוחו והוא לא יעשה כלום בודאי בקידושין ובגירושין מהני כי הוא המגרש ולא השליח שכותב בגט אנא פלוני פטרית פלונית, וכן נמי האשה למי היא מקודשת כי אם לו והיא אשתו, וכן בפסח הוא אוכלו ועל שמו ישחט ויזרק הדם, אבל בסוכה ה"נ יכול לומר לשלוחו עשה לי סוכה והוא יושב בה אבל אם ישב בה חבירו לא קיים הוא כלום, וכן לולב וכן ציצית וכל המצות עכ"ל. והגר"ח זצ"ל ביאר בדעת הרי"ד דבעצם שליחות מהני בקיום מצוות, אלא דבמצוות שבגופו – כגון בהנחת תפילין באכילת מצה ובתקיעת שופר וכדומה – אין שליחות. והסברא היא שבמצוות האלו הגברא פועל בתורת גברא וגם בתורת חפצא, דהיינו דבנוסף למעשה המצוה, המצוה צריכה להעשות עם החפצא דגופו. ושליחות חלה רק במעשי מצוות דעלמא שחייב הגברא לעשותן בתורת גברא כי שלוחו של אדם כמותו לעשות את מעשה הגברא, אך א"א למנות שליח להיות החפצא של גוף המשלח.[949] ולפי"ז יוצא דאדם יכול למנות אחר להיות שליח להדק את התפילין על גופו (של המשלח), דהרי שליחות מהני בחלק של מעשה המצוה ויש החפצא דגופו

[948] וע"ע בזה ברשימות שיעורים ליבמות (ה: ד"ה נילף ממילה). ואולי י"ל דלרמב"ם מצות הב"ד אינה מצות יחיד אלא מצות הציבור, והברכה דלהכניסו נתקנה רק על מצות היחיד שהאב עושה ולא על מצות הציבור, כי בדרך כלל לא מברכין על מצוות הציבור ברכת המצוות. ואילו לראב"ד אכן מברכין כאן על מצות הציבור להכניסו לברית דהוי קיום מצוה מיוחדת דהציבור להכנס לברית עם ה' יתברך במילה. ועוד י"ל לראב"ד דכל יחיד ויחיד בעם ישראל חייב בתורת יחיד להכניס את התינוק לברית ומברכין איפוא על מצות היחיד הזו.

[949] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לב"מ (נא. בענין מתנה ע"מ שכתוב בתורה, אות ח') וברשימות שיעורים לנדרים (יח. ד"ה נשאל) ובעוד מקומות. והשווה לדברי הגר"ח זצ"ל המובאים בברכת שמואל על מס' קידושין (סימן כ).

[950] וע"ע בזה בספר בית יוסף שאול כרך ד' (עמוד 184) דרבינו זצ"ל פעם היה בבית חולים ונצרך שאדם אחר יניח תפילין עליו, והכריע בעצמו לברך רק ברכת על מצוות תפילין דקאי על חלות דתפילין מונחות עליו ולא

דנצרך.[950] וגם נראה דלפי"ז שליחות מהני במילה דהרי התינוק הנימול הויא החפצא של המצוה והאב רק צריך לעשות מעשה מצוה בתורת גברא ושליחות מהני בזה.[951]

אבל עוד י"ל סברא אחרת בזה דאין שליחות במצוות. דהרי הגר"ח זצ"ל ייסד דרק חלות שם בעלים יכולים למנות שליח והאדם אינו הבעלים על מצוה. ובמצוות דשליחות מהני כמו בתרומה, קרבנות, קידושין וגירושין י"ל דהמצוה עצמה תלויה בחלות שם בעלים ומשו"ה שייך למנות שליח.[952] דהרי כל היכא דבעינן דעת האדם כמו דעת מקנה או דעת האדם לקדש או לגרש זה סימן לדבר דהוא הוי הבעלים על המעשה ומהני שליחות. זה הפירוש בגמ' (כתובות עד.) דמילתא דאיתא בשליחות איתא בתנאי. ולפי"ז יוצא דאין שליחות במעשה מצוה דעלמא כמו מעשה המילה או מעשה דקשירת תפילין על הזרוע של אדם אחר. דהרי אפי' אם נאמר דמצות צריכות כוונה, אין זה דעת מקנה או דעת דיוצרת את החלות כמו היכא דעושה המעשה הוי הבעלים על המעשה.

ולפי"ז יש לדון בכמה היכי תמצי דמצינו בהם שליחות אע"פ דלכאורה אין האדם הבעלים על המעשה או על החלות. א) מבואר לקמן (מב.) דאשה יכולה למנות שליח לקבלה בגירושין אע"פ דהיא מתגרשת בע"כ ובודאי אינה הבעלים על הגירושין. וצ"ל דיש חלות שליחות שונה בשליחות לקבלה מפאת גזה"כ מיוחדת (ועיין בשיעורים לקמן מא. בענין שליח עושה שליח באריכות). ב) גם מצינו לקמן (מג.) דלפי בית שמאי יש שליח לדבר עבירה אע"פ דאדם בודאי לא הוי הבעלים על העבירה דהוא עושה. וצ"ל דיש גזה"כ מיוחדת גם בשליחות לדבר עבירה.[953] ג) איתא בנדרים (עב:) דיש שליחות בהפרת נדרים, וז"ל האומר לאפוטרופוס כל נדרים שנודרת אשתי מכאן ועד שאבא ממקום פלוני הפר, והפר לה, יכול יהו מופרין תלמוד לומר באישה יקימנו ואישה יפרנו דברי רבי יאשיה, אמר לו רבי יונתן מצינו בכל התורה כולה שלוחו של אדם כמותו עכ"ל. ולכאורה לפי הגר"ח זצ"ל צ"ב דהרי קשה לומר דהאב או הבעל הוו הבעלים על חלות ההפרה. אבל יתכן דהפרה זקוקה לבעלות ואינה רק מעשה בעלמא ומפני כן מסברא

ברכת להניח תפילין דקאי על מעשה המצוה. אך צ"ע דלמה לא מנה רבינו זצ"ל האחר כשלוחו לעשות את מעשה ההנחה והאחר יברך ברכת להניח. אך לפי מש"כ בשיעורים בהמשך בשם הגר"ח זצ"ל דאין שליחות חלה במצוות דעלמא אינו קשה.

[951] ורבינו זצ"ל העיר דהקצוה"ח עצמו הביא את דעת תוס' הרי"ד אבל הסיק על פיו (סימן שפב סק"ב) דאין שליחות במילה.

[952] וע"ע בזה לקמן (סא. בענין משפטי התנאים, אות ח).

[953] וע"ע ברשימות שיעורים לב"מ (נא. בענין מתנה ע"מ שכתוב בתורה אות ח' בהערה) דרבינו זצ"ל טען דצ"ל דהמ"ד דיש שליח לדבר עבירה חולק על היסוד הזה דרק בעלים ממנים שליח. ובשיעורים לקמן (מב: בענין אין שליח לדבר עבירה, אות ב) רבינו זצ"ל נשאר בצ"ע.

יש שליחות.[954]

ויש להעיר דהיה רב אחד דרצה לחדש דהא דאין שליחות בחליצה שייך רק לחולץ, אבל האשה יכולה למנות שליח לעשות את מעשה החליצה.[955] והסברא בזה הוא ע"פ הטעם הראשון דאין שליחות במצוות, דהיינו דהאיש בחליצה הוי חפצא והחליצה צריך להעשות ברגלו בדוקא ולכן אינו יכול למנות שליח. אבל האשה פועלת בתורת גברא ועושה מעשה החליצה ולכן יכולה למנות שליח כמו בגיטין וקידושין.

אבל אין זה נכון גם מהסוגיות וגם מסברא. דהרי לפי הגר"ח זצ"ל יוצא דבעינן חלות שם בעלים למנות שליח, ואע"פ דהאשה בחליצה עושה מעשה, מ"מ היא אינה הבעלים על החליצה דהרי לא בעינן דתהא לה דעת מיוחדת. וזה מוכח מהדיון ביבמות (קד:) בחליצת קטנה וחרש וחרשת דלא אמרינן שיפסלו משום דלאו בני דעת נינהו, ומוכרח שחליצה חלה בלי חלות דין דעת בעלים, אלא סגי בכוונה בעלמא. דהרי אין חליצה כמו קניני קידושין וגירושין שחלים מדין דעת הבעלים, אלא שהחולץ והחלוצה מתכוונים למעשה החליצה וחלות הפטור חלה ממילא משמים. ולפי"ז אין לחלק בין שליחות דהחולץ לבין שליחות דהחלוצה דהרי שניהם אינם בעלים על פטור החליצה ושניהם אינם יכולים להתנות בה תנאי או למנות בה שליח.[956]

מנחת חינוך אות ד' ד"ה ואני מסופק אם הגדיל וכו'

בענין חיובי האב בבנו גדול

א

מצות מילה

המנ"ח נסתפק האם חיוב האב למול את בנו חל אפי' לאחר שהבן נעשה גדול. והביא דהספר החינוך (מצוה שצב) צידד לומר דהאב עדיין חייב לפדות את בנו ואפי' אחרי שנתגדל. ומשמע דהמנחת חינוך נקט דה"ה בחיוב האב למול את בנו. אך לכאורה ניתן לחלק בין פדיון הבן למילה. דהרי בפדיון הבן חל חיוב ושעבוד ממון על נכסי האב והשעבוד הזה לא פקע בכדי כשהבן נתגדל.[957] אבל אין שעבוד ממון חל במילה אלא דהוי חיוב מצוה בעלמא דחל על האב. וא"כ י"ל דמצות האב חלה רק כשבנו הוא קטן ופקע כשהוא גדול.

[954] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לנדרים (עב: ד"ה תלמוד לומר אישה יקימנו).

[955] עיין בזה בספר אב בחכמה (התשובה הראשונה) להרה"ג אברהם אהרן יודעלאוויץ.

[956] וע"ע בכל זה ברישמות שיעורים ליבמות (י: ד"ה אלא איהו שליחותא דאחים).

[957] ואולי יש לדייק ככה משו"ת הרשב"א (חלק ב' סימן שכא) דנקט דמצווה על האב לפדות בנו נמשך לאחר דהבן נתגדל וז"ל תשובה נראין לי הדברים פשוטין שלא פקע זכות האב לעולם וכו' והגע עצמך, אימת פקע זכות האב ואימת פקע שעבוד הפדיון מנכסיו וחל על הבן, וכי נתנה התורה זמן לחיובו של אב וכו' עכ"ל.

עוד יש לחלק ולומר דבמילה חיוב האב למול את בנו תלוי בזה דבנו נמצא ברשותו. דהרי מצינו דינים דחלין משום דילדים קטנים של אדם נמצאים ברשותו, כמו הדין דמעשה ידים של בתו הקטנה שייכים לאביה ועוד שהוא יכול למוכרה. וי"ל דבדומה לזה האב חייב במילת בנו מכיון דהמילה נעשה בגוף בנו הקטן הנמצא ברשותו. ולפי"ז פשיטא דכשהבן נעשה גדול ויוצא מרשות אביו דפקע חיוב האב. ומאידך פדיון הבן אינו תלוי בגוף של הבן כמו מצות מילה דהרי אב יכול לפדות את בנו אפי' אם הבן נמצא במקום אחר לגמרי. ומכיון דפדיון הבן אינו תלוי בזה דגוף הבן נמצא ברשות אביו יתכן דחיוב האב נשאר וחל אפי' לאחר דבנו נעשה גדול.

ב

קדימות האב או בנו הגדול

והמנחת חינוך העלה נ"מ בספק שלו דאם חיוב האב נשאר אפי' לאחר דבנו נעשה גדול דאזי האב קודם לבנו במילת בנו. ועוד יוצא דלפי הש"ך דס"ל שאסור לאב לכבד אחר לעשות מילת בנו, דאזי האב אינו יכול לתת לבנו למול את עצמו, וגם אם הבן קדם ומל את עצמו לכאורה הוא חייב י' זהובים לאביו. ולכאורה צ"ע בכל זה דהרי אפי' אם עדיין נשאר חיוב על האב למול את בנו, מ"מ כו"ע לא פליגי דגם הבן חייב למול את עצמו. וא"כ למה המנ"ח נקט כדבר פשוט דחיוב האב קודם לחיוב בנו עצמו כשנתגדל. ולכאורה יש סברא לומר להיפך דהבן קודם דהרי מצינו בפדיון הבן דמצוה דגופו עדיף (כט.) וז"ל תנו רבנן הוא לפדות ובנו לפדות הוא קודם לבנו, רבי יהודה אומר בנו קודמו שזה מצותו על אביו וזה מצות בנו עליו, אמר רבי ירמיה הכל מודין כל היכא דליכא אלא חמש סלעים הוא קודם לבנו, מאי טעמא מצוה דגופיה עדיפא עכ"ל. וא"כ במילה של בן גדול, גם כן נאמר דמצוה דגופיה (של הבן) עדיף ויש לו קדימות למול את עצמו אפי' אם חיוב האב עדיין קיים.

ונראה לבאר את דברי המנ"ח דחלוק חיוב האב מחיוב דחל על הבן בגדלותו. דגדר חיוב האב הוא לעשות את מעשה מצוה דמילה בעצמו ולא רק לראות ולפקח דהמילה תעשה (כמו דדייקנו לעיל ברמב"ם). אבל גדר דחיוב הבן במילת עצמו הוא לגרום לתוצאה שהוא יהא נימול. וא"כ אם חיוב האב נשאר אחרי גדלות דהבן, מסתבר דחיוב האב דהוי חיוב גברא לעשות מעשה המצוה דמילה קודם לחיוב הבן דהוי מצוה רק לסדר התוצאה שיהא נימול.[958]

[958] ובענין הזה עיין בפתחי תשובה (יו"ד סימן רסה סק"ב) דהביא מחלקות האם לפי הרמב"ם הבן עצמו יכול לברך להכניסו אם הוא מל את עצמו. ולכאורה הצד לומר דרק האב מברך ולא הבן הוא כדברי רבינו זצ"ל, דחיוב על האדם למול את עצמו לכשנתגדל הוא דין בתוצאה ולא במעשה.

אבל לכאורה לפי"ז צ"ב בצד השני של ספיקת המנחת חינוך. דהרי המנ"ח כתב דאם חיוב האב חל רק כשהבן קטן, אזי האב דקדם ומל את בנו הגדול חייב לשלם לבנו י' זהובים. ואם כנים הדברים דחיוב הבן הוא רק בתוצאה של חלות המילה ולא במעשה המילה, אזי לכאורה צ"ע למה הבן זוכה בי' זהובים כלל, אם אין לו חיוב לעשות את מעשה המצוה בעצמו וא"כ הבן אינו הבעלים על המצוה.[959] וי"ל דמכיון דסוף סוף המצוה נעשה בגוף הבן הוא נחשב כבעלים על המצוה בנוגע לי' זהובים, ואע"פ דחיובו הוא רק לגרום לאיזה תוצאה ולא לעשות איזה מעשה.

ועיי"ש בהמשך דהמנ"ח נקט דלפי הצד דהאב פטור כשהבן נעשה גדול וכל החיוב חל על הבן עצמו, אזי לפי הש"ך דאין שליחות במילה אסור לבן לכבד אדם אחר לעשות את המילה בעדו. דהיינו, דכמו דלפי הש"ך אסור לאב לכבד אדם אחר למול את בנו כשבנו קטן, כמו"כ כשהבן נתגדל אסור לבן עצמו לכבד אדם אחר (אפי' האב) לעשות מעשה המילה דהרי אין שליחות במילה והבן צריך לעשות את המעשה בעצמו. אמנם לפי מה דביארנו דחיוב הבן בעצמו הוי דין לגרום תוצאה שיהא נימול ולא לעשות את מעשה המילה יש לדחות את דברי המנ"ח. דהרי כל היסוד של הש"ך הוא דחל חיוב על האב לעשות מעשה המילה ולכן אינו יכול למנות שליח. אבל בנוגע לבן אם חיובו הוא לגרום להיות נימול, אזי מסתבר דגם הש"ך מודה דאדם אחר יכול לעשות מעשה המילה.

ג

במצות ללמד בנו תורה

ובנוגע לחיוב ללמד בנו תורה, פשיטא דהאב חייב ללמד בנו תורה אפי' לאחר שנתגדל. דהרי איתא בגמ' (כט:) וז"ל ללמדו תורה מנלן דכתיב ולמדתם אותם את בניכם עכ"ל. וידעינן דגם תלמידים נחשבים כבנים כדמבואר ברמב"ם ריש הלכות תלמוד תורה, וז"ל נשים ועבדים וקטנים פטורים מתלמוד תורה, אבל קטן אביו חייב ללמדו תורה שנאמר ולמדתם אותם את בניכם לדבר בם, ואין האשה חייבת ללמד את בנה שכל החייב ללמוד חייב ללמד, כשם שחייב אדם ללמד את בנו כך הוא חייב ללמד את בן בנו שנאמר והודעתם לבניך ולבני בניך, ולא בנו ובן בנו בלבד אלא מצוה על כל חכם וחכם מישראל ללמד את כל התלמידים אע"פ שאינן בניו שנאמר ושננתם לבניך מפי השמועה למדו בניך אלו תלמידיך שהתלמידים קרויין בנים שנאמר ויצאו בני הנביאים, אם כן למה נצטוה על בנו ועל בן בנו להקדים בנו לבן בנו ובן בנו לבן חבירו עכ"ל. ונראה מדברי

[959] ועיין ברשימות שיעורים לב"ק (צא: תוד"ה וחייבו) דצריכים גדר דבעלות על המצוה כדי לזכות בי' זהובים. והשווה לדברי המנ"ח (מצוה ט') דאם מצות תשביתו קיומו בשוא"ת, דהיינו לגרום מצב שאין לו חמץ, אזי מי שחטף חמץ מחבירו ושרפו אינו חייב לשלם עשרה זהובים לבעל החמץ.

הרמב"ם דאדם חייב ללמד תורה לכל התלמידים אלא דיש דין קדימות לבנו ובן בנו. ומכיון דגדר החיוב ללמד לבנו הוא מדין קדימות אין טעם לומר דהקדימות הזאת פקע כשבנו נעשה גדול. ואין להביא ראיה מדברי הרמב"ם "אבל קטן אביו חייב ללמדו תורה", דר"ל דהאב חייב ללמד רק לבנו הקטן תורה ולא לבנו הגדול, דהרי במשפט הזה המלה "קטן" אתי לאתויי דאע"פ דקטן פטור מתלמוד תורה מ"מ אביו חייב ללמדו אבל ברור דאינו במשמע קטן ולא גדול.

ואע"פ דלפי דברינו האב חייב ללמד לבנו הגדול תורה, אין להביא ראיה דכמו"כ חייב האב במילת בנו הגדול, דהרי בחיוב מילה ליכא דין של קדימות כמו שיש במצות ללמד תורה, אלא דחל על האב חיוב מיוחד למול רק את בנו. וא"כ מסברא י"ל דהתורה חייבה את החיוב הזה דוקא כשבנו הקטן ברשותו. משא"כ בחיוב ללמד תורה דחל עם כל התלמידים אלא שיש קדימות ללמד לבנו וחיוב זה איפוא לא פסק כשבנו נעשה גדול, דשוה בנו לכל תלמיד אחר דהוי גדול וחייב ללמדו.[960]

מנחת חינוך אות ד' ד"ה ולכאורה יש להביא ראיה

בענין מילה ופטור נשים ממצות עשה שהזמן גרמא

א

שיטת התוס' והרמב"ן

איתא בגמ' (כט.) דיש הו"א לחייב אמו של התינוק במילה אלא דלומדים מ"אותו ולא אותה" דהיא פטורה. והראשונים הקשו מהפטור דנשים ממצות עשה שהזמן גרמא דלכאורה מילה היא מעשה"ג. ואלו דברי התוס' (ד"ה אותו ולא אותה) וז"ל וא"ת למ"ל קרא תיפוק ליה דמצות עשה שהזמן גרמא הוא שנימול בשמיני ללידתו ונשים פטורות וי"ל כיון דמיום השמיני והלאה אין לה הפסק לאו זמן גרמא הוא, וא"ת אכתי מ"ע שהזמן גרמא הוא דאין מלין אלא ביום כדאיתא בפרק הערל (יבמות עב.) וי"ל דאתיא כמ"ד התם דמילה שלא בזמנה נוהגת בין ביום בין בלילה עכ"ל. ויוצא מהתוס' דלפי המ"ד דמילה שלא בזמנה נוהגת רק ביום אזי מילה באמת הויא מ"ע שהזמ"ג ולא צריך פסוק למעט אשה.

[960] ופעם שמעתי ממו"ר הגרא"ג זקס זצ"ל דכשהבן נתגדל אזי פקעה מהאב רק מצות חינוך מדרבנן המוטלת על האב לחנך את בנו הקטן במצוות. משא"כ בנוגע לחיוב האב ללמד את בנו תורה דהמצוה מדאורייתא אדרבה מתחזקת, דלפי דעת הבן אביו חייב ללמדו תורה, ונמצא כשהבן נתגדל ונעשה בן דעת אזי כל תוקף דמצות ת"ת חלה על האב ללמד את בנו תורה ברב עיון ודעת. וכן נהג הגר"מ זצ"ל עם בנו רבינו זצ"ל דלמד איתו בחברותא ביתר שאת ועיון כרבי ותלמיד אף לאחר שנתגדל כמנהג בית בריסק.

מאידך עיין ברמב"ן (ד"ה אותו ולא אותה) דהביא את התירוץ של התוס' ואז ביאר באופן אחר, וז"ל ואיכא לפרושי איצטריך סד"א כי פטירי נשים ממצות עשה שהזמן גרמא הני מילי במצות בגופייהו כגון תפילין דמהתם גמרינן אבל מצות מילה דלאחריני ואיהי לא שייכא בה אימר תחייב מידי דהוה אבית דין שחייבין למול קמ"ל עכ"ל. כלומר, דהפטור דנשים במ"ע שהזמ"ג חל רק לחיוב מעשה מצוה דחל על הגברא לעשותו בזמן מסוים. אבל במילה, אין עיקר החיוב חל על הגברא של האב למול את בנו כמו דחל עליו חיוב ליטול לולב, אלא דהחיוב נובע מהבן דצריך להיות נימול והתורה הטילה את האחריות על מילתו על האב, ומפני כך היינו חושבים דגם האם חייבת. ויש להעיר דזה נגד מה דביארנו לעיל בדעת הרמב"ם דחל על האב חיוב גברא לעשות עצם מעשה המילה ולא רק לפקח שבנו יהא נימול.

ועוד יש לעיין בתוס' במגילה (כ. ד"ה דכתיב) וז"ל וא"כ קשיא למה לי בפ"ק דקדושין (כט.) קרא דאותו לומר דאשה אינה חייבת למול תיפוק ליה דמצות עשה שהזמן גרמא היא וי"ל דאי לאו אותו הוה אמינא דהאי דנשים פטורות ממצות עשה שהזמן גרמא היינו היכא דליכא כרת דומיא דמצה ושמחה והקהל דלית בהו כרת ומנייהו ממעטינן נשים אבל מילה שיש בה כרת ונכרתו עליה שלש עשרה בריתות הוה אמינא דמחייב בהו נשים למול את בנייהו קמ"ל אותו דלא עכ"ל. ונראה דבעצם כלול בדבריהם ב' תירוצים: א) מילה הויא עשה דיש בו כרת, ב) נכרתו עליה יג ברית.[961]

ובביאור התירוץ הראשון י"ל דתלוי בגדר הדין דנשים חייבות בכל ל"ת אך פטורות הן ממצות עשה שהז"ג. די"ל דהתורה חילקה בין ל"ת לבין מצות עשה, או"ד דהחילוק תלוי בזה דיש עונש בל"ת ואין עונש על ביטול עשה, ונשים חייבות בכל המצוות דיש בהם עונש. והתוס' במגילה תפסו כצד השני ולכן נקטו דאין הפטור דמצות עשה שהז"ג חל היכא דיש עונש בביטול העשה כמו מילה שיש בה כרת.

ובביאור התירוץ השני דנכרתו עליה י"ג ברית, י"ל דזה הוי כמו תירוץ הרמב"ן והריטב"א. דהיינו דאין מצות מילה חובת גברא שחלה על האב לעשותה אלא מצות הבן היא שיהא נימול כדי להחיל עליו את הבריתות האלו, והאב חייב לפקח עליו שיהא נימול. ומכיון דעצם המצוה הויא של הבן מסתבר שגם האם חייבת לפקח שבנה יהא נימול ואע"פ דהויא מעשה"ג, עכ"ז חייבת בפקוח בנה.

[961] לכאורה פשטות כוונת התוס' היא לתירוץ אחד דהיינו דמילה כל כך חמורה וחשובה דהיינו חושבים דאשה גם מצווה בה, ודו"ק.

ב

תירוץ הטו"א

ויש תירוץ אחר לקושיית התוס' בטורי אבן (חגיגה טז: ד"ה בני ישראל) דסבור דהפטור דמ"ע שהזמ"ג שייך רק היכא דכל חיוב המצוה מוגבל לזמן, כמו לולב דהחיוב חל רק בחג הסוכות ואז נגמר. אבל אם יש חיוב אחד לעשות המצוה לעולם, אפי' אם יש זמנים מסויימים דבהם האדם פטור מלעשות המצוה, אם החיוב הראשון חוזר ונעור לאחר זמן, אזי אין זה נחשב לזמן גרמא. ולפי"ז הטו"א ביאר דמצות מילה מהווה חיוב אחד על האב דמתחיל מיום ח' אלא דיש "הפסק בעלמא" בלילה מכיון דלילה לאו זמן מילה הוא, אבל בבוקר אותו החיוב הראשון חוזר וניעור ולכן אינו נחשב לזמן גרמא. והטו"א הוכיח שיטתו מהדין דשריפת נותר דאינה נחשבת למ"ע שהזמ"ג אע"פ דאין שורפין נותר בלילה. והביאור הוא דחל על האדם חיוב אחד לשרוף את הנותר אלא דיש דין דלא שורפין נותר בלילה ואז בבוקר החיוב הראשון חוזר. וה"ה במצות סמיכת קדשים דאינה נעשה בלילה ולא הויא מ"ע שהזמ"ג.

ונראה דלפי"ז יש לבאר את שיטת הכס"מ בקריאת שמע. דהרי מבואר (רמב"ם הלכות ק"ש ריש פרק ד) דנשים פטורות מק"ש משום דהוי מ"ע שהזמ"ג. אבל לכאורה מזה קשה על שיטת הכס"מ (פרק א מהלכות ק"ש הלי"ג) דנקט דמדאורייתא אפשר לקרוא ק"ש כל היום וכל הלילה, וא"כ צ"ע היאך הוי זמ"ג. ולפי הטו"א י"ל דאע"פ דתמיד יש על האדם חיוב לקרוא ק"ש, מ"מ אין זה חיוב אחד תמידי דחל על אדם, אלא דבלילה חל חיוב ק"ש של לילה, וביום חל חיוב אחר דק"ש של יום. וכל לילה וכל יום גורם לחלות חיוב חדש של ק"ש, ולכן אע"פ דלעולם יש חיוב לקרוא ק"ש מ"מ מכיון דהוו חיובים נפרדים זה מזה עדיין מוגדר למ"ע שהז"ג. משא"כ במילה, דאע"פ דיש זמנים דאדם אינו יכול למול בנו כלל, מ"מ חל עליו רק חלות חיוב מילה אחד דחל בכל הזמן עם הפסק של הלילות.

ג

חיוב מצוה וקיום מצוה

ובאמת נראה לתרץ את קושיית התוס' באופן יותר פשוט. ומקודם נקדים את שיטת ר"ת (תוס' ישנים יבמות ע. ד"ה הערל) דמי שמתו אחיו מחמת מילה ונשאר ערל מאונס, אוכל בתרומה. והמנחת חינוך (ריש מצוה יז) הקשה דלפי ר"ת למה כל ערל אסור לאכול בתרומה בלילה, דהרי הוא אינו יכול להמול בלילה והוי אנוס כמו מי שמתו אחיו מחמת מילה. ובפשטות י"ל דמתו אחיו מחמת מילה מחיל חלות דין פטור בעצם ממצות מילה בכלל ולכן מותר לו לאכול בתרומה. מאידך, אע"פ דאין מלין בלילה, מ"מ עצם

חיוב המילה נמשך וחל גם בלילה אלא דאינו מקיים את המצוה במילה בלילה. ומכיון דלעולם וגם בלילה הריהו בר חיובא, משו"ה אין לו היתר לאכול בתרומה.

ולפי"ז י"ל דזה הטעם דמילה אינה מצות עשה שהזמן גרמא. דהרי אע"פ דקיום המצוה מוגבלת בזמן משום דאין מלין בלילה, מ"מ עצם החיוב אינו מוגבל בזמן דהרי הגברא הוי בר חיובא אפי' בלילה. והפטור דנשים במ"ע שהזמ"ג חל רק היכא דהחיוב הוי זמן גרמא ולכן מצות מילה לא הויא זמן גרמא. ויש להוכיח דזמן גרמא הולך בתר הזמן דחיוב המצוה ולא בתר הזמן דקיום המצוה מדברי התוס' בנוגע למצות ציצית דנחשבת למ"ע שהזמ"ג לפי הגמ' לקמן (לג:). דהרי התוס' (ברכות יד: ד"ה ויאמר) הקשו וז"ל וא"ת א"כ למ"ד (מנחות מא.) ציצית חובת טלית הוא ואפילו מונחת בקופסא אפ"ה חייבת בציצית היכי אשכחן שיהא הזמן גרמא, וי"ל דאם היה כסות המיוחד ללילה פטור עכ"ל. ובביאור תירוצם נראה דהתוס' סברי דהיכא דהמחייב של המצוה תלוי בזמן מסוים אע"פ שקיום המצוה אינו תלוי בזמן מסוים הוי מ"ע שהז"ג. ומכיון שחלה מצות ציצית רק בכסות יום ולא בכסות לילה יוצא דיום הוא המחייב, ולכן אע"פ שחל קיום מצות ציצית אף בלילה (כשלובש כסות יום בלילה) מ"מ הוי מ"ע שהז"ג דהרי המחייב של המצוה תלוי בזמן מסוים.[962]

ולפי הנ"ל יש להעיר דלכאורה נחלקו התוס' בברכות עם התוס' בקידושין. דהרי לפי התוס' בברכות הכל תלוי בחיוב המצוה, והיכא דהחיוב הוא זמן גרמא אזי נשים פטורות אע"פ דהקיום הוא תמידי, כמו בציצית לפי המ"ד דחובת מנא. אבל התוס' בקידושין נקטו דלפי המ"ד דאין מלין בלילה, אזי מילה הויא מ"ע שהזמ"ג אע"פ דיש חיוב אחד תמידי של מילה. ולכאורה יוצא מזה דלפי התוס' בקידושין הפטור דנשים במ"ע שהז"ג תלוי בקיום המצוה המוגבל בזמן ואע"פ שיש חיוב מצוה דחל תמיד. ולפי"ז לפי התוס' בקידושין יוצא שציצית מהוה מ"ע שאין הזמן גרמא לפי המ"ד ציצית חובת מנא כי אין קיום המצוה תלוי בזמן.

אמנם עוד יתכן שלא נחלקו בעלי התוס', אלא דכו"ע מודו דבעינן ב' דברים כדי להיות מ"ע שאין הזמן גרמא דנשים חייבות: א) חיוב תמידי, ב) קיום תמידי. דהיינו, דאם החיוב או הקיום הוא מוגבל בזמן אזי נשים פטורות מדין מ"ע שהז"ג. ולכן, ציצית לפי המ"ד חובת מנא הויא זמן גרמא דהרי המחייב של המצוה מוגבל בזמן, וגם מילה לפי המ"ד דאין מלין בלילה הוי זמן גרמא דהרי קיום המצוה מוגבל בזמן.

[962] ועיין בזה באריכות ברשימות שיעורים לברכות (יד: תוד"ה ויאמר, כ: ד"ה וחייבין בתפלה, ובהערה 50 שם), וברשימות שיעורים לסוכה (יא. בענין ציצית ומצות עשה שהזמן גרמא).

אמנם מדברי הרמב"ם (פרק יב מהלכות ע"ז הל"ג) לכאורה משמע דהפטור דזמן גרמא תלוי בזמן דקיום המצוה בפועל, וז"ל וכל מצות עשה שהיא מזמן לזמן ואינה תדירה נשים פטורות עכ"ל. וא"כ יוצא דהרמב"ם סבור דלמ"ד ציצית חובת מנא אין מצות ציצית נחשבת למ"ע שהזז"ג דהרי יש קיום מצוה תמידית. ולפי"ז י"ל דפסק הרמב"ם (בפרק ג מהלכות ציצית הל"ט) דנשים פטורות מציצית דהוי מ"ע שהזז"ג אזיל לשיטתו שפסק כמ"ד ציצית חובת גברא (פרק ג מהלכות ציצית הל"י) ולדידיה קיום המצוה תלוי בלבישה ביום וע"כ הוי מ"ע שהזז"ג.

ועיין בשאגת אריה (סי' יב) שדן האם נשים חייבות במצות זכירת יצי"מ בכל יום, דקיי"ל כבן זומא שמזכירין יצ"מ ביום ובלילה, וי"ל דכיון שחל חיוב וקיום זכירת יצי"מ כל הזמן בין ביום ובלילה דנשים חייבות. אמנם השאג"א נקט דנשים פטורות מזכירת יצ"מ דסובר דהגדרת מ"ע שהזז"ג היינו שהזמן מחייב את המצוה, ומכיון שזמן היום והלילה כל אחד מהם מהווה מחייב בפ"ע של מצות זכירת יציאת מצרים נמצא שהזמן הוא המחייב דהמצוה, ומשו"ה הו"ל מ"ע שהזז"ג ונשים פטורות, ואע"פ שקיום מצות זכירת יצ"מ חל תמיד בין ביום ובין בלילה.

ברם הגר"מ זצ"ל טען שאף לפי הרמב"ם דין מעשהזז"ג תלוי במחייב של זמן, דיעויין ברמב"ם (פרק א מהלכות תפלה הל"א-ב) שכתב וז"ל מצות עשה להתפלל בכל יום שנאמר ועבדתם את ה' אלוקיכם מפי השמועה למדו שעבודה זו היא תפלה וכו' ולפיכך נשים ועבדים חייבים בתפלה שהיא מצות עשה שלא הזמן גרמא עכ"ל. וצ"ע דמשמע ממש"כ "מצות עשה להתפלל בכל יום" שכל יום הוי מחייב בפ"ע להתפלל, וצ"ע דאם המחייב הוי זמן מסוים דהיינו דכל יום ויום הוי מחייב בפ"ע להתפלל להוי מ"ע שהזז"ג (בדומה לזכירת יצ"מ לדעת השאגת אריה). ותירץ הגר"מ זצ"ל די"ל דכוונת הרמב"ם אינה שכל יום הוי מחייב בפ"ע אלא דיש חיוב להתפלל כל היום והוי חיוב תדירי, וכוונתו במש"כ "כל יום" היינו תדירי כמו שאומרים בתפלה "המחדש בכל יום תמיד מעשה בראשית" דכל יום ר"ל תדיר. וע"כ תפלה אינה מ"ע שהזז"ג משום שאין הזמן המחייב של המצוה. דחיוב תפלה הוא חיוב תדירי וכדאמרינן בגמ' (ברכות כא.) וז"ל ולואי שיתפלל אדם כל היום עכ"ל, וכל דין זמני תפלה חל רק לענין קיום מצות התפלה בלבד אך לא בחיוב המצוה, דחל חיוב תמיד להתפלל ואין זמן המחייב להתפלל ומשו"ה תפלה אינה מעשהזז"ג.

ועוד תירץ הגר"מ זצ"ל דאפילו אי נימא שכל יום הוי מחייב בפ"ע י"ל דחלות קיום מצות תפלה מהווה קיום מצות עבודה שבלב, וחלות קיום מצות עבודה שבלב אינה תלויה בזמן, וכמבואר בגמ' (ברכות כו.) וז"ל כיון דצלותא רחמי היא כל אימת דבעי מצלי

ואזיל עכ"ל, דקיום עבודה שבלב הוי קיום תדירי. ולפיכך סובר הרמב"ם דנשים חייבות בתפלה ולא הוי מ"ע שהז"ג, דאע"פ שהמחייב תלוי בזמן מ"מ מכיון שהקיום אינו תלוי בזמן דהוי קיום שבלב לא הוי מ"ע שהז"ג. אך לפי"ז צ"ע אמאי נשים פטורות מקריאת שמע משום מ"ע שהז"ג, דנהי שהמחייב של ק"ש תלוי בזמן מ"מ בק"ש איכא חלות קיום קבלת עומ"ש דאינו תלוי בזמן מסוים ולהוי דומה לקיום עבודה שבלב דתפלה. ותירץ הגר"מ זצ"ל דבתפלה חל חלות דין עבודה שבלב במעשה המצוה[963] וגם בקיום המצוה, ומכיון שחלות דין עבודה שבלב אינו תלוי בזמן משו"ה נשים חייבות, משא"כ בק"ש דאע"פ שחל בה חלות קיום קבלת עומ"ש בלב מ"מ מעשה המצוה דק"ש הוי עצם קריאת הפרשיות ככתבה, ומעשה מצוה זו הוי מ"ע שהז"ג וע"כ נשים פטורות. אך צ"ע בזה דהרי אף בקריאת שמע יש דין כוונת הלב וקיום קבלת עומ"ש שבלב בפסוק הראשון. ויתכן דבק"ש חלין ב' דינים דקבלת עומ"ש: א) מעשה וקיום קבלת עול מלכות שמים בעלמא ע"י קריאת הפסוק הראשון, ב) חלות קיום קבלת עומ"ש ע"י קריאת כל הפרשיות ככתבן. וי"ל דאה"נ נשים חייבות בחלות קיום קבלת עומ"ש בכלל שחל בקריאת פסוק הראשון ד"שמע ישראל" משום דאינו זמן גרמא ופטורות רק מדין קבלת עומ"ש ע"י קריאת כל הפרשיות של שמע דהוי מ"ע שהז"ג.[964] וחיוב נשים דומה לקריאת שמע דר' יהודה הנשיא דקרא רק פסוק ראשון כדי לקבל עול מלכות שמים דעלמא.

ד

דיוק מלשון התוס' דהאב חייב אפי' בבנו גדול

והנה המנ"ח טען דיש לדייק מדברי התוס' "דמיום השמיני והלאה אין לו הפסק", דהחיוב נמשך אפי' כשהבן נעשה גדול. דהרי אל"כ אזי פשיטא דמילה הויא זמן גרמא דהרי החיוב מתחיל כשהבן ח' ימים וקיים עד הבר מצוה שלו ואז נפסק. אבל יש לדחות דאפי' אם חיוב האב פקע כשהבן נעשה בר מצוה עדיין יש סברא חזקה דאין מילה נחשבת מ"ע שהז"ג, דהרי הפקעת החיוב אינו תלוי בזמן אלא בשינוי בחפצא של המצוה. כלומר, דבן קטן נמצא ברשות האב וכשנעשה גדול אזי הוא יוצא מרשות האב, וזהו הטעם דהאב אינו חייב עוד במילת בנו הגדול ולא בגלל הזמן עצמו. וזה דומה למצות צדקה דאינה מ"ע שהז"ג אע"פ דיכול להיות דעכשיו יש עני שנמצא לפניו וחייב לתת לו צדקה ולאחר כמה ימים יכול הגברא להיות במקום בלי עניים ולא יהא חייב לתת

[963] שהרי המתפלל שמו"ע חייב להתכוון בכל התפלה שהוא עומד לפני ה' דבלי כוונה זו אינה מעשה תפלה כלל וכדביאר מרן הגר"ח זצ"ל בספרו (פרק ד מהל' תפלה הל"א).

[964] ועיין בבית יוסף (או"ח סימן ע) שכתב בשם אוהל מועד דנשים חייבות בקבלת הייחוד, דהיינו בפסוק הראשון של שמע. ועיין בשו"ע (או"ח סי' ע סעיף א) במחבר וברמ"א ובביאור הגר"א שם.

צדקה. דהרי השינוי מחיוב לפטור אינו תלוי בזמן עצמו אלא במציאות האם העני נמצא או אינו נמצא. וכמו"כ חיוב האב במילה תלוי במציאות דבן הנמצא ברשותו, וכשהבן נתגדל הרי זה דומה להיכא דאין עני נמצא לפניו, ואינו נחשב למצוה שהזמן גרמא.

מנחת חינוך אות ד' ד"ה והנה הר"מ פ"ה מקרבן פסח ה"ה

בענין מילה מעכבת ק"פ

והנה המנ"ח הביא ראיה דחיוב האב במילה פקע כשבנו נעשה גדול מלשון הרמב"ם (פרק ה מהלכות קרבן פסח הל"ה) בנוגע לדין דמילה מעכב הקרבן פסח, וז"ל כשם שמילת עצמו מעכבתו מלעשות פסח כך מילת בניו הקטנים ומילת כל עבדיו בין גדולים בין קטנים מעכבת אותו, שנאמר המול לו כל זכר ואז יקרב לעשותו, ואם שחט קודם שימול אותם הפסח פסול, וכן טבילת אמהותיו לשם עבדות מעכבתו, ודבר זה מפי הקבלה שהטבילה לשפחות כמילה לעבדים עכ"ל. וברור מלשונו דרק בנו הקטן מעכבו מלעשות הק"פ ולא בנו הגדול. ויש להעלות ב' פירושים בדין זה דבנו הגדול אינו מעכבו מלעשות הק"פ: א) האב חייב למול רק בנו הקטן בלבד ולא בנו הגדול, ב) האב חייב למול גם בנו הגדול אבל עיכוב דק"פ אינו תלוי בחיוב דהאב או האדון אלא בערל דנמצא ברשותו. ומכיון דבנו הגדול אינו ברשותו, אע"פ דהאב עדיין מחוייב למולו מ"מ אינו מעכבו מלעשות ק"פ.

והמנ"ח הוכיח דעיכוב דק"פ תלוי בחיוב למול את בנו או עבדו מההלכה הבאה ברמב"ם (פרק ה מהלכות קרבן פסח הל"ו) וז"ל הקטן אין מילת עבדיו וטבילת שפחותיו מעכבתו מלהמנות על הפסח, שנאמר וכל עבד איש להוציא את הקטן עכ"ל. ומזה דאדון קטן יכול לעשות ק"פ ואין מילת עבדיו מעכבתו, הוכיח המנ"ח דרק אדון דחייב במילת עבדיו אינו יכול לעשות הק"פ, ומשום כך אדון קטן שאינו מחוייב במילת עבדיו יכול לעשות הפסח. ולפי"ז הסיק דמילת בנו הגדול נמי אינו מעכבתו מלעשות הק"פ מכיון דהאב אינו מחוייב למול את בנו הגדול.

ולכאורה יש לדחות את הוכחת המנ"ח. דהרי לפי דבריו דעיכוב מק"פ תלוי בחיוב מילה קשה לשון הרמב"ם דהביא גזה"כ דאדון קטן יכול לעשות ק"פ. דהרי לכאורה פשיטא דאין חיובים חלין על קטנים וא"כ מסברא אין לו שום עיכוב בק"פ. אלא דמשמע מזה דיש ביאור אחר בהלכה דאדון קטן אינו מעוכב מלעשות ק"פ, דהיינו דאין עבדיו נמצאים ברשותו כמו באדון גדול.[965] ומאחר דאין הקטן הבעלים הגמורים על עבדיו כמו

[965] כגון לגבי הקנאה דקטן אינו יכול להקנותם. אך פשיטא דהם ברשותו לענין גניבה שהגונב נכסי קטן חייב לשלם כפל שלא כמו הגונב מן הגנב שפטור מכפל כי החפץ אינו ברשות הגנב.

גדול דהוא הבעלים הגמורים על עבדיו, זהו הטעם דמילת עבדיו אינה מעכבת הקטן מלעשות ק"פ. ובכן י"ל דמילת בנו הגדול אינה מעכבת את אביו מלאכול ק"פ אע"פ דאביו עוד חייב למולו, דהרי חיוב מילה אינה מונעת אכילת ק"פ. אלא דמכיון דרק בנו הקטן נמצא ברשותו ולא בנו הגדול, אזי רק מילת בנו הקטן מעכבתו מלאכול את הק"פ ולא מילת בנו הגדול.

ועיין בשאגת אריה (סימן נג) דגם דן בזה והוכיח דלפי הרמב"ם עיכוב דק"פ אינו תלוי בחיוב מילה אלא במציאות דערלה בתוך רשותו מזה דטבילת אמהותיו מעכב את האדון מלעשות הק"פ ואע"פ דאין האדון חייב להטביל השפחות. והשאג"א טען דרואים מהדין דאמהות דעיכוב דק"פ אינו תלוי בחיוב מילה דהאדון או של האב.[966] ולפי"ז השאג"א גם ביאר הא דמבואר בגמ' (יבמות מח.) דאשה דיש לה עבדים ערלים אינה יכולה לעשות ק"פ. ואע"פ דיש לצדד דהיא פטורה מלמול את העבדים שלה, מ"מ עצם המציאות דערלה ברשותה מעכבתה מלעשות הק"פ. ועיין במנחת חינוך (מצוה יז סקי"ב) דטבילת שפחות מעכבת מדין הל"מ.

אבל לכאורה יש לדחות דאע"פ דאין חיוב מילה היכא דיש לאדם שפחות וגם היכא דאשה הויא האדון על עבדים, מ"מ כל היכא דהאדון הישראל קונה את העבד או השפחה מהעכו"ם הם מוגדרים כמקנת כסף שלו והאדון חייב לגיירם כעבדים אם הם רוצים.[967] דהרי כך מבואר ברמב"ם (פרק יד מהלכות איסורי ביאה הל"ט) דמי שקונה עבד גוי מעכו"ם צריך לתת לו לגייר וז"ל העבד הנלקח מן העכו"ם אין אומרין לו מה ראית שבאת, אלא אומרים לו רצונך שתכנס לכלל עבדי ישראל ותהיה מן הכשרים או לא, אם רצה מודיעין לו עיקרי הדת ומקצת מצות קלות וחמורות ועונשן ושכרן כמו שמודיעין את הגר ומטבילין אותו כגר, ומודיעין אותו כשהוא במים, ואם לא רצה לקבל מגלגלין עליו כל שנים עשר חדש ומוכרו לעכו"ם ואסור לקיימו יותר על כן, ואם התנה עליו מתחלה שלא ימול ולא יטבול אלא יהיה גר תושב מותר לקיימו בעבודתו כשהוא גר תושב ואין מקיימין עבד כזה אלא בזמן היובל עכ"ל. וי"ל דזוהי מצוה דחלה על האדון דכולל האדון בין איש ובין ואשה לגייר עבד ושפחה שלהם, והחיוב הזה מעכב את האדון מלעשות ק"פ.

[966] ועיין בחידושי הגר"ח על הש"ס (בענין טבילת אמהותיו מעכבת בקרבן פסח) דהטבילה מעכבת משום דאע"פ דאין לאשה מציאות של ערלה מ"מ ע"פ דין גיותה הויא גדר של ערלה.

[967] עיין בזה בחידושי הגרי"פ חלק א' עשה לד, (קצא-ג) דכמו"כ הבין דלדעת הרמב"ם יש חיוב לגייר עבדים ושפחות.

וי"ל דהמקור דהמצוה לגייר את העבדים הוא מהפסוקים באברהם אבינו. דהקב"ה צווה אותו למול "יליד בית ומקנת כסף". ובשלמא יליד בית היינו ילד של עבד כנעני דכבר יש לו חלות שם עבד כנעני דהיינו דכבר נתגייר במקצת,[968] ושפיר מובן דהאדון חייב למולו דהרי התינוק נולד עם מקצת קדושת ישראל. אבל מקנת כסף, פירושו שהוא קונה את העבד כגוי גמור מעכו"ם, ומה פשר החיוב דאדון למול עבדו דהוא גוי גמור. אלא דצ"ל דבמקנת כסף אין ציווי לעשות מעשה המילה עצמה אלא דהפסוק מתכוון לדבר יותר כללי, דהיינו למצוה לגיירו בכל אופן דנצרך (מילה לעבד וטבילה לשפחה).[969] ומפני כן י"ל דהחיוב הזה מעכב בעשיית ק"פ אפי' היכא דאין חיוב פרטי למצות מילה כגון בשפחה או באדון אשה.

ולפי כל הנ"ל מסתבר דחלוק דין אדון אשה ביליד בית ממקנת כסף. דהרי כבר ייסדנו דהיא חייבת במילת מקנת כספה דהרי יש לה חיוב כאדון ישראל לגייר את העבדים שלה. אבל אם נולד לה עבד עם מקצת קדושת ישראל י"ל דהיא פטורה מלמול את יליד בית דהרי זה הויא חלק של מצות מילה בעלמא והיא פטורה מדין אותו ולא אותה.

ובנוגע לעיקר הספק האם עיכוב דק"פ תלוי בחיוב מילה או במציאות דערלה ברשותו, לכאורה יש להביא ראיה מדברי הגמ' ביבמות (עא:) דאיתא שם דאב דחבוש בבית האסורים בערב פסח אין ערלת בנו מעכבתו מלהביא ק"פ ע"י שליח. ולכאורה מוכרח מזה דעיכוב דק"פ תלוי בחיוב האב למול את בנו דאינו קיים כל עוד דהאב אנוס בבית האסורים. אבל אם נאמר דעצם המציאות של ערלה ברשותו מעכבתו מלעשות ק"פ, אזי קשה להבין למה שליח יכול להביא ק"פ בעדו אם יש לו בן דצריך מילה. אבל יש לדחות ולומר דגם הגדר דערלה ברשותו תלוי בהיכולת של האב לעשות מעשה המילה, ואם האב חבוש בבית האסורין אזי אין לו היכולת לטפל בערלת בנו וא"כ אינו נחשב כמי שנמצא ערלה ברשותו. אבל באמת קשה לומר הכי לדינא, אלא דמסתבר דהגדר דרשותו נקבע ע"פ הלכה ולא בהיכולת של האב לעשות המילה בפועל, ולכן בן קטן נחשב ברשות האב אפי' כשהאב נמצא בבית האסורים. דהרי אם לא נאמר כן, אזי ילד קטן בעל חוצפה דאינו שומע לקול אביו יחשב ע"פ דין כאינו נמצא ברשות האב, והאב היה יכול לעשות ק"פ אפי' אם בנו אינו נימול. ופשיטא דזה אינו נכון, אלא דכל ילד קטן נמצא ע"פ דין ברשות האב וערלתו מעכב את האב מלהביא ק"פ. ויוצא מכל הנ"ל

[968] עיין בזה ברש"י עה"ת (בראשית פרק יז פסוק יב) וז"ל יליד בית שילדתו השפחה בבית עכ"ל.

[969] והשווה לדברי התוס' ביבמות (מח: ד"ה אין) וז"ל ונראה לר"י דטעמא דר' עקיבא לפי שצוה הקב"ה לאברהם למול עבדיו לכך אסור לקיים שאינם מולין עכ"ל.

דמהדין דאין עיכוב בערלת בנו כשהוא נמצא בבית האסורין יש להוכיח דהעיכוב תלוי בחיוב מילה ולא במציאות דערלה ברשותו.

ויש להעיר דלכאורה הבנת הדין דחבוש בבית האסורין תלוי במחלוקת רש"י ור"ת בנוגע למתו אחיו מחמת מילה. דהרי ר"ת (תוס' ישנים ע.) נקט דמי שנאנס ואינו יכול להמול אין לו חלות שם ערל ומותר לו לאכול בתרומה. ולפי ר"ת הכל מובן דהרי כל דיני ערל תלויים בחיוב המילה. ולכן מי שנאנס ואינו יכול למול את עצמו אין לו שם ערל ומותר לאכול בתרומה, וגם מי שחבוש בבית האסורין ואינו יכול למול את בנו יכול לעשות ק"פ. והביאור בזה דאונס נחשב כאינו מחוייב במצוה וכל דיני ערל תלויים בחיוב מילה.

אבל רש"י (יבמות ע. ד"ה הערל) חולק על ר"ת ונקט דמי שאנוס מלהמול מכיון שמתו אחיו מחמת מילה עדיין יש לו שם ערל ואסור לאכול בתרומה. ולכאורה קשה מאי שנא מדברי הגמ' באב שחבוש בבית האסורין דיכול לעשות ק"פ בגלל דהוא אנוס במילת בנו. ונראה לבאר דרש"י חילק בין הערל עצמו לבין העיכוב דק"פ בגלל ערלת בנו. דהערל עצמו מוגדר כערל מחמת עצם המציאות דהערלה אע"פ דהוא פטור ממילה מדין אנוס. משא"כ האב מעוכב מלעשות ק"פ דוקא אם יש לו חיוב למול בנו, ואילו אם הוא אנוס מלמול את בנו אזי הוא יכול לעשות ק"פ אע"פ דיש לו ערלה ברשותו, מכיון דפטור הוא מחובת מילה.

מנחת חינוך אות ז ד"ה והנה אם הגדיל הבן

בענין חיוב כרת דערל

הרמב"ם והראב"ד נחלקו בחיוב כרת דערל. דכתב הרמב"ם (פרק א מהלכות מילה הל"ב) וז"ל כשיגדל הוא חייב למול את עצמו, וכל יום ויום שיעבור עליו משיגדל ולא ימול את עצמו הרי הוא מבטל מצות עשה, אבל אינו חייב כרת עד שימות והוא ערל במזיד עכ"ל. והשיג הראב"ד וז"ל אין בזה תבלין וכי משום התראת ספק פוטרין אותו מן השמים וכל יום עומד באיסור כרת עכ"ל. וצ"ב במאי קמיפלגי.

ולכאורה נראה לבאר דנחלקו על מה מגיע עונש הכרת. דהראב"ד נקט דחל חיוב כרת משום דהוא מבטל מצות עשה דמילה ומכיון דבכל יום הוא מחוייב למול את עצמו ומבטל את המצוה, אזי הוא חייב כרת בכל יום ויום. אבל הרמב"ם סבור דעונש כרת שורשו בחלות שם ערל שחל בגברא, דהיינו דהוי ערל כל ימיו ומת בערלתו.

אבל הפירוש הנ"ל בראב"ד קשה להולמו, דאטו באמת ס"ל דאם היה ערל למקצת ימיו ולבסוף מל דעדיין חייב כרת – הרי סוכ"ס מל את עצמו ולמה יהא חייב כרת. אלא נראה דהראב"ד אכן מודה להרמב"ם דהערל חייב כרת רק אם בסוף מת בערלתו.

אבל לפי"ז צ"ב טובא מהי השגת הראב"ד על הרמב"ם, דלכאורה לכו"ע מי שמת בלי מילה חייב כרת, ומי שנימול לבסוף אינו חייב כרת. וצ"ל דנ"מ באדם דלא מל עצמו במזיד ואז בסוף ימיו נאנס ולא היה יכול למול ומת בערלותו. דלפי הרמב"ם המחייב דכרת הוא עצם המיתה בלי מילה. וא"כ, אם האדם מת מתוך אונס הוא לא יתחייב בעונש כרת. ומאירך הראב"ד חולק עליו ונקט דהמחייב של הכרת הרי הוא ביטול העשה בכל יום ויום, אלא דיש לו האפשרות לתקן את עצמו ולמול ולקיים העשה ולהפקיע את חיוב הכרת מעליו למפרע. אמנם חיוב כרת פקע רק אם הוא נימול בפועל, דהרי טענת אונס אינו יכול להסיר ממנו חיוב כרת דכבר נתחייב בו מאי-עשיית המילה כל ימיו ומביטול העשה.

ויש לעיין לפי הביאור הנ"ל ברמב"ם דהרי רוב אנשים הריהם גוססים לפני מיתתם והם בגדר אונס לגבי קיום כל מצוות התורה. וא"כ לכאורה לפי הרמב"ם כל מי דהוי גוסס לפני המיתה פטור מכרת דמילה דהרי הוא מת בערלותו מתוך אונס, דברגעים האחרונים של חייו הוא אינו יכול למול את עצמו. ואינו מסתבר כלל לומר דאין כרת בהיכי תמצא כזה, וצ"ע. וי"ל דאונס לבסוף מהני לפוטרו מכרת רק אם הערל באמת רוצה למול את עצמו אלא דנאנס ואינו יכול. אבל כל מי שבלאו הכי לא היה מל את עצמו אפי' אם לא היה גוסס אינו נחשב לאונס, ולכן אם הוא מת בלי מילה הריהו חייב העונש דכרת. ובזה חלוק מי שאנוס לעשות מעשה לבין מי שאנוס לא לעשות מעשה. דמי שאנוס לעבור עבירה אין מעשה העבירה מתייחסת אליו אפי' אם היה לו רצון לעבור על העבירה בכל מקרה, דהרי מעשה דנעשה באונס אינו מתייחס אליו. אבל היכא דאדם נאנס להיות שוא"ת (כמו דהוא גוסס ואינו יכול למול), אזי חלות שם אונס תלוי ברצונו, כלומר דהוא רק נחשב לאונס אם הוא באמת רצה לעשות את המעשה, ודו"ק.[970]

מנחת חינוך אות ח' ד"ה והנה אם חל על העבד

בענין עבד במילת בנו

המנ"ח נקט דעבד פטור מלמול את בנו דהרי עבד אין לו חייס (עיין לקמן בקידושין סט.) ולפי המנ"ח הא דעבד אין לו חייס היינו וז"ל ואינו נחשב לבן כלל לשום דבר עכ"ל. ואז המנ"ח הביא מהרא"ש (שטמ"ק ב"ק פח. ד"ה ויש מפרשים) דביאר דעבד פטור ממילת בנו

[970] וע"ע בענין אונס בשוא"ת ברשימות שיעורים לב"מ (צג. ד"ה אמר רב נחמן בר יצחק). ובביאור החילוק דרבינו זצ"ל אולי י"ל מעשה עבירה באונס אינו נחשב למעשה הגברא ומשו"ה פטור בכל אופן, בין ברצון או שלא ברצון. משא"כ כשהמחייב הוא בשב ואל תעשה, כשמת בלי מילה, דאונס חל כפטור. ואם אינו רוצה למול ליכא פטור, ודו"ק.

בגלל דעבד הוקש לאשה ואשה פטורה מלמול את בנה.[971] והמנ"ח הקשה למה בעינן ההיקש לאשה לפטור את העבד, הרי ע"פ דין אין זה בנו. ונראה לבאר דהרא"ש חילק בין דינים דתלויים בחלות שם חייס ודינים דתלויים בחלות שם שאר בשר. דהרי הא דעבד אין לו חייס זאת אומרת דאם נולד לו בן עם ישראלית דהבן אינו נחשב לעבד דהרי אין לו חייס להעביר את הדינים שלו לבנו. אבל י"ל דהבן עדיין נחשב כבן של העבד בנוגע לדיני שאר בשר כלומר לעצם הקורבה ביניהם. ונראה דלפי הרא"ש חיוב האב במילת בנו נובע מעצם זה דהתינוק הוא בנו ואינו תלוי בדיני ייחוס ולכן הרא"ש צריך טעם אחר למה עבד פטור ממילת בנו. והמנ"ח עצמו (מצוה א' אות יט) הביא דאע"פ דאין לעבד ירושה, מ"מ לפי כמה ראשונים איסורי עריות דקורבה שייכם לעבד אע"פ דאין לו חייס.[972] והביאור הוא כנ"ל, דאיסורי עריות אינן תלויים בדיני יחוס אלא בעצם זה דיש להם קרבת שאר בשר.

אבל יותר נראה דכל זה דחל דיני שאר בשר בין עבד לבנו הוא רק בעבד הבא על השפחה והוליד בן. אבל עבד הבא על בת ישראל והוליד בן, התינוק אינו נחשב כבנו כלל, לא בדיני יחוס ולא בדיני שאר בשר. דכל היסוד הנ"ל דיש חלות שם שאר בשר בין עבד לבנו, הוא אך ורק היכא דהאב והאם הוו מאותו "מין" כמו עבד ושפחה. אבל אם יש "מין הבא על שאינו מינו" כמו עבד בבת ישראל שנולד להם בן, אזי אין דיני קורבה כלל וכלל בין העבד והבן ואין הבן קשור לאביו העבד אפי' בדיני שאר בשר. וכסמוכין ליסוד דאין קשר בין עבד לבנו מישראלית יש להביא מהמקרה ההפוך, דפשיטא דישראל הבא על השפחה ונולד לו בן דאין קשר כלל בין האב הישראל והבן. וכבר כתב המנ"ח במקרה כזה, וז"ל ודאי א"ח דלאו בנו הוא כלל כידוע וא"צ לכפול הדברים עכ"ל. ונראה דה"ה היכא דיש לעבד בן מישראלית. ולפי"ז הביאור שביארנו ברא"ש למה צריך היקש לאשה לפטור עבד ממילת בנו שייך רק לעבד הבא על שפחה ולא לעבד הבא על בת ישראל.

מנחת חינוך אות ח' ד"ה ולסברת המשנה למלך

א

פטור עבד במילה

ובהמשך המנ"ח הביא מהמשנה למלך (פרק י מהלכות מלכים הל"ז) דהא דעבד פטור ממצוות כאשה שייך רק לגבי מצוות עשה שהזז"ג. אבל אם היא פטורה ממצוה מסויימת

[971] ויש להעיר דיש דעות בראשונים דעבד חייב למול בנו. עיין בזה ביש מפרשים בבתוס' (בבא קמא פח. ד"ה שכן).

[972] עיי"ש דהמנ"ח דייק דהרמב"ם (פרק יד מהלכות איסו"ב הלי"א) נקט דאין איסורי עריות לעבד כלל, אבל רש"י (סנהדרין נח: ד"ה ולכלל ישראל) הבין דכשהעבד בעבדותו יש לו איסורי עריות כאשה אלא דלאחר שנשתחרר ונתגייר אזי אין לו קורבה מדין גר שנתגייר כקטן שנולד דמי (וגם עיין בזה בחידושי הר"ן שם).

מטעם אחר, אזי העבד חייב. ונ"מ למצוות כמו פרו ורבו והשחתת זקן דנשים פטורות מהן מטעמים דאינם קשורים לזמן גרמא דעבדים חייבים בהם. ולפי"ז המנ"ח דן בנוגע למילה דנחלקו הראשונים האם אשה פטורה מדין מצות עשה שהזז"ג או"ד מגזה"כ דאותו ולא אותה.

ונראה לבאר באופן קצת אחר מהמשנה למלך. דהיינו, דהיכא דפטור נשים במצוה תלוי בחפצא של זכרות ונקבות, כלומר בעצם גוף האשה, אזי אין הפטור דהאשה חל לעבד וכדברי המשנה למלך. אבל כל היכא דהפטור דנשים תלוי בחלות שם גברא דהאשה אזי הפטור חל בחלות שם גברא דהעבד. ופטורי אשה מגילוח הזקן וממצות פרו ורבו תלויים בחפצא דנקיבה דאשה.

ועיין בדברי הרמב"ם (פרק יב מהלכות עבודה זרה הל"ב) לגבי איסורי גילוח, וז"ל האשה שגלחה פאת ראש האיש או שנתגלחה פטורה שנאמר לא תקיפו פאת ראשכם ולא תשחית פאת זקנך כל שישנו בבל תשחית ישנו בבל תקיף ואשה שאינה בבל תשחית לפי שאין לה זקן אינה בבל תקיף, לפיכך העבדים הואיל ויש להם זקן אסורין בהקפה עכ"ל. כלומר, דהטעם דאשה אינה מצווה באיסורי גילוח אינו מפני חלות שם גברא דאשה המיוחדת שלה, אלא מפני דהיא נקיבה ואין בגוף שלה זקן ויש היקש בין בל תשחית לבל תקיף. ובגלל דהפטור תלוי בגוף האשה והעבד הוי זכר ממילא הוא חייב.

ובזה אף נראה לבאר את שיטת הרמב"ם (פרק ב מהלכות אישות הלכ"ה) בענין גדלות באנדרוגינוס וז"ל וטומטום ואנדרוגינוס שהיו בן שתים עשרה שנה ויום אחד הרי הן בחזקת גדולים והם שנדבר בהן בכל מקום עכ"ל. דמהרמב"ם משמע שבגיל י"ב ויום א' נעשו גדולים בתורת ודאי ולא בתורת ספק. וצ"ע דהרי אנדרוגינוס נחשב כספק זכר וספק נקבה לכל דבר ולמה לענין גדלות נעשה גדול בגיל י"ב בתורת ודאי כמו נקבה. והגר"ח זצ"ל ביאר דגדלות אינו תלוי בחלות שם איש ואשה בתורת גברא אלא בסימנים דזכרות ונקבות בחפצא. ומפני כך אנדרוגינוס בי"ב שנה החפצא של הסימנים מנקבותו נחשבים כסימנים כשרים ומשו"ה האנדרוגינוס נעשה גדול בתורת ודאי אע"פ דבתורת גברא הוא ספק זכר ספק נקבה.[973]

ולפי"ז אפשר לחזור לדיון של המנ"ח האם עבד פטור מלמול את בנו. דלפי המשנה למלך אם הפטור אשה במילת בנה נלמד מגזה"כ ולא מפאת זמן גרמא אזי עבד חייב. אבל לפי הנ"ל צריך לעיין האם הפטור דאשה במילה תלוי בזה שהיא חפצא דנקבה,

[973] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לסוכה (כח: בדיני טומטום ואנדרוגינוס, אות ג) וברשימות שיעורים לברכות (ב. בענין בית השמשות, אות ד).

וא"כ עבד יהא חייב במילת בנו מדהוי זכר, או"ד מפאת חלות שם אשה בתורת גברא וא"כ גם עבד יהא פטור כאשה וכנ"ל.

ב

מילה תלוי בגברא איש או באבר דזכרות

ויש לעיין בנוגע למילה עצמה האם חיוב המילה תלוי בחלות שם איש או אשה בתורת גברא או"ד בזכרות ונקבות בחפצא, כלומר דמי שיש לו אבר דזכרות חייב למולו. ולכאורה יש לתלות את זה במחלוקת התנאים בשבת (קלד:) האם מילת אנדרוגינוס דוחה שבת וז"ל ספק ואנדרוגינוס אין מחללין עליו את השבת, ורבי יהודה מתיר באנדרוגינוס עכ"ל. ובגמ' (קלו:) מבואר דלשאר דינים כמו ערכין גם רבי יהודה מודה דאנדרוגינוס נחשב לספק זכר ספק נקבה אלא דבמילה סובר שנחשב לזכר, וז"ל אמר רב שיזבי אמר רב חסדא לא לכל אמר רבי יהודה אנדרוגינוס זכר הוא וכו' ומאי שנא מילה, משום דכתיב המול לכם כל זכר עכ"ל. ורש"י פירש דכל זכר הוי ריבוי. ונראה לבאר דערכין תלוי בחלות שם איש או אשה בגברא ולכן אנדרוגינוס דינו כספק, אבל מילה תלוי בסימן דזכרות בחפצא ומכיון דיש לאנדרוגינוס סימן דזכרות בגופו הריהו חייב במילה בתורת ודאי ולכן מילתו דוחה שבת.

ונראה דנחלקו הראשונים בגדר חיוב מילה דאנדרוגינוס לדעת החכמים דסברי דאין מילת אנדרוגינוס דוחה שבת. דאיתא בגמ' (שם קלד:-קלה.) וז"ל תנו רבנן בערלתו, ערלתו ודאי דוחה את השבת ולא ספק דוחה את השבת, ערלתו ודאי דוחה את השבת, ולא אנדרוגינוס דוחה את השבת עכ"ל. ורש"י (ד"ה אנדרוגינוס) פירש דאנדרוגינוס הוי ספק כמו נולד בין השמשמות וז"ל אנדרוגינוס - ספק הוא, ונולד בין השמשות נמי ספק זמנו הוא ספק אינו זמנו עכ"ל. ויוצא מדברי רש"י דאנדרוגינוס לפי החכמים חייב במילה רק מספק. אבל התוס' (ד"ה ולא ספק) הביאו דעה דפשיטא דספק מילה אינו דוחה שבת והגזה"כ היא רק לאנדרוגינוס ולא לנולד בבין השמשות. וא"כ י"ל דלפי הדעה הזאת בתוס' אנדרוגינוס חייב במילה בתורת ודאי ואעפ"כ יש גזה"כ דמילתו אינו דוחה שבת. ויוצא דלפי"ז כל התנאים מודים דחיוב מילה תלוי בחפצא דזכרות ולא בחלות שם איש בגברא.[974]

מנחת חינוך אות י ד"ה ואם חציו עבד וחציו בן חורין

[974] ועיין ברשימות שיעורים לברכות (טז. ד"ה ת"ר הפועלים) דרבינו זצ"ל נקט שם דלפי הרמב"ם אנדרוגינוס חייב במילה רק מספק.

המנ"ח נסתפק האם חצי עבד וחצי בן חורין דהוליד בן עם ישראלית חייב במילת בנו. והוא תלה את הדין בספק הגמ' בגיטין (מג.) האם קידושין תופסין היכא דח"ע וחב"ח קידש בת חורין, דהיינו דאם קידושין תופסין אזי הבן מתייחס אחרי הח"ע וחב"ח וחייב למולו, אבל אם אין קידושין תופסין אזי אינו בנו ואינו חייב למולו. ולכאורה צ"ע טובא דמה הקשר בין תפיסת קידושין לבין זה שהבן מיוחס אחריו לחיוב מילה. הרי ברור דאין תפסית קידושין בין איש ואשה דחיובי כרת הם דוולדם ממזר, ואעפ"כ ברור דממזר מיוחס אחרי אביו והאב חייב במילת בנו. וא"כ למה בח"ע וחב"ח היחס בין האב לבין הבן תלוי באיבעיא דגמ' בנוגע לתפיסת קידושין.

וצ"ל כיסוד דביארנו בשיעורים לעיל (דף ו. בענין שפחה חרופה, אות ו) דהצד לומר דאין קידושין תופסין בח"ע וחב"ח אינו בגלל פסול בעלמא בקידושין אלא משום דהשם עבד מפקיע את היכולת שיהיה יחס בין עבד לבין אדם מישראל. ובזה ביאר הגר"ח זצ"ל למה הגמ' תולה את הדין דירושה בדין דקידושין. וא"כ מובן דאם אין קידושין תופסין בח"ע וחב"ח זאת אומרת דחלות השם עבד מפקיע את היחס בין הח"ע וחב"ח לבין אדם מישראל וגם בינו לבין בנו, ואזי הריהו פטור ממילת בנו. ולהרחבת היסוד הזה עיי"ש בשיעורים לעיל.

מנחת חינוך אות י ד"ה ואם ישראל יש לו בן מחציה

ואם ישראל בא על חצי שפחה וחצי בת חורין המנ"ח נקט דפשיטא דהוא חייב במילת בנו. דהרי אע"פ דיש ספק היכא דקידש ח"ע וחב"ח האם קידושין תופסין או לא, מ"מ פסקינן דקידושין תופסין בח"ש וחב"ח מדין שפחה חרופה אלא דחלות הקידושין שלה חלוק מחלות קידושין דעלמא כי אין בשפחה חרופה חיוב מיתה. ועיין בזה באריכות בשיעורים דלעיל (דף ו. בענין שפחה חרופה, אות א-ב). אבל מ"מ מכיון דלכל הפחות יש בודאי מקצת חלות קידושין, פשיטא דהשם שפחה שבה אינו מפקיע את היחס בין האב לצד הבן חורין שבבנו וממילא האב חייב למול אותו.

מנחת חינוך אות יב ד"ה וגם אפשר לומר וכו' אנחנו עם בנ"י איננו מצווים עליהם למול אותם

המנ"ח נסתפק האם בני ישראל מצווים לראות שבני קטורה יהיו נימולים. ובאמת יש לעיין באופן יותר כללי האם ב"ד של ישראל חייבים להשתדל שבני נח ישמרו את המצוות שלהם. והנה כתב הרמב"ם (פרק ח מהלכות מלכים הל"י) וז"ל משה רבינו לא הנחיל התורה והמצות אלא לישראל, שנאמר מורשה קהלת יעקב, ולכל הרוצה להתגייר משאר האומות, שנאמר ככם כגר, אבל מי שלא רצה אין כופין אותו לקבל תורה ומצות,

וכן צוה משה רבינו מפי הגבורה לכוף את כל באי העולם לקבל מצות שנצטוו בני נח, וכל מי שלא יקבל יהרג, והמקבל אותם הוא הנקרא גר תושב בכל מקום וצריך לקבל עליו בפני שלשה חברים, וכל המקבל עליו למול ועברו עליו שנים עשר חדש ולא מל הרי זה כמן האומות עכ"ל. הרי בהדיא דצוה משה רבינו שבנ"י חייבין לכוף כל בני נח לקבל שבע המצוות שלהם. ואין לומר דהרמב"ם מתכוון רק לומר דב"ד מענישים בני נח על אי - שמירת ז' המצוות, דהרי הרמב"ם השתמש בלשון "לקבל מצות" ולא הזכיר את העונש דמיתה על אי - שמירת הז' מצוות עד פרק ט'. אלא נראה בעליל שהב"ד דישראל חייב לכוף בני נח לכתחילה לשמור את המצוות שלהם. ויש לעיין במקור וגדר החיוב הזה, והאם החיוב הזה שייך גם למילת בני קטורה.

וי"ל דהחיוב על ב"ד לכוף את בני נח חל מדין כיבוש מלחמה. דהרי כל פרק ח' מהלכות מלכים ברמב"ם איירי בדיני כיבוש מלחמה, ובסוף הפרק הרמב"ם הוסיף את ההלכה הזאת. ומשמע מזה דכוונת הרמב"ם דכשיש בני נח דנכבשים תחת יד ישראל יש חיוב על הב"ד לכוף אותם לשמור את ז' המצוות. והמקור לזה הוא בספרי. דהרי איתא בדברים (פרק כ פסוקים י-יח) וז"ל כי תקרב אל עיר להלחם עליה וקראת אליה לשלום. והיה אם שלום תענך ופתחה לך והיה כל העם הנמצא בה יהיו לך למס ועבדוך. ואם לא תשלים עמך ועשתה עמך מלחמה וצרת עליה וכו' כן תעשה לכל הערים הרחקת ממך מאד אשר לא מערי הגוים האלה הנה. רק מערי העמים האלה אשר ה' אלקיך נתן לך נחלה לא תחיה כל נשמה. כי החרם תחרימם החתי והאמרי הכנעני והפרזי החוי והיבוסי כאשר צוך ה' אלקיך. למען אשר לא ילמדו אתכם לעשות ככל תועבתם אשר עשו לאלהיהם וחטאתם לה' אלקיכם עכ"ל. ועל הפסוק האחרון הספרי מעיר, וז"ל למען אשר לא ילמדו אתכם לעשות, מלמד שאם עושים תשובה אין נהרגים עכ"ל. והרמב"ם הבין דכוונת המדרש היא קבלת ז' מצוות דבני נח, דהיינו דבני נח דנכבשים תחת יד ישראל צריכים לקבל את המצוות האלו. וגם, הרמב"ם נקט שאפי' לפני המלחמה כשהתורה אומרת "אם שלום תענך" דחלק של השלום הוא קבלת ז' מצוות (כמו דמבואר בפרק ו מהלכות מלכים הל"א).

ולפי זה לכאורה אין ללמוד מדברי הרמב"ם בנוגע לז' מצוות דאנו מצווין לראות שבני קטורה יהיו נימולים. דהרי דברי הרמב"ם בהלכות מלכים דין מיוחד הוא בכיבוש מלחמה וז' מצוות בני נח דאינו קשור למצוות אחרות דחל על גויים כמו מילה דבני קטורה.

ועיין ברמב"ם בהלכות מילה (פרק א הל"ו) וז"ל לקח עבד גדול מן העכו"ם ולא רצה העבד למול מגלגלין עמו כל שנים עשר חדש, יתר על כן אסור לקיימו כשהוא ערל אלא חוזר ומוכרו לעכו"ם, ואם התנה עליו מתחלה והוא אצל רבו העכו"ם שלא ימול אותו מותר לקיימו והוא ערל, ובלבד שיקבל עליו שבע מצות שנצטוו בני נח ויהיה כגר תושב, אבל אם לא קיבל עליו שבע מצות יהרג מיד, ואין מקבלים גר תושב אלא בזמן שהיובל נוהג עכ"ל. והראב"ד השיג וז"ל ימכר מיד אין לנו עתה להרוג איש עכ"ל. וקצת צריך בירור בשיטת הרמב"ם ובהשגת הראב"ד. ועיין בכס"מ דביאר בדרך שלו.

ולכאורה נראה לבאר דנחלקו האם שייך הדין דכופין על ז' מצוות בזמן הזה כשאין חלות דין גר תושב. דהרי בהלכות מלכים הרמב"ם פסק דכופין כל מי שכבוש תחת יד ישראל להיות גר תושב. אבל מה הדין כשאין חלות דין גר תושב נוהג, האם יש דין נוסף דישראל יכול לכוף בן נח על ז' מצוות שלו. והרמב"ם בהלכות מילה נקט דאפי' בזה"ז כל ישראל חייב לכוף כל בן נח ברשותו לקיים הז' מצוות ואם הוא אינו מקבלם על עצמו אזי הוא חייב מיתה (אע"פ שבזמן הזה אי אפשר להרגו). אבל הראב"ד השיג דמכיון דאין חלות שם גר תושב בזה"ז לא חל דין כפייה על ז' המצוות דהא בהא תליא, ולכן אין לנו עתה להרוג איש, אלא דאם העבד אינו רוצה לקיים את ז' המצוות האדון הישראל צריך למכרו מיד. ולפי זה מובן למה הראב"ד השיג רק כאן בהלכות מילה ולא בהלכות מלכים דהרי הראב"ד שם מסכים עם הרמב"ם דבזמן דיש חלות שם גר תושב היכא דיד ישראל תקיפה חייב לכוף כל מי שנכבש תחת יד ישראל להיות גר תושב.

מנחת חינוך אות יב ד"ה ולענין מילת עבדיו

המנ"ח צידד לומר דבני קטורה פטורים מלמול עבדיהם, דהרי מבואר בגמ' דאין לגוי קנין הגוף בעבדים שלו. ולכאורה צ"ע דהרי ישראל דקנה גוי כעבד חייב למולו קודם גירותו אע"פ דאין לו חלות שם עבד כנעני ואין לישראל קנין הגוף בעבד עד המילה והטבילה. ובשלמא לפי מה דביארנו לעיל (מנחת חינוך אות ד' ד"ה והנה הר"מ פ"ה מקרבן פסח ה"ה) דמילת קנין כספו הוי חיוב כללי לגייר את העבד אזי אין זה שייך לבני קטורה. אמנם לפי המנ"ח עצמו לעיל (שם) הסובר דהחיוב למול עבדים חל מדין מצות מילה וא"כ מבואר דאפי' בלי קנין הגוף חל על האדון חיוב למול את העבד שלו. ולפי"ז ראוי לומר דאפי' בני קטורה חייבים למול עבדיהם אע"פ דאין להם קנין הגוף בעבדים שלהם. **וצ"ל** דהמנ"ח חילק בין קנין דבני קטורה בעבדים שלהם דמופקע מלהיות קנין הגוף לבין הקנין דישראל בעבד שלו, דאע"פ דאין לו קנין הגוף עכשיו מ"מ הקנין יכול להפוך

להיות קנין הגוף לאחר הגירות. ועצם זה דהקנין יכול להיות קנין הגוף מגדיר את העבד כמקנת כסף דישראל אפי' לפני הגירות והאדון איפוא חייב למולו.

מנחת חינוך אות יב ד"ה ובן קטורה אפשר דכשר למול

המנ"ח נתספק האם בני קטורה יכולים למול בנ"י. והביא (עיין במנ"ח לקמן אות כא) דנחלקו בזה האחרונים. דהטעם המלך התיר להם למול משום שהם בני מילה ואילו השאג"א חולק עליו מכיון שאינן חייבין בפריעה. ונראה לבאר ע"פ הגמ' בע"ז (כז.) דיש ב' מקורות דגוי פסול למול, וז"ל איתמר מנין למילה בעובד כוכבים שהיא פסולה דרו בר פפא משמיה דרב אמר ואתה את בריתי תשמור, ורבי יוחנן המול ימול, מאי בינייהו ערבי מהול וגבנוני מהול איכא בינייהו, מאן דאמר המול ימול איכא ומ"ד את בריתי תשמור ליכא, ולמאן דאמר המול ימול איכא והתנן קונם שאני נהנה מן הערלים מותר בערלי ישראל ואסור במולי עובדי כוכבים, אלמא אף על גב דמהילי כמאן דלא מהילי דמו וכו' אלא איכא בינייהו אשה, למ"ד ואתה את בריתי תשמור ליכא דאשה לאו בת מילה היא ולמ"ד המול ימול איכא דאשה כמאן דמהילא דמיא עכ"ל. ויוצא מהגמ' דגוי נימול נחשב כערל ע"פ דין בגלל הגיות שלו ואינו בגדר נימול.

ולפי"ז יש לעיין בבני קטורה. דהרי לפי המ"ד דהמקור דגוי פסול למול הוא מ"המול ימול" אזי נראה דסוף סוף בני קטורה גוים הם ונחשבים ע"פ דין כערלים בנוגע לישראל ולכן בן קטורה פסול כמו ערבי מהול.[975] אבל לפי הפסוק ואת בריתי תשמור יש להסתפק דאולי בן קטורה כשר למול ישראל, דהרי בני קטורה הם חלק של הברית עם ה' דנאמרה אצל אברהם אבינו. אמנם, יש לדחות דהרי אמרינן דמל ולא פרע כאילו לא מל ואע"פ דאברהם מל ולא פרע, כי ההל"מ חידשה את הדין דפריעה. ויתכן דכמו"כ י"ל דלאחר מתן תורה הברית עם ה' דנאמרה לאברהם שייך רק לבנ"י ולא לבני קטורה דהרי אין להם פריעה. ונראה דאפי' לפי הצד דבני קטורה חייבים בפריעה (עיין לעיל מנחת חינוך אות א' ד"ה הנה בודאי פריעה הוא מגוף המצוה, אות ב') מ"מ י"ל דבן קטורה אינו כשר למול ישראל משום דסוף כל סוף הריהו נכרי ואינו בן ברית.[976]

מנחת חינוך אות כא ד"ה ועיי"ש עוד בשאגת אריה

המנ"ח אף נסתפק בבן קטורה דמל ופרע ואח"כ בא להתגייר האם צריך הטפת דם ברית או לא. וצידד לומר דלפי השאגת אריה (סימן מט, עיין לעיל בשיעורים על מנחת חינוך אות

[975] וכן איתא בשאגת אריה (סימן מט). אבל עיין במשנה למלך (פרק י מהלכות מלכים הל"ז ד"ה הכלל) דהנודר מהמולים מותר בגוי מהול אבל אסור בבן קטורה דנימול.

[976] עיין בראב"ד בע"ז שם (ד"ה גבעוני מהול) דגם צידד לומר דבן קטורה אינו בן ברית וז"ל איכא למיחש לאסור דאין המילה שלהם משום ברית עכ"ל.

א' ד"ה הנה בודאי פריעה הוא מגוף המצוה) דבני קטורה חייבים במילה ולא בפריעה דצריך הטד"ב מכיון דכלפי החיוב שלו במילת ישראל הוא כערל דהרי פריעתו בגיותו לא היה חלק של ברית מילה. ונראה דאפי' אם בני קטורה חייבים במילה ובפריעה עדיין צריך הטד"ב לפי הרמב"ן (עיין לקמן במנחת חינוך אות יג) דמילת גירות אינו דין במצות מילה דעלמא אלא דהויא חלק של מעשה הגירות. ולפי"ז תמיד בעינן הטד"ב בגר בלי קשר למצות מילה דעלמא.

מנחת חינוך אות יב, ד"ה וזה פשוט דנכרי

המנ"ח נקט דפשיטא דגוי פסול למול בן קטורה. אבל לכאורה יש לעיין לפי המקורות בסוגיא דע"ז (כז.). דאם גוי פסול מלמול את ישראל מהפסוק המול ימול, אזי י"ל דזה אינו שייך לבני קטורה כלל דהרי גם בני קטורה לאחר מילתם נחשבים כערלים, וא"כ אין מקור לפסול גוי דעלמא במילת בן קטורה. אבל אם גוי פסול למול ישראל מהפסוק ואתה את בריתי תשמור, אזי י"ל דמכיון דאין לגוי דעלמא שום ברית עם ה' ויש לבני קטורה ברית מסויימת, דגוי פסול מלמול את בן קטורה, ודו"ק.

מנחת חינוך אות יג ד"ה והנה המצוה

בענין הטפת דם ברית

ישנן כמה שיטות בראשונים מתי צריכים להטיף הטפת דם ברית במי דצריך להמול אבל אין לו ערלה.

א

שיטת הבה"ג

התוס' (שבת קלה. ד"ה לא נחלקו) הביאו את שיטת בה"ג דגר שנתגייר כשהוא מהול צריך הטד"ב אבל ישראל דנולד מהול לא צריך. ויש לבאר את שיטתו בב' אופנים:

א) התוס' ביבמות (מז:) הביאו דעת בה"ג וז"ל כתב בה"ג דגר שנתגייר כשהוא מהול צריך להטיף ממנו דם ברית וקטן שנולד כשהוא מהול אין צריך להטיף וטעמא דקטן שלא היתה לו ערלה מעולם אין צריך אבל גר שהיתה לו ערלה ומילתו אינה מילה צריך להטיף דם ברית עכ"ל. ונראה לבאר דהתפקיד דהטד"ב הוא להסיר את הערלה. ולכן בישראל קטן דנולד מהול ואף פעם לא היה לו ערלה, אין צורך להטד"ב. מאידך לכל גוי יש חלות שם ערל, מכיון דכולם ערלי לב כדמבואר בגמ' ע"ז (כז.), ואע"פ דהמילה בגיותו הסיר את בשר הערלה בפועל, מ"מ עדיין יש לגוי חלות שם ערל ומשום כך גר שנתגייר כשהוא מהול צריך הטד"ב.

ב) הרמב"ן (מלחמות שבת נג: בדפי הרי"ף) ביאר את השיטה הזאת באופן אחר, וז"ל שכיון שאמר ר' יוסי שאינו גר ליכנס תחת כנפי השכינה אלא במילה וטבילה ולא גמרינן מאמהות אף זה אם אין מטיפין ממנו דם ברית במה יכנס תחת כנפי השכינה, הרי בטבילה בלבד אינו גר, ומילה ראשונה אינה כלום שלא נעשית כהלכתה ואע"פ שמל ערל הוא כדאי' בהדיא בפרק הערל, ולפי דעתי מברכין הם עליה שלא משום ספק ערלה הוצרכה אלא דם הברית הוא, ועל כך תיקנו במילת הגרים למול ולהטיף מפני המתגיירים כשהם נימולים עכ"ל. אליבא דהרמב"ן מילה דגרות מהווה חלק מעצם מעשי הגירות ואינו חל מדין מצות מילה דעלמא. ולכן הרמב"ן נקט דאפילו עכו"ם מהול צריך להטיף ממנו דם ברית בתורת מעשה הגירות דהמילה. ולפי"ז ביאר הרמב"ן את נוסח הברכה במילת הגר כדאיתא בגמ' (שבת קלז:) וז"ל והמברך אומר אשר קדשנו במצותיו וצונו למול את הגרים ולהטיף מהם דם ברית, שאילמלא דם ברית לא נתקיימו שמים וארץ שנאמר אם לא בריתי יומם ולילה חקות שמים וארץ לא שמתי ברוך אתה ה' כורת הברית עכ"ל. הברכה מדגישה שמילת הגר היא הטפת דם ברית, כלומר חלק מעצם מעשה הגירות וקבלת הברית. וכל זה במילת גירות. מאידך ישראל שנולד מהול אינו צריך הטד"ב דהרי אין לו חלות שם ערלה דצריך להסירה ולכן אינו חייב במצות מילה דעלמא.[977]

ונמצא דנחלקו הראשונים האם המילה דגירות הויא מעשה גירות או לא.[978] ולכאורה גם יש לתלות בחקירה הזאת את מחלוקת הראשונים האם מילת גירות זקוקה לב"ד של שלשה או לא. דיעויין בשלטי הגבורים (דף טו: בדפי הרי"ף דפוס וילנא למס' יבמות אות ב') המחייב טבילה בפני ג', ומאידך אם מל שלא בפני ג' ס"ל דהוי גר. ומאידך הנמוקי יוסף (שם) סובר שבין מילה ובין טבילה צריכין ב"ד של שלשה. וי"ל דהראשונים פליגי האם מילה הוי חלק מעצם מעשה הגירות או לא, שאם מילה מהוה עיקר מעשה הגירות צריך לעשותה בפני ב"ד, ואילו אם מילה אינה אלא הסרת המעכב של ערלות אפשר לעשותה שלא בפני ב"ד. אבל יש לדחות דאפי' אם מילה הויא ממעשי הגירות מ"מ

[977] יש להקשות דהא במילה דעלמא נמי מברכין ברכת להכניסו בבריתו של אברהם אבינו, ומשמע דחלק ממצות מילה דעלמא הוא גם הכניסה לברית, וא"כ יתחייב קטן הנולד מהול להטיף דם ברית כדי להכנס לברית בדומה לגר מהול המחוייב בהטפת דם ברית. ואפשר לומר דבגר מברכין להטיף ממנו דם ברית דמשמע דהטפת הדם מהווה מעשה גיור, ואילו בקטן מברכין רק להכניסו לבריתו של אברהם אבינו דמשמע דקאי על חלות המילה דהיינו להיותו בן ברית וזה חל ע"י הסרת הערלה.

[978] עיין לקמן (אות ד') דרבינו זצ"ל נקט דאם מילת גירות אינה חלק ממעשה גירות אזי היא קשורה למצות מילה דעלמא. וע"ע ברשימות שיעורים ליבמות (מה: קונטרס הגירות אות ז) דרבינו זצ"ל העלה צד שלישי - דמילת גירות אינה מצות מילה דעלמא וגם אינו מעשה גירות בעצם אלא דהערלה הויא מניעה לחלות הגירות, ומילה הוי בגדר של הסרת המונע.

אולי רק המעשה דגומר את הגירות ומביא את חלות הגיור צריך להעשות בפני ב"ד, דהיינו הטבילה.[979]

ב

גוי נולד מהול לפי הבה"ג

לפי הנ"ל יש לעיין אליבא דבה"ג בדין גוי דנולד מהול ועכשיו בא להתגייר. ולכאורה לפי ב' הביאורים הנ"ל בדעת הבה"ג מסתבר דהוא צריך הטפת דם ברית. דהרי לפי הרמב"ן הטפת דם ברית הויא ממעשי הגירות ובכן אי אפשר לדלגו אפי' אם אין לו ערלה כלל. וגם לפי התוס' י"ל דגוי דנולד מהול, אע"פ דאין לו בשר הערלה בפועל, מ"מ יש לו חלות שם ערל בגברא מצד גיותו ולכן צריך הטד"ב.

אבל מצינו ראשונים דנקטו דלפי הבה"ג גוי דנולד מהול אינו צריך הטפת דם ברית לכשנתגייר. דעיין ברא"ש (שבת פרק יא סימן ה') דהביא מר' שמשון דביאר בדעת הבה"ג דגוי דנולד מהול אין צריך להטיף דם ברית. וכן איתא בבעה"מ (שבת נד. בדפי הרי"ף). ובאמת מדברי התוס' ביבמות (מו:) משמע כזה דהרי חילקו בין קטן "שלא היתה לו ערלה מעולם" לבין גר "שהיתה לו ערלה". ורהיטת דבריהם משמע דגר שלא היתה לו ערלה מעולם לא צריך הטפת דם ברית. אך לפי הביאור שביארנו לעיל הסברא דהתוס' קשורה לחלות שם ערל בגברא דיש לכל גוי, ולכן אין לחלק בין גוי שנולד מהול לבין גוי שנולד עם ערלה אבל נימול כשהיה גוי.

ונראה דהראשונים האלו הבינו את שיטת הבה"ג באופן אחר. דסבורים דהטפת דם ברית חייבת להיות באבר דיש בו הערלה, דהרי פשיטא דהוצאת דם מהאצבע או ממקום אחר בגוף אינו נחשב לכלום. וא"כ אם אדם נולד עם ערלה ואז נימול, הוא צריך הטד"ב דהרי היה לו בשר הערלה ועדיין שייך לעשות בו הטד"ב. מאידך במי שנולד מהול, אף פעם לא היתה לו בשר הערלה וראש הגיד נחשב כמו האצבע שלו ואין שייך כלל לעשות בו הטד"ב. ומכיון דהטד"ב אינו שייך כלל בנולד מהול משו"ה גם גוי דנולד מהול יכול לדלג על המילה והטד"ב לגמרי בגירותו. והביאור הזה משמע מדברי התוס' דהרי מיד אחרי דכתבו דגר שנתגייר כשהוא מהול צריך להטיף דם ברית מחמת שהיתה לו ערלה, התוס' הוסיפו, וז"ל ומיהו אם נכרת לו כל הגיד ובא להתגייר אין דומה שמילתו מעכבתו מלהתגייר עכ"ל. והסברא הוא דאם נכרת לו כל הגיד אזי בפועל אין לו מקום הערלה ואין שייך לעשות הטד"ב כלל. וגירותו חלה בטבילה בלבד כמו באשה שאין לה גיד.

[979] וע"ע בזה ברשימות שיעורים ליבמות (מה: קונטרס בענין גירות אות ז).

ג

שיטת הרמב"ם

הרמב"ם (פרק א מהלכות מילה הל"ז) פסק דישראל נולד מהול וגם גר שבא להתגייר מהול שניהם צריכים הטד"ב, וז"ל גר שנכנס לקהל ישראל חייב מילה תחלה, ואם מל כשהיה עכו"ם צריך להטיף ממנו דם ברית ביום שנתגייר, וכן קטן שנולד כשהוא מהול צריך להטיף ממנו דם ברית ביום השמיני עכ"ל. אמנם הרמב"ם ג"כ פסק (פרק ג מהלכות מילה הל"ו) דאין מברכים על הטד"ב, וז"ל גר שמל קודם שנתגייר וקטן שנולד כשהוא מהול כשמטיפין ממנו דם ברית אינן צריכין ברכה עכ"ל. ולכאורה מזה דבשתי ההלכות הרמב"ם כלל ישראל נולד מהול ביחד עם גר שבא להתגייר מהול, נראה דהוא חולק על הרמב"ן דהטד"ב דגר הויא אחד ממעשי הגרות. דלפי הרמב"ן אין קשר בין החיוב דהטד"ב בגר מהול לבין החיוב דהטד"ב בישראל נולד מהול ולא היה לרמב"ם לכוללם ביחד.

אלא נראה דלפי הרמב"ם הטד"ב דגר קשור למצות מילה דעלמא. וכן נראה מזה דהביא הדין דמילת גר בהלכות מילה ולא פסק אותו רק באיסורי ביאה בהלכות גרות. וכמו"כ יש לדייק זה מלשון הרמב"ם דגר דנכנס לקהל "חייב מילה תחלה" ומשמע דמילה הויא המצוה הראשונה דהגר מקיים ואינה רק מעשה גירות דאינה קשורה למצוות מילה. ויוצא דלפי הרמב"ם מצוות מילה דעלמא שייך בישראל נולד מהול וגם בגר שבא להתגייר מהול. והביאור בזה הוא דגדר דמצוות מילה היא הסרת הערלה ובשני המקרים האלו יש ערלה מסויימת דצריך להסיר. בישראל נולד מהול יש חשש של ערלה כבושה דמחילה חלות שם ערל על התינוק.[980] ובגר דבא להתגייר מהול, אין חשש לערלה כבושה אבל עצם גיותו גורמת לחלות שם ערל בגברא. ולכן הם צריכים הטד"ב כדי להסיר את השם ערל והוי קיום מצות מילה. אבל אע"פ דיש קיום מצות מילה בעלמא מ"מ אין מברכים על הטד"ב מכיון דאינה המצוה בשלמותה, והרמב"ם נקט דמברכים דוקא על מצוה שלימה.[981]

ולפי"ז אף נראה לבאר את פסק הרמב"ם (פרק ב מהלכות מילה הל"א) בדין ישראל דנימול ע"י גוי וז"ל הכל כשרין למול ואפילו ערל ועבד ואשה וקטן מלין במקום שאין שם איש, אבל עכו"ם לא ימול כלל ואם מל אינו צריך לחזור ולמול שנייה עכ"ל. ופשטות כוונת הרמב"ם ד"אינו צריך לחזור ולמול שנייה" הוא דלא צריך אפי' הטד"ב. וכן הבין הטור

[980] והשווה לדברי הכס"מ (פרק א הל"ז, פרק ג הל"ו) דנולד מהול צריך מילה מפני חשש דערלה כבושה.
[981] וע"ע בזה ברשימות שיעורים ליבמות (מה: קונטרס בענין גירות, אות ח').

(ריש סי' רסד) בשיטת הרמב"ם. ואע"פ דהבית יוסף כתב דאפשר לפרש דברי הרמב"ם דאינו צריך מילה שנייה אבל הוא עדיין צריך הטד"ב מישראל כשר, נראה דזה אינו הפירוש הפשוט בדברי הרמב"ם. ולפי שיטת הטור בדעת הרמב"ם לכאורה צ"ב, למה ישראל דנולד מהול וגוי מהול דבא להתגייר צריכים הטד"ב, לעומת ישראל דנימול ע"י גוי דאינו צריך הטד"ב.

ולפי הנ"ל נראה לבאר דישראל הנולד מהול וגר דבא להתגייר מהול יש להם שם ערל ולכן צריכים הטד"ב להסיר את השם ערל ולקיים במקצת מצות מילה. אבל ישראל דנולד עם ערלה ואז גוי מל אותו, אין לו ערלה כלל דהרי בודאי אין לו ערלה כבושה וגם אינו גוי כדי לומר דיש לו בעצם שם ערל בגברא. ולכן אין טעם להצריך הטד"ב.

אך לכאורה קשה על כל הביאור הזה מהלכה מפורשת בהלכות תרומות (פרק ז הל"י) וז"ל כהן ערל אסור לאכול בתרומה מדין תורה וכו' הנולד מהול אוכל בתרומה והטומטום אינו אוכל מפני שהוא ספק ערל, ואנדרוגינוס מל ואוכל עכ"ל. ואם נולד מהול צריך הטד"ב מדין מצות מילה דעלמא ובגלל דיש לו שם ערלה מצד חשש לערלה כבושה, אינו מובן כלל למה מותר לו לאכול בתרומה.

ומפני פסק הרמב"ם דנולד מהול אוכל בתרומה הגר"ח זצ"ל ביאר את שיטת הרמב"ם באופן אחר.[982] דהיינו דנולד מהול אין לו שם ערלה כלל, ומ"מ הוא עדיין צריך הטד"ב משום דהטד"ב אינה חלק ממצות מילה אלא דמהווה חלות קיום מצוה בפני עצמה ושייך אפי' כשאין לו ערלה. דהרי בצווי דהקב"ה אל אברהם כלול ב' חלקים שונים: א) ואתה את בריתי תשמר, ב) המול לכם כל זכר. והפסוק דהמול לכם כל זכר מלמד על מצות מילה, אבל הפסוק הקודם "בריתי תשמור" מורה דיש דין אחר של הטד"ב. ואפי' אם יש אדם דאין לו ערלה ולכן מצות מילה אינה שייכת לו, מ"מ הוא עדיין מחוייב במצות את בריתי תשמור, דהיינו הטד"ב. ולפי דברי הגר"ח זצ"ל ניתן לבאר הטעם דתיקנו ב' ברכות במילה דעלמא, אקב"ו על המילה מחמת מצות המילה, וברכת להכניסו לבריתו של אברהם אבינו בגלל המצוה של את בריתי תשמור.[983] והגר"מ זצ"ל פעם הזכיר שאביו הגר"ח זצ"ל לא הבין למה הראשונים דמנו את המצוות לא מנו ב' מצוות נפרדות מצות המילה, והמצוה של הטד"ב הנלמד מ"את בריתי תשמור", וצ"ע.

ויש להעיר, דאע"פ דדברי הגר"ח זצ"ל הם כפתור ופרח בפסקי הרמב"ם בנוגע לנולד מהול, מ"מ עדיין יש להקשות מההלכה של ישראל דנימול ע"י גוי, דכבר הבאנו

[982] וע"ע בזה בחידושי הגר"ח על הש"ס (ע"ז כז. בענין מילת אשה עבד ונכרי, וב"ק פח. בענין מה לאשה שכן אינה במילה) וגם בחזון יחזקאל תוספתא שבת (טז:ז).

[983] ולכן קצת צ"ע דא"כ למה לפי הרמב"ם לא מברכים על הטד"ב.

דהפשטות בכוונת הרמב"ם היא דלא צריך הטד"ב. ואם באמת יש כאן מצוה חדשה של הטד"ב דשייך אפי' למי דבודאי אין לו ערלה, צ"ב למה נימול ע"י גוי לא צריך הטד"ב. ואולי יש לדחוק דהגר"ח זצ"ל ביאר את הרמב"ם כמו הבית יוסף, דהיינו דגם ישראל דנימול ע"י גוי צריך הטד"ב.

והגר"ח זצ"ל עצמו ביאר דאע"פ דבעינן בר חיובא להיות המוהל בנוגע למצות המול תמול, מ"מ לא צריך בר חיובא בנוגע למצות ואת בריתי תשמור. ולכן ישראל דנימול מעכו"ם לא צריך לעשות מעשה נוסף, דהרי המילה עצמה כבר נעשתה בפסול והוי מעוות לא יכול לתקון, והטד"ב כבר קיים ע"י מילת הנכרי. ואע"פ דלפי דברי הגר"ח זצ"ל שיטת הרמב"ם כפתור ופרח, מ"מ דברי הגר"ח עצמם מאד קשים. דהרי אינו מסתבר דמעשה גוי מהני למצות ואת בריתי תשמור דקאי על כניסה לברית עם הקב"ה ע"י הטד"ב.

ונראה דקיימת נ"מ למעשה מדברי הגר"ח זצ"ל בגדר יסוד הדין דהטד"ב, דאין להשתמש במגן קלאמפ דמפסיק את הזרמת הדם למקום המילה ומונע את יציאת הדם בחתיכת הערלה. דהרי הטד"ב הויא מצוה בפני עצמה ואע"פ דהמוהל חותך את הערלה ומקיים את מצות מילה מ"מ חסרה מצות ואת בריתי תשמור אם אין דם. אבל לפי הביאור הראשון שביארנו לעיל דהטד"ב הויא דין בהסרת השם ערל ומצות מילה דעלמא, אזי י"ל דאם סוף כל סוף המוהל הסיר את הערלה אין צורך שדם יצא בפועל.[984]

ד

שיטת הרמ"א בחילוק בין מילה בלילה לבין מילה תוך ח'

ועיין ברמ"א (סימן רסב סעיף א) וז"ל עבר ומל בלילה צריך לחזור ולהטיף ממנו דם ברית. (ב"י ממשנה שם והגה' מיי'). מלו תוך ח' וביום, יצא עכ"ל. והנושאי כלים תמהו עליו מהי הסברא לחלק בין מל בלילה לבין מל תוך ח'. והגר"ח זצ"ל ביאר[985] לפי דרכו דיש לחלק בין מצות המילה ומצות הטד"ב. דהרי מצות מילה צ"ל ביום ח' בדוקא וגם ביום. אבל מצות הטד"ב, אע"פ דצריך להיות ביום ולא בלילה מהגזה"כ ד"ביום", מ"מ אין מקור דצריך להיות דוקא ביום ח'. ויוצא דמי שמל תוך ח', הפסיד את מצות המילה אבל קיים את מצות הטד"ב ולכן לא צריך עוד הטד"ב ביום ח'. אמנם מי שנימול בלילה, הפסיד את ב' המצוות ולכן צריך לתקן לכל הפחות המצוה ד"את בריתי תשמור" ע"י הטד"ב.

[984] והשווה לדברי האגרות משה (יו"ד חלק ב סימן קיט) וז"ל הנה בדבר מילה במכשיר כזה שאינו יוצא דם כלל, פשוט שאין למול בו דהטפת דם הוא ג"כ מדיני המצוה דמילה וכו' עכ"ל.

[985] וכן מובא בחזון יחזקאל שם.

ועוד נראה לבאר דחלוק דין מילה בתוך ח' מדין מילה בלילה. דמילה בלילה מופקע לגמרי והויא מילה פסולה ולכן עדיין יש לתינוק חלות שם ערל וצריך הטד"ב. אבל מילה תוך ח', אע"פ דהאב לא היה מחוייב למול, מ"מ יש קיום מצוה דמילה ולכן לא צריך הטד"ב אח"כ.

ויש לדון האם הנקודה הזאת - דיש קיום מצות מילה תוך ח' - באמת נכונה. ועיין במשנה (שבת קלז.) וז"ל מי שהיו לו שני תינוקות, אחד למול אחר השבת ואחד למול בשבת ושכח ומל את של אחר השבת בשבת חייב עכ"ל. ויוצא דאם אדם מל תינוק בן ז' ימים בשבת הוא חייב חטאת לכו"ע, אע"פ דיש דעה אחת בתנאים דטועה בדבר מצוה פטור. ורש"י (ד"ה שהוא חייב) ביאר וז"ל דאף על גב דטריד במצוה וטעה בה, כיון דלאו מצוה, שעדיין לא הגיע זמנו למול חייב עכ"ל. וא"כ משמע שלא כדברינו לעיל, אלא דאין קיום מצוה כלל במילה תוך ח'.[986] אבל יש לדחות דכל הדין דטעה בדבר מצוה פטור מחטאת שייך רק היכא דיש חיוב מצוה. ולזה רש"י התכוון כשכתב "כיון דלאו מצוה". וא"כ עדיין אפשר לטעון דבמילה תוך שמונה יש קיום מצות מילה אלא דמכיון דאין כאן חיוב מילה ממילא אין לו פטור דטועה בדבר מצוה.

אמנם יש להקשות על הפירוש הנ"ל דיש קיום מצוה תוך ח' מספיקת הגמ' ריש פרק הערל, וז"ל בעי רב חמא בר עוקבא קטן ערל מהו לסוכו בשמן של תרומה, ערלות שלא בזמנה מעכבא או לא מעכבא עכ"ל. ולכאורה לפי הביאור שביארנו ברמ"א דיש קיום מצוה במילה תוך ח', אזי אין מקום לספיקת דרב חמא בר עוקבא דהרי אם יש קיום מצוה תוך ח' ברור דיש חלות שם ערלה ע"פ דין ואסור לסוכו בשמן של תרומה.[987] וצ"ל דהרמ"א חילק בין המציאות דהערלה בנוגע לברית מילה לבין החלות שם ערל בגברא דפוסל אותו לענין אכילת תרומה. כלומר, דחלות שם ברית מילה וקיום מצות מילה תלוי במציאות דהערלה דקיים משעת הלידה, ולכן יש למילה תוך זמנו קיום מצות מילה. משא"כ חלות שם ערל בגברא דפוסל אותו מתרומה אינו תלוי במציאות דהערלה אלא במי שחייב להיות נימול במצוה[988] ואינו נימול, דרק אז חל עליו שם ערל בגברא. ומכיון דאין חובת מצוה להמול עד יום ח', משו"ה לפי צד אחד בגמ' אין לו חלות שם ערל בגברא תוך זמנו ומותר לסוכו בתרומה, אע"פ דאם האב היה מל אותו תוך זמנו היה חל קיום מצוה. ובזה גם אפשר להבין את שיטת ר"ת דמתו אחיו מחמת מילה מותר

[986] וכן הקשה השאג"א (סימן נב) על הרמ"א.

[987] וזה יותר קשה לפי הרמב"ם (פרק יא מהלכות תרומות הל"ז) דפסק כצד בגמ' דמותר לסוכו בשמן של תרומה וא"כ לכאורה בודאי אין לו שם ערלה ע"פ דין לפני ח' ימים.

[988] ע"י אביו או ע"י ב"ד.

לאכול בתרומה דהרי ע"פ דין אין לו חובת מצוה להיות נימול ולכן אין לו חלות שם ערל בגברא.

ולפי זה לכאורה ניתן להסיק כמו המנ"ח (ריש מצוה יז) דלפי ר"ת דמתו אחיו מחמת מילה מותר לאכול בתרומה, כמו"כ מותר לסתם ערל לאכול תרומה בלילה. דהרי סוף כל סוף הוא נמנע ע"פ דין מלמול וחסר לו השם ערלה בגברא. אבל מ"מ נראה דזה אינו, דמכיון דהיתה לו האפשרות באיזה זמן מסויים כל שהיא להמול חל עליו שם ערל בגברא דאינו נפקע ממנו עד דנימול, אפי' בלילה כשאין לו היכולת להמול. וזה שונה ממתו אחיו מחמת מילה או תינוק תוך זמנו דלא היתה לו האפשרות להמול כלל ולכן אין לו שם ערל בגברא.[989]

מנחת חינוך אות יד, ד"ה והנה גוי פסול למול

איתא בגמ' (עבודה זרה כז.) דגוי פסול למול. והמנ"ח הביא דעת הכרתי ופלתי (סימן כח סק"ג) דאבי הבן צריך למנות המוהל להיות שלוחו למול, אבל אינו יכול סתם לכבד אדם אחר להיות המוהל בלי חלות מינוי שליחות. והמנ"ח הקשה על הכו"פ דלפי דבריו למה צריך גזה"כ דגוי פסול למול, דהרי למילה בעינן שימול או האב עצמו או שלוחו ומכיון דאין שליחות לעכו"ם פשיטא דגוי אינו יכול למול. וא"כ אין צורך לגזה"כ מיוחדת לפסול גוי ממילה.

וי"ל דיש נ"מ גדולה בנוגע לכשרות המילה עצמה. דהרי אם כל הפסול דעכו"ם הוי מפאת דאין שליחות לעכו"ם אזי אם גוי מל, אבי הבן לא מקיים מצוותו אבל המילה עצמה כשרה. אמנם עכשיו דיש גזה"כ דנכרי פסול להיות מוהל, אזי יש פסול בעצם המילה.[990] ונ"מ הוא למה דייסדנו לעיל (מנחת חינוך אות ד' ד"ה ואני מסופק אם הגדיל וכו' בענין חיובי האב בבנו גדול) דאפי' אם חיוב האב הוא לעשות עצם מעשה המילה בבנו, החיוב דהבן עצמו כשנעשה גדול הוא לגרום תוצאת המילה. ובלי הגזה"כ דגוי פסול למול הוה אמינא דאע"פ דהאב אינו יכול למנות את הגוי כשליח, מ"מ הבן עצמו לכשיגדל יכול לבקש מהגוי למולו. ולכן באה הגזה"כ דגוי פסול למול ללמד דיש פגם במילה עצמה, וגם הבן עצמו דחייב כשנעשה גדול לגרום לתוצאת המילה, אינו יכול לבקש מגוי לעשות המילה.

מנחת חינוך אות יד, ד"ה ונראה פשוט

[989] ועוד י"ל כנ"ל בשיעורים דבלילה יש חיוב מצוה למול אלא דמעשה המצוה פסולה משא"כ במתו אחיו מחמת מילה ותוך ח' דליכא חובת מצות מילה כלל.

[990] ויש להעיר דלקמן (מנחת חינוך אות יג) רבינו זצ"ל הבין ברמב"ם דאם ישראל נימול מגוי דאינו צריך הטד"ב.

המנ"ח פסק דמי שרוצה לגייר יכול למול את עצמו דאמרינן דמילתו וגירותו באין כאחת. ולכאורה צ"ע דהרי המל ולא פרע כאילו לא מל והגירות חלה רק בשעת הפריעה ונמצא דבשעת המילה היה עדיין גוי. ואולי המנ"ח התכוון דבזמן הזה דעושים את המילה והפריעה בבת אחת אזי מילתו וגירותו באין כאחת. והמנ"ח פסק דכשגר מל את עצמו אזי הוא מברך לאחר המילה כמו דעושים בטבילה, מפני דלפני כן הגברא לא חזי כדאיתא בגמ' (פסחים ז: ותוד"ה על הטבילה).

בגירות דעלמא הגר מברך את ברכת הטבילה לאחר הטבילה דהרי לפני כן גברא לא חזי. ויש לעיין בגר קטן דנטבל על דעת ב"ד דהב"ד מברכין את הברכה על הטבילה בעבורו, מתי הם מברכים את הברכה. די"ל דמברכין עובר לעשייתן כמו בשאר מצוות דעלמא. אמנם עדיין יש לדחות זה דהרי יש להקשות למה המוהל מברך על מילת הגר דהרי המילה לכאורה לא עשתה שום דבר דהרי הגירות חלה רק לאחר הטבילה. ונראה דמוכח מכאן כיסוד שביארנו לעיל (עיין בפתיחה למסכת אות א') דמברכים על מעשה מצוה דיש בו חלות אפי' בלי קיום המצוה. ולכן מכיון דמעשה המילה הויא מעשה מצוה וגורם לחלות שם נימול בגברא דמאפשר לו לטבול ולגמור את הגירות מברכים על המילה. וכמו"כ י"ל דכשב"ד מברכין על טבילת גר קטן הברכה אינה ברכת המצוה דעלמא אלא ברכה על חלות הגירות. וא"כ יתכן דעדיף לברך אחרי הטבילה כשחלות הגירות כבר חלה עליו.

מנחת חינוך אות טז, ד"ה וכל המילות

והנה המנ"ח דייק מהגמ' (שבת קלז.) דמילה שלא בזמנה שנעשה באיסור בשבת מ"מ יצא ידי המצוה ואינו צריך הטד"ב. והקשה דהרי המוהל נעשה רשע ולפי כמה פוסקים אם רשע מל צריך הטד"ב, וא"כ מדוע אמרינן שמי שמל בשבת אינו צריך הטד"ב. וזה דומה לקושיית הראשונים בחולין (יד.) על הדין דהשוחט בשבת שחיטתו כשירה דהרי דינו כעכו"ם ושחיטתו פסולה. ועיי"ש בפירוש המשנה דהרמב"ם (פרק א משנה א) דתירץ דהמשנה איירי דשחט בשוגג ולכן אין דינו כעכו"ם. ולפי"ז נראה לתרץ קושיית המנ"ח בפשיטות דהרי הגמ' בשבת איירי בטעה ומל את התינוק שלא בזמנו בשבת בשוגג ולכן אין טעם לומר דהמוהל רשע והמילה פסולה.

ובסוף דבריו המנ"ח צידד לומר דאם מצוה הבאה בעבירה פסול מדאורייתא אזי י"ל דהמילה פסולה וצריך הטד"ב, ונשאר בצ"ע. וכאן לכאורה אין לתרץ כנ"ל דשוגג שאני, דהרי נראה דמי שגזל לולב בשוגג ונטלו בסוכות לא קיים המצוה מחמת הפסול דמה"ב. ברם נראה דיש לדחות דברי המנ"ח מטעם אחר. דהרי הגר"ח זצ"ל ביאר דמצוה הבאה

בעבירה שייך רק היכא דאדם משתמש בחפצא של עבירה כחפצא של מצוה, כמו לולב הגזול וכדומה.

דהרי בירושלמי במס' שבת (פרק האורג הלכה ג') על ההלכה של מי שקרע על מתו בשבת יוצא ידי מצות קריעה אע"פ שהוא חייב מיתה מפני שחלל את השבת, מקשה, למה יוצא, ומ"ש מהאוכל מצה גזולה בפסח שאינו יוצא ידי מצות אכילת מצה. והירושלמי מתרצת וז"ל תמן גופא עבירה, ברם הכא הוא עבד עבירה, כך אני אומר הוציא מצה מרה"י לרה"ר אינו יוצא בה ידי חובתו בפסח (בלשון תמיה), עכ"ל.

הירושלמי הניח את היסוד להבנת כל הענין של מצוה הבאה בעבירה. עבירה בעת המצוה אינו יסוד דין זה. חטא בבת אחת עם עשיית המצוה אינו פוסל את המצוה. רק החפצא הגזול דהוא גופא עבירה הוא פסול למצוה. החפצא של גזלה מהווה חפצא של עבירה ולפיכך הוא פסול למצוה, אבל הקורע באיסור בשבת על מתו והאוכל מצה אגב הוצאה מרשות לרשות בשבת יוצאים ידי חובתם מפני שאין החפצא חפצא של עבירה.

ונראה, שאין ספק שהרמב"ם קיבל את שיטת הירושלמי שהדין של מה"ב תלוי בחלות השם של גזול בחפצא של המצוה, ולא בעברה שנעשתה בשעת עשיית המצוה. דכתב הרמב"ם (פרק א מהלכות שופר הל"ג) וז"ל שופר הגזול שתקע בו יצא שאין המצוה אלא בשמיעת הקול אע"פ שלא נגע בו ולא הגביהו השומע יצא ואין בקול דין גזל עכ"ל. הרמב"ם פוסק שאדם יוצא ידי תקיעת שופר בשופר הגזול. טעמו הוא שהחפצא של מצות שופר אינו השופר עצמו אלא הקול, הרי מצות שופר אינה התקיעה אלא השמיעה, לפיכך הקול של השופר הוא החפצא של המצוה, וקול איננו גזול. השם של גזול בחפצא של השופר אינו פוסל את שמיעת הקול, ואע"פ שבעת שמיעת השופר הוא עושה את מעשה העברה של גזלה ע"י הגבהתו - אינה פוסלת את המצוה. עבירה בשעת עשיית המצוה אינה פוסלת. יוצא שהרמב"ם סובר כשיטת הירושלמי בקורע על מתו בשבת.[991]

ולפי"ז ברור דאין פסול דמצוה הבאה בעבירה במילה שלא בזמנה בשבת, דהרי אין כאן חפצא של עבירה כלל.

מנחת חינוך אות טז, בא"ד ומומר שמל מבואר בשו"ע וכו' דהוי כגוי וצריך להטיף דם ברית

איתא ברמ"א (סימן רסד סעיף א) דמומר פסול למול וז"ל אבל עובד כוכבים אפילו הוא מהול לא ימול כלל וכו' מומר לכל התורה כולה או שהוא מומר לערלות דינו כעובד

[991] וע"ע בכל זה ברשימות שיעורים לסוכה (כט: בענין מצוה הבאה בעבירה), לב"ק (סז. בענין מצוה הבאה בעבירה, אות ד), ולברכות (מה. ד"ה אכל טבל, אות א).

כוכבים עכ"ל. והגרעק"א זצ"ל הקשה עליו דזה נגד דברי התוס' (ע"ז כז. ד"ה איכא בינייהו). דהרי הבאנו לעיל דבגמ' יש ב' מקורות לדין דנכרי פסול למול, וז"ל איתמר מנין למילה בעובד כוכבים שהיא פסולה, דרו בר פפא משמיה דרב אמר ואתה את בריתי תשמור, ורבי יוחנן המול ימול עכ"ל. והתוס' הקשו דלמה לא נאמר דאיכא בינייהו מומר, וז"ל תימה אמאי לא אמר איכא בינייהו מומר לערלות דלמ"ד ואתה את בריתי ליכא שאינו בכלל לשמור כדאמרינן פרק השולח (גיטין מה.) דישראל מומר לאו בר קשירה כאותה שהבאתי לעיל מפני שאינו חפץ לקשור ה"נ נימא שאינו בר מילה כיון שאינו חפץ לימול ולמ"ד המול ימול איכא דאמרי לעיל אע"ג דלא מהילי כמאן דמהילי דמו עכ"ל. והר"י תירץ דאפי' למ"ד דהמוהל צריך להיות בר שמירת ברית עדיין מומר לערלות הוי בכלל ואת בריתי תשמור וז"ל ואור"י דמומר לערלות מיהו בר שמירת ברית הוא אלא שאינו חפץ אבל מיהו בר שמירת ברית הוא אם יחפוץ ובגיטין גבי קשירה הכי קאמר כל שאינו בקשירה כלומר שאינו מקיים מצות וקשרתם אינו בכלל וכתבתם וזה מבטל מצות קשירה מעליו עכ"ל. ולכאורה דברי הר"י צ"ב דמאי שנא בר שמירת ברית מבר קשירה.

ונראה לבאר ע"פ דברי הרמב"ם (פרק א מהלכות תפילין הלי"ג) בנוגע למומר בכתיבת סת"ם וז"ל ספר תורה תפילין ומזוזות שכתבן אפיקורוס ישרפו, כתבן כותי או ישראל מומר או מוסר ביד אנס או עבד או אשה או קטן הרי אלו פסולין ויגנזו שנאמר וקשרתם וכתבתם כל שמוזהר על הקשירה ומאמין בה הוא שכותב עכ"ל. הרי הרמב"ם הדגיש דכדי להיות בר קשירה לכתוב סת"ם צריך להיות "מאמין בה" ולכן מומר אינו בכלל בר קשירה. ומסתבר דכדי לכתוב חפצא של קדושה צריך להאמין דיש בה קדושה. אבל כדי להיות בר שמירת ברית לא צריך להאמין או לקיים את המצוה אלא רק להיות מוזהר ע"פ דין במצות מילה. ולכן הר"י נקט דלכו"ע מומר כשר למילה.

והגרעק"א זצ"ל הקשה על הרמ"א דלפי התוס' כל האמוראים סבורים דמומר כשר למילה שלא כפסק הרמ"א. והגרעק"א זצ"ל הוסיף דאפי' לפי ההו"א בתוס' שמומר במילה מחלוקת האמוראים, מ"מ אנו פוסקים דאשה כשרה בדיעבד למילה כמ"ד דהמול ימול הוא המקור למעט נכרי. ולפי המקור הזה יוצא דמומר כשר למילה דהרי אפי' אם נאמר דאינו בר שמירת ברית מ"מ ישראל הוא וכמהול דמי.

מנחת חינוך אות יז, ד"ה והנה כל הספיקות

איתא בגמ' (קלד:-קלה.) וז"ל תנו רבנן בערלתו, ערלתו ודאי דוחה את השבת ולא ספק דוחה את השבת, ערלתו ודאי דוחה את השבת ולא אנדרוגינוס דוחה את השבת עכ"ל.

והתוס' (ד"ה ולא ספק) הקשו דלמה בעינן לימוד דאין ספק מילה דוחה שבת, הרי לכאורה זה סברא פשוטה. ועיין במנ"ח דתירץ דלולי גזה"כ למעט הספיקות המל בשבת היה חייב אשם תלוי כדין ספק איסור דאורייתא, ולכן באה גזה"כ ומלמד שספק מילה אינו דוחה את השבת מדין ודאי והמוהל איפוא חייב חטאת.

אמנם נראה דיש לדחות דאפי' בלי גזה"כ לכאורה לא היה אשם תלוי במקרה דידן. דהרי הרמב"ם (פרק ח מהלכות שגגות הל"ב) פסק דרק היכא דאיקבע איסורא חייב להביא אשם תלוי, וכגון שהיו לפניו ב' חתיכות אחת של חלב ואחת של שומן ואכל אחת מהן ואינו יודע איזה מהן אכל. אבל היכא דיש חתיכה אחת דהויא ספק חלב ספק שומן אין שם אשם תלוי. והגדר דאיקבע איסורא הוא דלידת הספק הויא במעשה הגברא. דהיינו, דלא מספקינן דיש לפנינו איסור ודאי וקבוע אלא דהספק מתחיל עם הגברא האם אכל את החלב או את השומן. אבל כל היכא דנקודת הספק הויא בחפצא, כלומר דמספקינן בחתיכה אחת האם הויא שומן או חלב אזי לא הויא איקבע איסורא ואין בזה אשם תלוי.

ולפי"ז יוצא דבנולד בין השמשות וכדומה דמספקינן האם שבת הויא זמן מילה או לא, לידת הספק הויא בחפצא דתינוק ולא במעשה המילה דהגברא. וא"כ לפי הביאור הנ"ל בהגדרת איקבע איסורא, מסברא י"ל דאע"ג דבדרך כלל איסורי שבת נחשבים כאיקבע איסורא, מ"מ במקרה דידן מכיון דהספק נולד בתינוק אין כאן אשם תלוי.

ברם יש להקשות על ההגדרה הזאת דאיקבע איסורא מדברי הרמב"ם בנוגע לעשה מלאכה בבין השמשות. כי הרמב"ם פסק (פרק ח מהלכות שגגות הל"ה) וז"ל שבת ויום הכפורים ועשה מלאכה בין השמשות שביניהן, הרי זה פטור מקרבן ואינו מביא חטאת שהרי אינו יודע עצמו של חטא כמו שביארנו, ואינו מביא אשם תלוי שהרי יודע בודאי שחטא עכ"ל. ומשמע מסוף דבריו דרק בעשה מלאכה בבין השמשות בין שבת ויוה"כ הריהו פטור מאשם תלוי מכיון דבודאי חטא, אבל מי שעשה מלאכה בבין השמשות בין שבת לחול חייב אשם תלוי. ולכאורה, אין כאן ספק במעשה הגברא דהרי ידעינן בודאי דהוא עשה מעשה מסויים בזמן מסויים, אלא כל הספק הוא בחפצא דשבת, דהיינו האם הזמן כשהמעשה נעשה היה שבת או חול. ומזה דלפי הרמב"ם יש חיוב אשם תלוי בבין השמשות בין שבת וחול, משמע דהיתה לו הגדרה אחרת באיקבע איסורא דכולל אפי' מקרים דלידת הספק הויא בחפצא ולא בגברא. ועוד צ"ב בזה.

מנחת חינוך אות יז ד"ה עוד נפקא מינא

והמנ"ח העיר דיש עוד נ"מ למיעוט דספק מילה בשבת בנוגע להיכא דנתערב הספק באחרים. דאם נתערב תינוק דספק זמנו בשבת ברוב תינוקים דזמנם בשבת, אזי בלי

הגזה"כ היינו הולכין בתר רוב ומלין את כולם בשבת. אבל עכשיו דנתמעט ספק מגזה"כ, אין מלין אותם בשבת. והמנ"ח הביא ראיה דזה דומה לגזה"כ דעשירי ודאי ולא עשירי ספק, דלולי הגזה"כ היינו הולכין בתר הרוב אבל הפסוק מלמד אותנו שאין מונין למעשר בהמה ע"פ רוב.

והביאור בזה הוא דהיכא דיש תערובת יש לידת הספק והרובא דאיתא קמן מכריע את הספק. אבל היכא דיש גזה"כ למעט את הספק אזי אפי' לאחר ההכרעה דהרובא דאיתא קמן עדיין יש כאן חלות שם ספק דנתמעט מהגזה"כ ולכן אי אפשר ללכת בתר הרוב.

מנחת חינוך אות יח ד"ה לעיל כתבנו בשם הכרתי ופלתי

התוס' בע"ז (כז. ד"ה וכי היכן מצינו) דייקו מהגמ' דלפי רבי יהודה מילה חייבת להיות לשמה, ואעפ"כ עכו"ם כשר למול מדין סתמא לשמה, וז"ל הכא משמע דלרבי יהודה אע"ג דבעי מילה לשמה מסקינן דמכשר לה בעובד כוכבים עכ"ל. והתוס' הקשו על זה, וז"ל ותימה מ"ש מגט דבעינן לשמה ופסלינן כתיבת עובד כוכבים בגט פ' [המביא] (גיטין כג.) משום דעובד כוכבים אדעתא דנפשיה קעביד וי"ל דלא דמי דלעולם עובד כוכבים סתמא קא עביד גבי מילה דסתמא לשמה קאי כל זמן שאינו עושה לשם הר גרזים אם כן בעובד כוכבים דסתמא קעביד כשרה אבל גט אשה סתמא לאו לשמה דסתם אשה לאו לגירושין עומדת הלכך גט בעובד כוכבים פסול והלכך צריך שיפרש כותב הגט בתחלת הכתיבה אני כותב לשם פלונית עכ"ל. ולכאורה צ"ב בתירוצם, מאי שנא מילה דאמרינן סתמא לשמה מגט דאמרינן סתמא לאו לשמה.

ונראה לבאר ע"פ הגמ' ריש זבחים (ב:) דבקרבנות אמרינן סתמא לשמה אבל לא בגירושין וז"ל זבחים בסתם לשמן עומדין, אשה בסתמא לאו לגירושין עומדת עכ"ל. ויש לבאר את החילוק ביניהם בב' אנפי: א) יש חילוק ביניהם בדיני לשמה, דהיינו דבגיטין צריך כוונה לשמה באופן חיובי לעומת קרבן דיש רק דין דשלא לשמה פוסל. ב) בשניהם בעינן כוונה לשמה באופן חיובי, אלא דבקרבנות מכיון דמעשה הגברא נעשה בחפצא שכבר יש בו חלות שם קרבן, זה בעצמו גורם שהמעשה יחשב כלשמה. מאידך אין חפצא של גט לפני הכתיבה וצריך ליצור אותו עכשיו בכוונה חיובית לשם גירושין.[992]

ולפי"ז י"ל דהדין דסתמא לשמה במילה תלוי בב' הביאורים האלו. דלפי הביאור השני דהדין דסתמא לשמה תלוי בחפצא שכבר חל בה חלות דין מסויים, אזי לכאורה מילה יותר דומה לגט דהרי בשניהם אין חלות בחפצא לפני המעשה כדי לומר דעצם המעשה

[992] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לסוכה (ט. בענין סוכה ישנה). וגם עיין בזה יותר באריכות בשיעורי הרב לגיטין (כ.).

בחפצא של מצוה גורם את הדין לשמה. אבל לפי הביאור הראשון שביארנו דיש דינים דרק שלא לשמה פוסל, אזי י"ל דמילה יכולה להיות אחד מההלכות דלא בעינן כוונה חיובית לשמה, אלא דיש דין דמעשה מילה עם כוונה שלא לברית מילה פוסל. ונראה דהתוס' בע"ז דנקטו דעכו"ם כשר למול לפי רבי יהודה מפאת סתמא לשמה, סברי כהביאור הראשון הנ"ל ונקטו דמילה בלי כוונה כלל כשרה.

ולכאורה יש לדייק מהתוס' במנחות (מב. ד"ה ואל ימול כותי) דהניחו דלא אמרינן סתמא לשמה באזכרות דס"ת, וז"ל ותימה וגבי ספרים ותפילין ומזוזות למה לי למעוטי עובד כוכבים מוקשרתם וכתבתם תיפוק לי דסתמא לאו לשמו קאי דבפרק הניזקין (גיטין נד:) פסל אזכרות שלא כתב לשמן וכו' וי"ל דאיצטריך משום עבד ואשה צדוקי ומסור ומומר עכ"ל. והרי התוס' נקטו דסתמא לאו לשמה באזכרות. ולכאורה אם הדין דסתמא לאו לשמה בגירושין הוא דין מיוחד דצריך כוונה חיובית בגט לעומת שאר דינים דכוונה שלא לשמה פוסלת, אזי למה התוס' נקטו כמילתא דפשיטא דבאזכרות סתמא לאו לשמה, דהרי יתכן דבאזכרות כל הדין הוא דכוונה שלא לשמה פוסלת. אבל נראה דהתוס' במנחות נקטו כמו הביאור הב' בסתמא לשמה, דהיינו דכל היכא דאין חפצא של מצוה לפני המעשה אזי צריך כוונה חיובית לשם המצוה ולא סגי בסתמא. ובזה אפשר להבין למה התוס' השוו אזכרות בס"ת לגט, דהרי בשניהם אין כאן ספר עם חלות שם בשעת המעשה ולכן צריך כוונה חיובית. משא"כ בקרבן בשעת שחיטה דאמרינן סתמא לשמה מכיון דהמעשה נעשה בחפצא של קרבן העומד להקרב.[993]

מנחת חינוך אות יח בא"ד ואיך חשו"ק כשרים למול הא לאו בני כוונה נינהו

המנ"ח הקשה דלפי המ"ד דמצוות צריכות כוונה למה חשו"ק יכולים למול דהרי לאו בני כוונה הם. ולכאורה יש לתרץ קושייתו בכמה אנפין.

א) אע"פ דחשו"ק אינן בני דעת, מ"מ בני כוונה הם. דהרי לפי כמה ראשונים החיוב דרבנן דקטן צריך לעשות מצוות מדין חינוך חל על הקטן עצמו ולא על האב.[994] ולא מצינו דהקשו על זה לפי המ"ד מצוות צריכות כוונה דקטן לאו בר דעת וממילא אינו יכול לעשות מצוות. אלא דפשיטא דאע"פ דאין לו דעת לקניינים ולגיטין וכדומה מ"מ בר כוונה הוא בנוגע למצוות.[995]

[993] לכאורה קצת צ"ב בדברי רבינו זצ"ל דהרי התוס' במנחות שם נקטו דאמרינן סתמא לשמה במילה כמו שיטת התוס' בע"ז. ואולי ס"ל דהשם ערל בנברא קובע חלות שם חפצא דעומד למילה לשמה כקרבן.

[994] עיין בתוס' (ברכות מח. ד"ה עד שיאכל).

[995] עיין ברשימות שיעורים לנדרים (עז: ד"ה חכם שאמר)

ב) אפי' אם נאמר דקטן אינו יכול להתכוון לשם המצוה מ"מ אין זה פוסל את המילה שעשה. דהרי י"ל דהתינוק הנימול עצמו קיבל מילה כשרה לגמרי, דהרי חשו"ק אינם בעצם פסולים למילה ומעשה המילה שלהם הוי מעשה מילה כשרה. אלא דבתורת גברא חשו"ק אינם מקיימים את מצות מילה דהרי אין להם כוונה למצוה. והחילוק הזה בין קיום המצוה לבין חלות והכשר המעשה מצינו גם בשחיטה לפי הרמב"ם. דהרי מצד אחד הרמב"ם מנה את שחיטה כמצות עשה (ריש הלכות שחיטה). ומצד שני פסק (פרק ב מהלכות שאר אבות הטומאה הל"י) דשחיטת עכו"ם מוציא את הבהמה מטומאת נבילה מדאורייתא אע"פ דפשיטא דעכו"ם אינו מקיים את המצוה. ויוצא דיש לחלק בין קיום מצות העשה דשחיטה לבין ההכשר והחלות דשחיטה.

ולפי"ז ניתן לפשוט את ספיקת המנ"ח לקמן בנוגע למי שמל מבלי לקיים את המצוה מכיון דהיה חסרון בדין כוונה - וכגון דמל עם כוונה שלא לצאת, או לפי המ"ד דמצוות צריכות כוונה דמל בלי כוונה לצאת - האם הנימול צריך הטד"ב. ונראה דיש לחלק בין קיום המצוה לבין הכשר המעשה, וממילא י"ל דאע"פ דאין כאן קיום מצוה מ"מ עצם המילה כשירה והנימול לא צריך הטד"ב.

ג) עוד יש לדון האם מוהל בעלמא מקיים מצוה במילתו. דהרי לפי הדעות (הובאו לעיל מנחת חינוך אות ג' ד"ה ועיין בטור יו"ד) דמצות האב הוא להתעסק במילה ולראות דבנו יהיה נימול, י"ל דאין מעשה המילה דהמוהל נחשב כמעשה מצוה כלל. דהרי כל מצות המילה הוא לגרום את התוצאה דהבן יהא נימול והמילה עצמה מהווה רק מעשה הכשר דגורם את התוצאה הזאת. וא"כ י"ל דהמוהל לא צריך כוונה לשם מצוה במעשה עצמו. דהרי נראה דכל המחלוקת האם מצוות צריכות כוונה או לא הוא רק לגבי מצוות דקיומן הוא במעשה עצמו, אבל היכא דקיום המצוה הוא במצב דנגרם אזי לא שייך מצ"כ.[996] למשל, לפי הרמב"ן (פסחים ד:) אדם מקיים מצות עשה דתשיבתו ע"י זה דאין לו חמץ ברשותו בחצות בערב פסח,[997] ופשיטא דאם הוא ישן בחצות ואין לו כוונה לצאת דהוא מקיים את המצוה דהרי הקיום הויא בשו"ת. ואם קיום דמצות מילה הוא בתוצאת המילה דהוי נימול אזי י"ל דגם במילה המצוה נתקיימה בלי כוונה לשם מצוה אפי' למ"ד דמצוות צריכות כוונה. וגם, אפי' אם היתה למוהל כוונה שלא לצאת ובמצוות דעלמא זה היה פוסל את קיום המצוה, מ"מ במילה וכל מצוה אחרת דנתקיים בשוא"ת אין כאן חסרון כלל. ולפי"ז צ"ל דהא דמברכים על מצות מילה אינו מורה על זה דעצם מעשה המילה

[996] וכן איתא במנחת חינוך (מצוה א' סימן כט).

[997] ואלו דברי הרמב"ן וז"ל דכי אמרת נמי תבעירו היאך צוה לבער אחר חצות והלא בשעת ביעורו כבר עבר עליו, אלא שיהא מבוער או מבוטל בחצות קאמר רחמנא עכ"ל.

הויא קיום המצוה אלא דהברכה חלה על התוצאה דעכשיו הוי התינוק חלות שם נימול, דזוהי גופה של קיום המצוה.

מנחת חינוך אות יט ד"ה ויש לי ספק

והנה אסור למול מילה שלא בזמנה ביו"ט משום דאין עשה דמילה דוחה עשה ולא תעשה דיו"ט. ונסתפק המנ"ח לפי הריב"א דסבור דאין לוקין היכא דאין עשה דוחה לא תעשה ועשה מכיון דהלאו נדחה מפני העשה, מה הדין במל ביו"ט שלא בזמנה עם כוונה שלא לצאת, האם אמרינן דאעפ"כ הלאו נדחה ואין לוקין, או"ד הכוונה שלא לצאת גורם שאין קיום מצות עשה וממילא עובר על הלאו וחייב מלקות.

ויש להעיר דצ"ב למה המנ"ח נסתפק לגבי מילה שלא בזמנה ביו"ט הרי היה אפשר למצא היכי תמצי יותר פשוט כמו היכא דאדם מל מילה בזמנה בשבת עם כוונה שלא לצאת את המצוה. דהרי גם שם יש להסתפק האם יש לו ההיתר דמילה בזמנה דוחה שבת, ויש לצדד דבכוונה שלא לצאת אין מצוה וממילא אין היתר והמוהל חייב כרת.

ויתכן דבנוגע למילה בזמנה בשבת היה פשוט למנ"ח דכוונת האב או המוהל אינו מעלה או מוריד ובכל מקרה מילה בזמנה דוחה שבת. דהרי י"ל דבמילה בזמנה המצוה בעצם חל על התינוק להיות נימול, ודחיית השבת חלה מחמת המצוה דרבע על התינוק. וא"כ אפי' אם היה למוהל כוונה שלא לצאת, מ"מ סוף כל סוף התינוק הוא נימול ונפטר מחיובו להמול, ולכן המילה הזאת דוחה את השבת. מאידך, במילה שלא בזמנה י"ל דהתינוק כבר "הפסיד" את המצוה שלו ועכשיו המצוה חלה על האב, ואזי י"ל דכוונה שלא לצאת מצד האב גורם שאין קיום עשה לדחות את הל"ת.

מנחת חינוך אות כ ד"ה ואם נימול

מבואר בגמ' (יבמות עב.) דמי שנימול ואח"כ נמשכה ערלתו ומכסה את מקום המילה פטור ממצות מילה מדאורייתא ורק חייב להמול שנית מדרבנן, ולכן הוא צריך רק לגלות מיעוט העטרה. והט"ז (יו"ד סימן רסט סק"ט) נסתפק האם ה"ה בנולד מהול ואח"כ נמשכה ערלתו. דהרי מצד אחד י"ל דדינו כמו מי שנימול ונמשכה ערלתו דרק צריך להמול מדרבנן, או"ד הוא חייב במילה מדאורייתא. ולכאורה הצד דהוא חייב במילה מדאורייתא צ"ב, דהרי אי אפשר לומר דיש מצוה תמידית לגלות העטרה, דא"כ גם בנימול ונמשכה ערלתו היה ראוי להיות חייב מדאורייתא. וצ"ב מאי שנא אדם דנימול ואח"כ נמשכה ערלתו דבודאי חייב רק מדרבנן, מנולד מהול ואח"כ נמשכה ערלתו דהט"ז מצדד דיתכן דהוא חייב מדאורייתא.

ולכאורה צ"ל בדוחק דלפי הט"ז חלות השם ערל וחיוב דאורייתא דמילה אינו תלוי רק בבשר הערלה אלא גם באם כבר קיים מצוות מילה או לא. דהיינו, דהט"ז צידד לומר דהחיוב דאורייתא דמילה תלוי בב' דברים: א) שכשיש לו בשר ערלה המכסה את העטרה המחייב להמול מדאורייתא, ב) דהוא אף פעם לא קיים מצות מילה. ברם אם הוא כבר קיים מצות מילה אזי הרי הוא פטור כי אדם יכול להתחייב רק פעם אחת במצוות מילה, ולכן מי שנימול ואח"כ נמשכה ערלתו פטור ממילה מדאורייתא. ומאידך מי שנולד מהול ואח"כ נמשכה ערלתו יתכן שחייב מדאורייתא, וצ"ע בכל זה.

מנחת חינוך אות כ בא"ד ועיין משנה למלך

המנ"ח נקט דבן קטורה דנימול ואח"כ נמשכה ערלתו אינו חייב מדרבנן למול שנית. ונראה לבאר את סברתו דמכיון דבני קטורה אינן חייבין במצוות התורה דעלמא משו"ה הפסוק דלא תסור אינו חל עליהם ואי אפשר להחיל עליהם חיובי דרבנן. ועוד יש לבאר את זה מצד הסנהדרין הגדול, דאין להם תפקיד לתקן מצוות חדשות לנכרים מדרבנן.[998]

מנחת חינוך אות כב ד"ה והנה תורתנו

והנה המנ"ח נקט דמי שמל לפני זמנו או בלילה לא עשה שום דבר אסור ולא ביטל מצות עשה. וההסבר הוא דבזמנים האלו לא חל עליו חיוב המילה ורק אפשר לבטל מצות עשה בזמן דחל החיוב. ויש לעיין בדבריו בשני המקרים האלו.

והנה בנוגע למילה בלילה, כבר ייסדנו לעיל (מנחת חינוך אות ד' ד"ה ולכאורה יש להביא ראיה, בענין מילה ופטור נשים ממצות עשה שהזמן גרמא, אות ג') די"ל דמיום השמיני והלאה חל עליו חיוב תמידי למול דשייך בין ביום ובין בלילה, אלא שיש לו קיום מצוה רק אם מל ביום. וא"כ פשיטא דאפי' בלילה הוא בתוך זמן חיוב המצוה ושפיר שייך לומר דאם הוא מל בלילה הוא ביטל מצות עשה.

ובנוגע למילה תוך זמנו, ג"כ נראה דבעצם חיוב המילה חל על האב משעת לידה אלא דאינו יכול לקיים את המצוה בפועל עד יום השמיני. וזה בודאי נכון לפי מה דייסדנו לעיל (מנחת חינוך אות ג' ד"ה ועיין בטור יו"ד) דחיוב האב הוא להתעסק במצות מילה ולראות שבנו יהא נימול דמסתבר דזה מתחיל מיום הראשון. ואפי' לפי הש"ך דהאב חייב לעשות מעשה המילה בעצמו, מ"מ י"ל דהחיוב חל עליו מיום ראשון אע"פ דאינו יכול לקיימו בפועל עד יום השמיני. ומצינו דברים דומים בכמה מצוות.

[998] משמע דנ"מ בין ב' הביאורים האם הסנהדרין הגדול יכולים לתקן תקנות על נכרים כשרוצים לתקן, דלצד הראשון דליכא לא תסור על נכרים א"א לתקן, ואילו לצד השני הסנהדרין יכולים לתקן אם הם רוצים לתקן.

דהרי איתא בסנהדרין (כ:) וז"ל תניא רבי יוסי אומר שלש מצות נצטוו ישראל בכניסתן לארץ, להעמיד להם מלך ולהכרית זרעו של עמלק ולבנות להם בית הבחירה, ואיני יודע איזה מהן תחילה, כשהוא אומר הכי יד על כס יה מלחמה לה' בעמלק הוי אומר להעמיד להם מלך תחילה וכו' עכ"ל. ונראה מלשון הגמ' דקיום המצוות צריך להיות דוקא בסדר הזה אבל חלות המחייב היא הכניסה לארץ. וא"כ ראינו דיש לחלק בין זמן התחלת חיוב המצוה לבין הזמן דמוכשר לקיום המצוה בפועל.

וכמו"כ יש לעיין במצוות קריאת שמע. דהרי הרמב"ם (מצות עשה י') מנה את ק"ש של ערבית ושחרית כמצוה אחת אע"פ דאינו יכול לקרוא ק"ש של ערבית בבוקר וק"ש של שחרית בערב. והו"ה בנוגע לקרבן תמיד (מ"ע לט) והקטורת (מ"ע כח) הרמב"ם מנה את ב' הפעמים דעושים אותו בכל יום כמצוה אחת. והרמב"ן (סוף שכחת הלאוין, ועיין גם בהשגות לשורש יא בסוף) השיג על הרמב"ם וז"ל ושני תמידין וקטרת בקר וערב וקריאת שמע נמנים שתים שתים שהן מצות אינן מעכבות זו את זו וזמנה של זו לא זמנה של זו עכ"ל.[999]

ונראה לבאר דהרמב"ם נקט דתחילת היום גורם חיוב ק"ש אחד שנמשך כל היום ולכן הרמב"ם מנה רק מצוה אחת. אלא דהתורה קובעת דבתוך זמן החיוב הזה דצריך לקרוא ק"ש פעמיים, ויש זמן קיום לק"ש של ערבית וזמן קיום שונה לק"ש של שחרית. וא"כ גם יוצא דחלוק זמן חיוב המצוה מזמן דאפשר לקיים את המצוה.

ובזה אפשר להבין את הגמ' בברכות (כו.) בנוגע לדין תשלומין. דהרי פשיטא דאם טעה ולא התפלל שחרית דמתפלל מנחה פעמיים בתורת תשלומין. אבל מ"מ הגמ' נסתפקה בדין מי ששכח תפילת מנחה האם יכול להשלים בתפילת מעריב, וז"ל איבעיא להו טעה ולא התפלל מנחה מהו שיתפלל ערבית שתים, אם תמצא לומר טעה ולא התפלל ערבית מתפלל שחרית שתים משום דחד יומא הוא דכתיב ויהי ערב ויהי בקר יום אחד, אבל הכא תפלה במקום קרבן היא וכיון דעבר יומו בטל קרבנו, או דילמא כיון דצלותא רחמי היא כל אימת דבעי מצלי ואזיל עכ"ל. ולכאורה צ"ב דהרי קיימא לן דאם טעה ולא התפלל שחרית מתפלל מנחה שתים, אע"פ דלגבי תמיד של שחר כבר עבר זמנו, וקיי"ל עבר זמנו בטל קרבנו, וע"כ מוכח דתפילת תשלומין לא תלויה בזמן הקרבן אלא מכיון דתפילה רחמי היא כל אימת דרוצה יכול להתפלל, וא"כ מאי מספקא לן לגבי טעה ולא התפלל מנחה. ואולי יש לחלק דבטעה בשחרית אע"פ שעבר זמן הקרבת תמיד של שחר מ"מ עדיין הוי אותו היום דהוא בעצמו מהווה המחייב של שני התמידים, דחלה

[999] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לברכות בפתיחה למסכת.

מצוה אחת להביא שני תמידים ליום. ומשום דהוי בכלל אותו זמן המחייב שפיר איכא תשלומין בו ביום. משא"כ כשטעה במנחה דכבר עבר היום וחל מחייב ומצוה בפני עצמה דהיום הבא ומשו"ה ליכא תשלומין.[1000]

דף מא.

גמ'. מצוה בו יותר מבשלוחו כי הא דרב ספרא מחריך רישא כו' מצוה בה יותר מבשלוחה.

בענין מצוה בו יותר מבשלוחו

א

מצוה בו יותר מבשלוחו בהכנה לשבת ובקידושין

יל"ע ביסוד הדין דמצוה בו יותר מבשלוחו. דהניחא במה דרב ספרא מחריך רישא ורבא מלח שיבוטא שהכינו בעצמם לכבוד השבת שיש בזה קיום מצוה מהודרת של כבוד שבת מפני שהתעסקו בגופם בהכנות לכבוד השבת ובזה הוסיפו בכבוד השבת. וכן איתא ברמב"ם (פ"ל מהלכות שבת הל"ו) וז"ל אע"פ שיהיה אדם חשוב ביותר ואין דרכו ליקח דברים מן השוק ולא להתעסק במלאכות שבבית חייב לעשות דברים שהן לצורך השבת בגופו שזה הוא כבודו, חכמים הראשונים מהם מי שהיה מפצל העצים לבשל בהן, ומהן מי שהיה מבשל או מולח בשר או גודל פתילות או מדליק נרות, ומהן מי שהיה יוצא וקונה דברים שהן לצורך השבת ממאכל ומשקה אף על פי שאין דרכו בכך, וכל המרבה בדבר זה הרי זה משובח עכ"ל. ומבואר ברמב"ם דכאשר אדם מתעסק בגופו לכבוד השבת הוא מוסיף בכבוד השבת ומקיים מצות כבוד שבת באופן יותר מהודר. וכן מצינו דכשמכבדים לאחרים הכבוד שעושה המכבד בגופו ובעצמו הוי כבוד יותר מעולה, וכדמצינו באברהם אבינו שהוא בעצמו התעסק בכבוד ג' האנשים שבאו אליו (בראשית יז:ח) וכדכתיב "ויקח חמאה וחלב ובן הבקר אשר עשה ויתן לפניהם והוא עמד עליהם תחת העץ ויאכלו". וכן משה רבינו בעצמו שמש את יתרו כשבא אליו למדבר, ועיין בפרש"י (שמות יח:יב). אך לכאורה כל זה נכון במצוות של כבוד, משא"כ במצות קידושין דלכאורה המצוה היא עצם חלות הקידושין, וכדמשמע מדברי הרמב"ם (פרק א מהלכות אישות הל"ב) וז"ל וליקוחין אלו מצות עשה של תורה הם עכ"ל. ונראה מדברי הרמב"ם דהמצוה מתקיימת ב"ליקוחין אלו" דהיינו בחלות הקידושין. ומכיון דאותה

[1000] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לברכות (כו. ד"ה איבעיא להו).

חלות קידושין חלה בין אם מקדשה בעצמו ובין אם מקדשה ע"י שליח, לכאורה צ"ב מדוע קיי"ל דמצוה לקדשה בעצמו יותר מבשלוחו.

ולכאורה נראה לבאר דהרמב"ם סבור דקיום מצות קידושין הוא במעשה הקידושין עצמו ולא רק בחלות הקידושין ולכן מברכים ברכת המצוה לפני מעשה הקידושין כי בדרך כלל מברכים רק על מעשה מצוה ולא על חלות קיום מצוה.[1001] ומכיון דהמצוה מתקיימת ע"י עשיית מעשה הקידושין, אזי י"ל דכשהאיש עושה את מעשה הקידושין בעצמו אזי חלה קיום מצוה יותר מהיכא דמעשה הקידושין נעשית ע"י שליח. דבעצם מעשה המצוה הוי חלק מגופה של המצוה וכשהמקדש עושה המעשה קידושין בעצמו הרי הוא מכבד את המצוה יותר, ובכך מעשה וקיום המצוה נעשה יותר מהודרת בדומה לכבוד שבת.

א"נ י"ל דבאמת בין אם הוא מקדש בעצמו ובין אם הוא מקדש ע"י שליח אין חלות ההידור חל בקיום המצוה עצמה. ומ"מ חל קיום הידור מצוה בעלמא בכך שהוא עושה את המצוה בעצמו.[1002] כי יש קיום בעלמא להדר במצוות ואע"פ שעצם גוף המצוה לא מתהדרת.

והטעם שיש דין של מצוה בו יותר מבשלוחו בקידושין אפי' אם אותו קיום מצוה חל ע"י שליח, הוא משום שיש דין כללי של כבוד למצוות התורה. כלומר, שאם המצוה עצמה היא להראות כבוד כמו מצות הכנה לשבת דחלה מדין כבוד שבת, אזי חל קיום מצוה יותר מהודר אם הוא עושה את ההכנות בעצמו דהרי הוא מראה בכך יותר כבוד השבת. אמנם אפי' במצוות אחרות דאינם חלין מדין כבוד ג"כ יש דין כללי דאדם צריך להראות כבוד למצוות. ולכן יש דין דמצוה בו יותר מבשלוחו בכל מצוות התורה דהרי עשיית המצוה ע"י אדם אחר ולא בעצמו מהווה פחיתת הכבוד כלפי המצוה. וכשהוא בעצמו עושה את המצוה בגופו בזה הוא מראה יותר כבוד למצוה, ואע"פ שגופה של המצוה לא משתנה ולא מתהדרת כשעושהו בעצמו.

ומצינו מעין זה בנוגע לכיסוי הדם. דאיתא בגמ' (שבת כב.) וז"ל דתניא ושפך וכסה, במה ששפך יכסה שלא יכסנו ברגל, שלא יהו מצות בזויות עליו עכ"ל. הרי רואים דאע"פ דסוף כל סוף האדם מכסה את הדם ויש קיום מצוה גמור ע"י כיסוי ברגלו, מ"מ חל דין

[1001] ועיין בזה ברשימות שיעורים לסוכה (לד: ד"ה שתהא לקיחה תמה) וברשימות שיעורים לברכות (יא: ד"ה אמר רב הונא למקרא צריך לברך).

[1002] ובנוגע לחיוב הכללי להתנאה לפניו במצוות דהיינו לעשות מצוות באופן מהודר, אפי' בלי קשר לחפצא של מצוה, עיין ברשימות שיעורים לסוכה (כט: רש"י ד"ה יבש).

אחר דאסור לעשות מעשה המצוה דכיסוי הדם באופן של בזיון. וכמו"כ צריך להשתדל לעשות כל מצוה ומצוה באופן של כבוד, דהיינו ע"י עצמו ולא ע"י שליח.[1003]

ונראה דזוהי כוונת רש"י בריש הסוגיא (ד"ה מצוה בו יותר מבשלוחו) וז"ל דכי עסיק גופו במצות מקבל שכר טפי עכ"ל. והביאור בזה הוא דהשכר הטפי אינו משום דמקיים את גוף קיום המצוה באופן יותר מהודר, אלא דהשכר הוי משום דהוא מקיים דין כללי של כבוד המצוות ע"י העיסוק בגופו.[1004]

ובזה גם ניתן לבאר את הגמ' דידן לפי ר"ת דחולק על הרמב"ם וסבור דאין מצוה במעשה הקידושין (עיין בזה בשיעורים לעיל, פתיחה למסכת אות א') אלא המצוה הוי בחלות האישות. ולכאורה אותה חלות האישות נוצרה בין אם האיש מקדש בעצמו ובין אם הוא ממנה שליח לקדש, וא"כ מהי הסברא לומר מצוה בו יותר מבשלוחו בקידושין. ברם לפי הנ"ל י"ל דאע"פ דאין הידור בקיום המצוה עצמו, מ"מ יש חלות קיום הידור מצוה מדין כבוד של מצוות בעלמא.

ב

מצוה בה יותר מבשלוחה

ברם יש להקשות עוד דהא מבואר בגמ' דאמרינן גם מצוה בה יותר מבשלוחה. ולכאורה כל מצות קידושין חלה רק על האיש וכדכתיב "כי יקח איש אשה" ולא על האשה.[1005]

ויתכן שיש לאשה קיום מצוה בקידושין כמו שיש לאיש ואע"פ שהיא אינה מחויבת בחובת המצוה כמו האיש, וזה על פי מה שביארנו לעיל בדעת הר"ת דברכת המצוה דקידושין קאי על חלות הקידושין. ומכיון דעיקר המצוה מתקיימת בחלות הקידושין

[1003] ועיין בזה בלשון המגיד משנה (פרק יד מהלכות שחיטה הלט"ז) וז"ל תניא אידך ושפך וכסה במה ששפך יכסה שלא יכסנו ברגל שלא יהיו המצות בזויות עליו כי כבוד המצות כבוד הש"י שהם שלוחיו של מקום וכבוד הנשלח הוא כבוד השולח עכ"ל. ובונגע לדין הכללי של כבוד המצוות, ע"ע ברשימות שיעורים לסוכה (כח: ד"ה כלים נאים מעלן).

[1004] השווה לדברי התבואות שור (יוד"ד סימן כח סקי"ד) דנקט נמי דמצוה בו יותר מבשלוחו שורשו בדין כבוד המצוות. ולכן הסיק דהדין דמצוה בו יותר מבשלוחו שייך רק היכא דהשליחות הוי דרך בזיון למצוה וז"ל דוקא היכא דקעביד שליח לא בדרך שמכבד לאחר לזכות במצוה רק נראה כאינו רוצה לטרוח בעצמו וכו' אבל דרך כבוד שמכבד למי שמהדר אחר המצוה לקיימה וכו' ומתבסמים שניהם עכ"ל. ומנהג ישראל כתבואות שור ולכבד אנשים מכובדים במצוות ולא להקפיד לעשותן בעצמן דהעיקר הוא כבוד המצוה ולא כבוד עצמו, וכדמצינו בקרה"ת, בברית מילה, ובברהמ"ז וכדומה שמכבדים אנשים בכיבוד לעשות המצוה ומוותרים על הדין לעשות מצוות בגופו.

[1005] ברם י"ל דבגמרא משמע שבקידושין יש גם קיום מצות "ואהבת לרעך כמוך" דכוללת המצוה לכבד לזולת, ובמיוחד יש חיוב לכבד את אשתו יותר מגופו (פרק טו מהלכות אישות הלי"ט), ולכן כשמקדשה בעצמו ובגופו הריהו מכבדה יותר ומקיים ביותר הידור את מצות "ואהבת לרעך כמוך". ויתכן לבאר עפי"ז את הרמב"ם (פרק ג מהלכות אישות הלי"ז) שהביא דין מיוחד בהלכות אישות את המצוה לקדש בו יותר מבשלוחו.

יתכן דהאשה גם שותפה בחלות הקידושין ומקיימה מצוה בזו, ולכן חל בה הדין דמצוה בה יותר מבשלוחה. ואע"פ דהיא פטורה מחיוב מהמצוה, אך יש לה קיום מצוה.

ועוד י"ל דאפי' לפי הרמב"ם דמעשה הקידושין עצמה מהווה עיקר קיום המצוה והאשה אינה מצווה במעשה הקידושין אעפ"כ חל בה מצוה בה יותר מבשלוחה. דהרי אע"פ שאינה עושה עיקר מעשה הקידושין מ"מ היא משתתפת בחלות הקידושין ובעשיית המצוה דהאיש וגם אצלה יש ענין לעשות בעצמה את מעשה המצוה. והביאור הוי ע"פ מה דייסדנו לעיל דהתעסקות במצוות מראה כבוד למצוות בעלמא ואפי' אם אין לאשה קיום מצוה בכלל.[1006]

ג

מצוה בו יותר מבשלוחו בכל התורה כולה אליבא דהרמב"ם

ויש לעיין בשיטת הרמב"ם בענין מצוה בו יותר מבשלוחו. דהרי הרמב"ם הביא את הדין בנוגע לקידושין (פרק ג מהלכות אישות הלי"ט) ובנוגע להכנה לשבת (פרק ל מהלכות שבת הל"ו). אמנם הוא השמיט את הדין דמצוה בו יותר מבשלוחו בכהת"כ. ויתכן דהרמב"ם נקט דמצוה בו יותר מבשלוחו שייך רק בשבת וקידושין. וצ"ע בזה.[1007]

אמנם הגר"ח זצ"ל הביא ראייה דיש מקור בתורה לדין של מצוה בו יותר מבשלוחו מפרשת עקידת יצחק. דהרי הקב"ה ציווה את אברהם וז"ל קח נא את בנך את יחידך עכ"ל. ונראה דליצחק היה דין קרבן[1008] ואברהם היה יכול לקיים את ציווי הקב"ה להביא את יצחק כקרבן ע"י שליח דהרי הבעלים יכולים למנות שליח להביא הקרבן כדמבואר לקמן (מא:). ואעפ"כ אברהם הביא את יצחק בעצמו ולא ע"י שליח, ולכאורה זה מקור למצוה בו יותר מבשלוחו. ורואים מזה דמצוה בו יותר מבשלוחו הוא לא רק בהכנה לשבת וקידושין אלא בכהת"כ.[1009]

[1006] אמנם יתכן דלפי הרמב"ם גם האשה מצווה במצות קידושין. דהרי בסוף ספר המצוות הרמב"ם מונה ששים "מצות ההכרחיות" ומבאר מאיזה מהן נשים פטורות. ובגירסת הדפוס הרמב"ם מונה מצוה ריג (מצות קידושין) כמצוה דנשים פטורות ממנה. אמנם במהדורה של הגר"ח העלר זצ"ל לספר המצות יש גירסא אחרת דנשים אכן חייבות במצוות קידושין, עיי"ש.

[1007] עיין בזה בפתחי תשובה (אה"ע סימן לה סק"ב) דהביא מספר יד המלך דמצוה בו יותר מבשלוחו שייך רק בב' המצוות האלו, אמנם הפ"ת העיר דרוב האחרונים חולקים עליו. ובביאור השיטה דרק בב' מצוות אלו אמרינן מצוה בו יותר מבשלוחו י"ל דבעשיית המצוות האלו בגופו עצם המצוות מתהדרות. כי בשבת כשמכין לשבת בגופו נותן כבוד יותר לשבת. וכשמקדש אשתו בעצמו הריהו מכבדה יותר וחייב אדם לכבד אשתו יותר מגופו ועצם מצות הקידושין מתהדרת בזה, דנתינת כבוד לאשתו בשעת הקידושין מהדרת גופה של מעשה מצות הקידושין, שאישות נקראת "אהבה שלום אחוה וריעות" ולתת כבוד לאשתו הוא מגוף כל הדברים האלו.

[1008] עיין בזה בחידושי הגרי"ז עה"ת (בראשית פרק כב פסוק יב) בשם הגר"ח זצ"ל.

[1009] לכאורה אין מכאן ראייה כלל דהא עיקר המצוה לאברהם אבינו היתה שהוא בעצמו ובגופו יעלה את יצחק כקרבן, דזה הוי עיקר הנסיון שלו שיעשה העקידה בעצמו ובגופו, ואילו היה עושה העקידה ע"י שליח לא היה מקיים מצות העקידה כלל, והיה גורם לשפיכות דמים בעלמא.

גמ'. דאמר רב יהודה אמר רב אסור לאדם שיקדש את האשה עד שיראנה.
לכאורה האיסור לקדש אשה עד שיראנה חל רק היכא דהמקדש מעולם לא ראה את האשה. ובאמת כך עולה מדברי התוס' (ד"ה אי אתמר), דאם מכירה מותר לקדשה.
ויש לעיין בגדר האיסור לקדש אשה עד שיראנה. דמצד אחד י"ל דהוי מדין זהירות דאסור לאדם לשים עצמו במצב שיש חשש שיבוא לידי ביטול מצות ואהבת לרעך כמוך ואיסור שנאת אדם מישראל. אמנם אין חסרון או דבר אסור בעצם הקידושין עצמם. מאידך י"ל דקידושין כאלו דיש בהן חשש שמא יבוא לידי ביטול ואהבת לרעך כמוך מהוה חלות איסור בעצם הקידושין. ומלשון הגמ' לכאורה משמע כצד הראשון דהאיסור הוי מדין זהירות במצות אהבת ישראל בעלמא.
ברם עיין בלשון הרמב"ם (פרק ג מהלכות אישות הלי"ט) שכתב וז"ל ולא יקדש אשה עד שיראנה ותהיה כשרה בעיניו שמא לא תמצא חן בעיניו ונמצא מגרשה או שוכב עמה והוא שונאה עכ"ל. הרי הרמב"ם חיבר את האיסור הזה לביאת אשה שנואה. והרמב"ם הביא את ההלכה דביאת אשה שנואה בהלכות איסורי ביאה (פרק כא הלי"ב) וז"ל וכן אסרו חכמים שלא ישמש אדם מטתו ולבו מחשב באשה אחרת, ולא יבעול מתוך שכרות ולא מתוך מריבה ולא מתוך שנאה וכו' עכ"ל. ומשמע מזה דיש איסור מסוים ליצור אישות כזאת שמא תהא האשה שנואה עליו, ואינו רק דין כללי דזהירות במצות ואהבת לרעך כמוך בעלמא אלא דהוי חלות איסור אישות.[1010]
גמ'. דתניא ושלח מלמד שהוא עושה שליח, ושלחה מלמד שהיא עושה שליח, ושלח ושלחה מלמד שהשליח עושה שליח.

בענין שליח עושה שליח

א

בענין שליח עושה שליח וגדר דשליח לקבלה

עיין בסוגיות (גיטין כט., עא:-עב.) בענין מילי לא ממסרי לשליח דכשהבעל ממנה שליח לכתוב גט אין השליח יכול למנות שליח תחתיו לכתוב את הגט, ואילו באומר אמרו כשהבעל אמר במפורש לראשון למנות השני לכתוב את הגט אזי המינוי חל והשני יכול לכתוב את הגט.
ונראה לבאר את הדין דמילי לא ממסרי לשליח ע"פ יסודו דהגר"ח זצ"ל שמינוי השליחות תלוי בחלות דין בעלים – דרק מי שהוא בעלים יכול למנות שליח ולא מי שאינו

[1010] ואולי יש בזה נ"מ לגבי ברכות האירוסין והנישואין, שאם עצם האישות אסורה אזי לכאורה אין לברך ברכות אירוסין ונישואין כי לא נתקנו על אישות אסורה כמו שהרמב"ם פסק (פרק א מהלכות ברכות הלי"ט) שאין מברכין ברכות הנהנין וברכה אחרונה על מאכלות אסורות. ועיי"ש בהשגת הראב"ד.

בעלים.[1011] ולכן כשהשליח הראשון רוצה למנות שליח שני תחתיו הוא יכול למנותו דוקא אם השליח הראשון הוי הבעלים על המעשה ולא כשהשליח אינו הבעלים אלא שעושה מעשה קוף בעלמא בעד המשלח דהוא לבדו הוי הבעלים. וזה מה שקבע הגמרא דהשליח לכתיבת הגט לא נעשה הבעלים על הכתיבה ועל יצירת הלשמה דבגט. דרק בעל האשה עצמו הוי הבעלים לכתוב את הגט לשמה, אלא שהשליח הוי ידא אריכתא דהבעל לכתוב ולהחיל הלשמה בגט ואין עליו חלות שם בעלים, ומשו"ה השליח אינו יכול למנות שליח שני תחתיו.

ועפ"י ההקדמה הזו נראה לבאר את הראשונים כאן בסוגיא דידן. כתב הרשב"א וז"ל וא"ת בשלמא שליח דידיה משוי שליח אבל שליח דידה היכי משוי שליח והא מילי נינהו ומילי לא מימסרן לשליח עכ"ל. ונראה דכוונת קושייתו היא, דבשלמא הבעל הוי הבעלים על הגירושין וכשממנה שליח הולכה לתת לה את הגט אזי הוא משווה לשלוחו לבעלים על נתינת הגט, ומשו"ה בדין הוא שהשליח הראשון יכול למנות שליח שני להולכה. ואילו האשה המתגרשת בעל כרחה אין לה חלות דין בעלים בגירושין, ולכן א"א לה למנות שליח מדין שליח דכהת"כ דתלוי בדעת בעלים וכדקבע הגר"ח זצ"ל, אלא דגזיה"כ "ושלח ושלחה מלמד שהאשה עושה שליח" מחדשת דיש דין מיוחד של שליחות שיד השליח הוי כידה ממש ונעשית כגוף האשה עצמה.[1012] אבל אכתי אין לשליח לקבלה חלות שם בעלים על הקבלה, ולכן הקשה הרשב"א היאך שליח לקבלה של האשה יכול למנות שליח שני לקבל את הגט.[1013]

וממשיך הרשב"א וז"ל ותירץ הרב ברצלוני ז"ל דהכא בדשוייה איהי שליח בקנין דאלים לשוויי שליח עכ"ל. ר"ל שכשמינתה אותו בקנין אזי השליח הראשון נעשה בעלים על הקבלה ולכן יכול הוא למנות שליח שני. אך תירוצו של הרב ברצלוני תמוה לפי"ד הגר"ח זצ"ל, שהרי אף האשה עצמה אינה בעלים על הקבלה, ושלוחה הראשון חל מדין

[1011] עיין בשיעורים לקמן (סא. בענין משפטי התנאים אות ה').

[1012] ע"ע בזה ברשימות שיעורים לב"ק (קד. ד"ה שליח שעשאו בעדים), וברשימות שיעורים ליבמות (י: ד"ה אלא איהו שליחותא דאחים, אות א').

[1013] ועיין בתוס' רי"ד (ד"ה שהשליח) דנקט משו"ה דאין שליח האשה עושה שליח וז"ל שהשליח עושה שליח פירש שליח דבעל משוי שליח כדתנן בפרק ב' דגיטין עושה בית דין ומשלחו כו' אבל שליח דאשה לא מצי לשווי' שליח משום דמילי נינהו שלא מסרה לו האשה אלא דברים בעלמא התקבל לי גיטי עכ"ל. וגם עיין בשיטה לא נודע למי (ד"ה ושלחה) דהביא מרבו נר"ו דלמסקנא אין שליח האשה עושה שליח וז"ל הכא נמי אי שויא איהי שליח לקבלה ההוא שליח לא מצי לשוויה שליח לקבלה מדעתי' דנפשיה, ואפי' למ"ד בפ' התקבל גיטין (סו:) דמילי ממסרן לשליח הכא מודה דלהאי גברא הוא דקא משוי' ידו כידה וכן הדין בקבלת קידושין מפי מורי נר"ו עכ"ל. ולכאורה הסברא "ידו כידה" הוא כמו סברת רבינו זצ"ל דאין שליח לקבלה דין של נתינת כח ולכן אינו יכול למנות עוד שליח שני במקומו.

שליחות מסוים דידו הוי כידה, אמנם אין לשליח הראשון חלות שם בעלים וא"כ צ"ע מה יועיל קנין חליפין לעשותו לבעלים שיהיה לו הכח למנות שליח שני, וצע"ג.[1014]

והרשב"א עצמו תירץ וז"ל ומסתברא בשנתנה לו רשות לשוויי שליח, דלא אמרינן מילי לא ממסרן לשליח אלא כשהשליח עושה אותו שליח מדעתו אבל מדעת בעלים משוי שליח, וכדמוכח התם דהא באומר אמרו שליח עושה שליח עכ"ל. ולכאורה אף תירוץ זה קשה להולמו, שהרי באומר אמרו, הבעל מינה את השליח הראשון רק כדי למנות את השליח השני ולא לכתוב את הגט בעצמו, וא"כ אין בזה חלות דין שליח עושה שליח, אלא הודעה בעלמא של הבעל לראשון לומר לשני להיות לשליח הבעל, והבעל עצמו הוא ממנה את השני לשלוחו ע"י הודעת השליח הראשון. אולם בשליח עושה שליח דעלמא השליח הראשון הוי הבעלים ובתורת בעלים ממנה השליח הראשון את השני להיות שליח תחתיו. משא"כ באומר אמרו דהבעל עצמו ממנה את השליח השני ע"י הודעתו של הראשון עבורו, כי השליח הראשון הוי שליח בעלמא רק כדי להודיע לשני להיות שלוחו של הבעל, ואין בזה דין שליח עושה שליח כלל, וצע"ג.[1015]

וע"ע במרדכי (פרק שני בהגה"ה אות תק"ה) וז"ל פסק הקדוש מדרוש[1016] דהעושה שליח לקדש אשה ומסר לו הטבעת לקדש אפילו איתניס בדרך אינו יכול לעשות שליח אחר משום דמילי נינהו ומילי לא ממסרן לשליח, ואע"ג דגבי גט קי"ל שליח עושה שליח ולא הוי מילי משום מסירת הגט הכא נמי הא איכא מסירת הטבעת, לא דמי דגבי גט אשה מתגרשת בע"כ ומיד כשיגיע הגט ליד השליח הרי היא כאילו מגורשת הלכך לא הוי מילי שהרי השליח יכול לגרשה בעל כרחה דיד השליח כיד הבעל אבל שליח של קדושין אם לא תאבה האשה אינה מתקדשת הלכך ה"ל מילי עכ"ל. ודבריו מחוסרים ביאור.

ועיין בשלטי הגבורים (פרק שני סוף אות א') וז"ל היה השליח מקדשה בשטר וחלה השליח או שנאנס יכול השליח למנות שליח אחר תחתיו ומוסר לו שטר קידושין שמסר לו המקדש, אבל אם היה מקדש בכסף אין השליח יכול למנות שליח אחר שהרי לא נמסר לו אלא שליחות דברים שיכול לקדשה בכל כסף שירצה והדברים אינם נמסרים

[1014] אולי י"ל דיש שני דינים בקבלת הגט - בע"כ ומדעתה. כשמקבלת הגט בע"כ פשיטא שאינה בעלים על הקבלה. ומאידך כשמקבלת הגט מדעתה הרי היא בעלים על הקבלה כמו כל קונה דעלמא. וכשממנה שליח לקבלה בקנין אזי עושה אותו לבעלים על הקבלה כמוה ואזי יכול השליח הראשון למנות שליח שני ודו"ק.

[1015] והשווה לדברי השיטה לא נודע למי (ד"ה ושלחה) דהעלה תירוץ דומה להרשב"א דשליח לקבלה עושה שליח רק היכא דיש ציווי האשה. הוא דוחה את התירוץ הזה כמו רבינו זצ"ל דאין בזה חידוש, וז"ל שמשלחה וחוזרת בביתו וא"ת שליח שלה מנ"ל שהוא עושה שליח דליכא למילף משלי' שלו דהא איצטריך לן קרא ללמד שהיא עושה שליח, אע"ג דאשמועי' ושלח שהוא עושה שליח במצות הבעל או במצות האשה להא לא איצטריך לן קרא דכיון מכח משלח קאתי מושלח קמא נפקא לן עכ"ל.

[1016] ר' שלמה בן ר' יהודה מתלמידי החשובים של הר"י הזקן.

משליח לשליח שהרי אינו יכול לקדשה אלא בשטר זה שנכתב מדעת המקדש בשם המקדש ובשם המתקדשת עכ"ל. ונראה בכוונתו דשליח ראשון ממנה שליח שני דוקא כשהראשון נקרא בעלים על המעשה. ובשליח להולכה התופס את שטר הגירושין או את שטר הקידושין בידו הריהו נעשה לבעל השטר (עיין בשיעורים לתחילת מס' גיטין) דשטרו מוכיח עליו דהוי שליח. ובתורת בעל השטר הריהו נחשב לבעל המעשה למנות שליח שני. ושאני המקדש בכסף דרק האיש המקדש עצמו הוי הבעלים על הקידושין, והשליח אינו אלא ידא אריכתא שלו לתת לה את כסף הקידושין, ובכן אין השליח הראשון בעלים למנות שליח שני. ולפי"ז יש לבאר את המרדכי, דבגט דמגרשה בע"כ השליח הראשון הוי בעלים למנות שליח שני, משא"כ בקידושין שאינו מקדשה אלא מדעתה ומשו"ה השליח אינו נחשב כבעל המעשה אלא הוי רק כיד אריכתא של האיש המקדש שמינה אותו ולפי' אינו יכול למנות שליח שני תחתיו.

ועוד נראה להוסיף בביאור המרדכי דיש לחלק בין שליחות להולכה בקידושין לבין שליחות להולכה בגירושין בנוגע לזמן דהחלות שם שליח חלה על השליח. בשליחות להולכה בגירושין, חלות השליחות חלה מיד כשקיבל את הגט כי מאותה שעה קבל בעלות לגרשה בע"כ לבדו. משא"כ שליח להולכה בקידושין, דקיום שליחותו תלוי בדעת האשה האם תסכים לקבל את הקידושין. ומסתבר דמשום כך חלות השליחות איננה חלה מיד אלא חלות השליחות היא תלויה ועומדת האם האשה תסכים לקידושין או שתסרב. ומכיון דלפני נתינת הקידושין לאשה לא חלה עליו חלות השם שליח, אזי השליח אינו הבעלים על הקידושין ואינו יכול למנות שליח שני. מאידך בשליחות להולכה בגירושין, חלות שם שליח חלה מיד כשמתמנה דהוי השליח של הבעלים ומשו"ה יכול למנות שליח שני.

ב

החילוק בין שליח להולכה לבין שליח לקבלה בנוגע לעדי קיום

ויתכן שהחילוק דהרשב"א ששליח האיש עושה שליח בגירושין ולא שליח האשה, גם נכון בקידושין, דהיינו שרק שליח של האיש המקדש עושה שליח שני משא"כ השליח של האשה המתקדשת אינו יכול למנות שליח שני במקומו. והביאור בזה הוא דמדכתיב כי יקח ודרשינן ולא כי תקח, מבואר דדוקא האיש הוי בעל הקידושין ואילו האשה רק מסכימה להתקדש לו אך היא איננה הבעלים על הקדושין.[1017] ומשו"ה שליח הבעל

[1017] והשווה לדברי רבינו זצ"ל בשיעורים לעיל (ב. תוד"ה בפרוטה ובשוה פרוטה, אות ד'). וע"ע בר"ן בנדרים (ל. ד"ה ואשה) ובאבנ"מ (סימן מד סק"ב) דאין לאשה חלות דעת מקנה בקידושין.

שנעשה בעלים כמו האיש המקדש ממנה שליח שני תחתיו, ואילו שליח האשה איננו בעלים כמו שהיא אינה בעלים, ומשו"ה השליח שלה אינו ממנה שליח שני, בדומה לשלוחה לקבלת הגט שאינו ממנה שליח שני.[1018]

ובכך גם מבואר שיטת הרמב"ם דחילק בין שליח להולכה לבין שליח לקבלה לגבי הצורך לעדי קיום. דהרי בין בהלכות גירושין ובין בהלכות אישות, פסק הרמב"ם דבעינן עדי קיום בשליח לקבלה ולא בשליח להולכה. דבנוגע לגירושין כתב (ריש פרק ו' מהלכות גירושין) וז"ל השליח שעושה האשה לקבל לה גיטה מיד בעלה הוא הנקרא שליח קבלה, ומשיגיע הגט לידו תתגרש כאילו הגיע לידה, וצריכה לעשותו בשני עדים עכ"ל. ואילו לגבי שליח להולכה בגירושין, כתב הרמב"ם (פרק ו מהלכות גירושין הל"ד) וז"ל ואין שליח הולכה והבאה צריך עדים עכ"ל. וכן בשליחות בקידושין חילק הרמב"ם באופן דומה (פרק ג מהלכות אישות הלט"ו) וז"ל כל העושה שליח לקבל הקידושין צריך לעשותו בפני שני עדים, אבל האיש שעשה שליח לקדש לו אשה אינו צריך לעשותו בעדים שאין מקום לעדים בשליחות האיש אלא להודיע אמתת הדבר, לפיכך אם הודו השליח והמשלח אינן צריכין עדים כמו שליח הגט וכמו שליח שהרשהו להפריש לו תרומה וכיוצא בהן, בכל שלוחו של אדם כמותו ואינו צריך עדים עכ"ל. ועיי"ש דהראב"ד השיג וז"ל א"א אין הנדון דומה לראיה דלענין שליח הגט גטו מוכיח עליו ולענין תרומה אין צריך עדות כלל, אבל בקידושין דאפילו שניהם מודים אינו כלום כי מודו השליח והשולח נמי לא כלום הוא עכ"ל. העולה מהנ"ל דלראב"ד בכל שליחות בגו"ק בעינן עדי קיום בשעת מינוי שהרי כולם הוו דבר שבערוה. אלא דבשליח להולכה בגירושין העדים שבשטר עצמם הוו עדי הקיום ולכן לא בעינן מינוי בפני שנים ממש. ולכאורה דברי הרמב"ם צ"ע, דמאי שנא שליח להולכה בגו"ק משליח לקבלה.

ונראה לבאר ע"פ הנ"ל דהרמב"ם חילק בין חלות השליחות בשליח להולכה לבין חלות השליחות בשליח לקבלה. דשליח להולכה הוי דין של מסירת כח בעלים כשליחות דכהת"כ ואינה גדר של דבר שבערוה. מאידך אין האשה הבעלים על חלות הקידושין והגירושין ולכן שליח לקבלה הוי דין מיוחד של ידו כיד האשה עצמה. יוצא מכך שהמינוי של שליח לקבלה הוי בגדר של דבר שבערוה ובעי עדי קיום. ולפי"ז יוצא דלהרמב"ם לא רק שליח לקבלה בגירושין שחלין בע"כ הוי חלות מיוחדת של שליחות וכידה ממש, אלא הו"ה שליח לקבלה דקידושין הוי דין מיוחד דשליחות. ואע"פ דבעינן

[1018] ויש להעיר דמשמע מהתוס' רא"ש (ד"ה ושלחה) דבעינן לימוד נפרד לשליח לקבלה רק בשביל שליח לקבלה בגירושין דנעשית בע"כ, אבל שליח לקבלה דקידושין נלמד מ"ושלח" כמו שליח להולכה. לכאורה לפי"ז אין לחלק בין שליח להולכה לבין שליח לקבלה בקידושין.

דעתה לקידושין, הביאור הוא כנ"ל, דמדכתיב כי יקח ולא כי תקח, מוכח דרק המקדש הוי הבעלים על הקידושין ולא האשה.

ג

שיטות בראשונים לגבי עדי קיום בשליחות לגו"ק

הטור (אה"ע סימן לה) הביא דאביו הרא"ש צידד לומר דלא בעינן עדי קיום אפי' במינוי שליח לקבלה, וז"ל כתב הרמב"ם ז"ל שא"צ עדות במינוי השליחות רק אם השליח והמשלח מודים בדבר אבל בשליחות האשה שהיא עושה שליח לקבל קידושיה צריך שיהיה בעדים והראב"ד כתב שגם שליחות האיש צריך שיהיה בעדים וא"א הרא"ש ז"ל כתב כדברי הרמב"ם והיה מפקפק לומר שאף שליחות האשה אין צריך עדים עכ"ל. וכוונתו לדברי הרא"ש בפרק ב' (סימן ו-ז) שהוכיח כשיטת הרמב"ם דלא בעינן עדי קיום במינוי שליח להולכה מזה דלפי שיטתו אמרינן זכין לאדם שלא בפניו בקידושין ולא בעינן מינוי שליחות בפירוש וז"ל ודילמא ארצי ארצויי קמיה ושתיק כלומר גילה הבן דעתו לאב שהיה חפץ בה וכיון שחפץ בה וזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו וזכייה הוי מטעם שליחות כדפרישית לעיל (סימן טו וסימן כה) והוי כאילו עשה את האב שליח לקדשה לו. מכאן נראה לדקדק שאין צריך עדים במינוי שליחות של קדושין כיון דמודה המקדש שעשאו שליח וכ"כ הרמב"ם עכ"ל.

והרא"ש המשיך להקשות על הרמב"ם דמאי שנא שליח לקבלה משליח להולכה, וז"ל אמנם צריך לדקדק מאי שנא דמהניא הודאת האיש ושלוחה לנתינת הקדושין ולא מהניא הודאת האשה ושלוחה לענין קבלת הקדושין עכ"ל. אמנם אע"פ דמסברא נקט הרא"ש דאין לחלק בין שליח להולכה לבין שליח לקבלה, הוא הקשה על עצמו מהמשנה בגיטין (סג:) דמשמע להדיא דבעינן עדי קיום במינוי שליח לקבלה, וז"ל האשה שאמרה התקבל לי גיטי צריכה שתי כיתי עדים, שנים שאומרי' בפנינו אמרה, ושני' שאומרים בפנינו קבל וקרע עכ"ל. והוסיף הרא"ש שיתכן לחלק בין שליח לקבלה בגירושין לבין שליח לקבלה בקידושין וז"ל ואם נוכל לחלק בין גט שבא להתיר לקידושין שבאין לאסור ונשוה שליחות האיש והאשה בקידושין צ"ע עכ"ל. בסופו של דבר נטה הרא"ש לומר דבקידושין לא בעינן עדים בשעת מינוי שום שליח, לעומת גירושין דבעינן עדי קיום בשעת מינוי שליח לקבלה. ולכאורה סברתו צ"ע דמאי שנא שליח שבא להתיר משליח דבא לאסור, הרי שניהם באים לעשות מעשה דהוי דבר שבערוה.

ונראה לבאר דבנוגע לשליח לקבלה דגירושין דבא להתיר, בשעת מינוי השליח לקבלה האשה הרי היא אשת איש ועקב כך השליחות להתיר את האיסור דאשת איש הויא

דבר שבערוה. מאידך, בשעת מינוי השליח לקבלה דקידושין, האשה המתקדשת הויא פנויה בעלמא ועדיין ליכא חלות שליחות דדבר שבערוה עד שעת מעשה הקידושין. לכן לא בעינן עדי קיום בשעת מינוי שליח לקבלה בקידושין.

ולכאורה פרש"י בסוגיא שם בגיטין מהווה דעה רביעית דלא בעינן עדי קיום כלל במינוי שליחות. הרי הגמ' שם הביאה מחלוקת האמוראים מה הדין היכן דישנה הכחשה בין הבעל לבין השליש, וז"ל איתמר בעל אומר לפקדון ושליש אומר לגירושין מי נאמן, רב הונא אמר בעל נאמן, ורב חסדא אמר שליש נאמן וכו' דהא הימניה עכ"ל. והגמ' שם הקשה על רב חסדא מהמשנה דמצריכה עדים וז"ל תנן האשה שאמרה התקבל לי גיטי צריכה שתי כיתי עדים וכו' ואמאי, ליהמניה לשליש עכ"ל. ורש"י שם (ד"ה ואמאי) פירש וז"ל ואמאי - בעי עדים כלל לא בקבלה ולא באמירה אלא באמירתו בלבד להימניה דהא הימניה בעל עכ"ל. וממה שנקט רש"י דלפי קושיית הגמ' לא בעינן עדים כלל, אפי' עבור המינוי, יוצא דהוא הבין המשנה דלא בעינן עדים על המינוי מדין עדי קיום אלא מדין עדי בירור, ולכן מאחר דהבעל הימניה יכול לסלק הצורך לעדים על המינוי. ולפי זה יוצא דלפי רש"י לא בעינן עדי קיום בשעת מינוי שליח לקבלה דגירושין, ולכאורה גם לא בעינן עדי קיום במינוי שום שליח בגו"ק. ועולה מזה דבעינן עדי קיום רק במעשה הקידושין עצמו דהאשה הופכת מפנויה לאשת איש או מאשת איש לפנויה ולא בשלבים לפני זה.

מבואר שיש ד' שיטת לגבי הצורך לעדי קיום בשעת מינוי שליח בגו"ק:

א) הראב"ד – לעולם בעינן עדי קיום, בין שליח להולכה ובין שליח לקבלה, בין בגיטין ובין בקידושין.

ב) הרמב"ם – בעינן עדי קיום במינוי שליח לקבלה ולא במינוי שליח להולכה, וזה הדין גם בגירושין וגם בקידושין.

ג) הרא"ש – בענין עדי קיום רק בשליח לקבלה בגירושין.

ד) רש"י – אין צורך בעדי קיום כלל במינוי שליחות בגו"ק.

ד

שיטת הרמב"ם לגבי שליח לקבלה דקטנה

ביארנו לעיל (אות ב) דלפי הרמב"ם שליחות לקבלה לא הויא חלות שליחות דנתינת כח הבעלים אלא גזה"כ מיוחדת דשליח האשה הוי כאשה עצמה ממש. ולפי"ז נראה נמי לבאר את מה שכתב הרמב"ם (פרק ו מהלכות גירושין הל"ט) וז"ל וקטנה אינה עושה שליח לקבלה אע"פ שחצרה קונה לה גיטה כגדולה מפני ששליח קבלה צריך עדים ואין

מעידין על הקטן שאינו בן דעת גמורה עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל זה הטעם אין לו לא טעם ולא ריח אלא אתם גם אתם לרבות שלוחכם ומה אתם בני דעת אף שלוחכם בני דעת נמצא שהשליח והשולח צריכין להיות בני דעת עכ"ל. ונראה שהרמב"ם סובר שדין מה אתם בני דעת אף שלוחכם בני דעת אינו חל בשליח לקבלה כי הוא מהווה חלות דין שליחות מיוחדת שאינה חלה מדין שליחות דכהת"כ. כי שליחות בכהת"כ תלוי' בדעת המשלח, דהוי הבעלים למנות שליח. ואילו אשה בגירושין אינה בעלים על חלות הגירושין שהרי היא מתגרשת בעל כרחה, אך שליחות שלה לקבלת גיטה חלה מדין מיוחד. ולכן יש הו"א דיתכן שאפילו קטנה שאינה בת דעת יכולה למנות שליח לקבלה. וקמ"ל דמ"מ אין לה למנות שליח לקבלה, מכיון דשליח לקבלה זקוק לעדי קיום, ואין עדים יכולים להעיד על מעשה הקטנה.[1019]

ה

שיטת הרמב"ם בענין עדי בירור בשליחות לגו"ק

ביארנו לעיל (אות ב) שלדעת הרמב"ם בשליח להולכה לא בעינן ב' עדים כלל, לא לקיומי ולא לברורי. זאת אומרת, אין צורך לב' עדים בשעת מינוי השליחות לקיים הדבר, וגם לגבי בירור השליחות פסק הרמב"ם דסגי כשהמקדש והשליח מודים דהיה מינוי ולא בעינן ב' עדים. ויוצא שלהרמב"ם אין במינוי שליח להולכה חלות דבר שבערוה כלל. אבל לכאורה זה סותר מה שכתב הרמב"ם (פרק ט מהלכות גירושין הלל"ב) וז"ל אמר לסופר כתוב לי גט לאשתי כתבו ונתנו לבעל בלא עדים ונטלו הבעל ונתנו לשליח ואמר לו תן גט זה לאשתי בפני עדים והלך השליח ונתנו לה בפני עדים הרי זו ספק מגורשת, שאין השליח נאמן להתיר הערוה אע"פ שהוא עד אחד אלא מפני כתב העדים שחתמו על הגט שהן כמי שנחקרה עדותן עד שיהיה שם מערער כמו שבארנו, ואם היו שם שני עדים שיעידו שגט זה הבעל נתנו לשליח לגרשה בו הרי זו מגורשת עכ"ל. ועיין בלחם משנה (פרק ג מהלכות אישות הלט"ו) דהקשה הסתירה בפסקי הרמב"ם.

ונראה ליישב דמה שהעלינו דלפי הרמב"ם לא בעינן עדי קיום למינוי שליח להולכה הוא נכון, אלא דהצורך לעדי בירור על השליחות תלוי בשעת הדיון. דאם הדיון הוא לפני מעשה הקידושין והגירושין, אזי סגי בהודאת השליח והמשלח ולא בעינן ב' עדים כמש"כ הרמב"ם בפרק ג' מהלכות אישות (הלט"ו). אבל בפרק ט' מהלכות גירושין (הל"ב) מדוייק בדברי הרמב"ם שהדיון על מינוי השליחות הוא לאחר מעשה הגירושין, ולכן בעינן ב' עדים.

[1019] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לב"ק (קד. ד"ה שליח שעשאו בעדים).

והביאור בחילוק הזה הוא ע"פ מה שפסק הרמב"ם דיוחזק האיסור ע"פ עד אחד. דכתב הרמב"ם (פרק טז מהלכות סנהדרין הל"ו) וז"ל אינו צריך שני עדים למלקות אלא בשעת מעשה אבל האיסור עצמו בעד אחד יוחזק, כיצד אמר עד אחד חלב כליות הוא זה, כלאי הכרם הם פירות אלו, גרושה או זונה אשה זו, ואכל או בעל בעדים אחר שהתרה בו, הרי זה לוקה אף על פי שעיקר האיסור בעד אחד, במה דברים אמורים שלא הכחיש העד בעת שקבע האיסור, אבל אם אמר אינו חלב זה, וזו אינה גרושה, ואכל או בעל אחר שהכחיש, אינו לוקה עד שיקבעו האיסור שני עדים עכ"ל. מבואר, שאע"פ דגירושין הוי דבר שבערוה דבעי ב' עדים, מ"מ קודם המעשה סמכינן על עד א' להחזיק אשה כגרושה. אבל אם כהן בא על אשה ואח"כ העיד עד אחד שהיא גרושה, אזי בודאי לא ענשינן ליה כיון דעד אחד אינו נאמן בדבר שבערוה.[1020]

ולפי זה יש לבאר דלפי הרמב"ם מינוי שליח להולכה בגירושין עצמה לא הוי דבר שבערוה וסגי בהודאת המשלח והשליח. ואע"פ דיש לחלות השליחות נ"מ בנוגע לדבר שבערוה, דהרי השליח עושה את מעשה הגירושין, מ"מ אם עומדים לפני הגירושין אזי יתכן דיוחזק הדבר ע"פ ההודאה ולא בעינן ב' עדים לבירור השליחות. מאידך אם כבר ניתן הגט לאשה והדיון עכשיו על השליחות יכריע האם המעשה היה מעשה גירושין בהכשר או לא, אזי בעינן ב' עדים לבירורי גם בשליחות. דאע"פ דאין עצם השליחות בשעת המינוי דבר שבערוה, מ"מ מכיון דאיירי לאחר המעשה אזי גם מינוי השליחות נחשבת לדבר שבערוה דכאן א"א לומר דהוחזקה חלות השליחות לפני מעשה הגירושין בלי עדים.

ו

פסקי הרמב"ם באומר אמרו

לכאורה פסקי הרמב"ם בדין אומר אמרו סותרים זה את זה. שהרי בפרק ד מהלכות זכייה ומתנה (הל"י) כתב וז"ל המתנה כגט שאין אדם יכול למסור דברים לשליח, כיצד אמר לשלשה אמרו לפלוני ופלוני שיכתבו ויחתמו בשטר מתנה ויתנוה לפלוני אין זה כלום, ואם אמרו לאותן העדים וכתבו ונתנו למקבל לא קנה, וכן אם אמר לשנים כתבו וחתמו בשטר מתנה ותנוהו לפלוני אינן יכולין לומר לסופר לכתוב אלא הן עצמן כותבין כמו בגט עכ"ל. ובפשטות פסק שאומר אמרו לעדי שטר מתנה שיחתמו אינו כלום מדאורייתא. ואילו בהלכות גירושין (פ"ב הל"ו) כתב ז"ל אמר לשנים או לשלשה אמרו לסופר ויכתוב גט לאשתי ואמרו לעדים ויחתומו ואמרו לסופר וכתב ולעדים וחתמו או

[1020] ועיין ברשימות שיעורים ליבמות (לט: ד"ה גילוי מילתא) דרבינו זצ"ל האריך בביאור הכלל הזה דהרמב"ם.

שאמר לשנים אמרו לסופר ויכתוב גט לאשתי ואתם חתומו הרי זה גט פסול, ומתיישבין בדבר זה הרבה מפני שהוא קרוב להיות גט בטל עכ"ל. הרי בגירושין מסופק הרמב"ם האם אומר אמרו פסול מן התורה או רק מדרבנן.

ונראה לבאר שהרמב"ם חילק בין אומר אמרו בשטר מתנה לבין אומר אמרו בגט. דהרי י"ל דבשטר מתנה חל דין של דעת המתחייב כדי לתת תוקף לחתימת העדים, וההלכה קובעת דהעדים חייבים לשמוע את ציווי דעת המתחייב מפי הבעל עצמו כדי שיחתמו, כי אין ציווי הבעל נתפס בשליחות. ומשו"ה אומר אמרו לעדים לחתום פסול מדאורייתא. ואילו בגט חלין שני דינים: א) דין דעת המתחייב וציוויו עבור חתימת העדים, ב) דין לשמה שהסופר והעדים הם שלוחי הבעל להחיל חלות הלשמה שבגט (עיין תוס' בגיטין ט: ד"ה אע"פ), וכדכתיב "וכתב לה" ודרשינן לשמה. ונראה דמדין "וכתב" לומדים דכל דברי הגט וחתימת העדים הוו חלק מגופו של ספירת הדברים שבגט שחייבת להיות חלות "וכתב" של הבעל, ובכן הסופר והעדים שכותבים לשמה צ"ל שהם שלוחיו לכתוב את ספירת הדברים שבגט לשמה, ויוצא איפוא שכל כתיבת דברי הגט לשמה נתפסת בחלות שליחות. אך כבר ביארנו דליכא חלות שליחות על חתימת העדים לגבי דין הציווי של הדעת המתחייב. ברם י"ל דמאחר דהשליחות לחתימת הגט לשמה חלה מדאורייתא בנוגע לעדים, אזי י"ל דממילא גם חלה שליחות עבור ציווי הבעל בתורת דעת המתחייב, דאין לחלק חלות דין השליחות לחצאין. דמאחר דשליחות חלה עבור העדים ליצור חתימה לשמה גם חלה השליחות עבור חלות דעת המתחייב ומשו"ה הרמב"ם מסופק שמא אומר אמרו לעדים לחתום בגט כשר מדאורייתא ואילו במתנה פשיטא לו דפסול מדאורייתא.

אמנם כל זה מובן אם נניח דהרמב"ם סובר דכתיבת וחתימת הגט לשמה זקוקות לשליחות. אך יש ראשונים דסבורים דכתיבת הגט לשמה לא צריך שליחות. דעיין בתוס' בגיטין (כב: ד"ה והא) שכתבו וז"ל דלא בעינן שליחות בכתיבה דוכתב לאו אבעל קאי אלא אסופר והא דאמרינן לקמן (דף עא:) צריך שיאמר לסופר כתוב ולעדים חתומו לאו משום שליחות אלא משום דכשלא צוה הבעל לא חשיב לשמה אלא חשיב סתמא ופסול דאשה לאו לגירושין קיימא עכ"ל. ויש לעיין בשיטת הרמב"ם בענין הצורך לשליחות הבעל בכתיבת הגט. דהרי כתב הרמב"ם (פרק ב מהלכות גירושין הל"א) וז"ל זה שנ' בתורה וכתב לה ספר כריתות ונתן בידה, אחד הכותב בידו או שאמר לאחר לכתוב לו ואחד הנותן בידו או שאמר לאחר ליתן לה, לא נאמר וכתב אלא להודיע שאין מתגרשת אלא בכתב, ונתן שלא תקח מעצמה עכ"ל. הרי רהיטת לשון הרמב"ם משמע שהוא השווה

בין "אמר לאחר ליתן לה" דבודאי צריך חלות שליחות, לבין "אמר לאחר לכתוב לו", ויתכן דיש להסיק מזה דהרמב"ם סבור דהסופר צריך להיות שליח הבעל. אמנם מצד שני הרמב"ם לא הזכיר את הצורך לשליחות בכתיבת הגט בהדיא, ואולי הוא נקט כמו התוס' בגיטין (כב:) דוכתב קאי על הסופר. ולפי הצד השני חזרה הקושיא על הרמב"ם לדוכתא, מאי שנא אומר אמרו בשטר מתנה מאומר אמרו בגט.

ונראה לבאר דאפי' אם ננקוט דלפי הרמב"ם אין צורך לשליחות בכתיבת הגט, מ"מ הבעל הוא זה דמחיל חלות הלשמה שבגט ולכן כתיבת הסופר וחתימת העדים מתייחסים אל הבעל. דהרי פסק הרמב"ם (פרק ו מהלכות גירושין הלכ"א) שגם אחר שסופר כתב הגט וחתמו עדים, הבעל יכול לבטלו לעולם וז"ל אם היה הגט ביד הבעל ובטלו כגון שאמר גט זה בטל הוא אינו מגרש בו לעולם והרי הוא כחרש הנשבר ואם גירש בו אינה מגורשת, וכן אם פירש בעת שבטלו והוא ביד השליח ואמר גט ששלחתי הרי הוא בטל מלהיות גט אינו מגרש בו לעולם עכ"ל. אליבא דהרמב"ם הבעל הוא הבעלים של הלשמה והחפצא דהגט עד שעת הנתינה שלא כתוס' הסוברים דהסופר כותב את הגט בתורת עצמו ומחיל בעצמו חלות הלשמה שבגט. כלומר, דלפי הרמב"ם כשהסופר כותב גט בעד הבעל שצווהו לכתוב הגט, אזי כתיבת הסופר מתייחסת לבעל גם בלי מינוי שליחות עפ"י גזיה"כ דוכתב, דהיינו דהבעל צריך להחיל חלות הלשמה בגט. וה"ה לחתימת העדים דמתייחסת לבעל מדין וכתב, דהיינו מכיון דהבעל צריך להחיל חלות לשמה בגט, כל חתימת העדים מתייחסת אליו מדין וכתב.

ועפ"ז יש לחזור לביאור הנ"ל בדין אומר אמרו בגט. דכבר ייסדנו דדעת המתחייב אינו נתפס בשליחות ולכן אומר אמרו אינו מועיל כלל בשטר מתנה. אמנם בגט י"ל דמכיון דכתיבת הסופר וחתימות העדים מתייחסין לבעל מדין לשמה וחלות יצירת הגט מדין וכתב, אולי יתכן דחל נמי צווי הבעל להם לענין חלות דעת המתחייב, ואומר אמרו כשר בגט מדאוריתא שלא כשאר שטרות. ולכן הרמב"ם מסופק באומר אמרו בגט, אע"פ דאומר אמרו בודאי אינו מהני בשטר מתנה.

והנה לכאורה צ"ע דאם לרמב"ם כתיבת הגט לא בעיא שליחות למה יש כל הדיון אם שליח עושה שליח או אם אומר אמרו כשר הרי כתיבת הגט לא בעיא שליחות כלל. ונראה דמכיון דכתיבת הגט והלשמה מתייחסים לבעל, סד"א שיכול הסופר הראשון לצוות לשני לכתוב הגט לשמה בעד הבעל אפי' בלי חלות דין שליחות אלא משום שמתייחסת הכתיבה לבעל ולכן דנו בדין מילי ממסרי לשליח או לא. והביטוי "שליח

עושה שליח" בכתיבת הגט לאו דוקא, דהרי ליכא כאן חלות דין שליחות ממש אלא רק יחוס דמעשה דעשיית הגט לשמה לבעל.

והנה מצינו גם במקומות אחרים דמעשה דאדם אחד מתייחס לאדם שני אפי' בלי חלות שליחות, וכגון במעילה שחל דין שליח לדבר עבירה במעילה אפי' ע"י חרש שוטה וקטן דמעשה המעילה שלהם מצטרף למשלח בלי חלות דין שליחות ממש שהרי חשו"ק לאו בני שליחות נינהו (עיין במס' מעילה כא.). והנתיבות נקט (חו"מ סימן קפב סק"א) דה"ה בשליחות יד בפקדון ובטביחה ומכירה בגניבה שהמשלח חייב גם אם השליח הוא חשו"ק כי אין בעבירות האלו חלות דין שליחות, אלא רק חלות דין צירוף והתייחסות העבירה דעלמא למשלח, וזה שייך גם בחשו"ק.[1021] ועיין בגיטין (כב:) שהכל כשרין לכתוב את הגט אפי' חשו"ק. ומזה מביאים הראשונים ראייה דלא בעינן שליחות לכתיבת הגט (עיי"ש בתוס' ד"ה והא). ברם אליבא דאותם הראשונים שצריכים שליחות י"ל דהגמרא מוקי לה והוא שיש גדול עומד על גביו, כלומר דהקטן כותב ועושה מעשה קוף בעלמא והגדול העומד על גביו הוא שלוחו של הבעל המטיל את חלות הלשמה בגט.

ע"כ ענין שליח עושה שליח

גמ'. מה לגירושין שכן ישנן בעל כרחה.

לכאורה צ"ב בדברי הגמ' דהרי היאך בע"כ נוגע למינוי שליח. ונראה לבאר עפי"מ שהבאנו פעמים רבות (עיין בשיעורים לעיל דף מא. ד"ה דתניא ושלח מלמד שהוא עושה שליח, ובשיעורים לקמן דף סא. בענין משפטי התנאים, אות ד) בשם הגר"ח זצ"ל דרק מי שיש לו חלות דין בעלים יש לו הכח למנות שליח. ובכך ביאר הגר"ח זצ"ל דברי התוס' בכתובות (עד. ד"ה תנאי) דהגמ' תלה דין דאין להתנות תנאי בחליצה בזה שאין למנות שליח לחליצה. וביארו התוס' וז"ל דהואיל והמעשה כל כך בידו שיכול לקיימו ע"י שליח סברא הוא שיהא כמו כן בידו לשוויי ביה תנאה, אבל חליצה שאין בידו לקיימה ע"י שליח לא הוי בידו נמי למירמי ביה תנאה וכו' עכ"ל. התוס' קבעו שרק לבעלים על החלות יש הבעלות התנות תנאי בחלות שלו או למנות שליח כדי להחיל את החלות עבורו. ומבואר דכדי למנות שליח או להחיל תנאי צ"ל חלות שם בעלים.

ועפ"י הנ"ל יש לבאר את הגמרא בתרי אנפי:

א) י"ל דמכיון שהבעל מגרש את אשתו בע"כ אזי הריהו יותר בעלים על מעשה הגירושין מהאיש והאשה בקידושין דצריכים שניהם להסכים.

[1021] וע"ע בזה לקמן (מב: ד"ה והדתניא) דרבינו זצ"ל הציע ב' פירושים האם שליחות במעילה דומה לשליחות בכהת"כ או לא.

ב) א"נ י"ל דהגמרא ר"ל איפכא, הרי גם האשה ממנה שליח לגירושין והיא מתגרשת בע"כ למרות שאינה בעלים כלל על הגירושין. וזהו נגד יסוד דין שליחות דעלמא שרק הבעלים הם הממנים שליח. ולכאורה צ"ל משום כך שדין שליחות בגירושין הוא חלות דין מיוחד ששונה משאר חלות דיני שליחויות שבתורה, ולכן א"א ללמוד מגירושין לשאר דיני שליחות שבתורה התלויות בדין בעלים.

וע"פ יסוד הגר"ח זצ"ל נראה להעלות עוד ביאור בדין אין שליח לדבר עבירה, והוא דאין אדם בעלים על עבירה שעושה שיוכל למנות עליה שליח. לפי"ז מסתבר דאין שליחות חלה במצוות דעלמא כי חלות שם בעלים אינה שייכת למצוות לבד מבתרומה וכדומה שע"י שהבעלים מפרישים ומחילים חלות התרומה מתקיימת המצוה, ולפיכך יכולים הבעלים למנות שליח להפריש את התרומה בתורת בעלי ההפרשה.

דף מא:

גמ'. מה לגירושין שכן ישנן חול.

והנה פשיטא דשאני דעת גיטין וקידושין מדעת הפרשת תרומה. בגיטין וקידושין בעינן דעת מקנה מדהויין מעשי קנין ואילו הפרשת תרומה אינה חלות הקנאה ולית בה דעת מקנה כי אם דעת הפלאה בלבד. הראייה לכך, כי מופלא סמוך לאיש המפריש תרומה תרומותו תרומה אע"פ דאין הקנאתו קנין, כי יש לו דעת הפלאה אבל לית ליה דעת להקנות (עיין נדה דף מו: ורמב"ם פרק ד מהלכות תרומות הל"ה). ולפי"ז צ"ל דהא דהתרומה נעשית ממון כהנים אחרי ההפרשה אע"פ דאין בהפרשה מעשה הקנאה הוא כתוצאה מחלות התרומה דחלה בתבואה. דהיינו דהמפריש רק מתפיס חלות שם תרומה בתבואה, וממילא הכהנים קונים אותה כי יש דין דכל חפצא עם חלות שם כזאת שייכת לכהנים בדיני ממונות.[1022]

וע"ע במס' ב"מ (כב.) דהגמ' רצתה להשוות דין יאוש שלא מדעת דהוי יאוש אליבא דרבא לדין התורם פירות חברו שלא ברשות ואח"כ באו הבעלים והסכימו ואמרו כלך אצל יפות ונמצאו יפות דתרומתו תרומה. ופשיטא שדבר כזה לא יועיל בהקנאה. כלומר דמי שנוטל חפץ מחברו שלא ברשות ויקנהו לשני ואח"כ יבאו הבעלים ויאמרו כלך אצל יפות ונמצאו יפות, פשיטא דאין הקנאתו הקנאה למפרע. דהרי שאני הדעת להפרשת תרומה דאינה דעת מקנה ודומה לדעת יאוש שגם היא אינה דעת מקנה אלא

[1022] והשווה לדברי רבינו זצ"ל ברשימות שיעורים לב"ק (סז. ביאור דברי המלחמות, בא"ד דבכולהו איכא).

דעת מיוחדת שחלה באבידה לגמור את שם האבידה בדבר האבוד ולהתירה.[1023] כי רק בדעת מיוחדת כדעת יאוש אמרינן שמועילה הדעת למפרע. וה"ה בדעת דהפרשת תרומה המהווה דעת מיוחדת של הפלאה ולא של הקנאה שגם היא מועלת למפרע. ובכך יש לבאר את הגמ' שלפנינו שלפיכך אין ללמוד תרומה מגט. דבגט חלה דעת מקנה ואילו בתרומה ליכא דעת מקנה אלא דעת מיוחדת דהפלאה ואין להשוותן לענין עשיית שליח.[1024] ומבוארת יותר עפ"י יסוד הגר"ח זצ"ל דחלות שליחות זקוקה למינוי בעלים דאזי י"ל דדעת מקנה בגט מהווה דעת בעלים למנות שליח ואילו דעת הפלאה אינה דעת בעלים כבהקנאה ולפי' אינו יכול למנות שליח להפרשת תרומה.

ולפי"ז נראה לבאר את פסק הרמב"ם (פרק ד מהלכות תרומות הל"ג) דכלך אצל יפות מועיל בהפרשת תרומה שלא מדעת בעלים וגם בלי מינוי שליחות וז"ל התורם שלא ברשות או שירד לתוך שדה חבירו וליקט פירות שלא ברשות כדי שיקחם ותרם, אם בא בעל הבית ואמר לו כלך אצל יפות אם היו שם יפות ממה שתרם תרומתו תרומה שהרי אינו מקפיד, ואם לא היו שם יפות אין תרומתו תרומה שלא אמר לו אלא על דרך מיחוי, ואם בא בעל הבית וליקט והוסיף בין יש לו יפות מהן בין אין לו תרומתו תרומה עכ"ל. ולכאורה קשה דהרי הרמב"ם פסק (פרק יד מהלכות גזילה ואבידה הל"ה) כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, ומבואר בגמ' (ב"מ כב.) דלדעת אביי תרומתו תרומה בכלך אצל יפות רק כדשוויה שליח. ועיין בכס"מ (שם) דביאר דהרמב"ם סמך על הגמ' בקידושין לקמן (נב:) דמשמע דאם הבעלים אמר כלך אצל יפות דתרומתו תרומה אפי' בלי מינוי שליחות.

אבל לכאורה עדיין צ"ב בסברת הרמב"ם, היאך אפשר שתהיה חלות תרומה חלה למפרע בלי מינוי שליחות לפני ההפרשה, והרי הפרשת תרומה צריכא שליחות וכדכתיב גם אתם לרבות שלוחכם. וי"ל ע"פ הנ"ל דהרמב"ם סבור דמינוי שליחות אינו חל למפרע בשליחות דהקנאה ואילו בשליחות דתרומה דאינה חלות הקנאה אלא הפלאה, שפיר חלה שליחות למפרע (וע"ע בשיעורים לב"מ כב. ד"ה ת"ש כיצד). ונראה להוסיף עוד בביאור שיטתו שכשיש דעת מקנה אזי חלה השליחות בתורת בעלים, ובשליחות של בעלות חייבים למנות השליח מעיקרא אמנם אין מינוי חל למפרע. משא"כ בתרומה דליכא דעת מקנה וליכא איפוא חלות שם שליחות דבעלים אלא רק חלות שליחות דעלמא

[1023] עיין ברשימות שיעורים לפרק אלו מציאות (כב. ד"ה ת"ש כיצד אמרו).

[1024] אבל עיין בשיעורים לקמן (נב: ד"ה אבל הכא אות ב') דרבינו זצ"ל ביאר בדעת הרמב"ם דיש היכי תמצא דגם דעת מקנה מועיל למפרע.

על מעשה ההפרשה והפלאה ולזה מועיל מינוי שליחות למפרע.[1025] דשליחות לתרומה דומה לשליחות לקבלת הגט בכך דאינו שלוחו של בעלים אלא דחלה שליחות דעלמא בלי בעלים.[1026]

תוד"ה פיחת עשרה. בא"ד וי"ל דהתם היינו טעמא לפי שאין דרך בני אדם לברור היפות כדי לתרום אלא הבינונים.

לפי התוס' יוצא דאם השליח פיחת י' או הוסיף י' בכוונה ובסוף הבעלים מחו על זה, דאעפ"כ תרומתו תרומה. מאידך הרמב"ם (פרק ד מהלכות תרומות הל"ז) חולק על זה וז"ל האומר לשלוחו צא ותרום תורם כדעתו של בעל הבית אם היה יודע בו שהוא בעל עין רעה מפריש אחד מששים ואם היה בעל נפש שבעה מפריש אחד מארבעים ואם אינו יודע דעתו מפריש לו בינונית אחד מחמשים נתכוון לבינונית ועלתה בידו אחד מארבעים או אחד מששים תרומתו תרומה ואם נתכוון להוסיף על הבינונית ותרם אפילו אחד מתשעים ותשעה אין תרומתו תרומה עכ"ל. ומשמע מסוף דבריו דכל הדין דאם פיחת י' או הוסיף י' דתרומתו תרומה, הוא רק היכא דנתכוון לאחד מחמשים ועלה בידו בטעות אחד מארבעים או אחד מששים. אמנם אם באמת נתכוון להוסיף על אחד מחמשים אזי אין תרומתו תרומה. ונמצא דנחלקו התוס' והרמב"ם היכא דהשליח התכוון להוסיף עשרה האם תרומתו תרומה, ויש לעיין במאי קמיפלגי.

ולכאורה יתכן לבאר דנחלקו בגדר דין שליח לתרומה. שהתוס' נקטו דשליח לתרומה הוי הבעלים על ההפרשה, ולכן כשאין אומדנא דמוכח דהשליח עושה נגד דעת המשלח, הדין הוא דתרומתו תרומה. ורק אם יש אומדנא דמוכח דהוא עושה נגד דעת בעל הבית כגון שהוא מפריש מן היפות, אזי פקע שם שליחות מיניה ואין תרומתו תרומה. מאידך הרמב"ם חולק על זה וסבור דשליח לתרומה אינו בעלים על ההפרשה אלא הוי מעין ידא אריכתא של הבעלים. ולפיכך אם השליח שינה מדעת בעל הבית אזי אין תרומתו תרומה כי אין לשליח כח מצד עצמו להפריש. ולפי"ז צ"ל דהא דאיתא במשנה דאם פיחת עשרה תרומתו תרומה קאי רק בטעות באומד התבואה ולא בטעות בדעת בעל הבית.

[1025] ויתכן להוסיף ביאור בזה דכשיש שלוחו של הבעלים הריהו שליח הבעלים לעשות גם את עצם המעשה עם החלות, כי הבעלים הוא בעל המעשה והחלות, ולפיכך צריך למנותו לפני המעשה. משא"כ בהפרשת תרומה שאין בזה מעשה בעלים כי אין כאן הקנאה וצריכא שליחות רק על החלות בלבד ולא על המעשה. וממילא השליחות חלה אף אחרי החלות כי בדליכא בעלים בתרומה הדעת היא רק להסכים לחלות וזה אפשר להשלים גם אחרי החלות כי החלות עדיין קיימת בעולם שיכול להסכים עליה, משא"כ המעשה דכבר אזלא מהעולם וצריכים דעת לפני המעשה כדי שהמעשה יתקיים כשיעשה השליח אותו ודו"ק.

[1026] לכאורה צ"ע דלפי"ז יוצא אליבא דהרמב"ם דיועיל מינוי שליחות למפרע בשליחות לקבלת הגט ודבר זה לא שמענו מעולם. ואולי י"ל דמאחר דמרבינן דשליח לקבלה עושה שליח נחשבת השליחות לשליחות דבעלים עפ"י גזיה"כ ולפי' ליכא מינוי שליחות למפרע.

אמנם קשה להעמיס את הביאור הזה בדעת הרמב"ם דהרי יש לו שיטה מיוחדת בגדר שליחות בתרומה. דעיין בדבריו לקמן בפרק ד' (הל"ט) וז"ל האומר לשותפו או לבן ביתו או לעבדו או לשפחתו לתרום והלכו לתרום וביטל שליחותו קודם שיתרומו אם לא שינה השליח תרומתו תרומה ואם שינה כגון שאמר לו תרום מן הצפון ותרם מן הדרום הואיל וביטל שליחותו מקודם אינה תרומה עכ"ל. הרי הרמב"ם פסק דהפרשת השליח מהני אפי' אם המשלח ביטל את השליחות, דס"ל לרמב"ם דהפרשת השליח אינה חלה רק אם יש ב' דברים ביחד: א) ביטול השליחות, ב) שינה מדעת בעל הבית.

ועיין בראב"ד שהשיג עליו וז"ל א"א מה ראה זה המחבר שפסק כריש לקיש שלא העמידו בירושלמי את המשנה בשינה שליחותו אלא לדעת ריש לקיש דאמר לא אתי דיבור ומבטל דיבור ולית הלכתא כוותיה עכ"ל. ועיין בכס"מ (שם) שהוסיף להקשות על הרמב"ם מהגמ' לקמן (נט) דפליג ר"י על ריש לקיש וס"ל דאתי דיבור ומבטל דיבור וקיי"ל כר' יוחנן, וצ"ע א"כ מדוע פסק הרמב"ם דבלא שינה תרומתו תרומה, והרי ביטל שליחותו ואתי דיבור ומבטל דיבור. ותירץ הכס"מ בשם הר"י קורקוס שהרמב"ם סובר שאף ר' יוחנן מחלק בין תרומה לקידושין, ובתרומה ס"ל דלא אתי דיבור ומבטל דיבור, עיי"ש.

ברם עלינו להבין את שיטת הרמב"ם, למה ביטול שליחות בלבדה אינו מהני בתרומה ורק בקידושין. ועוד צ"ב מהי הסברא לומר דהפרשת השליח אינה חלה אם יש ב' תנאים ביחד: גם ביטול השליחות וגם שינוי מדעת בעל הבית.[1027]

ונראה לבאר ע"פ דברי הרמב"ם (פרק ד מהלכות תרומות הל"ג) שהבאנו לעיל (מא: ד"ה שכן ישנן) דאדם אחר יכול לתרום תרומה של בעל הבית בלי מינוי שליחות, וההפרשה חלה למפרע ע"י גילוי דעת של בעל הבית. וביארנו דלפי הרמב"ם לא צריך שליחות מדין בעלים כדי להפריש תרומה דהרי מינוי שליחות של הבעלים בודאי צריך להיות לפני המעשה. אלא דהרמב"ם סבור דבהפרשת תרומה סגי בזה דבעל הבית רוצה שתרומתו תהא מופרשת, ויד אחר הוי כיד בעל הבית כל עוד דיש גילוי דעת של בעל הבית אחרי ההפרשה, דאין כאן חלות שליחות דבעלים על המעשה כבשליחות דעלמא.

ויוצא דלפי הרמב"ם יש ב' דינים בשליחות לתרומה: א) היכא דיש מינוי שליחות אזי השליח הוי הבעלים על ההפרשה וכמו דמצינו בשליח הולכה בגיטין, ב) שליחות דידו כיד בעל הבית אבל אין השליח הבעלים על ההפרשה. וצריך רק דין אחד לחול כדי

[1027] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לב"מ (כב. ד"ה ת"ש כיצד אמרו) דרבינו זצ"ל ביאר את דברי הרמב"ם באופן קצת אחר.

שהפרשת השליח תחול. ובזה מובן דברי הרמב"ם בהלכה ט' בנוגע לביטול השליחות. דהרי כשבעל הבית מינה שליח להפריש תרומה וגם גילה דעתו שהוא רוצה שתרומתו תהא מופרשת, בעצם חלה על השליח ב' חלויות דשליחות, דהיינו דהשליח הוי הבעלים על ההפרשה וגם ידו כיד בעל הבית. ואם בעל הבית ביטל השליחות, זה מפקיע רק את מינוי השליחות דעשה את השליח כבעלים על ההפרשה, אמנם מכיון דהבעלים עדיין רוצה שתרומתו תהא מופרשת השליח יכול להפריש מדין ידו כיד בעל הבית. ברם מכיון דהוא מפריש משום דידו כיד בעל הבית אזי אם הוא שינה מדעת בעל הבית ותרם מן הדרום במקום הצפון, אזי אי אפשר לומר דידו כיד בעל הבית ואין תרומתו תרומה. ומאידך גיסא, אם בעל הבית לא ביטל את המינוי של השליח אבל השליח שינה מדעת בעל הבית ותרם מן הדרום במקום הצפון, אזי חסר לו הדין דידו כיד הבעלים, אבל השליח עצמו הוי הבעלים על ההפרשה ולכן ההפרשה חלה אפי' אם הוא שינה מדעת המשלח.

ויוצא מכל זה דהרמב"ם סבור דאם בעל הבית מינה שליח להפריש תרומה, אזי השליח הוי בעלים על ההפרשה. וא"כ אי אפשר לפרש את פסק הרמב"ם שאם השליח פיחת עשרה בכוונה שאין תרומתו תרומה הוא משום דשליח בתרומה אינו הבעלים על ההפרשה אלא דידו כיד הבעלים. ואם באמת שליח לתרומה הוי בעלים על ההפרשה אזי למה הרמב"ם חולק על התוס' דנקטו דאפי' אם השליח פיחת עשרה בכוונה דההפרשה עדיין חלה.

ונראה לבאר דגם התוס' וגם הרמב"ם סבורים דשליח לתרומה הוי הבעלים על ההפרשה, ולכן אם השליח שינה מדעת בעל הבית באופן מסויים עדיין תרומתו תרומה. אמנם הרמב"ם חילק בין סוגים שונים של שינוי מדעת בעל הבית. דאם השליח תרם מהדרום במקום הצפון אזי אין כאן הפסד ממון לבעלים והפרשת השליח חלה מכיון דהשליח הוי הבעלים על ההפרשה. אמנם אם השליח תרם יותר תבואה מדעת בעל הבית אזי הוא גורם לבעל הבית הפסד ממון. ובהיכי תמצי כזה אמרינן דאין לשליח חלות מינוי שליחות להפסד ממון ולדבר כזה אין לו חלות שם שליח כלל ולכן אין תרומתו תרומה. אמנם אם השליח רוצה להפריש אחד מחמישים אלא דהוא טועה באומד, אזי הוא לא שינה מדעת בעל הבית בכוונה ועדיין חלות שם שליח עליו ותרומתו תרומה.

גמ'. משום דאיכא למפרך שכן ישנה במחשבה.

ונראה לבאר דמכיון דהבעלים יכולים להפריש במחשבה, הרי השליח שמפריש לא צריך להיות חלות שם שליח בתורת שלוחו של אדם כמותו. דהרי י"ל דבעצם הבעלים

מפרישים במחשבה והשליח צריך רק לברר איזה תבואה הבעלים רוצים שיהיו תרומה. ולכן אין להוכיח מ"שליחות" בהפרשת תרומה דשליחות מהני בגיטין ובקידושין.[1028]

גמ'. וכי תימא דיליף מהנך, מה להנך שכן ישנן חול אצל קדשים.

ונראה לבאר דשליחות בגירושין, קידושין ותרומה הוו גם על המעשה וגם על החלות. דהרי למשל, השליח נותן את הגט בעד הבעל דהוי מעשה הגירושין וחלות הגירושין חלה לבעל. אמנם בקדשים השליחות היא רק על מעשה השחיטה ולא על חלות שנוצרה ע"י המעשה.[1029] ולכן הגמ' דחתה כאן דאין ללמוד שליחות בקדשים דחלה על מעשה לחודיה משליחות דגו"ק דהוי על מעשה וחלות. דהרי י"ל דהיכא דבעינן רק מעשה ולא חלות אזי יש צורך דהאדם יעשה את המעשה בגופו. וזה דומה למה דמצינו בשליחות במצוות דהיכא דיש רק מעשה ולא חלות דנוצרה ע"י המצוה אזי האדם צריך לעשות את המעשה בגופו ושליחות אינה חלה.[1030]

גמ'. דא"ר יהושע בן קרחה.

בענין שליחות בקדשים

א

שליחות בשחיטת קרבן פסח

יל"ע האם שליחות בקדשים חלה דוקא בקרבן פסח או"ד דחלה בכל הקרבנות. דהרי שחיטת קרבן פסח חלוק משחיטת שאר קרבנות. דבשאר קרבנות הריצוי תלוי בזריקת הדם והשחיטה הוי עבודה אחת בין שאר העבודות ואין לה דינים מיוחדים. דהרי כל המחשבות שפוסלות שאר העבודות פוסלות גם בשחיטה. אמנם בקרבן פסח יש דינים מיוחדים לשחיטה כמו דאיתא במשנה בפסחים (סא.) וז"ל שחטו שלא לאוכליו, ושלא למנויו, לערלים ולטמאים פסול עכ"ל. והביאור בזה הוא דבקרבן פסח יש מצוה על הבעלים לשחוטו כמ"ש הרמב"ם (ריש הלכות קרבן פסח) וז"ל מצות עשה לשחוט את הפסח בארבעה עשר לחדש ניסן אחר חצות, ואין שוחטין אלא מן הכבשים או מן העזים בלבד זכר בן שנה, ואחד האיש ואחד האשה חייבין במצוה זו עכ"ל, ובפשטות משמעות הרמב"ם היא דהמצוה חלה על הבעלים. ולכן בגמ' דידן, ר"י בן קרחה חידש דהבעלים יכולים למנות שליח לעשות את מצות מעשה שחיטה בעדם.

[1028] ועוד י"ל עפ"י יסוד הגר"ח זצ"ל דאם ישנה במחשבה אזי נחשב לבעלים דאפילו במחשבה בלבד יכול להחיל חלות התרומה משא"כ כשצריך לעשות מעשה אזי איננו בעלים גמורים כ"כ.

[1029] לכאורה כוונת רבינו זצ"ל היא דבגירושין, קידושין ותרומה החלות חלה למשלח. אמנם כאן חלות השחיטה אינה שייכת במיוחד לבעל הקרבן אלא דהשחיטה חלה כמקדש וכמתיר דבהמה עצמה. א"נ י"ל שכשהחלות מתיחס אליו אזי הוי בעלים למנות שליח משא"כ אם אינו בעל החלות ורק של המעשה אינו בעלים למנות שליח.

[1030] וע"ע בזה בשיעורים לעיל (קונטרס מילה, מנחת חינוך אות ג).

אמנם בשאר קרבנות אין מצוה על הבעלים לשחטם.[1031] אלא דיש דין אחר שהבעלים צריכים לעמוד בעזרה בשעת ההקרבה, כמו דאיתא במשנה בתענית (כו.) בנוגע לקרבן תמיד וז"ל אלו הן מעמדות, לפי שנאמר צו את בני ישראל את קרבני לחמי, וכי היאך קרבנו של אדם קרב והוא אינו עומד על גביו, התקינו נביאים הראשונים עשרים וארבעה משמרות, על כל משמר ומשמר היה מעמד בירושלים של כהנים של לוים ושל ישראלים עכ"ל. והביאור בזה הוא דבהמשך הפסוק ד"צו את בני ישראל את קרבני לחמי" כתוב "תשמרו לי במועדו". ומהמלים האלו המשנה לומדת דין חדש דהבעלים צריכים לשמור את הקרבן בשעת הקרבה, דהיינו דהם צריכים להיות בעזרה. והדין הזה דעמידת הבעלים על גבי הקרבן לכאורה אינו נתפס בשליחות דהרי אין בו מעשה, אלא הוי דין עמידה דהוי מצוה שבגופו ואין בו שליחות. ויוצא מזה דרק בקרבן פסח דיש מצוה על הבעלים לעשות את עצם מעשה השחיטה, יש דין של שלוחו של אדם כמותו אך לא בשאר הקרבנות.

אמנם יש להקשות על זה מדברי הרמב"ם (פרק ו מהלכות כלי המקדש הל"א) בענין מעמדות וז"ל אי אפשר שיהיה קרבנו של אדם קרב והוא אינו עומד על גביו וקרבנות הציבור הן קרבן של כל ישראל ואי אפשר שיהיו ישראל כולן עומדין בעזרה בשעת קרבן לפיכך תקנו נביאים הראשונים שיבררו מישראל כשרים ויראי חטא ויהיו שלוחי כל ישראל לעמוד על הקרבנות והם הנקראים אנשי מעמד עכ"ל. דמשמע מדבריו דכל הציבור הוי הבעלים על קרבן הציבור והמעמדות הריהן השלוחים של כל הציבור, והוא נגד מה דביארנו דאין שליחות חלה בנוגע לעמידת הבעלים בעזרה.

ברם קשה לומר דאנשי המעמד הוו שלוחי הציבור לעמוד בעזרה דהרי עמידה בעזרה אינו מעשה דנתפסת בשליחות, ואינו אלא מצוה שבגופו לעמוד שם על קרבנו. אלא מסתבר דהרמב"ם לא התכוון דחל על אנשי המעמד חלות דין שלוחו של אדם כמותו. אלא כוונת הרמב"ם היא דיש דין בקרבן ציבור דרק חלק מהבעלים צריכים לעמוד על גבי הקרבן, ואנשי המעמד הם עומדים על הקרבן בתורת מקצת הבעלים. וכשהרמב"ם כתב

[1031] עיין למשל, בלשון הרמב"ם בספר המצוות בנוגע לקרבן עולה וז"ל והמצוה הס"ג היא שצונו במעשה קרבן עולה והוא שיהיה כל קרבן עולה כשהוא קרב, יהיה קרבן יחיד או צבור, שיהיה על תואר כך ועל תואר כך עכ"ל. והשווה לדברי תוס' הרא"ש בסוגיא דידן (ד"ה מכאן) וז"ל אבל שאר קרבנות לא בעינן דעת בעלים כלל אלא אפי' שחטו בלא דעת בעלים או אפי' הבעלים מוחים בו כשר, אבל בפסח דכתיב ביה ושחטו אותו כל קהל עדת ישראל והצריך לכולם לשחוט וכששחטו אחד חשיב כאילו שחטו כולם מזה יש ללמוד דשלוחו של אדם כמותו עכ"ל. אמנם מרש"י בסוגיא דידן (ד"ה מנלן) משמע דכל שחיטת קדשים צריך שליחות בעלים וז"ל דשלוחו של אדם כמותו לשחיטת קדשים עכ"ל.

דהם שלוחי כל ישראל, פירוש הדבר דהם הנציגים של בני ישראל לעמוד על קרבנם, אבל אין להם תורת שליחות ולא חל חלות דין שלוחו של אדם כמותו באנשי המעמד.

ב

שליחות בשאר קרבנות

עד כאן ביארנו דשלוחו של אדם כמותו שייך רק בשחיטת ק"פ אבל לא בשאר הקרבנות. אמנם יתכן דגם בשאר קרבנות יש דין דשליחות הבעלים.

דהרי אע"פ דבשאר קרבנות אין מצוה על הבעלים לשחוט את הקרבן, אמנם יש מצוה על הבעלים לטפל בקרבן ולעמוד על גביו בשעת הקרבתו. וזה מבואר ברמב"ם (פרק יח מהלכות מעשה הקרבנות הל"א) וז"ל כל הקרבנות כולן בין קרבנות בהמה ועוף בין קרבנות מנחות מצות עשה להקריבן בבית הבחירה שנאמר ושם תעשה כל אשר אנכי מצוך, וכן מצות עשה להיות כל אדם מטפל ומביא קרבנות בהמה שנתחייב להקריבן מחוצה לארץ לבית הבחירה שנאמר קדשיך אשר יהיו לך ונדריך תשא וגו', מפי השמועה למדו שאינו מדבר אלא בקדשי חוצה לארץ שהוא מטפל בהם עד שיביאם לבית הבחירה עכ"ל. הרי הרמב"ם הביא את הפסוק "תשא ובאת" כמקור דהבעלים חייבים לטפל בקרבנות עד שיביאם לבית המקדש.

ולפי זה יש להבין באופן אחר את דברי הרמב"ם בנוגע לאנשי מעמד. דלעיל (אות א') ביארנו דבאמת אין חלות שליחות כלל אלא דיש דין דמקצת הבעלים צריכים לעמוד בעזרה בשעת ההקרבה. ברם, לפי הנ"ל יש לבאר דהרמב"ם באמת התכוון לדין שלוחו של אדם כמותו. דהרי עמידה על הקרבן הוי חלק מהמצוה לטפל בקרבן מהפסוק דתשא ובאת דיש בו מעשה וחל בו שליחות. ולפי"ז נראה דאם אדם שולח קרבנו למקדש ע"י גוי או קטן דאינו בר שליחות דחסרה לו בקיום המצוה דתשא ובאת.[1032]

ועוד י"ל דזהו הביאור בדחיית הגמ' "מה לקדשים שכן רוב מעשיהן ע"י שליח". דעיין ברש"י (ד"ה רוב מעשיהם) וז"ל כל עבודת הקרבתם ע"י כהנים שהם שלוחים עכ"ל. אמנם לכאורה קשה דהרי מסקנת הסוגיא לעיל (כג:) הוא דכהנים שלוחי דרחמנא נינהו וא"כ הכהנים אינם השלוחים דהבעלים. ולפי הנ"ל י"ל דרוב מעשיהן ע"י שליח, פירושו דמצינו בהרבה מקרים שאדם יכול לשלוח קרבנו למקדש ע"י שליח כמו אבל או טמא דמשלחים קרבנותיהם ע"י שליח (זבחים כב:). וכל זה הוי מדין חלות שליחות דשלוחו של אדם כמותו דע"י שלוחם הבעלים מקיימים את מצותם לטפל בקדשים.

[1032] ועיין בספר שיעורי הרב למס' גיטין (ע: בענין משלח שנשתטה) דרבינו זצ"ל דייק מהירושלמי בגיטין דנחלקו ר' יוחנן ור"ל בדין ביטול שליחות בקרבנות. ורבינו זצ"ל הסיק מזה דיש שליחות בשאר קרבנות ולא רק בק"פ.

ויש להוסיף דיתכן דאע"פ דשליחות בק"פ חלה לגבי השחיטה עצמה ושליחות דשאר קרבנות חלה רק בנוגע לחיוב טיפול ולעמוד על גביו אך לא לגבי השחיטה, מ"מ י"ל דהכל מיוסד בחיוב אחד כללי של טיפול בקדשים. דהרי מצינו דחיוב הטיפול הכללי בקדשים חל באופן שונה בקרבנות שונים. דהרי בביכורים יש חיוב אחריות כדאיתא במשנה ביכורים (פרק ב משנה ד) ואם נגנב הביכורים בדרך לירושלים הבעלים צריך להפריש פירות אחרים תחתיהם. אמנם מצינו ג' שיטות באיזה שלב נגמר חיוב האחריות דביכורים. דאיתא במשנה בביכורים (פרק א משנה ט) וז"ל ומנין שהוא חייב באחריותן עד שיביא להר הבית שנאמר (שמות כג) ראשית בכורי אדמתך תביא בית ה' אלהיך מלמד שחייב באחריותם עד שיביא להר הבית עכ"ל, ומבואר דהחיוב אחריות נגמר משהגיע להר הבית. אמנם הגר"א הגיה "לעזרה" במקום "להר הבית". והגר"ח זצ"ל ביאר דלפי הגר"א, חיוב האחריות נמשך עד דיש קיום מצות החפצא דביכורים, דהיינו עד שהפירות יגיעו לעזרה דזוהי שעת קיום מצות הבאתם. אמנם לפי הגירסא שלנו דחיוב האחריות פקע משהגיע להר הבית, נמצא דאע"פ דהביכורים עצמם צריכים להכנס לעזרה, מ"מ חיוב האחריות דהבעלים נגמר לפני כן משהגיעו להר הבית. ובהסבר הדברים צ"ל דיש ב' דינים בביכורים: א) מצוה על הגברא לטפל בהבאת ביכורים עד הר הבית, ב) מצוה על החפצא דביכורים שצריכים להכנס לעזרה. ונראה דחיוב האחריות תלוי במצות הגברא לטפל בם ומצות טיפול מתקיימת בהגעה להר הבית.

ויסוד זה שיש קשר בין חיוב האחריות בביכורים לבין מצות הגברא לטפל בביכורים, גם עולה משיטת רבי יהודה בתוספתא הסובר דחיוב האחריות נגמר אפי' לפני הר הבית וז"ל ר' יהודה אומ' עד באר הגולה חייב באחריותן מבאר הגולה ואילך אין חייב באחריותן עכ"ל. ולכאורה שיטתו תמוה, דהרי מהי הסברא לומר דחיוב האחריות פקע אפי' לפני הר הבית בבאר הגולה. וצ"ל דעד באר הגולה חלה על הבעלים מצות הבאה וטיפול והיא הגורמת לחיוב האחריות. אמנם בודאי יש עוד חיוב מצוה בביכורים דהוי דין בהחפצא דביכורים דהפירות צריכים להיות מובאים לעזרה ממש ובכך מתקיימת מצות הבאת החפצא דביכורים.

ויוצא מדברינו דמצות טיפול והבאה דחלה על הבעלים בביכורים לפי כמה דעות בתנאים נגמרת אפי' לפני העזרה, אע"פ דבודאי בשאר קרבנות מצות הטיפול נמשכת אפי' לאחר זה. וא"כ י"ל דהמצוה על הבעלים בק"פ ומצוה לעמוד על קרבנם בשאר הקרבנות, הן בכלל אותה המצוה הכללית של "תשא ובאת" דהבעלים חייבים לטפל בקרבנות שלהם. דהיינו, דהחיוב לאדם לעמוד על קרבנו הוי חלק ממצות הטיפול בשאר

קדשים, והחיוב על הבעלים לשחוט את פסחם הוי חיוב טיפול מיוחד בפסח שהבעלים יטפלו בפסחם וישחטהו בפנים לשם קרבן. וא"כ י"ל דבכל הקרבנות וגם בפסח שליחות חלה כדי לקיים מצות טיפול דקדשים, כל אחד ואחד כדינו וכשיעורו.

ועוד נראה להעיר שמזה שחלה שליחות בפסח ובהקרבת קרבנות אפשר ללמוד ששליחות מועלת לקיום מצוות חוץ ממצוות שבגופו, וכך קבע הקצות החושן (סימן קפב סק"א)[1033] שבשאר המצוות דעלמא חוץ ממצוות שבגופו חלה שליחות וכגון בקביעת מזוזה ובבנין מעקה וכדומה.[1034] והנה בדין שאין שליחות במצוות שבגופו – כגון בהנחת תפילין באכילת מצה ובתקיעת שופר וכדומה, הסברא היא שבמצוות האלו הגברא פועל בתורת גברא וגם בתורת חפצא דהיינו שהמצוה חייבת להעשות עם החפצא דגופו, ושליחות חלה רק במצוות דעלמא שחייב הגברא לעשותן בתורת גברא כי שלוחו של אדם כמותו לעשות את מעשה הגברא, אך א"א למנות שליח להיות החפצא של גוף המשלח.

ועוד יתכן שאין שליחות חלה למצוות ע"פ שיטת הגר"ח זצ"ל דרק כשיש חלות שם בעלים יכולים למנות שליח והגברא אינו בעלים על המצוה שעושה. ואילו בתרומה ובקרבנות גוף המצוה עצמה תלויה בחלות שם בעלים ומשו"ה שייך למנות בהן שליח לעשותן.

ונ"מ בין הטעמים יהיה לגבי מצות מילה של האב למול את בנו שהאב הוי גברא העושה מעשה מצוה בחפצא של בנו אך איננה מצוה שבגופו כמו תפילין ומצה, וגם אין לו חלות שם בעלים במצוה זו. ויוצא דלפי הקצוה"ח האב שפיר יכול למנות שליח לעשות מעשה המילה,[1035] אבל לפי הגר"ח זצ"ל מכיון שהאב אינו הבעלים על המילה אינו יכול למנות שליח. וה"ה בנוגע לכל שאר המצוות דליכא בהן חלות שם בעלים, כגון מצוות בדיקת חמץ[1037] ופדיון הבן וכדומה.[1036]

[1033] וע"ע בזה בשיעורים לעיל (קונטרס בענין מילה על פי סדר המנחת חינוך, מנחת חינוך אות ג' ד"ה ועיין בטור יו"ד, אות ג').

[1034] אך יתכן דבמזוזה ומעקה המצוה מתקיימת ממילא כשיש לביתו מזוזה ולגגו מעקה גם בלי מעשה מצד הבעלים, ואפי' אם גוי יקבע המזוזה או יבנה המעקה הבעלים יקיימו את המצוה ממילא. ועיין בזה בשדי חמד (מערכת מ' כלל הל"א).

[1035] עיין בזה בקצוה"ח (סימן שפב סק"ב) דהביא מחלוקת הפוסקים בנוגע לשליחות במילה. ויש להעיר על דברי רבינו זצ"ל דהקצוה"ח בעצמו (שם) הבין דלפי תוס' הרי"ד מילה הוי מצוה שבגופו ולא מהני שליחות.

[1036] ברם בשאר המצוות יל"ע האם עיקר המצוה היא לעשות את מעשה המצוה עצמה דאזי ליכא שליחות, או המצוה היא התוצאה, וכגון בחמץ דאין המצוה מעשה הבדיקה אלא התוצאה דהיינו שהבית יהיה בדוק, ובמילה ופדיון הבן שבנו יהיה נימול ופדוי, שאם המצוה אינה עצם המעשה אלא יסוד קיום המצוה היא התוצאה אזי יכול לקיימו ע"י אחר, כשיצוה לאחר שהוא שלוחו לעשות את המצוה ושתהיה את התוצאה שהיא עיקר קיום המצוה, ואכמ"ל. וע"ע בזה בשיעורים לעיל (כט. קונטרס בענין מילה, מנ"ח אות ג).

והנה אליבא דחד מ"ד בגמ' לקמן (מג.) שמאי הזקן ס"ל דיש שליח לדבר עבירה. ושאל הגר"ח זצ"ל את בנו הגר"מ זצ"ל לדעת שמאי מה יהיה הדין בטהור ששלח טמא למקדש האם המשלח חייב או פטור. ואמר הגר"מ זצ"ל דלכאורה אין לדמות מקרה זה למי ששלח שליח להרג את הנפש דחייב שהרי המשלח מוזהר לא להרוג ושלוחו של אדם כמותו, אך כאן מותר לטהור ליכנס בעצמו למקדש ומצד זה צ"ל פטור גם כששלח את הטמא. אך הסיק הגר"מ זצ"ל דמ"מ הטהור חייב כמו מי שזרק שרץ למקדש שחייב. עיין ברמב"ם (פרק ג מהלכות ביאת המקדש הלט"ז) שכתב וז"ל המכניס שרץ וכיוצא בו במקדש או שהכניס אדם טמא למקדש הרי זה חייב כרת שהרי טימא מקדש ה' עכ"ל. וכשהטהור שלח טמא למקדש אליבא דשמאי השליחות חלה כדי להחשיב את הטהור למי שהכניס את הטמא למקדש.

גמ'. מה לקדשים שכן רוב מעשיהן ע"י שליח

לעיל (מא: בענין שליחות בקדשים, אות ב) ביארנו את הדחייה לפי המ"ד דכהני שלוחי דרחמנא נינהו, דהוא מסקנת הסוגיא לעיל (כג:). אמנם נראה מרהיטת לשון הגמ' דקאי לפי המ"ד דכהני שלוחי דידן נינהו, דהיינו דהכהנים עושים רוב מעשי הקרבת הקרבן בעד הבעלים. ולכאורה קשה, דאם הכהנים באמת הוו שלוחי דידן, למה אין קדשים מקור לשליחות בכל התורה כולה, ומה הביאור בדחיית הגמ' דרוב מעשיהן ע"י שליח. **ונראה** לבאר דאפי' למ"ד שלוחי דידן נינהו אין בקדשים חלות שליחות גמורה, דהרי הישראל הבעלים של הקרבן ששלחם אינו יכול לעשות את עבודות הקרבנות בעצמו כדמבואר בסוגיא לעיל (כג:). אלא צ"ל דאע"פ דאין שליחות בנוגע למעשה הקרבה, מ"מ חל דין מחודש של שליחות בנוגע לקיום ההקרבה. והגמ' בסוגיא דידן מחפשת מקור דשליחות חלה גם בנוגע למעשה גירושין ומעשה קידושין וכדומה, ולכן הקרבת קרבנות ע"י הכהנים אינה יכולה להיות המקור לשליחות דעלמא כזאת.[1038]

גמ'. מה להנך שכן ישנן במחשבה.

קשה להבין את פירכת הגמ', דהרי בשלמא בתרומה המחשבה מועילה בהפרשה עצמה וזהו מה שהשליח ממונה לעשות. אמנם בקדשים המחשבה הויא בהקדשה עצמה ואילו

[1037] יל"ע האם מצות בדיקת חמץ מהוה מעשה מצוה לעשות מעשה בדיקה הזקוקה לשליחות או"ד שמהוה מצוה שהבית יהיה בדוק מחמץ ולא צריכא שליחות. וממה שהכשירו קטנים לבדיקת חמץ (פסחים ד:), משמע שלא צריכים שליחות אלא רק שהבית יהיה בדוק, דהא קטנים לאו בני שליחות נינהו.

[1038] וצ"ל דאע"פ דזה הוי סוג שונה של שליחות, מ"מ עצם זה דרוב מעשי קדשים נעשו ע"י שליח מהוה דחייה שאין ללמוד שליחות משחיטת ק"פ, אע"פ דהשליחות בשחיטת ק"פ הוי שליחות על מעשה השחיטה.

השליחות חלה בנוגע לשחיטה. וא"כ למה הדין דאפשר להקדיש במחשבה הוי פירכא על הלימוד משליחות בשחיטה.

רש"י ד"ה שכן ישנן במחשבה. בא"ד אין לי אלא שהוציא בשפתיו גמר בלבו מנין ת"ל כל נדיב לב עולות.

נחלקו הראשונים בדין דהקדשה במחשבה. דרש"י בשבועות (כו: ד"ה תרומה וקדשים) נקט דהקדשה במחשבה מהני גם בקדשי מזבח וגם בקדשי בדק הבית. מאידך הרמב"ם (פרק יד מהלכות מעשה הקרבנות הלי"ב) כתב וז"ל בנדרים ונדבות אינו צריך להוציא בשפתיו כלום אלא אם גמר בלבו ולא הוציא בשפתיו כלום חייב, כיצד גמר בלבו שזו עולה או שיביא עולה הרי זה חייב להביא שנאמר כל נדיב לב יביאה בנדיבות לב יתחייב להביא, וכן כל כיוצא בזה מנדרי קדשים ונדבותן עכ"ל. והגר"ח זצ"ל העיר דהרמב"ם הביא את הדין דהקדשה במחשבה רק בנוגע לקדשי מזבח בלבד ולא בנוגע לקדש בדק הבית. ולכאורה צ"ב בשיטת הרמב"ם מאי שנא קדשי מזבח מקדשי בדק הבית.

והגר"ח זצ"ל ביאר ע"פ שיטתו, דקדשי בדק הבית הוו בעיקר חלות הקנאה להקדש, דיסוד דין קדשי בדק הבית הוא דהויין ממון הקדש וקנינו, ואילו קדשי מזבח הוו התפסת חלות שם הקדש בחפצא בלי הקנאת בעלים להקדש. ולפי"ז י"ל דדוקא בקדשי מזבח חל דין נדיב לב, כי דין זה הוי הלכה בהלכות הפלאה - דהפלאת קדשים חלה בלב ולאו דוקא בפה. ואילו בקדשי בדק הבית לעומת זאת יש דין של דעת מקנה, ולגבי דעת מקנה בכל התורה כולה דברים שבלב אינם דברים, ולפיכך אין בהם דין "נדיב לב" ואינם נקנים לבדק הבית ע"י נדיבת לב בלבד אלא זקוקים אנו ל"אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט" המהוה מעשה קנין להקדש בדק הבית.[1039]

אמנם לכאורה צ"ב בפסוק דהביא הרמב"ם כמקור לדין של הקדשת קדשי מזבח במחשבה. דהרי הגמ' בשבועות (כו:) מביאה את המלים "נדיב לב" ונחלקו הראשונים באיזה פסוק איירי. רש"י בשבועות ובסוגיא דידן ציין לפסוק בדברי הימים ב' (פרק כט פסוק לא) דאיירי בקדשי מזבח וז"ל ויען יחזקיהו ויאמר עתה מלאתם ידכם לה' גשו והביאו זבחים ותודות לבית ה' ויביאו הקהל זבחים ותודות וכל נדיב לב עלות עכ"ל. מאידך הרמב"ם הביא את הפסוק מתרומת המשכן (שמות פרק לה פסוק ה) וז"ל קחו

[1039] עיין בזה ברשימות שיעורים לשבועות (כו: ד"ה גמר בלבו). ובנוגע לחילוק של הגר"ח זצ"ל בין קדשי מזבח לבין קדשי בדק הבית עיין בזה בחידושי הגר"ח על הש"ס (ב"ק עו.), ובחידושי הגר"מ הלוי (פרק ב מהלכות מעילה ה), ובחידושי מרן רי"ז הלוי (פ"ד מהלכות תמורה הלי"א), קובץ הערות (סימן נב). וגם עיין ברשימות שיעורים לב"ק (הקדמה לפרק מרובה אות ב) ולשבועות ונדרים (בענין צדקה אות ז, בענין מעילה אות ד), ובשיעורים לקמן (נב: ד"ה המקדש בחלקו).

מאתכם תרומה לה' כל נדיב לבו יביאה את תרומת ה' זהב וכסף ונחשת עכ"ל. וקשה דהרי מבואר מלשון הרמב"ם דהדין דהפרשה במחשבה שייך אך ורק לקדשי מזבח כדיוק הגר"ח זצ"ל, והרי הפסוק דהרמב"ם הביא לכאורה מיירי בקדשי בדק הבית.

ונראה דצ"ל דלפי הרמב"ם לשון הפסוק "תרומת ה'" אינו קאי על "זהב וכסף ונחושת" אלא על הדברים בסוף הרשימה, "ושמן למאור בשמים לשמן המשחה ולקטורת הסמים" (שם פסוק ח). ומכיון דהם קדושים למצותן חל בהם קדושת הגוף כמו קדשי מזבח.

ועיין ברמ"א (יו"ד סימן רנח סעיף יג) דהביא מחלוקת האם יש בצדקה הדין דכל נדיב לב וז"ל אם חשב בלבו ליתן איזה דבר לצדקה, חייב לקיים מחשבתו ואין צריך אמירה, אלא דאם אמר מחייבין אותו לקיים וכו' וי"א דאם לא הוציא בפיו, אינו כלום עכ"ל. ולפי הנ"ל אפשר לתלות את המחלוקת בזו בחקירה האם חלה הקנאה בצדקה, ועיין בזה באריכות בשיעורים לעיל (דף כח: בענין אמירתו לגבוה).

גמ'. אין העבד נעשה שליח לקבל גט מיד בעלה של אשה, לפי שאינו בתורת גיטין וקידושין וכו' דלאו בר היתירא הוא כלל, אבל עובד כוכבים הואיל ואיתיה בתרומה דנפשיה וכו' אימא שליח נמי עביד, קמשמע לן.

נראה דעבד הוי בר שליחות אלא שאינו בתורת גירושין דא"א לו לעשות מעשה גירושין. מאידך עכו"ם בר הפרשת תרומה אלא שאינו בר שליחות.

ויתכן שתהיה נ"מ באומר אמרו, שאם ימנה עבד למנות שליח לגיטין יכול העבד למנותו דעבד הוי בר שליחות אלא שאינו יכול לעשות את מעשה הגירושין. ואילו עכו"ם פסול באומר אמרו משום שאינו בר שליחות כלל.

ועוד תהיה נ"מ דעבד פסול לכו"ע להיות שליח לקבלה. והרמב"ם (פרק ו מהלכות גירושין הל"ו) פסק שפסול ג"כ להיות שליח להולכת הגט. ברם המגיד משנה (שם) הביא מהגאונים דס"ל דעבד יכול להיות שליח להולכה. ושיטתם דרושה ביאור. ונראה דאם עבד פסול להיות שליח בגירושין משום שאינו בתורת גירושין אזי הריהו פסול בין להיות שליח לקבלה ובין להיות שליח להולכה, וכדעת הרמב"ם. ונראה דהגאונים והרמב"ן ס"ל דשאני שליח לקבלה דכל השליחות חלה בעד חלות הגירושין בשעת קבלת הגט בלבד, ולזה עבד פסול מכיון שאינו בתורת גירושין, מאידך שליח להולכה שהשליחות שלו מתחילה מלפני מעשה הגירושין כשהבעל נותן לו את הגט ונעשה תופס של השטר וגיטו מוכיח עליו. ומכיון דהשליחות להולכה כבר חלה בעבד לפני עצם מעשה הגירושין לפיכך יכול העבד לגמור את שליחותו ולתת לה את הגט בשעת חלות גירושין,

שהרי עבד כשר לשליחות הגט אלא שפסול ליצור חלות גירושין ע"י קבלת הגט בלבד כשזה כל חלות השליחות שלו. ובמילים אחרות, העבד אינו יכול להיות שליח האשה לקבלה להיות ידה לקבלת הגט בשב ואל תעשה מפני שאינו בתורת גירושין, משא"כ להולכה שיש בשליחותו קום ועשה לתפוס את הגט ולהביאו ולתתו לאשה כדי ליצור את חלות הגירושין אזי יכול להמשיך שליחות זו עד גומרה, שהרי כבר התחיל בה לפני שעת חלות הגירושין.

גמ'. הא למה לי קרא, מדרבי חייא בר אבא א"ר יוחנן נפקא וכו' איצטריך, ס"ד אמינא עבד דלאו בר היתירא הוא כלל, אבל עובד כוכבים הואיל ואיתיה בתרומה דנפשיה.

לכאורה קשה דהרי מהי ההו"א של הגמ' דעבד בגט דומה לנכרי בתרומה, הרי יש משנה מפורשת דעכו"ם שתרם תרומתו תרומה. ונראה לבאר דלפי ההו"א אפי' בלי הפסוק דאתם גם אתם, רק אדם שהוא בתורת הלכה מסוימת לכל דבר יכול להיות שליח לדין הזה. ואע"פ דנכרי שתרם תרומתו תרומה מ"מ עדיין הוא אינו בתורת טבל ותרומה מכיון דאין שום נ"מ לנכרי עצמו בנוגע לחלות טבל או לחלות תרומה, כי ההפרשה שלו נוגעת רק לישראל. ולכן יש להשוות נכרי בתרומה לעבד בגט דהרי שניהם אינם בתורת ההלכה לכל דבר ולכן אינן ראויים להיות שליח. ואז הגמ' דוחה, דאע"פ דאין נ"מ לנכרי עצמו בחלות התרומה דהוא מחיל, מ"מ מכיון דהפרשתו מהני ממילא נכרי הוי בתורת תרומה ובלי גזה"כ דאתם גם אתם היה יכול להיות שליח להפריש.

תוד"ה העובד כוכבים. בא"ד ובתרומה כתיב בני ישראל ולא עובדי כוכבים

נחלקו רש"י והתוס' בביאור דעת ר"ש בתרומת עכו"ם. דרש"י (ד"ה ור' שמעון) נקט דר"ש סבור דאין מירוח העכו"ם חייב בתרומה, דהיינו דאין לעכו"ם פירות המחוייבים בהפרשה. אמנם התוס' סברי דאפי' אם יש לעכו"ם פירות המחוייבין בהפרשה, ר"ש סבור דיש גזה"כ מיוחדת דנכרי אינו מפריש תרומה.

ויש לעיין בשו"ט דסוגיא דידן לפי רש"י והתוס'. דהרי ברור לגמ' דלפי ר"ש אין צורך לגזה"כ למעט עכו"ם משליחות בתרומה מכיון דעכו"ם אינו בתורת תרומה. ובשלמא לפי התוס' הכל מובן, דמכיון דיש גזה"כ דעכו"ם מופקע מהפרשת תרו"מ א"כ אין צורך לגזה"כ ללמד דאינו יכול להיות שליח. אמנם לפי רש"י לכאורה קשה, דהיאך ר"ש שייך לסוגיא דידן, דהרי המיעוט דמירוח עכו"ם מלמד דאין לעכו"ם תבואה שחייבת בתרו"מ אבל אין גזה"כ דעכו"ם מופקע מהפרשת תרו"מ כדי לומר דפשיטא דעכו"ם אינו יכול

להיות שליח על ההפרשה.[1040]

ונראה לבאר דרש"י סובר דהדין דדגנך ולא דיגון עכו"ם אינו מהווה חסרון בעלמא במחייב דהתבואה, אלא הוי חידוש דין דחל מפקיע דחלות שם טבל וחיוב הפרשת תרו"מ מהתבואה. ומכיון דמירוח עכו"ם מפקיע את החלות שם טבל וחיוב ההפרשה, ממילא אנו יודעים דנכרי גם מופקע מתורת ההפרשה. ולכן ניתן להבין את דברי הגמ' דלפי ר"ש לא צריך גזה"כ למעט נכרי מלהיות שליח על ההפרשה.

ולפי"ז גם ניתן לבאר למה רש"י פירש את שיטת ר"ש ע"פ גזה"כ במירוח ולא שר"ש סבור דיש קנין לעכו"ם להפקיע מידי תרו"מ. דהרי אע"פ דלפי המ"ד יש קנין לעכו"ם להפקיע אין לנכרי תבואה שמחוייבת בתרו"מ, מ"מ זה רק חסרון שאין היכי תמצי לנכרי להפריש אך אין בזה דין להפקיע חלות שליחות על ההפרשה. אמנם רש"י הבין שהדין דמירוח עכו"ם חל כפוטר ומפקיע של התבואה מתרו"מ ולכן י"ל באופן כללי שהעכו"ם מופקע מתורת תרו"מ וגם מלהפריש תרומה ולהיות שליח להפרשת תרומה.

גמ'. סד"א הואיל ואמר מר וכו' אתם ולא אפוטרופוס וכו' אימא אתם ולא שלוחכם נמי, קמ"ל.

לכאורה קשה, מהי סברת ההו"א דאין שליחות להפרשת תרומה. ונראה לבאר דנסתפקו האחרונים אם אדם יכול למנות שליח להקדיש קרבן.[1041] והתוס' בנזיר (יא. ד"ה דהוי) נקטו דאין נדרי איסור ונזירות ע"י שליח. והקשו א"כ היאך מתנים תנאים בנדרים הא קיי"ל (כתובות עד.) בחליצה דמילתא דליתא בשליחות ליתא בתנאי. ותירץ הגר"ח זצ"ל דשאני חליצה דליכא בעלים על חלות החליצה משום דהחלות חלה ממילא משמים ע"י מעשה החליצה בלי חלות דין בעלים.[1042] ומכיון דהחולץ אינו הבעלים על חלות החליצה, הוא אינו יכול למנות שליח וגם לא להתנות תנאי.[1043] משא"כ בנדרים דהנודר הוי בעל הנדר שיש לו בעלות לאסר דבר על עצמו בנדר אלא דהחסרון בשליחות הוא משום דנדר מהווה מצוה שבגופו דליתא בשליחות, אך מאחר דהוי הבעלים יכול הוא להתנות תנאי. ולפי"ז ניתן לבאר ההו"א דממעטין שליחות מתרומה, דהא תרומה מהווה

[1040] וכן הקשה הגרי"ז (תמורה ג. ד"ה קדשי עכו"ם) וז"ל ולשיטת רש"י (שם) דר"ש פוטר משום מירוח עכו"ם פטור צ"ע למה מיקרי ליתא בדנפשיה דהא דאינו יכול להפריש תרומה הוא משום דהתבואה פטורה א"כ אינו משום דליתא בענין תרומה אלא דאין לו תבואה שחייבת, לפיכך ישראל אינו יכול להפריש אם התבואה פטורה וצ"ע עכ"ל.

[1041] עיין כסף נבחר (סימן קנ:כ"ג וכ"ו).

[1042] וע"ע בזה בשיעורים לקמן (סא. בענין משפטי התנאים, אות ה'), וברשימות שיעורים לב"מ (נא. בענין מתנה ע"מ שכתוב בתורה, אות ח')

[1043] ומשו"ה חליצה לא צריכא דעת בעלים אלא כוונה בעלמא בלבד. ועיין בזה בחידושי הגר"ח זצ"ל על הרמב"ם (פרק ד מהלכות יבום הלט"ז), וברשימות שיעורים ליבמות (נג. תוד"ה רבינא).

מעשה הפלאה וסד"א דהויא מצוה שבגופו כהפלאות דעלמא שאינה נתפסת בשליחות, קמ"ל ששליחות אכן חלה בתרומה ואע"פ שההפרשה היא מעשה הפלאה. ובזה עדיף שליח מאפוטרופוס דשליח יכול לעשות מעשה הפלאה על הטבל תחת הבעלים ואילו אפוטרופוס שאינו שליח ואינו נמי בעלים אינו יכול לעשות מעשה הפלאה והפרשה בעד בעל הטבל.

ולפי"ז י"ל ב' טעמים דבעינן חלות דין בעלים להפריש תרומה: א) יתכן שהפרשה הוי הקנאה לכהן בדיני ממונות ורק הבעלים יכולים להקנות. ב) הפרשה הוי מעשה הפלאה דצריך דעת בעלים וגופם בעצמם לעשות ההפלאה.

ולכאורה יש להוכיח שהצורך לבעלים בהפרשת תרומה חל אפי' היכא דאין דין הקנאה מהגמ' בנדרים (לו:) וז"ל איבעיא להו התורם משלו על של חבירו צריך דעתו או לא, מי אמרינן כיון דזכות הוא לו לא צריך דעת, או דלמא מצוה דיליה היא וניחא ליה למיעבדיה עכ"ל. ולכאורה היכא דתורם משלו על של חבירו בודאי יש למפריש דין בעלים בדיני ממונות דהרי הוא מפריש משלו ומקנה את התבואה שלו לכהן. ואפ"ה מבואר בגמ' דההפרשה מהני רק ביחד עם הדין דזכין לאדם שלא בפניו. ורואים מזה דבנוסף לדין בעלים להקנאה חל גם דין דעצם ההפרשה בתורת מעשה הפלאה צריך דין בעלים.[1044] ולפי"ז החידוש דאתם גם אתם הוא דאע"פ דהפרשת תרומה הוי מעשה הפלאה מ"מ שליחות מהני.

והמהרי"ט (חלק א סימן קכז) נסתפק האם יש שליחות למעשה הקדשה. ולפי הנ"ל יתכן דיש לחלק בין קדשי מזבח לקדשי בדק הבית. דהקדשה לבדק הבית בעצם הוי מעשה הקנאה ומשו"ה שליחות מהני. משא"כ הקדשה לקדשי מזבח הוי מעשה הפלאה והתפסת שם הקדש בחפצא ומסתברא דלגבי זה אין שליחות.[1045]

גמ'. אתם ולא שותפין.

עיין ברמב"ם (פרק ד מהלכות תרומות הל"ח) וז"ל פירות השותפין חייבות בתרומה ומעשרות שנאמר מעשרותיכם אפילו של שנים, והשותפין אינן צריכין ליטול רשות זה מזה, אלא כל התורם מהן תרומתו תרומה, תרם אחד מהן ובא השני ותרם תרומה שנייה שהרי לא ידע שחבירו תרם, אם היו ממחין זה על זה תרומת השני אינה תרומה, ואם לא היו ממחין ותרם הראשון כשיעור אין תרומת השני תרומה עכ"ל. ויש לעיין בב' נקודות בדברי הרמב"ם: א) למה הרמב"ם הביא את הדין דפירות שותפין חייבין בתרו"מ

[1044] ברם עיין ברשב"א (נדרים לו: ד"ה הא) דלא צריך דעת בעלים היכא דתורם משלו על של חבירו.
[1045] וע"ע בזה בשיעורים לעיל (ז. ד"ה מי דמי) ובהערות שם.

בפרק ד' דאיירי בהפרשה ע"י אחר, והרי לכאורה היה מן הראוי להביא את הגזה"כ דמעשרותיכם בפרק א' דאיירי באיזה פירות חייבין בתרו"מ. ב) מדברי הרמב"ם משמע דשותף אחד יכול לתרום על כל הכרי בעד שניהם. ולכאורה קשה, הרי הוא רק הבעלים על חצי מהפירות.

ונראה לבאר דקושיא אחת מתורצת מחברתה. דהיינו דהרמב"ם הבין דהגזה"כ דמעשרותיכם אינו מלמד דיש חיוב תרו"מ בפירות השותפין, אלא החידוש הוא דבפירות של שותפין יש רק מחייב אחד בלבד ולא ב' מחייבים שונים לכל שותף בנפרד. וזה הוי ההסבר היאך שותף אחד יכול לתרום על הכל, דמכיון דיש רק מחייב אחד על התבואה, כל שותף הוי הבעלים על כל התבואה בנוגע להפרשה, אע"פ דהוא רק הבעלים על חצי בנוגע לדיני ממונות. וזוהי הטעם דהרמב"ם הביא את כל ההלכה בפרק ד' ולא בפרק א' דהרי עיקר החידוש הוא בנוגע להפרשת השותף ולא בנוגע לעצם חיוב הפירות בתרו"מ.

ויש להעיר דהר"ש (משנה תרומות פרק א משנה א) חולק על הרמב"ם ומביא מהירושלמי דשותף אחד יכול לתרום בעד השני רק היכא דיש אומדנא דהשותף תורם על דעת שניהם וז"ל כלומר דיעבד תרומתו תרומה דשותפין לא קפדי אהדדי וחשיב כאילו מדעת חברו אבל לכתחלה לא יתרום גזירה שותף דלא קפיד אטו שותף דקפיד עכ"ל.[1046] ויש לעיין בדעת הר"ש האם הוא סובר דבעלות בתרו"מ תלוי בדיני ממונות ולכן צריך דעת שניהם כדי לתרום, או"ד דס"ל בעצם כשיטת הרמב"ם דיש דין בעלות מיוחד לחיוב הפרשה, אלא דהר"ש סבור דבפירות שותפין יש ב' מחייבים שונים של הפרשה.

דף מב.

גמ'. ודילמא שאני התם, דאית ליה שותפות בגווייהו עכ"ל.

ויש לבאר את דחיית הגמ' בב' אופנים: א) מכיון דאית ליה שותפות בגווייהו אין צורך לשליחות כלל, אלא דיש דין דבק"פ רק אחד מהבעלים צריך לעשות את מעשה השחיטה. ולפי"ז מובן דאי אפשר ללמוד מהא דשוחטין ק"פ אחד לכל ישראל לשליחות בכהת"כ. ב) באמת חל דין שליחות כשאחד שוחט הק"פ בעד כל ישראל. אלא דאי אפשר ללמוד מכאן לשליחות בכהת"כ דהרי י"ל דחלות שליחות חלה רק היכא דהשליח הוי בעלים אחד מתוך כמה בעלים.

[1046] ויש להעיר דהכס"מ ביאר את הרמב"ם ע"פ הירושלמי ולא כהלכה מחודשת דשותף אחד יכול לתרום על כל הכרי.

ויש לעיין לפי הצד השני למה מסברא י"ל דרק בעלים יכול להיות שליח. ונראה לבאר דבלי הגזה"כ של שליחות אין אדם אחד יכול לעשות מעשה בעד חבירו, למשל בעל אינו יכול למנות שליח להולכה לתת גט לאשתו. ויש לבאר את החסרון בנתינת גט ע"י אחר בב' אופנים: א) בלי החידוש דשליחות אין שום מעשה גירושין כלל כשאדם אחר נותן הגט לאשה. ב) באמת יש חלות שם מעשה גירושין כשהאחר נותן את הגט של הבעל לאשתו. אמנם אין צירוף בין מעשה השליח למשלח ולכן מעשה הגירושין אינו מתייחס לבעל ואינו חל.

ולפי הצד דהחסרון הוי בצירוף של מעשה האחר למגרש אזי החידוש של שליחות הוא דיש צירוף בין השליח למשלח ומעשה השליח מתייחס למשלח. ולכאורה הא דאית לשליח שותפות בגוייהו אינו מעלה ואינו מוריד בזה, וא"כ אם יש שליחות בשחיטת ק"פ יש ללמוד משם לכהת"כ. אמנם לפי הצד דבלי שליחות מעשה האחר אינו חלות שם מעשה כלל, אזי מובן למה אית ליה שותפות בגוייהו הוי דחייה לא ללמוד שליחות לכהת"כ. דהרי אם השליח בעצמו הוי שותף ובעלים אחד מתוך כמה בעלים אזי ממילא יש חלות שם וחשיבות למעשה שלו. והגזה"כ בשחיטת ק"פ מלמדת דחלות שם מעשה שחיטה הזה מתייחסת גם לכל הבעלים. ולפי הצד הזה מובן דאין ללמוד מכאן לדין אחר דאין חלות שם מעשה לאדם אחר כלל.

גמ'. אלא מהכא ויקחו להם איש שה לבית אבות שה לבית.

ולכאורה קשה דהרי הפסוק הזה איירי בלקיחת ק"פ ומינוי בעלים עליו דאחד קונה את הפסח בשביל כל המנויים כשלוחם. כלומר דאחרי הלקיחה כל המנויים הם הבעלים של הקרבן בדיני ממונות, והשליחות הויא שליחות בדיני ממונות שכל המנויים יקנו את הפסח ויהיו שותפים בה.[1047] וא"כ היאך אפשר ללמוד מכאן דיש שליחות בשחיטת קדשים, דהוי מעשה הקרבה ומצוה בלי חלות קנין ממון. ונראה דמינוי החבורה לק"פ אינו רק חלות דין קנין בדיני ממונות אלא דהוי קיום מסוים בפסח עצמו. וראיה לזה מפסח מצרים דהמינוי היה צריך להיות בי' בניסן אע"פ דהקרבן הוקרב רק בי"ד בניסן, הרי יש דינים מיוחדים למינוי על ק"פ ולא הוי רק חלות דין קנין בלבד. ולפי"ז י"ל דשליחות במינוי על ק"פ דהוי דין מסוים וקיום מצוה בקרבן עצמו יכול להיות המקור לשליחות בשחיטת קדשים וכדומה.

גמ'. איש זוכה ולא הקטן זוכה.

בענין זכייה לקטן

[1047] עיין בזה בחידושי הגרי"ז (הלכות ק"פ ד"ה פסחים).

א

קטן זוכה לאחרים מדאורייתא

נחלקו האמוראים (גיטין סד:) האם קטן זוכה לאחרים או לא וז"ל אמר רב יהודה אמר רבי אסי צרור וזורקו, אגוז ונוטלו זוכה לעצמו ואין זוכה לאחרים, חפץ ומחזירו לאחר שעה זוכה בין לעצמו ובין לאחרים, כי אמריתה קמיה דשמואל אמר לי דא ודא אחת היא, מאי דא ודא אחת היא אמר רב חסדא אחד זה ואחד זה זוכה לעצמו ואין זוכה לאחרים עכ"ל. והתוס' שם (ד"ה שאני) נקטו דלפי רב יהודה קטן זוכה לאחרים מדאורייתא היכא דדעת אחרת מקנה וז"ל משמע דרב יהודה ורב חסדא פליגי אי זוכה לאחרים מדאורייתא או לא ואע"ג דמציאת חרש שוטה וקטן לא הוי גזל אפילו לרבי יוסי אלא מדבריהם הכא דדעת אחרת מקנה אותם שאני עכ"ל.

והקשו התוס' דהיאך קטן יכול לזכות לאחרים מדאורייתא וז"ל וא"ת והא זכיה היא מטעם שליחות ואין שליחות לקטן מאתם גם אתם (מא:) וי"ל דאין למעט קטן משליחות מקרא דתרומה אלא במילתא דליתיה כגון תרומה דליתיה בתרומה דנפשיה אבל בזכיה כמו שזוכה לעצמו זוכה נמי לאחרים עכ"ל. ולכאורה קשה להבין את תירוץ התוס', דהרי היאך התוס' קבעו דקטן ליתיה בתרומה והרי קיי"ל דמופלא סמוך לאיש תרומתו תרומה כדאיתא במשנה תרומות (פרק א משנה ג).

ונראה לבאר דהתוס' חילקו בין קטן בתרומה לבין קטן בזכייה. דהרי בתרומה יש גזה"כ למעט קטן כדאיתא בירושלמי ריש תרומות וז"ל דבר אל בני ישראל ויקחו לי תרומה פרט לגוי מאת כל איש פרט לקטן עכ"ל, ומבואר דקטן מופקע מהפרשת תרומה, ואע"פ דמופלא סמוך לאיש תרומתו תרומה, עכצ"ל דזה הוי דין מיוחד דלהלכות הפלאה מופלא סמוך לאיש נחשב כגדול. אבל בתורת קטן הרי הוא מופקע מהפרשת תרומה ולכן אינו יכול להיות שליח להפריש.[1048] מאידך בזכייה אע"פ דקטן אינו זוכה לעצמו בלי דעת אחרת מקנה, זה אינו משום דקטן בעצם מופקע מזכייה. אלא דיש דין דצריך דעת כדי לקנות וקטן אין בו דעת. ולכן אם יש דעת אחרת מקנה דמשלים את הדעת דהקטן, אזי הקטן יכול לזכות בעצמו. ומכיון דבעצם קטן הוי בתורת קנין, הוא יכול להיות השליח לזכות בעד אחרים היכא דיש דעת אחרת מקנה.

אמנם באמת יש לעיין בגדר הדין דמופלא סמוך לאיש נדריו נדר, האם נאמר כנ"ל שהוא נחשב כגדול לעניני הפלאה או"ד הוא נחשב כקטן לכל דבר אלא שיש הלכה דקטן

[1048] האחרונים דנו האם קטן מופלא סמוך לאיש יכול להיות שליח להפריש לאחר. דהמנחת חינוך (מצוה תקז אות ד) נקט דמופלא סמוך לאיש מופקע משליחות לתרומה אע"פ דמפריש לעצמו. אמנם עיין בשו"ת הר צבי (או"ח חלק ב סימן א) שנשא ונתן בדברי המנחת חינוך.

שהגיע לדרגא של מופלא סמוך לאיש נדריו חלין מדאורייתא בתורת קטן.[1049] ולכאורה יש להביא ראיה דבעצם מופלא סמוך לאיש נחשב כגדול לענין נדרים מהתוס' בסנהדרין (סח: ד"ה קטן). דלפי דעת התוס' שם, קטן זוכה לעצמו ולאחרים מדאורייתא רק אם יש דעת אחרת מקנה. ולכן התוס' הקשו דבגמ' בגיטין (סה.) הוכיחו דקטן זוכה לאחרים מדאורייתא מזה דהוא יכול לחלל מע"ש דאחרים דהרי זה הוי בלי דעת אחרת מקנה, וז"ל וא"ת והיאך מדקדק בגיטין דזוכה לאחרים מדפודה מעשר שני לאחרים והלא אפי' לעצמו לא זכי מדאורייתא כשאין דעת אחרים מקנה אותן ובחילול מעשר מי איכא דעת אחרת מקנה לאחרים ע"י זכיית קטן עכ"ל. והתוס' תירצו וז"ל וי"ל דקסבר המקשה דכמו שזוכה לעצמו בחילול מעשר מן התורה מחמת דמופלא סמוך לאיש דאורייתא כמו כן זוכה לאחרים מן התורה עכ"ל. דהיינו דמכיון דמופלא סמוך לאיש מחלל לעצמו[1050] משו"ה הוא גם מחלל לאחרים אע"פ דאין דעת אחרת מקנה. ולכאורה יוצא מזה דהא דהפלאה דמופלא סמוך לאיש מהני זה מגדיר אותו מחדש כגדול בנוגע לענין הזה, ולכן הוא זוכה בעד אחרים כמו כל גדול אחר. אמנם אם מופלא סמוך לאיש היה דין מסוים דהפלאת קטן מהני אבל הוא עדיין נחשב ע"פ דין כקטן, אזי קשה לומר דהוא יכול לזכות בעד אחרים בלי דעת אחרת מקנה.

ולכאורה נמי אפשר להוכיח דמופלא סמוך לאיש נדריו חלין בתורת נדר דגדול מהא דאיתא במשנה (נדה מה:) וז"ל בת אחת עשרה שנה ויום א' נדריה נבדקין, בת שתים עשרה שנה ויום א' נדריה קיימין, ובודקין כל שתים עשרה, בן שתים עשרה שנה ויום אחד נדריו נבדקין, בן י"ג שנה ויום אחד נדריו קיימין, ובודקין כל שלש עשרה עכ"ל. הרי הדין דמופלא סמוך לאיש תלוי ביום אחד לתוך שנת הי"ב לבת ויום אחד לתוך שנת הי"ג לבן. ולכאורה השיעור הזה דיום אחד הוא דין בגדלות (כדמבואר לעיל בשיעורים דף ד. בענין גדלות אות ב') ומזה דהוא גם שייך למופלא סמוך לאיש משמע דגם מופלא סמוך לאיש נחשב כגדול בנוגע להלכות הפלאה.

אמנם לכאורה מהמשנה הזאת גם ניתן לדייק דמופלא סמוך לאיש אינו נחשב כגדול כלל. דהרי מבואר דיש דין בדיקה במופלא סמוך לאיש ולא בגדול ממש. ונמצא דיש דינים מיוחדים במופלא סמוך לאיש שאין בגדול, ומשמע מזה דמופלא סמוך לאיש הוי גדר אחר וחידוש דין דהפלאת קטן מהני. ברם יש לדחות דבעצם מופלא סמוך לאיש

[1049] וע"ע בספר שיעורי הרב לגיטין (סה. בענין דין הפעוטות, אות ב), מש"כ רבינו זצ"ל בנוגע לחקירה הנ"ל.

[1050] רבינו זצ"ל הוסיף דמזה דלפי התוס' מופלא סמוך לאיש פודה מע"ש לעצמו לכאורה רואים דפדיון מע"ש הוי בעיקר מעשה דנוגע לקדושת החפצא וזה גורם לשינוי הבעלים. ברם אם פדיון מע"ש הוי בעיקר שינוי בעלות בדיני ממונות אזי קשה להבין למה מופלא סמוך לאיש פודה מע"ש מדאורייתא.

נודר בתורת גדול, אלא דיש ב' חסרונות בנדרי קטן: א) גברא קטן מופקע מנדרים, ב) אין דעת לקטן לנדור נדר. ולכן צריך ב' דברים כדי שיהא נדרו נדר, דהיינו דמכיון שקטן הגיע לגיל דמופלא סמוך לאיש הוא נחשב כגדול בתורת גברא לענייני הפלאה, וגם צריך לבדוק אותו כדי לברר דיש בו דעת כגדול כדי לנדור.

ב

זכיית קטן בקרבן פסח

ובהמשך דבריהם התוס' הקשו על רב יהודה דקטן זוכה לאחרים מהגמ' דידן וז"ל וא"ת תקשי ליה לרב יהודה הא דאמרי' בריש האיש מקדש (מב.) איש זוכה ואין קטן זוכה, וי"ל דהתם לא מיירי בדעת אחרת מקנה אותו אלא לאשמועינן דפסח שלו אינו יכול להמנות אחרים עליו דסלקא דעתין שיוכל להמנות משום דשה לבית אבות דאורייתא והוי לענין פסח כמו גדול עכ"ל. ויש לעיין בביאור הקס"ד של הגמ' לפי התוס' דקטן יכול להמנות אחרים על פסחו בגלל הדין דשה לבית אבות, ומה נתחדש למסקנא בדרשא דאיש זוכה ולא קטן זוכה.

ונראה לבאר דמינוי ק"פ מחיל קנין ממון בקרבן. אמנם יש חידוש דין דזכות הממון דחל בקרבן אינו חל ע"י מעשה קנין דעלמא בבהמה אלא רק דעצם המינוי בלבד מחיל חלות קנין בלי מעשה קנין.[1051] ולפי יסוד זה, דזכות הממון של המנויים על ק"פ אינו חל ע"י מעשה קנין אלא ע"י עצם המינוי, יש לבאר דין אחר שמצינו בק"פ בנוגע לביטול המינוי. דאיתא במשנה פסחים (פט.) וז"ל נמנין ומושכין את ידיהן ממנו עד שישחט רבי שמעון אומר עד שיזרק את הדם עכ"ל. וצ"ע שהרי בקנין דעלמא הבעלים אינם יכולים להפקיר את נכסיהם ע"י משיכת ידיים וביטול דעלמא, ורק במעשה הפקר מדעת. ונראה דהא דבק"פ ביטול כזה מהני הוא משום דזכות הממון בק"פ לא חל מחמת מעשה קנין אלא חל ממילא מדין מינוי על הקרבן. ומשו"ה מועיל משיכת ידיים לבטל המינוי וממילא פקע הקנין ממון.

ונראה דמגזה"כ דשה לבית אבות דאורייתא נלמד דאע"פ דקטן אינו בר קנין, הכא בק"פ יש חידוש דקטן זוכה ויש לו קנין ממון בקרבן פסח ע"י מינוי. ולפי"ז יש לבאר את ההו"א של הגמ' לפי התוס' דהקטן גם יכול לזכות לאחרים בלי דעת אחרת מקנה. דהרי יש חידוש התורה דקטן יכול להיות מנוי על הק"פ מדאורייתא, וכמו"כ י"ל דאע"פ דבעלמא בלי דעת אחרת מקנה הוא אינו יכול לזכות לאחרים בקנינים, יתכן דגזה"כ דשה לבית

[1051] אמנם עיין בחידושי הגרי"ז לזבחים (נו:) דהביא מקורות דצריך מעשה קנין להמנות על ק"פ. למשל, הגרי"ז הביא מרש"י (שם ד"ה למנויו) וז"ל שנמנו בדמי לקיחתו עכ"ל. וגם הביא מהמכילתא וז"ל משכו וקחו לכם, מכאן שבהמה דקה נקנית במשיכה עכ"ל. הרי משמע דמינוי ק"פ צריך מעשה קנין.

אבות מהני דהוא יכול לזכות בעד אחרים בק"פ. ולכן באה גזה"כ דאיש זוכה ולא קטן זוכה, להגביל את גזה"כ דשה לבית אבות דנלמד מזה רק שחל מינוי דהקטן עצמו, ולא לענין שהוא יכול לזכות בעד אחרים להיות מנויים על הקרבן.

והנה ייסדנו לעיל דמינוי ק"פ מחיל קנין ממון בקרבן אבל אינו מעשה קנין ואינו חלק מהפרשה דכי תמכרו ממכר לעמיתך. ויש כמה הוכחות ליסוד הזה.

עיין בפסחים (פט:) דיש דין דמנויים לק"פ יכולים להוסיף אחרים לחבורה שלהם. והתוס' (ד"ה וזה הפריש) הקשו דאם הבהמה כבר קדושה היאך הם יכולים להוסיף אחרים, וז"ל וא"ת וכו' איך יכול למנות אחרים אחר שהקדישו וכו' וי"ל דאע"ג דלא משייר ביה מידי על דעת כן מקדישו שיצאו כל אשר ימנה עליו דקרא כתיב (שמות יב) ולקח הוא ושכנו וכתיב ביה (שם) תכוסו משמע דבכל ענין אפילו הקדישו כבר משום דדעת האדם כן עכ"ל. ויוצא מדברי התוס' דיש גזה"כ דהמנויים לק"פ יכולים להמנות אחרים על קרבן שלהם וליתן להם זכות ממון בקרבנם שכבר קדוש, ואע"פ דזה לא מהני לפי הלכות קניינים דעלמא. ויוצא דמינוי חל אפי' במקום שקנין דעלמא אינו חל כי המינוי הוי חלות דין מסוים בק"פ ואינו דין קנין דעלמא.

והיסוד הזה נמי עולה מדברי התוס' בנוגע לשחיטת ק"פ שלא למנוייו. דאיתא בפסחים (סא:) וז"ל שחטו שלא לאוכליו, ושלא למנויו, לערלים ולטמאים פסול וכו' מנהני מילי, דתנו רבנן במכסת מלמד שאין הפסח נשחט אלא למנויו עכ"ל. והתוס' שם (ד"ה ואיתקש) חילקו בין הדין דשלא למנוייו לבין הדין דשינוי בעלים בשאר קדשים וז"ל דשלא למנויו אין זה שינוי בעלים דשינוי בעלים לא פסיל אלא בזריקה כגון שוחט או מקבל ומוליך על מנת לזרוק לשם אחרים או זורק לשם אחרים אבל שוחט ומקבל ומוליך לשם אחרים כשר דמוכפר עליו נפקא לן ושלא למנויו היינו שוחט שלא למנויו ולא פסיל אלא בשחיטה דווקא כדכתיב תכוסו ודווקא בפסח ולא בשאר קרבנות עכ"ל. הרי רואים שדין שלא למנוייו הוי פסול נפרד מהדין דעלמא דשינוי בעלים. והביאור בזה הוא כנ"ל, שמינוי לק"פ אינו מהווה דין מעשה קנין ובעלות דעלמא בדיני ממונות, אלא דין מיוחד הוא בק"פ מהפסוק תכוסו. ואע"פ דיש למנוייו קנין ממון בק"פ זהו רק תוצאה שחלה ממילא מחמת חלות דין המינוי, ולכן יש לזכות הממון הזאת דבאה מחמת המינוי דינים מיוחדים שלא כזכות וקנין ממון דעלמא.

ולפי"ז אף ניתן להבין את דברי הריטב"א בסוגיא דידן דהקשה כמו התוס' בגיטין (סד: ד"ה שאני) דלפי המ"ד בגיטין דקטן זוכה בעד אחרים מדאורייתא מה הפירוש של הגזה"כ בסוגייתנו דאיש זוכה ולא קטן זוכה וז"ל דאפילו תימא דקטן אית ליה זכייה

מדאורייתא בעלמא גלי לן קרא דבהא לית ליה זכייה לאחרים עכ"ל. ולכאורה קשה, מה הסברא דבקניינים דעלמא קטן זוכה בעד אחרים מדאורייתא, ורק בק"פ אין קטן זוכה לאחרים. וע"פ הנ"ל מובן דפרשת כי תמכר ממכר לעמיתך לחוד ופרשת תכוסו על השה לחוד, ואע"פ דיש למנויים על ק"פ זכות ממון, מ"מ יש דינים מיוחדים במינוי לק"פ. ואחד מהדינים הוי דקטן אינו זוכה לאחרים מינוי בק"פ ואע"פ דזוכה לאחרים קנין ממון דעלמא.

ג

דעת אחרת מקנה אותו

הבאנו (לעיל אות א) מהתוס' בסנהדרין וגם מהתוס' בגיטין דקטן אינו זוכה לאחרים, אמנם כשיש דעת אחרת מקנה הוא זוכה לעצמו וגם זוכה לאחרים מדאורייתא. ויתכן דיש לדייק דנחלקו בעלי התוס' בגדר הדין דדעת אחרת מקנה. דהרי התוס' בגיטין חידשו דדעת אחרת מקנה מהני מדאורייתא ואז הקשו דהיאך זה מהני לקטן אם זכייה מטעם שליחות, וז"ל הכא דדעת אחרת מקנה אותם שאני וא"ת והא זכיה היא מטעם שליחות ואין שליחות לקטן מאתם גם אתם (מא:) עכ"ל. הרי מבואר מקושייתם דזכייה לאחרים היכא דדעת אחרת מקנה מהני מדין זכייה מטעם שליחות. אמנם התוס' בסנהדרין קבעו בתחילת דבריהם דזכייה מטעם שליחות, ואעפ"כ נקטו דדעת אחרת מהני כדי שקטן יזכה לאחרים מדאורייתא, ולא הקשו דהרי אין שליחות לקטן. ולכאורה יש לדייק דנחלקו בעלי התוס' האם זכייה לאחרים היכא דדעת אחרת מקנה מהני מטעם שליחות או לא.

ונראה לבאר ע"פ ביאור הצדדים האם זכייה מהני מטעם שליחות או לאו מטעם שליחות.[1052] דהרי בזכייה דעלמא ראובן מוצא אבידה ומגביה אותו כדי ששמעון יזכה בו. וביאור המ"ד דזכייה לאו מטעם שליחות הוא דשמעון אינו עושה מעשה קנין כלל ע"פ דין, אלא דראובן עושה את מעשה הקנין, וחלות הקנין, דהיינו בעלות הממון, חל לשמעון. והמ"ד דזכייה מטעם שליחות נקט דאי אפשר להפריד בין מעשה הקנין לבין חלות הקנין, אלא דאם שמעון נעשה לבעלים על חלות הקנין הוא צריך נמי לעשות את מעשה הקנין ע"פ דין ולכן צ"ל דראובן הוי השליח של שמעון.

ולפי"ז יש לבאר את יסוד המחלוקת בין בעלי התוס'. דהרי איירי בהיכי תמצי דזכייה ע"י דעת אחרת מקנה, דהיינו דלוי נותן את החפץ לראובן כדי שראובן יזכה בעד שמעון. והתוס' בגיטין נקטו דגם היכא דיש דעת אחרת מקנה, מ"מ אי אפשר להפריד בין מעשה

[1052] ועיין בזה גם בשיעורים לקמן (מב. ד"ה ותיסברא).

הקנין לבין חלות הקנין ולכן שמעון דזוכה בחפץ גם צריך לעשות את מעשה הקנין ע"פ דין. ולכן ראובן צריך להיות השליח של שמעון למעשה הקנין. אמנם התוס' בסנהדרין סבורים דמכיון דיש דעת ומעשה קנין מצד המקנה, אין צורך למעשה קנין מצד שמעון הקונה, ולכן לא צריך בזה לחלות דין שליחות. אלא דלוי מקנה את החפץ וראובן עושה מעשה זכייה, וחלות הקנין לבד חל לשמעון, ולא מעשה הקנין, כי מעשה הקנין חל מצד המקנה ולא מצד הקונה.

ד

זכייה לאו מטעם שליחות בירושה וגירות

גמ' ותיסברא דהא שליחות הוא והא קטנים לאו בני שליחות נינהו, אלא כי הא דרבא בר רב הונא וכו' מנין שזכין לאדם שלא בפניו שנאמר ונשיא אחד נשיא אחד.

הרשב"א (ד"ה מהא) הוכיח מהשקלא וטריא דזכייה לאו מטעם שליחות, וז"ל מהא וכו' משמע דזכיה לאו מדין שליחות הוא וזכין לקטן דבר תורה דאלת"ה כי אקשי' ותסברא א"כ מצינו שליחות לקטן מאי קא משני מנין שזכין לאדם אכתי תיקשי לן ותסברא הא משום זכיה הוא א"כ מצינו שליחות לקטן עכ"ל. וצ"ע על הראשונים דנקטו דזכייה מטעם שליחות, היאך הבינו את השו"ט.

ויתכן דיש ב' דינים בהא דזכין לאדם שלא בפניו: א) מעשה הזוכה מהני לזה דזוכה בשבילו, ב) דעת הזוכה מהניא לזה דזוכה בשבילו. ולכאורה כל הדיון בראשונים בנוגע לזכייה האם חלה מטעם שליחות או לא חלה מטעם שליחות הוי רק בנוגע לדין הא' דמעשה הזוכה, זאת אומרת דהראשונים נחלקו האם הא דמעשה הזוכה מהני לאדם אחר הוי מדין שליחות או מדין חדש דזכייה. אמנם פשיטא דהדין השני, דדעת הזוכה מהניא למי שזוכה בשבילו, אינו תלוי בשליחות מכיון דבשליחות יש דעת המשלח דמינה אותו כשליח ואינו דומה לזכייה שאין בה דעת של מי שזוכה בשבילו כלל.

והנה בנוגע לחלוקת הארץ בגורל וזכיית הנשיאים בעד בני שבטם נראה דלא היה חלות מעשה קנין כלל, כי ההתנחלות ע"י גורל אינה מעשה קנין דקרקע. אלא דהגורל גרם לעצם חלוקת הארץ, דהיינו הבירור דהחלקים. ומעשה לקיחת הקלפי הוי מעשה קוף בעלמא ולא מעשה קנין כי מאחר דחלקי הארץ לשבטיהם נתבררו, הקנינים חלו ממילא משמים. ואע"פ דעשיית הגורל לא היה מעשה קנין מ"מ בירור הארץ ע"י גורל היה צריך להעשות מדעת כלל ישראל, ובזה הועילה דעת הנשיאים כדעת של בני שבטם מדין זכייה. ומכיון דבחלוקת הארץ בעינן רק זכייה מדעת ולא בעינן זכייה במעשה הקנין, פשיטא לכ"ע דזכייה לא הויא מטעם שליחות דהרי כל הדיון האם זכייה מטעם שליחות

היא או לא הוא רק בנוגע לדין זכייה במעשה קנין. ויוצא איפוא דאין ראייה מהשו"ט דסוגיא דידן, ויתכן דאה"נ דזכייה דמעשה קנין באמת הויא מטעם שליחות, אך לא חלות הזכייה בחלוקת הארץ.

וכמו"כ י"ל דזהו נמי הביאור בתוס' במס' סנהדרין (סח: ד"ה קטן) דנקטו דזכייה הוי מטעם שליחות והקשו היאך מטבילין גר קטן ע"ד ב"ד מדאורייתא אם הגירות חלה ע"י זכייה ואין זכייה לקטן, ותירצו וז"ל לא דמי לשאר זכיות דמה שב"ד מטבילין אותו אינם זוכין בעבורו אלא הוא זוכה בעצמו ובגופו שנעשה גר ונכנס תחת כנפי השכינה וכו' דמועיל להו מילה וטבילה של קטנות שהיתה בגופם ואין חסרים אלא קבלת מצות ומתוך שגדלו ולא מיחו היינו קבלה עכ"ל. ונראה דר"ל כנ"ל, דלמ"ד דזכייה מטעם שליחות ולכן אין שליחות וזכייה לקטן, היינו רק לגבי לעשות את המעשה עבור הקטן כשלוחו. משא"כ בגירות שהקטן עושה את מעשה הגירות בעצמו אלא דחסרה לו דעת, ודעת הב"ד המזכה לו זוכה עבורו דעת גירות גם בלי שליחות. כי דעת הב"ד מהווה הדעת דהגירות ומועלת עבור הקטן אבל לא שנעשה לדעת של הקטן עצמו מטעם שליחות.

ובזה נראה לבאר גם את מה שכתבו התוס' שם בהמשך, וז"ל משום דאם היתה חובתו לא היה לב"ד להתמצע להכניס גופו בדבר שיש לו חובה עכ"ל, דמשמע שחייב הב"ד לגייר את הקטן. ונראה דזהו לשיטתם דאע"פ דזכייה דעלמא חלה מדין שליחות היינו רק לגבי מעשה קנין ואינו נוגע לגר קטן דהזכייה חלה עבור דעת בלבד. דהרי אם נניח דב"ד מטבילין גר קטן מדין זכייה מטעם שליחות, אזי ב"ד עושים את עצם מעשה הגירות בעד הקטן. דהיינו, דאע"פ דגוף הקטן טובל במקוה והוא נעשה מהול, אין זה מספיק למעשה הגירות אלא בעינן מעשי טבילה ומילה עם דעת, והב"ד הם העושים את מעשה הטבילה עם הדעת כשלוחים בעד הקטן המשלח. ואם הב"ד הם שלוחי הקטן אזי כמו בכל שליחות המעשה גיור מתייחס למשלח ונחשב איפוא ע"פ דין כמעשה הגירות של הקטן עצמו. ואם מעשה גירות הקטן היא מעשה הקטן מדין שליחות אינו מסתבר דיש חיוב על הב"ד להתמצע לעשות עצמם כשלוחים בעד גוי לעשות את עצם מעשה הגירות כשלוחו בעבורו.

אמנם לפי המבואר לעיל דהתוס' סברי דאע"פ דזכייה בעלמא הויא מטעם שליחות, מ"מ בגר קטן חל דין זכייה רק עבור דעת הגירות בלבד דאינו תלוי בגדרי שליחות כלל, אזי שפיר מובן למה ב"ד מחוייבים לגיירו. דהרי לגבי מעשה הגירות י"ל דסגי בזה דהקטן טבול ומהול, דלא בעינן דעת וכוונה מיוחדת ליצור את מעשה גירות, כי הקטן יכול לעשות את מעשה הגירות בעצמו. והב"ד צריכים לצרף ולהחיל רק את חלות הדעת

לגירות מדין זכייה דהוי דין נפרד ממעשה הגירות דהקטן בעצמו עושה. ויוצא דמעשה הגירות מתייחס באופן ישיר לקטן אבל הדעת לגירות היא דעת הב"ד עצמם דאינה מתייחסת באופן ישיר לקטן, אלא לגירות סגי בצירוף מעשה הקטן עם הדעת דב"ד. ולפי"ז יוצא לפי התוס', דכשב"ד מטבילין גר קטן, הגירות חלה ע"פ דעתם של הב"ד ולא מדעת הקטן. ומכיון דאירי בדעת הב"ד עצמם לכן מובן דהם צריכים להיות אחראים על הגירות והם מחוייבים לגיירו כשהקטן בא לב"ד.

ונראה דיש עוד נ"מ בשיטת התוס' לגבי מה דהביאו בסוף דבריהם דהגדילו יכולים למחות. דפשיטא דא"א לגייר אדם בע"כ דהרי מבואר לגבי יפת תואר דיש גזיה"כ ודינים מיוחדים היאך לגיירה אם היא אינה רוצה להיות ישראלית. ורואים מזה דהיכא דאין גזיה"כ אזי א"א לגירות לחול בע"כ. ולכאורה זהו יסוד הדין דהגדיל יכול למחות.

אבל יש לעיין מהו הדין אם הוא לא מיחה אבל לא הודיעו בגדלותו שהוא גר, האם זה סגי כדי שהגירות תתקיים. וי"ל דתלוי בב' הצדדים הנ"ל. דאם הגירות חלה מדין שליחות ובעצם בעינן מעשה ודעת דהגר עצמו, אזי לכאורה מסתבר דזכיית הב"ד רק מועילה כל היכא דאין הגר בן דעת. אבל מהרגע שהוא הופך להיות בן דעת, אזי בעינן דעתו שיסכים לגירות וחייבים להודיעו דהוי גר כשיתגדל. אבל לפי מה דביארנו בשיטת התוס' דמעשה הגירות הוי של הקטן ואילו הדעת לגירות הוי הדעת של הב"ד ולא דהגר עצמו, מסתבר דלא בעינן דעתו להסכים להגירות בגדלותו, אלא כל זמן דלא מיחה הגירות חלה מדין דעת ב"ד, ובכן כשיתגדל לא צריכים להודיעו דהוי גר שהתגייר בקטנותו.

ברם עיין בסוף דברי התוס' וז"ל ואע"ג דאמרינן בכתובות (דף יא.) הגדילו יכולין למחות הא אמרינן דכשגדלו שעה אחת ולא מיחו שוב אין יכולין למחות דמועיל להו מילה וטבילה של קטנות שהיתה בגופם ואין חסירים אלא קבלת מצות ומתוך שגדלו ולא מיחו היינו קבלה עכ"ל. ולכאורה לפי דברינו קשה, דהרי משמע מלשון התוס' "היינו קבלה" דבעינן קבלת הגר כשיתגדל. אמנם לפי מה שביארנו בדעת התוס' דמעשה הגירות בגופו הוא של הקטן והדין דזכין חל רק בנוגע לדעת הב"ד לגירות, לכאורה היה מסתבר דלפי התוס' לא בעינן הסכמת הגר להשלים את הגירות, אלא דמחאה הופכת אותה לגירות בע"כ דאינה חלה. וא"כ צ"ע למה כתבו התוס' דשתיקת הגר כשהוא גדול "היינו קבלה".

ונראה דהתוס' חידשו דיש ב' דינים בדעת לגירות: א) דעת לחלות הגירות, ב) דעת

לקבלת עול המצוות, דהרי קבלת המצוות הוי כל מהות וחפצא דהגירות.[1053] וא"כ אע"פ דדעת הב"ד מדין זכין מהני לגבי הדעת לחלות הגירות, מ"מ הגר עצמו עדיין צריך לקבל על עצמו את המצוות כשיתגדל דהרי בלי זה חסר כל מהות ועיקר הגירות. ופשיטא דהגר צריך לקבל המצוות בעצמו ולא סגי בדעת הב"ד דהרי הגר הוא זה דצריך לקיים את המצוות אחרי הקבלה. ולכן התוס' הוסיפו דמכיון דגדלו ולא מיחו היינו קבלה, כלומר דשתיקת הגר בגדלותו סגי לדין השני דדעת לקבלת עול המצוות. אך לפי"ז יוצא דבאמת חייבים להודיעו לכשיתגדל שהתגייר בקטנותו כדי שיקבל על עצמו עכשיו את עול המצוות ולא ימחה.

ע"כ ענין זכייה לקטן

גמ'. מנין ליתומים שבאו לחלוק בנכסי אביהן, שבית דין מעמידין להם אפוטרופוס וכו' אלא לחוב ע"מ לזכות.

בענין אפוטרופוס דקטן

א

יסוד דין אפוטרופוס האם חל מדין זכייה או לא

ויש לעיין ביסוד הדין דאפוטרופוס. די"ל דהגמ' נשארת בהו"א שלה דחלוקת הארץ חל ע"י זכייה, אלא דעכשיו הגמ' מבארת דחלוקה נחשבה כזכות. מאידך י"ל דהגמ' חוזרת לגמרי מסברת ההו"א ולפי המסקנא יש דין חדש של אפוטרופוס מגזה"כ דנשיא אחד. ולכאורה משמע דיש לאפוטרופוס כח מעל ומעבר לדיני זכייה בעלמא, דהרי הוא יכול למכור נכסי היתומים ובדרך כלל לא אמרינן זכין מאדם להקנות ע"י זכייה (עיין בזה בשיעורים לעיל ז. רשב"א ד"ה הילך מנה והתקדשי לפלוני). וגם מבואר בסוגיא בגיטין (נב.) דאפוטורופס יכול להפריש תרו"מ בעד היתומים, ומשמע מזה דיש לו דין בעלים על נכסי היתומים.

ולכאורה זה גם עולה מדברי השאילתות (פרשת מסעי) דהיה לו גירסא אחרת בסוגיא דידן, וז"ל שאילתא דאילו היכא דאיכא אחי מינהון קשישי ומינהון זוטי ואית להו נכסי ובעו למיפלג מוקמינן להו אפיטרופא להנך זוטי דאזיל פליג ושקיל להו מנתא בהדי אחי קשישי בין לזכות בין לחובה דאמר רבא בריה דרבה בר רב הונא אמ' רב גידל אמר רב מניין לבית דין שמעמידין אפיטרופא ליתומין לחובה ולזכות שנאמ' ונשיא אחד ונשיא אחד ממטה תקחו לנחל את הארץ עכ"ל. ומבואר דהשאילתות לא גרס קושיית

[1053] וע"ע ברשימות שיעורים ליבמות (מה: קונטרס בענין גירות אות יד) דרבינו זצ"ל האריך ביסוד הזה בשם אביו הגר"מ זצ"ל. ולגבי הב' דינים בדעת הגר עיי"ש באות יא'.

הגמ' "לחוב אמאי" והתירוץ "לחוב ע"מ לזכות", אלא רק דב"ד מעמידין אפוטרופוס לזכות ולחוב. ואע"פ דפשיטא דהאפוטרופוס פועל רק לטובת היתומים, מ"מ גם מעשי אפוטרופוס דמוגדרים כ"חוב" נמי מהני. ולכאורה מוכח מזה דאפוטורוס הוי דין בפנ"ע דחלוק מדין זכייה דעלמא.

ולכאורה זה מבואר גם מדברי התוס' (ד"ה אלא לחוב) לגבי הגדרת זכות וחוב בנוגע לאפוטרופס. דהתוס' חידשו דאפוטרופוס אינו יכול לשלם חוב של היתומים לתובע, וז"ל דהתם מיירי בתביעת חובות שיש לאחרים עליהם ובהא ודאי אין רשאין דשמא לא יתבעום כשהן גדולים עכ"ל. כלומר, דפריעת חוב היתומים נחשבת כחוב להם כי אולי כשיגדלו התובע לא יבקש את הממון. ומשמע מזה דבעצם יש לאפוטרופוס הכח לשלם חוב בעד היתומים, אלא דהתשלום הוי נחשב כחוב ולא זכות, כי התשלום יגרום שהיתומים יפסדו. אבל אם היינו בטוחים דהתובע יתבע את הממון גם כשיגדלו, אולי יש מקום לומר דהאפוטרופס יכול לשלם החוב גם כשהם קטנים. ומבואר דהתוס' נקטו דמעיקר הדין אפוטרופוס יכול להוציא כסף היתומים אם זהו באמת לטובתם לבסוף. ולכאורה מוכח מזה דהתוס' נקטו דאפוטרופוס הוי דין שונה מזכייה, כי לגבי זכייה רוב הראשונים סבורים דרק זכין לאדם ולא מאדם,[1054] וכל הקנאה או הוצאת כסף בעד אחר נחשב ע"פ דין כחוב. ומוכח מהגדרת "זכות" ו"חוב" לגבי אפוטרופוס, דדין אפוטרפוס הוי חלות דין בפני עצמו.

מאידך עיין ברמב"ן בגיטין (נב. ד"ה הא דתנן) דיש לו ב' דעות ביסוד דין אפוטרופוס, וז"ל הא דתנן יתומים שסמכו אצל בע"ה או שמנה להן אביהן אפטרופוס חייב לעשר פירותיהן, ואוקימנא להאכיל, י"ל דתקנת חכמים היא שהעמידו הפירות ברשות האפטרופוס כדי שיוכל לעשר ויאכילם והפקר ב"ד הפקר, דאי לא כיון דרחמנא מיעט כל תורם שאינו שלו היאך אוכלים יתומים טבל, וכן ממכרן להאכיל ממכר מתקנה זו, לפיכך מוכרין עבדים לאחרים ושחרורן שחרור עכ"ל. לפי השיטה הראשונה של הרמב"ן מדאורייתא אין דין נפרד של אפוטרופוס, ובאמת מעיקר הדין אין לו הכח להפריש תרומה ולהיות כבעלים על הנכסים. אלא דלטובת היתומים ב"ד נותנים לו הכח של בעלים מדין הפקר ב"ד הפקר.[1055] ולכאורה קצת קשה לומר דהפקר ב"ד יועיל גם לגבי קנין איסור דשחרור עבדים, דהרי בפשטות הפקר ב"ד רק מועיל בדיני ממונות.[1056]

[1054] עיין בשיעורים לעיל (ז. בענין הרשב"א ד"ה הילך מנה).
[1055] וכן עיין בתוס' גיטין (מ: ד"ה וכתב).
[1056] ועיין בדבר אברהם חלק א סימן לט סעיף יד בהגהה, דדן בזה.

ואז המשיך הרמב"ן ומביא דעה שניה, וז"ל ולי נראה שכל מה שעושה האפטרופוס לטובת יתומים מה שעשה עשוי מן התורה דזכין לאדם שלא בפניו הוא, כדאמרינן בפ' האיש מקדש בלישנא קמא וכו' וחלוקה גופה מדין זכות הוא שזוכין להם לקטנים בחלוקה זו שלא בפניהם וזכין לאדם שלא בפניו נמי שמעת מינה אלא דמפרש דכה"ג הויא חלוקה זכות, הלכך כל מה שצוו חכמים לאפטרופסין לעשות זכות הוא ומעשיהם קיימים מדין תורה וכל שאין להם לעשות אין מעשיהם בו כלום עכ"ל. מבואר דלפי הדיעה השניה ברמב"ן, אפוטרופוס מועיל מדין זכייה. וצ"ל לפי"ז דהרמב"ן נקט כאן דזכין מאדם ולא רק זכין לאדם דהרי אפוטרופוס יכול למכור בעד היתומים.

אמנם עכ"ז יש לדחות ולומר דהרמב"ן נקט דבזכייה דעלמא אין זכין מאדם ורק זכין לאדם, אלא דלגבי יתומים מכיון דאינם בני מכירה בעצמם, יש דין זכייה חדשה דאפוטרופוס גם יכול למכור בשבילם. כלומר, דהיסוד לכח אפוטרופוס הוא מדין זכייה, אלא דגזה"כ דנשיא אחד מורה דיש דינים מיוחדים לגבי זכיית האפוטרופוס בעד היתומים. ועוד דאע"פ דאפוטרופס מהני מדין זכייה, עדיין יש הגדרה יותר מורחבת ל"זכות" מזכייה רגילה, וכמו שכתב הרמב"ן "כל מה שצוו חכמים לאפטרופסין לעשות זכות הוא ומעשיהם קיימים מדין תורה". ויוצא דמדאורייתא, זכייה מהני לגבי כל דבר דב"ד חושבים דהוי לטובת היתומים, אע"פ דבזכייה דעלמא אין דבר זה נחשב כזכות.

ב

תוד"ה יתומים שבאו.

ר"ת דייק מהגמ' דאפוטרופוס יכול לחלק את נכסי היתומים רק אם הם באו בעצמם, אבל אין לאפוטרופוס הכח לחלק את הנכסים בע"כ דיתומים, וז"ל אומר ר"ת דדוקא שבאו אבל אם היה האחד מוחה אין להעמיד אפוטרופוס לחלוק בעל כרחם עכ"ל. ונראה לבאר ע"פ הנ"ל דלפי התוס' אין האפוטרופס פועל מדין זכייה בעלמא אלא מגזה"כ מיוחדת דאפוטרופוס. ולפי ר"ת יוצא דגדר הדין החדש דאפוטרופוס הוא דדעת היתום הקטן מצטרף לדעת האפוטרופוס ושניהם ביחד עושים את דעת המקנה. אבל בלי זה אין לקטן דעת להקנות בעצמו וגם אין כח לאפוטרופוס בעצמו. ולפי"ז יש לפשוט ספק בלשון התוס', דהרי ר"ת חילק בין היכא דהיתומים באים בעצמם לבין היכא דאחד מהם מוחה. אבל לא ברור מהתוס' מה הדין במקרה ביניים, כמו אם היתומים לא באו בעצמם אבל גם לא מיחו. ולפי הביאור הנ"ל י"ל דבעינן דעת היתומים עצמם כי אין האפוטרופוס הבעלים להקנות בעצמו, אלא דדעת היתום ודעת האפוטרופוס מצטרפין

יחד ליצור דעת מקנה.[1057] וגם יוצא לפי זה דיש ב' דינים דאפוטרופוס לפי ר"ת. דהרי פשיטא דלכדי חייו דהיתום האפוטרופוס יכול לפעול לבד בלי הסכמת היתום עצמו, וכל הדין דר"ת חל רק לגבי להרוויח יותר מכדי חייו.

ועוד נראה דיש לבאר הא דהאפוטרופוס אינו יכול לחלק את הנכסים בע"כ דיתום אחד באופן אחר. דהרי ר"ת נקט דאפי' יתום קטן יכול למנוע את החלוקה. ולכאורה צ"ב דאם כל היתומים הגדולים רוצים לחלק איך קטן אחד מעכב את החלוקה, הרי קטן לאו בר דעת ואין מחאתו מחאה, ולכאורה החלוקה לא היתה נחשבת כחלוקה בע"כ ע"פ דין. ונראה לבאר דיש חיוב מיוחד על ב"ד להיות אביהן של היתומים. ובתורת אביהן של היתומים, הב"ד חייב להקשיב למחאה של היתום הקטן אפי' אם ע"פ הדין בדרך כלל אין כאן מחאה.

תוד"ה וביררין להם.

ג

שיטת ר"ת

עיין בתוס' דנחלקו הר"י ור"ת האם יש לאפוטרופוס הדין דהיתומים עצמם ולכן מחלקים בלי שומת ב"ד ובלי גורל ועושים גוד או איגוד, או"ד אין לאפוטרופוס הדין דיתומים עצמם ולכן בעינן גורל עם שומת ב"ד ולא עושים גוד או איגוד. וצ"ב במאי פליגי.

ונראה לבאר דהר"י ור"ת אזלי לשיטתם במחלוקת אחרת המובא במרדכי (רמז תקח) לגבי כמה אפוטרופוסים מעמידים ליתומים, וז"ל מעמידין להם אפוטרופוס כאן לא פירש רבינו שלמה יצחקי ז"ל כלום אבל בגיטין (בפרק השולח) פירש דצריך אפוטרופוס לכל אחד ואחד וביררין להם חלק יפה האפוטרופוס עצמו כו' ליתום שלו וכן נראה לרבינו יצחק עיקר וקיימא החלוקה בלא גורל כאילו עשאוה היתומים אם היו גדולים אפילו במלתא דשייכא ביה גוד או איגוד וכו' ור"ת גריס אפוטרופוס ור"ל אפוטרופוס אחד לכולן וביררין קאי אבית דין עכ"ל. ויוצא דלפי הר"י יש אפוטרופוס לכל יתום ויתום ולכן יש לאפוטרופוס הדין דהיתום עצמו. אבל ר"ת נקט דב"ד ממנין רק אפוטרופוס אחד לכל היתומים ולכן יש לו הדין דב"ד ולא הדין דבעל דבר עצמו, ואין לו הכח של היתום עצמו.

[1057] ועיין בקושיית התוס' מעבדי כהן דמת ובשני התירוצים. ומשמע מהתירוץ השני דרק במחאה אין האפוטרופוס יכול לחלק בנכסי היתומים, אבל בלי מחאה ובלי הסכמה יש לו הכח. ואולי רבינו זצ"ל הולך לפי התירוץ הראשון, עיי"ש בהמשך התוס'.

אמנם עדיין נקודת המחלוקת מחוסרת ביאור – דלכאורה מסתבר כר"י דיש לכל יתום אפוטרופוס הממונה עליו לטובתו. וצ"ב למה לפי ר"ת א"א לעשות את זה והב"ד יכול רק להעמיד אפוטרופוס אחד דפועל כשליח ב"ד.

ונראה לבאר דר"ת סבור דהאפוטרופוס רק יכול להיות בעל דבר בעד היתום אם יש ליתום ממון דשייך לו באופן פרטי. ואז הב"ד יכול למנות אפוטרופוס בעד הממון דיתום מסויים ולהופכו להיות בע"ד. ואילו כאן איירי קודם החלוקה דאין ליתום ממון מסויים דשייך לו באופן פרטי ולכן ר"ת נקט דמינוי אפוטרופוס להיות בעל דבר אינו חל כי אין ליתום ממון מסויים דהאפוטרופוס צריך להשגיח עליו. ולכן לפני החלוקה, ב"ד יכול רק להעמיד אפוטרופוס אחד בתורת שליח ב"ד, דצריך שומת ב"ד וגורל וכדומה.

ויש להעיר דיש עוד חידוש בדעת ר"ת. דהרי היה אפשר לומר דאפוטורופוס דפועל בתורת שליח ב"ד אינו יכול לטפל בחלוקת הירושה ליתומים דהרי אין מעשה ב"ד לקטנים. דהרי אפי' קטן שלוה ממון אינו חייב לפרוע בקטנותו כמו דפסק הרמב"ם (פרק כו מהלכות מלוה ולוה הל"י) וז"ל קטן שלוה חייב לשלם כשיגדיל ואין כותבין עליו שטר אלא הרי היא מלוה על פה אע"פ שקנו מידו שאין קנין מיד הקטן כלום עכ"ל.[1058] וא"כ היינו חושבים דאין ב"ד ממנים אפוטרופוס לחלק את הירושה בתורת שליח ב"ד בעד קטנים. אך לפי הר"ת אין דין כזה שקטנים מופקעים לגמרי ממעשי ב"ד. והא דאין גובים מהם, הוי דין מסוים בדיני חובת ממון דאין ב"ד גובין מקטנים דהרי אפשר שכשיגדלו ימצאו לעצמם איזה זכות. אמנם ב"ד יכול למנות אפוטרופוס להיות שליח ב"ד בעד היתומים.

ועפ"י היסוד הזה בשיטת הר"ת יש לבאר נמי את דעת הרמב"ם (פרק י מהלכות נחלות הל"ד) וז"ל מי שהניח יתומים מקצתן גדולים ומקצתן קטנים ורצו לחלוק בנכסי אביהן כדי שיטלו הגדולים חלקן, מעמידין בית דין אפוטרופוס לקטנים ובורר להן החלק היפה, ואם הגדילו אינן יכולין למחות שהרי על פי בית דין חלקו להם, ואם טעו בית דין בשומא ופחתו שתות, יכולין למחות וחולקין חלוקה אחרת אחר שהגדילו עכ"ל. ומבואר דלפי הרמב"ם החלוקה נעשית רק אם יש יורש גדול דתובע את חלקו. ונראה לבאר דהרמב"ם הסכים ליסוד שיטת ר"ת דא"א למנות אפוטרופוס כבעל דין אם הנכסים עדיין משותפים. אבל הרמב"ם חולק על ר"ת ונקט דהחלוקה יכולה להעשות רק אם יש

[1058] והשווה לדברי רש"י (ב"ק קיב. ד"ה קטנים) דכתב דקטנים "לאו בני דינא נינהו". ויש להעיר דב"ד גובין חוב אביהם כשאין חשש דהאב פרע כדמבואר ברמב"ם (פרק יא מהלכות מלוה ולוה הל"ד-הל"ו). ועיין ברשימות שיעורים לב"ק (ח. בענין סוגית אי שתקיתו, אות ב) לביאור החילוק בין היכא דלוה האב לבין היכא דלוה היתום עצמו.

בע"ד לכל אחד מהיורשים ולכן אין הב"ד יכולים למנות אפוטרופוס אחד כשליח ב"ד לחלק הנכסים. ובכן הרמב"ם הבין דהחלוקה נעשית רק אם יש יורש אחד גדול דתובע בתורת בע"ד דהוא רוצה את חלקו. ואז ב"ד יכולים למנות אפוטרופוס כבע"ד ליתומים קטנים כדי שהחלוקה תהיה ע"י בע"ד.

ועוד נראה לבאר את שיטת הרמב"ם באופן אחר קצת. דהיינו דהרמב"ם סבור שקטן בעצם מופקע ממעשה ב"ד דהרי אין גובין מהם אם לוה ממון כפסק הרמב"ם (לעיל). ולכן ב"ד מטפל בחלוקה רק אם יש גדול דתובע. דהרי אם כל היתומים הוו קטנים, אפי' אם הם תובעין חלוקה, הב"ד לא היה ממנה אפוטורופוס כדי לחלק את הנכסים מכיון דקטנים מופקעים ממעשה ב"ד. ברם אם יש יתום גדול דרוצה לחלוק אזי ב"ד מתייחס אליו וממנה אפוטרופוס בעד הקטנים כדי לעשות החלוקה.

ונראה לפי"ז דהחידוש בפסוק דנשיא אחד נשיא אחד הוא דאע"פ דקטן מופקע ממעשה ב"ד, מ"מ אם יש צורך כמו היכא דגדול תבע חלוקה, אזי ב"ד ממנה אפוטרופוס בעדו. אמנם יש להסתפק בזה האם לפי הרמב"ם מחלקין את הירושה לגמרי ומבררין חלק לכל קטן וקטן, או"ד מבררין רק חלק הגדולים ומה שנשאר הוא בשותפות כל הקטנים עד שהגדילו ואז יבררו להם חלק פרטי.

ד

שיטת הר"י

ויש להתספק בדעת הר"י דבוררין האפוטרופסין את הנכסים בלי גורל, האם כוונתו דלא צריך גורל לחלק אבל שפיר אפשר להשתמש בגורל אם רוצים, או"ד דאין לחלק בגורל כלל וצריך לחלק עם דעת האפוטרופוסין.[1059] ומשמע מלשון קושיית ר"ת, דהוא הבין כצד הראשון דלא בעינן גורל וז"ל וכי טריחותא להטיל גורלות עכ"ל. הרי מבואר דהבין בר"י דלא מחלקין עפ"י גורל מפני הטירחא, אבל גורל היה מהני.

אמנם י"ל כצד השני דלפי הר"י גורל אינו מהני כלל בחלוקת נכסי יתומים. דהרי מבואר בגמ' (ב"ב קו:) דאחים שירשו יכולים לחלוק בנכסי אביהם ע"פ גורל וז"ל תניא, ר' יוסי אומר האחין שחלקו כיון שעלה גורל לאחד מהן קנו כולם, מ"ט אמר ר' אלעזר כתחלת ארץ ישראל מה תחלה בגורל אף כאן בגורל עכ"ל. והגמ' מיד הקשה על זה דהרי א"א ללמוד מחלוקת הארץ דהיה שם האורים ותומים, ומתרצת דהגורל דאחים בנכסי אביהם

[1059] לכאורה מלשון הר"י "שאין צריכין גורל" משמע דגורל מהני. אבל עיין במאירי וז"ל והאפטרופוס בורר ואין חולקים בגורל עכ"ל, אולי משמע כצד השני דגורל לא מהני באפוטרופוסים.

מהני מדין גמרי ומקני להדדי, וז"ל אי מה להלן בקלפי ואורים ותומים, אף כאן בקלפי ואורים ותומים, אמר רב אשי בההוא הנאה דקא צייתי להדדי, גמרי ומקנו להדדי עכ"ל. **ולכאורה** צ"ע בקושיית הגמ' – מהי הסברא דרק גורל עם האורים ותומים מהני ולא גורל האחים בעלמא. ונראה לבאר דהגמ' קס"ד לפסול גורל באחים דעלמא מדין אסמכתא דלא קניא. דהרי נחלקו האמוראים (בכורות נב:) בחלוקת ירושה דעלמא האם אמרינן אין ברירה ולקוחות הן והשדות חוזרות ביובל, או"ד יש ברירה ואינן לקוחות אלא הוי יורשים והשדות אינן חוזרות ביובל. ונראה מזה דלפי המ"ד אין ברירה ולקוחות הן דצריך דעת מכירה דכל אח ואח כדי לחלק את הנכסים, ומאידך לפי המ"ד דיש ברירה ואינן לקוחות, לא בעינן דעת מקנה בחלוקת האחין אלא דעת חלוקה בעלמא.[1060] וקיי"ל כמ"ד דאין ברירה בדיני דאורייתא.

והנה כל המחלוקת לגבי יש או אין ברירה שייכת רק לחלוקת אחין דעלמא, אבל לגבי חלוקת הארץ בתחילה פשיטא דלכו"ע יש ברירה כדמבואר בתוס' בכורות (נב: ד"ה אמר). וא"כ יוצא דלכו"ע חלוקת הארץ דנעשית ע"י האורים ותומים לא בעי דעת מקנה כי כל כלל ישראל אינן בגדר של לקוחות בנחלה שלהם. ועל פי זה שפיר מובנת קושיית הגמ' דאין להשוות חלוקת הארץ לחלוקת אחין דעלמא. דבשלמא גורל מהני בחלוקת הארץ דנעשית ע"י או"ת מכיון דלא צריך דעת מקנה. אבל בחלוקת האחין דקיי"ל דלקוחות הן וצריך דעת מקנה דכל אחד ואחד, אזי גורל צריך להיות פסול מדין חסרון בדעת מקנה והוי אסמכתא בעלמא.[1061] ובזה תירץ רב אשי דבחלוקת האחין בההוא הנאה גמרי ומקנו, כלומר דבגלל ההנאה יש להם גמירת דעת להקנאה ואינו אסמכתא.

ולפי זה י"ל דכל הדין דגמרי ומקני בגלל ההנאה חל רק באחים עצמם. אבל באפוטרופוס דאינו נהנה בעצמו מהחלוקה, אולי אנו חוזרים לקושיית הגמ' דגורל לא מהני כי הוי אסמכתא בעלמא בלי דעת מקנה גמורה. וא"כ י"ל בשיטת הר"י בתוס' דידן, דיתכן דכוונתו היא לא רק דאפוטורוסין לא צריכים לחלק בגורל, אבל יותר מזה דגורל בכלל לא מהני באפוטרופסין משום דחלוקה בגורל הוי אסמכתא דעלמא.

ברם יתכן לבאר את שיטת הר"י באופן אחר, דגורל ושומת ב"ד שייכים היכא דהאפוטרופוס עושה את החלוקה בתורת שליח ב"ד. אמנם י"ל דהר"י נקט דקטנים מופקעים ממעשי ב"ד ולכן החלוקה רק ניתן להעשות אם האפוטרופוסין הוו שליחי

[1060] ועיין ברשימות שיעורים לב"ק (ט. בענין האחין שחלקו) דרבינו זצ"ל האריך שם בביאור הצדדים.
[1061] והשווה לביאור הגר"ח זצ"ל (על הרמב"ם פרק ב מהלכות שכנים הלי"א) להשגת הראב"ד (שם).

היתומים. וא"כ הם חולקים בירושה ע"י קנין חליפין ולא ע"י שומת ב"ד כמו היורשים עצמם.

ה

גמ'. ואם הגדילו יכולים למחות, ורב נחמן דידיה אמר אם הגדילו אינם יכולים למחות, דא"כ מה כח בית דין יפה.

ביארנו לעיל (מב. תוד"ה ובוררין) דלפי ר"ת האפוטרופוס נחשב כשליח ב"ד ולא כבעל דבר ונציג של היתומים, והר"י נקט דהאפוטרופוס הוי בעל דבר ושליח של היתומים. ויש לעיין בענין דהגדילו יכולים למחות או לא לפי ב' השיטות.

והנה לפי ר"ת לכאורה שיטת רב נחמן מובנת. דהרי חלוקת האפוטרופוס הוי מעשה ב"ד ולכן מחאה בעלמא אינו מהני דא"כ מה כח ב"ד יפה. אבל היכא דבאמת טעו בשוויות השדה אזי המקח בטל ולא אמרינן מה כח ב"ד יפה. ונראה לבאר בפשטות, דהכלל דמה כח ב"ד יפה חל רק היכא דיש חלות מעשה ב"ד, והיכא דטעו בשוויות המקח אזי אין כאן חלות שם מעשה ב"ד אלא מעשה טעות בעלמא.

ולפי הר"י לכאורה שיטת שמואל מובנת. דהרי האפוטרופוס היה הנציג של היתומים ופעל בעדם מדין זכייה, ופשיטא דמחאת מי שזכין בעדו מהני לעכב בדין זכין לאדם שלא בפניו. אמנם לכאורה שיטת רב נחמן צ"ב. דהרי מבואר מהמשך הסוגיא דרב נחמן רק צריך את הכלל דמה כח ב"ד יפה היכא דטעו ברוחות. אבל אם הב"ד לא טעה בכלל אזי מחאה אינה מהני אפי' בלי הכלל דאין כח ב"ד יפה. ואם לפי הר"י האפוטרופוס פעל בעד היתומים מדין זכייה למה היתומים אינן יכולים למחות בלי שום טעם כמו בזכייה בעלמא. וגם, לכאורה לפי הר"י כל שיטת רב נחמן אינה מובנת דהרי היאך רב נחמן פסק ע"פ הכלל של מה כח ב"ד יפה, הרי האופטורופוס אינו פועל בעד הב"ד אלא בעד היתומים.

ונראה לבאר את שיטת הר"י על פי דברי הריטב"א (מב. ד"ה אלא) דנושא ונותן ביסוד דין דאפוטרופוס האם הוי מדין זכייה או מדין אחר וז"ל אלא ודאי מדין זכייה הוא אלא שהרויח הכתוב בזכייה זו יותר מזכייה דעלמא, דבעלמא אין זכייה אלא בזכות גמור שאין בו חובה כלל לא בתחלתו ולא בסופו, אבל הכא מהני לחוב על מנת לזכות כיון שאינה חובה ממש, ואילו מדין זכייה יכול למחות ושאינו רוצה בזכייה זו אפילו שלא בטענה ולומר איני רוצה וכדפרישנא בפ"ק (לעיל כג.-כג:), ואילו הכא אינו יכול למחות במעשיהן שעשו לזכות אלא בטענה גמורה כגון שטעו או למחות ברוחות שלא נפל לו חלקו במקום הראוי לו לעין דכי האי גוונא חובה הוא לו ואין מעשיהן כלום עכ"ל.

כלומר, דהריטב"א נקט דאפוטרופוס מהני מדין זכייה אבל יש גזה"כ שהוא סוג אחר של זכייה ולכן צריך טענה גמורה למחות בו.

והביאור בזה הוא ע"פ מה דייסדנו לעיל (כג. ד"ה ברשב"א) בנוגע לדין מחאה בזכין לאדם שלא בפניו דמונע את הקנין. דהרי יש לבאר את זה בב' אופנים: א) יש דין דזכין לאדם שלא בפניו אינו מהני בע"כ דמי שזוכה בעדו ולכן המחאה מונע את הקנין, ב) מחאת מי שזכין בעדו מגדיר את הקנין כחוב לו, אע"פ דלשאר העולם הקנין הזה הוי זכות, וממילא חל הדין דאין חבין לאדם אלא בפניו. והנ"מ הוא בזכות גמור דאי אפשר להגדירו כחוב עיי"ש. ונראה לבאר דהריטב"א כאן מחלק בין דין זכייה דעלמא לבין הדין זכייה דאפוטרופוס. דדין זכייה בעלמא חל כצד הא' דאין זכין לאדם בע"כ ולכן כל מחאה מהני למנוע את הקנין. אמנם באפוטרופוס יש גזה"כ דזכין לאדם בע"כ ולכן סתם מחאה אינו מהני. וכדי למנוע את הקנין, היתומים צריכים לבוא עם טענה חזקה שמעשה האפוטרופוס חוב הוא להם. וי"ל דהר"י סבור כמו הריטב"א ולכן אע"פ דהאפוטרופוס פועל בעד היתום בתורת זכייה, מ"מ סתם מחאה של היתומים אינו מהני וצריך למחות ברוחות.

ובנוגע לקושיא היאך רב נחמן מביא את הכלל דמה כח ב"ד יפה אם האפוטרופוס אינו שליח הב"ד אלא שליח היתומים, י"ל דהר"י ס"ל כמו רש"י בניטין (לד. ד"ה כח ב"ד) בגדר מה כח ב"ד יפה, וז"ל שמינו להם האפוטרופוס עכ"ל. כלומר דאע"פ דהאפוטרופוס אינו שליח ב"ד, מ"מ מכיון שב"ד מינו אותו לפעול בעד היתומים, עדיין שייך הכלל דמה כח ב"ד יפה.

ע"כ ענין אפוטרופוס דקטן

גמ'. שום הדיינים שפיחתו שתות או הותירו שתות מכרן בטל, רבן שמעון בן גמליאל אומר מכרן קיים א"כ מה כח ב"ד יפה וכו' הא דטעו, הא דלא טעו.

א

בענין ב"ד דטעו בשתות

רב נחמן סבור דאמרינן מה כח ב"ד יפה רק היכא דלא טעו בשומא (כלומר דטעו ברוחות), אבל היכא דבאמת טעו בשוויות השדה אזי המקח בטל ולא אמרינן מה כח ב"ד יפה. וביארנו בפשטות (בשיעורים לעיל מב. ד"ה ואם הגדילו), דהכלל דמה כח ב"ד יפה חל רק היכא דיש חלות מעשה ב"ד, והיכא דטעו בשוויות המקח אזי אין כאן חלות שם מעשה ב"ד אלא מעשה טעות בעלמא.

אולם לכאורה קשה בתרתי לומר דיש חלות שם מקח טעות היכא דהדיינים פיחתו שתות או הותירו שתות:

א) לכאורה מקח טעות שייך רק בטעות במידה משקל ומנין אבל לא בשוויות החפץ. ואפי' היכא דהמקח בטל בהדיוטות כגון דהותירו או פיחתו יתר משתות, לכאורה מוכח מכמה מקומות דהמקח בטל מדיני אונאה ולא מדין טעות. והראייה לכך דהרי רק במטלטלין אמרינן דהמקח בטל ולא בקרקע, ולכאורה אם יש כאן חלות טעות אזי זה גם היה שייך לקרקע.[1062] ועוד, דנחלקו ב' דעות בתוס' (ב"ב פד. ד"ה אי לאו) אם ביתר משתות שניהם יכולים לחזור בו ולבטל המקח, או רק מי שמתאנה יכול לחזור בו כדברי הריב"ם, וז"ל וריב"ם פי' דאפילו ביתר משתות אין המאנה חוזר בו אלא כשהמתאנה תובע אונאתו כיון שתובע יותר משתות דהוי ביטול מקח הוי מקח טעות ויכול גם המאנה לחזור בו אבל אם המתאנה אינו תובע אונאתו ורוצה להחזיק המקח כמו שקנה אין סברא שיוכל המאנה לחזור בו דמצי א"ל אי לאו דאוניתן כו' כמו בשתות עכ"ל. וזה גם שיטת הרמב"ם (פרק יב מהלכות מכירה הל"ד) וז"ל היתה ההונייה יתירה על השתות בכל שהוא, כגון שמכר שוה ששים בחמשים פחות פרוטה בטל מקח, והמתאנה יכול להחזיר החפץ ולא יקנה כלל, אבל המאנה אותו אינו יכול לחזור אם רצה זה וקבל עכ"ל. ולכאורה מוכח משיטת הריב"ם והרמב"ם דאין כאן חלות דין טעות, דא"כ המקח אינו חל כלל והיה הדין דשניהם יכולים לחזור בו. אלא מוכח דהביאור בשיטת הריב"ם והרמב"ם הוא דדין ביטול המקח ביתר משתות חל מדיני אונאה ולא חל מדין טעות ולכן רק המתאנה יכול לבטל את המקח ע"י תביעת הממון. והיוצא מכל זה דטעות בשוויות החפץ אינו מוגדר כחלות שם מקח טעות אלא כמקח דניתן לבטל אותו מדיני אונאה. וא"כ צ"ע, היאך יכול רב נחמן לסבור דבטעות בשוויות אין מעשה ב"ד כלל ולא חל הדין דמה כח ב"ד יפה.

ב) ואפי' את"ל דביתר על שתות המקח בטל מדין חלות שם מקח טעות, כל זה רק בטעות בשוויות דיתר על שתות. אבל לפי החכמים במשנה, דרב נחמן פסק כוותם, מכרן בטל אפי' בפיחתו או הותירו שתות בדיוק. וצ"ב למה במכירה דהדיוט אמרינן דבשתות עצמו

[1062] אבל לכאורה יש לדחות כדברי ספר החינוך (מצוה שלז) דביאר דאין אונאה בקרקעות מדין אומדנא ומחילה וז"ל אבל עיקר האזהרה בין בקרקע בין במטלטל הוא באמת, שהוזהרנו שלא להונות הבריות לדעת. אבל החילוק שביניהן הוא שאם נמצאת אונאה במטלטל ביתר משתות שיבטל המכר, שדעת הבריות שלא לסבול אונאה יתירה מכן במטלטלין, אבל בקרקע לפי שהקרקע דבר קיים לעולם דרך הבריות למחול בו כל אונאה אחר שלקחו אותו עכ"ל.

המקח קיים, ואילו במכירת ב"ד לשום היתומים אמרינן דאותו שיעור שתות הוי חלות שם מקח טעות.

ונראה לבאר דחלוק חלות הדין דחלה בהדיוט המוכר נכסיו להדיוט אחר, מחלות הדין דחלה בב"ד המוכר נכסי היתומים. דהרי במכירה דהדיוטות אין כאן חלות דין אחר חוץ מחלות דין של המכירה עצמה. כי השומא לפני מכירה דעלמא אינו חלות דין בפני עצמה, אלא רק היכי תמצי שצריכים השומא כדי שיסכימו המוכר והלוקח על מחיר לפני מעשה הקנין. אבל לא מצינו דינים מיוחדים וחלות מיוחדת בשומת הדיוט. ומכיון דע"פ דין יש רק שלב אחד דקנין, והשומא אינו מעלה ואינו מוריד, לפיכך אם יש טעות בשוויות החפץ זה אינו הופך את כל הקנין להיות מקח טעות. מאידך, היכא דב"ד יורדין לנכסי היתומים למוכרם, ב"ד עושים ב' מעשי ב"ד: א) השומא, וב) המכירה. ומכיון דיש דינים מיוחדים וחלות מיוחדת לשומת ב"ד, אזי אם טעו בשומא והותירו או פיחתו מהשוויות האמיתית חל הדין של טעות ומכרן בטל.[1063]

ובאמת לפי הרמב"ם היכא דב"ד רק שמין בלבד בלי מכירה אזי גם טעות כל דהוא בשומת השוויות הופכת את הכל להיות בטל מדין טעות. דהרי פסק הרמב"ם (פרק כב מהלכות מלוה ולוה הלט"ו) לגבי שומת ב"ד לבע"ח לטרוף מלקוחות, וז"ל בית דין ששמו לטורף בנכסי לוקח וטעו בכל שהוא מכרן בטל שהרי הן כשליח לטורף וללוקח ויש להן רשות לתקן אבל לא לעוות כשליח וכל המורים כזה הורו עכ"ל. ומוכח מזה דבשומא, אפי' טעות כל דהוא הופך את השומא לטעות.

אבל היכא דב"ד עושים ב' מעשים – שומא ומכירה – כמו בשום היתומים, אזי פסק הרמב"ם (פרק יג מהלכות מכירה הל"י) דעד שתות המכר קיים, וז"ל בית דין שמכרו נכסי יתומים וטעו בין בקרקעות בין במטלטלין, אם טעו בפחות משתות הרי זו מחילה כהדיוט, טעו בשתות בטל המקח ואם רצו שלא לבטל הממכר ויחזירו ההונייה מחזירין, לא יהיה כח הדיוט חמור מהן עכ"ל. הרי היכא דב"ד שמין ומוכרין השדה לאחר כדי לפרוע חוב היתומים, אזי הדין הוא דמקח טעות חל רק בשיעור טעות דמכר דעלמא, דהיינו בשתות, דבפחות משתות יש מחילה ע"פ דין, כמו שיבואר בהמשך.[1064]

[1063] וע"ע בכל זה בשיעורי הרב למסכת גיטין חלק ב' (לג:).

[1064] עיין במגיד משנה בהלכות מלוה ולוה (פרק כב הלט"ו) דעמד על החילוק בפסקי הרמב"ם בין שומת ב"ד לגבי יתומים לבין שומת בב"ד לבע"ח ותירץ באופן אחר. ובביאור חילוק דרבינו זצ"ל נראה דכשב"ד שמין וטורפין בנכסי לוקח הריהם פועלים מדין שליח וטעות כל שהוא מבטלת שליחות מדין לתקוני שדרתיך ולא לעוותי. ומאידך כששמין ומוכרים בנכסי יתומים פועלים מדין בעלים דהא מוכרים את הנכסים, ומדין בעלים הטעות בשומא נקבע בשתות ולא בכל שהוא.

ונמצא דלפי הרמב"ם יש ג' דינין לגבי מקח טעות: א) בהדיוט דמכר להדיוט דאין כאן חלות דין של שומא בכלל אזי טעות בשוויות אינה יוצרת חלות שם מקח טעות אלא דין דהמקח בטל מדיני אונאה, ב) היכא דב"ד רק שמין ואז מורידין הבע"ח לשדה בלי מכירה אפי' כל טעות כל שהוא בשוויות מחילה חלות דין טעות, ג) היכא דב"ד שמין ואז מוכרין לאחר אזי אמרינן דטעות בשתות הוי חלות שם טעות, ולכן לא אמרינן כאן מה כח ב"ד יפה.

וע"פ היסוד הנ"ל דביטול המקח בב"ד חל מדין טעות בשומא ולא מדיני אונאה דעלמא, יש לבאר למה אמרינן דהמקח בטל גם בקרקע. דעיין בדברי הר"י מטראני (שטמ"ק כתובות צט: ד"ה וז"ל הר"י מטראני) וז"ל אפילו למ"ד דקרקעות אונאה אין להם אבל בטול מקח יש להם שהוא יותר משתות הכא משום דהוי מעשה ב"ד אלים טפי מבע"ה וכיון דלא עשו אגרת בקורת וטעו בשתות מכרן בטל ואע"ג דאמרינן אין אונאה לקרקעות ושתות הויא מחילה לגבייהו ה"מ בבע"ה אבל בב"ד כיון שטעו איגלאי מלתא שאין זה מעשה ב"ד וגריעי מבע"ה עכ"ל. כלומר, דאע"פ דבעלמא אין אונאה לקרקעות, מ"מ מכיון דבמכירת ב"ד יש טעות בשומא עצמה, איגלאי מילתא דאין כאן מעשה ב"ד והמכר בטל.

ב

טעו בפחות משתות

מבואר מהמשנה בכתובות דהיכא דב"ד טעו בפחות משתות, כו"ע מודים דמכרן קיים. ונחלקו הראשונים בטעם הדבר. דעיין בתוס' בגיטין (לד. ד"ה בית דין מעמידין) וז"ל והא דלא קאמר יכולין למחות אם טעו בפחות משתות דמכרן קיים משום דלא מסתבר שיאמר שמואל אם הגדילו יכולין למחות בשביל טעות דפחות משתות דמודה שמואל ויש ליפות בכך כח ב"ד דהוי כמאן דלא טעו כלל עכ"ל. ומבואר מדבריהם דגם פחות משתות נחשב כטעות אלא דכו"ע מודים דאמרינן מה כח ב"ד יפה לגבי פחות משתות. וכן מבואר גם מדברי התוס' בסוגיא דידן (מב: ד"ה הא דטעו) וז"ל ה"ה דמצי למימר הא דטעו בשתות והא דטעו בפחות משתות עכ"ל. כלומר, דהתוס' נקטו דיתכן לאוקים דברי רב נחמן דמכרן קיים משום מה כח ב"ד יפה במקרה דטעו הב"ד בפחות משתות.

מאידך תלמידי רבינו יונה (שטמ"ק כתובות ק. ד"ה ויש ששואלין) נקטו דפחות משתות לא בעינן הטעם דמה כח ב"ד יפה כדי לקיים המכר, וז"ל דלא משמע ליה דבטעות פחות משתות יצטרך טעמא דמה כח ב"ד יפה תדע שהרי במשנה לא הוצרך רשב"ג לומר טעמא דמה כח בית דין אלא בטעות של שתות אבל בפחות מזה ד"ה דמכרן קיים עכ"ל.

ונראה לבאר דלפי תלמידי רבינו יונה, פחות משתות לא חשיבא טעות כלל, אלא דנכלל בדמי המקח.

ולכאורה יש נ"מ בין שיטת התוס' לבין תלמידי רבינו יונה לגבי פחות משתות בהדיוט דאמרינן דמכרן קיים ולא צריך להחזיר את האונאה, דלפי תלמידי רבינו יונה דפחות משתות לא חשיבא טעות כלל, בהדיוט אמרינן דמכרן קיים ואין איסור כלל של אונאה, דהרי אין כאן סטייה מדמי המקח דליכא חלות שם אונאה כלל. מאידך אליבא דהתוס' יש חפצא של טעות גם בפחות משתות, והא דאינו חייב להחזיר את האונאה בפחות משתות הוא משום דאמדינן דעתו דהמתאנה דהוא מוחל פחות משתות, אך יתכן דבכל זאת יש איסור על המאנה לא להונות בפחות משתות.[1065]

ונראה לבאר דגם הרמב"ם והראב"ד נחלקו בגדר הדין דפחות משתות. דהרי פסק הרמב"ם (פרק כט מהלכות מכירה הל"ח) דהדין דפחות משתות המקח קיים ואינו חייב להחזיר את הדמים חל גם לגבי קטן דנתאנה, וז"ל בודקין את הקטן אם יודע בטיב משא ומתן או אינו יודע, לפי שיש קטן חכם ונבון שהוא יודע והוא בן שבע ויש אחר שאפילו בן שלש עשרה אינו יודע בטיב משא ומתן, קטן היודע בטיב משא ומתן שאין לו אפוטרופוס שנשא ונתן במטלטלין וטעה דינו כדין הגדול, פחות משתות מחילה, שתות מחזיר ההונייה, יתר על שתות בטל מקח כמו שביארנו עכ"ל. מאידך הראב"ד השיג על הרמב"ם דהיאך מהני מחילת הקטן, וז"ל א"א אני אומר שהקטן אין לו מחילה כדאמרינן יתמי לאו בני מחילה נינהו וכו' עכ"ל. ונראה לבאר דנחלקו בחקירה הנ"ל. דהראב"ד נקט כמו שיטת התוס' דהדין דפחות משתות מבוסס על אומדנא דמחילה ולכן אינו חל בקטן. ואילו הרמב"ם נקט כמו תלמידי רבינו יונה דבפחות משתות לא בעינן מחילה מהמתאנה, אלא דאין טעות כלל בפחות משתות. ולכן הרמב"ם כתב דיש "מחילה" בקטן בפחות משתות, אע"פ דקטנים לאו בני מחילה נינהו, דר"ל דע"פ דין הו"ל כאילו מחל לכתחילה ומשו"ה אינו טעות ואונאה כלל.[1066]

ומצינו דין הדומה לאונאה בשיעור פרוטה בממון דבכתה"כ. דהרי איתא בסנהדרין (נט.) דבבני נח אין חילוק בין גזילת פרוטה לגזילת פחות משו"פ כיון דלאו בני מחילה נינהו. ורש"י (ד"ה משום דלאו בני מחילה נינהו) ביאר וז"ל שאף ישראל נצטוו על הגזל,

[1065] וכן מבואר ברמב"ן עה"ת (ויקרא פרק כה פסוק יד) וז"ל אבל רבותינו חדשו באונאה תשלומים בשתות המקח, וביטול מקח ביותר משתות, ומזה בלבד מעטו הקרקעות לפי שהאונאה בהם אפילו ביתר משתות, מחילה, כמו שהיא מחילה במטלטלים בפחות משתות, אע"פ שהוא אסור להונות כן לדעת, אבל אין דרך בני אדם לבטל ממכרם מפני אונאה מועטת כזו עכ"ל. כלומר, דלפי הרמב"ן עוברין בלאו כשמאנה מדעת אפי' בפחות משתות, וכל הטעם דהמקח קיים ואינו חייב להחזיר האונאה הוי משום אומדנא דמחילה.

[1066] וע"ע בכל זה ברשימות שיעורים לב"מ (נז. ד"ה אינו בתורת אונאה).

אלא שפחות משוה פרוטה אינו נחשב גזל בעיניהם, שעוברין על מדתן שרחמנין הן ומוחלין על דבר קל, אבל בני נח אכזרים הם עכ"ל. ופשיטא שאין הפירוש בזה שדינם דבנ"י בפחות משו"פ תלוי במחילה מפורשת מכל גברא וגברא ובכל מקרה ומקרה. אלא נראה דר"ל שמשום דבנ"י בעלמא בני מחילה הם משו"ה התורה קבעה את שיעור הממון אצלם בשו"פ, דלבנ"י פחות משו"פ אינו ממון כלל,[1067] ואילו אצל בני נח משום דקפדנים הם, אפילו פחות משו"פ הוי חפצא דממון כפי קביעת התורה. וה"ה באונאה דלרמב"ם פחות משתות אינו חפצא של ממון דאונאה כלל ולפיכך סובר דפחות משתות חל בין בגדולים ובין בקטנים מדאינו חפצא של ממון דאונאה בכלל. ואע"פ דהרמב"ם הזכיר מחילה בפחות משתות, י"ל דכוונתו לומר דמכיון דבדרך כלל יש מחילה בפחות משתות, משו"ה זה קובע ע"פ דין השיעור ממון דאונאה כשתות.[1068]

ונראה דזה גם שיטת הרמב"ם (פרק יג מהלכות מכירה הל"י) דהיכא דב"ד מכרו בעד היתומים בפחות משתות דינם כהדיוט ואם מכרו בשתות אזי הבחירה בידם או לקיים או לבטל את המקח, וז"ל בית דין שמכרו נכסי יתומים וטעו בין בקרקעות בין במטלטלין, אם טעו בפחות משתות הרי זו מחילה כהדיוט, טעו בשתות בטל המקח ואם רצו שלא לבטל הממכר ויחזירו ההונייה מחזירין, לא יהיה כח הדיוט חמור מהן עכ"ל. ולפי דברינו נראה לבאר דפחות משתות במקח יש מחילה ע"פ דין ואין בזה חלות שם טעות כלל ולכן המקח קיים. ובשתות הוי חלות טעות, אלא דיש לב"ד הבחירה האם למכור בתורת ב"ד או בתורת אפוטרופס. דאם מוכרים בתורת אפוטרופוס אזי דינם כהדיוט ובשתות אמרינן דהמקח קיים ומחזירים האונאה. אבל אם מוכרים בתורת ב"ד הטעות בשומא מבטלת את המקח.

דף מב:

גמ'. דתנן שום הדיינים שפיחתו שתות או הותירו שתות מכרן בטל, רשב"ג אומר מכרן קיים.

בענין אונאה במכרו ב"ד ובקרקע

[1067] וכך קבע הגר"ח זצ"ל דפחות משו"פ אינו ממון כלל. עיין בזה בשיעורים לעיל (כב. אמר רבא בתחילת פרוטה אחרונה, בסוף פרוטה אחרונה).

[1068] וע"פ דברי רבינו זצ"ל יש לבאר דאליבא דהראב"ד פחות משתות חל מדין מחילה בפועל ולפיכך ס"ל שהוא חל רק בגדולים דבאמת מוחלים פחות משתות ולא בקטנים דלאו בני מחילה נינהו. ברם יתכן דאף לראב"ד פחות משתות אינו ממון דאונאה כלל, אך כל זה אצל גדולים בשתות, ופחות משתות אינה ממון דאונאה כלל. מאידך אצל קטנים דלאו בני מחילה נינהו אזי שיעור הממון דאונאה יקבע בשו"פ כשיעור הממון דכהת"כ. ונ"מ בין ב' הפירושים בראב"ד הוי האם יש איסור להונות בפחות משו"פ, דאם שתות הוי שיעור במחילה בפועל אזי י"ל דפחות משתות אסור. ואילו אם שתות הוי שיעור בממון אזי י"ל דבפחות משתות ליכא איסור כלל.

א

ב' דינים במכירת ב"ד

ויש לעיין בפסקי הרמב"ם בב"ד שטעה במכירה בעד יתומים. דכתב בהלכות מכירה (פרק יג הל"י) וז"לבית דין שמכרו נכסי יתומים וטעו בין בקרקעות בין במטלטלין, אם טעו בפחות משתות הרי זו מחילה כהדיוט, טעו בשתות בטל המקח ואם רצו שלא לבטל הממכר ויחזירו ההונייה מחזירין, לא יהיה כח הדיוט חמור מהן עכ"ל. הרי בטעות בשתות יש לב"ד הבחירה או לבטל את המקח או לקיים את המקח ולהחזיר את האונאה. והרמב"ם נימק את הכח לקיים את המקח ולהחזיר את האונאה לכלל דלא יהיה כח הדיוט חמור מכח ב"ד. ברם בהלכות מלוה ולוה (פרק יב הלי"א), לכאורה הרמב"ם פסק את אותן הלכות אבל השמיט את הטעם של לא יהיה כח הדיוט חמור מהן, וז"ל ובית דין שהכריזו כראוי ובדקו יפה יפה ודקדקו בשומא אע"פ שטעו ומכרו שוה מנה במאתים או מאתים במנה הרי מכרן קיים, אבל אם לא בדקו בשומא ולא כתבו אגרת בקורת שהיא דקדוק השומא וההכרזה וטעו והותירו שתות או פחתו שתות מכרן בטל פחות משתות מכרן קיים, וכן אם מכרו קרקע בעת שאינן צריכין להכריז עליה וטעו שתות או הותירו שתות מכרן בטל אע"פ שהכריזו, פחות משתות מכרן קיים אע"פ שלא הכריזו שאינן צריכין הכרזה באותו העת עכ"ל. ויש לדייק דבהלכות מלוה ולוה הרמב"ם פסק דבטעו בשתות מכרן בטל ולא הוסיף דיש לב"ד הכח לקיים את המקח ולהחזיר את האונאה כמ"ש בהלכות מכירה. וצ"ע מאי שנא הלכות מכירה מהלכות מלוה ולוה.

ונראה לבאר דבהלכות מכירה הרמב"ם אייריי היכא דב"ד מוכר את הנכסים בעד היתומים. ואז ב"ד יכולים למכור בב' אופנים: א) בתורת מעשה ב"ד, ב) בתורת הדיוט, כלומר דב"ד הוו אביהם של היתומים והוי כאילו האב של היתומים מינה את הב"ד למכור בעד היתומים. ויש לב' אופנים אלו נ"מ בדיני אונאה, דהרי כשב"ד מוכרים בתורת הדיוט כאביהם של היתומים אזי חלין דיני אונאה דעלמא על המכר כמו בהדיוט, ואילו כשב"ד מוכרים בתורת מעשה ב"ד אזי לא שייכים הדינים של אונאה דעלמא ולכן טעות של שתות גורם לביטול המקח. והרמב"ם פסק דהב"ד עצמם יכולים להחליט האם הם מכרו בתורת ב"ד או בתורת הדיוט.

מאידך בהלכות מלוה ולוה הרמב"ם אייריי בב"ד שמוכרים בנכסי היתומים בגלל חוב שהם ירשו מהאב, ולכן המכירה שלהם נחשב כחלק של הגבייה. וכדי לגבות מהיתומים צריך חלות שם ב"ד ולא שהדיינים פועלים במקום האב. ולכן אין הב"ד יכולים לבחור

איזה סוג של מכירה הם רוצים, אלא כל טעות בשתות גורם לביטול מקח משום דהמכירה היתה בתורת ב"ד.

ב

החידוש בב"ד שמכרו שוה מנה במאתים

הבאנו לעיל דבהלכות מכירה פרק יג הלכה י' פסק הרמב"ם דהיכא דב"ד טעו בשתות הם יכולים לבחור לבטל או לקיים המקח. ועיי"ש בהלכה י"א דהרמב"ם הוסיף, וז"ל נראה לי שבית דין שמכרו קרקע או עבדים של יתומים שוה מנה במאתים, אין הלוקח יכול לחזור בהן, לא יהיה כח הדיוט חמור מכח היתומים, וכן הדין באפוטרופוס שמכר קרקע ועבדים שאין הלוקח יכול לחזור בהונייה כדין ההדיוט עכ"ל. ויש לעיין מהי החידוש בהלכה זו שהרמב"ם כתב "יראה לי". דלפום ריהטא הלכה זו זוהי המשך למה שפסק בהלכה י' דב"ד יכולים לפעול כמו הדיוט היכא דמוכרים בעד היתומים.

ונראה, דכדי להבין את הלכה י"א צריך להבין ביתר דיוק את הלכה י'. ויש לבאר את הדין דהלכה י' בשני אופנים. יתכן דהלכה י' איירי רק היכא דב"ד והיתומים נתאנו, דהיינו דב"ד מכר את הנכסים בשתות פחות משווים. ובזה הרמב"ם פסק דהב"ד יכולים לפעול בתורת ב"ד ולבטל את המקח או לפעול בתורת אביהם של היתומים ולקיים את המקח ולקבל שתות בממון דאונאה מהלוקח בעד היתומים. ואילו בהלכה יא, ב"ד הם המאנה, דהיינו דהיתומים קיבלו מנה יותר ממה שהנכסים היו שווים. ויש הו"א שאולי במקרה כזה ב"ד צריכים לפעול דוקא בתורת מעשה ב"ד, דהרי להיות אביהן של יתומים אין צורך להרוויח ממון בעד היתומים בדרך אונאה. ואם ב"ד מכרו את השדה בתורת ב"ד אזי המקח בטל בגלל הטעות. ולכן חידש הרמב"ם ד"יראה לי" דגם כשב"ד הם המאנים ומרוויחים כסף בעד היתומים הרי הם פועלים בתורת אביהן של יתומים וחל על המקח דיני אונאה דעלמא, ולכן בקרקע אפי' שוה מאה במאתים המקח קיים.

ויש להעיר דלכאורה קשה להעמיס את הפירוש הזה בהלכה י'. דהרי לפי הפירוש הנ"ל, הלכה י' איירי רק היכא דב"ד מפסיד ממון היתומים. אמנם הרמב"ם כתב "ואם רצו שלא לבטל הממכר ויחזירו ההונייה מחזירין", ומשמע מלשון "מחזירין" דהב"ד מחזירין את הממון ולא הקונה היחיד מחזיר להם. ויוצא דרהיטת לישנא דהרמב"ם בהלכה י' משמע דהב"ד הם המאנים וקיבלו שתות יתירה בעד היתומים.

ולכן י"ל באופן אחר דגם בהלכה י' איירי הרמב"ם בין היכא דב"ד הם המתאנים ובין היכא דב"ד הם המאנים. דהיינו, דהב"ד תמיד יכול לבחור לפעול או בתורת מעשה ב"ד או בתורת הדיוט כאביהם של היתומים. אמנם יש הו"א דזה נכון רק היכא דאין

הפסד ללוקח כמו בהלכה י', דהרי אם הב"ד מכרו את הנכסים לשתות יותר מהשווי אזי יש להם הבחירה או לבטל את המקח ולהחזיר את הממון ללוקח, או לקיים את המקח ולהחזיר לו את האונאה, ובשני הדרכים אין הפסד ממון ללוקח. אמנם בהלכה יא יתכן דיש הפסד גדול ללוקח. דהרי אם ב"ד מבטלים את המקח ומחזירים את הממון ללוקח אזי הלוקח אינו מפסיד. אמנם אם הם בוחרים לפעול בתורת הדיוט ולקיים את המקח דקרקע אזי הלוקח מפסיד מנה, כי הוא קנה שוה מאה במאתים. וזהו החידוש של הרמב"ם בהלכה יא, דהיינו דאע"פ דהבחירה של בית הדין לפעול בתורת הדיוט גורם הפסד ללוקח, מ"מ מותר להם לקיים את המקח משום דאביהם של יתומים הם.

ג

שיטת הראב"ד

הראב"ד (בהלכה יא) השיג על הרמב"ם ונקט דהיכא דב"ד מכרו שוה מנה במאתים הם אינם יכולים לפעול בתורת הדיוט ולקיים את המקח, וז"ל א"א לפי ענין דבריו הלוקח אינו יכול לחזור ולא לתבוע האונאה, וכשתעיין יפה אין הדבר כן שהרי מה ששנינו שום הדיינין וכו' העמידו אותו בגמרא בדברים שמכריזין עליהם והכריזו [כגון קרקעות] ואפ"ה הותירו שתות מכרן בטל או יחזירו ההונאה כפי דבריו עכ"ל. ר"ל, דהמשנה בכתובות (צט:) אינו מזכיר דיש לב"ד הכח לבחור להיות כהדיוט ולקיים המקח היכא דטעו בשתות, אלא הדין הוא דהמקח בטל, ודלא כדברי הרמב"ם.

ונראה לבאר דהרמב"ם הבין דהמשנה בכתובות איירי היכא דב"ד מכרו את קרקע היתומים בתורת גוביינא לפרוע חוב. והבאנו לעיל (אות א) דבתורת גוביינא הב"ד צריכים לפעול בתורת מעשה ב"ד ולא בתורת אביהן של יתומים ולכן לא אמרינן מה כח ב"ד יפה, ומשו"ה היכא דטעו בשתות המקח בטל כדמבואר בפסק הרמב"ם בהלכות מלוה ולוה.

ובנוסף למשנה בכתובות משמע גם שהראב"ד הקשה מסברא דמדוע הלוקח שקנה קרקע ששוה מנה במאתים אינו מקבל את האונאה בחזרה. ולכאורה קשה להבין את השגת הראב"ד, דהרי אם ב"ד בוחרים לפעול בתורת אביהן של יתומים אזי חוזרים לדיני אונאה דעלמא, ומכיון שאין אונאה לקרקעות אזי הקונה אינו מקבל ממונו בחזרה מהמוכר, ומהי סברת הראב"ד דהלוקח מ"מ יכול לבטל את המקח או לכל הפחות לתבוע את האונאה.

ונראה לבאר דהראב"ד חילק בזה בין הדיוט דמכר קרקע לבין ב"ד דמכרו קרקע בתורת הדיוט. דבשלמא בנוגע למכירת קרקע מהדיוט להדיוט אזי אמרינן דאין אונאה לקרקעות, כלומר שאי אפשר לצמצם בדמי המקח בקרקע שכל מה ששמים הדיוטות

היינו המחיר ואין כאן אונאה, ולכן דיני אונאה ומקח טעות אינם קיימים בקרקע.[1069] מאידך היכא דב"ד מכרו שדה צריך להיות שומא של ב"ד וחל חלות שם שומת ב"ד לפני המכירה ובכך ניתן לצמצם במחיר המקח. וא"כ אפי' אם הב"ד מכרו בתורת הדיוט, מ"מ ההדיוט הלוקח יכול לתבוע את דמי אונאה בחזרה מכיון דאפשר לצמצם בדמי המקח היכא דהיתה שומא.[1070]

ועיין לקמן (אות ד) דיש לעיין האם קרקע מופקע מדיני אונאה לגמרי או לא. ויש לבאר את הראב"ד לפי ב' הצדדים. דאם חל מקצת דיני אונאה בקרקע אזי יותר מובן מדוע הלוקח יכול לתבוע את הכסף בחזרה. אמנם אם נאמר דכל פרשת אונאה אינה שייכת לקרקע ורק חל בקרקע דיני מקח טעות, אזי יותר קשה להבין למה הלוקח יכול לקיים את המקח ולתבוע את ממונו בחזרה. וצ"ל דהראב"ד חידש דיש ב' דינים במקח טעות: א) טעות בגוף הדבר והמקח בטל ממילא, ב) טעות בשוויות המקח, דמכיון דאפשר לתקן אותו ע"י החזרת הממון אמרינן דהלוקח יכול לקיים את המקח ולתבוע ממונו בחזרה.[1071]

ד

אונאה בקרקע ובהקדש

איתא בב"מ (נז.) וז"ל אמר רבא אמר רב חסא בעי רבי אמי אונאה אין להם, ביטול מקח יש להם או אין להן עכ"ל. ומסקנת הגמ' דיש ביטול מקח בקרקעות. ולכאורה היה אפשר להבין שרבי אמי הסתפק האם ביטול מקח הוי פרט בפרשת אונאה וכמו דאין אונאה בקרקעות כמו"כ אין ביטול מקח בקרקעות, או"ד דביטול מקח הוי דין דטעות דעלמא דשייך גם בקרקע.

אמנם לכאורה קשה לומר דביטול מקח ביותר משתות הוי דין טעות דאינו כלול בפרשת אונאה,[1072] דהרי כבר הבאנו לעיל (מב. ד"ה שום הדיינים) את שיטת הריב"ם והרמב"ם דרק המתאנה יכול לבטל את המקח ולא המאנה. ואם ביטול מקח ביותר משתות היה חלות דין בטעות כמו טעות בגוף החפץ הנקנה אזי המקח היה בטל משני הצדדים. וגם יש דין בב"מ (מט:) דניתן לבטל את המקח ביתר משתות רק עד כדי שיראה לתגר, וכדפסק הרמב"ם (פרק יב מהלכות מכירה הל"ה) וז"ל עד מתי יהיה לו לחזור ולתבוע ההונייה או

[1069] ועיין בזה עוד ברשימות שיעורים לב"מ (נו. ד"ה אלו דברים שאין להם אונאה העבדים השטרות והקרקעות).

[1070] ורבינו זצ"ל הוסיף דזה גם הביאור בשיטת ר"ת (בב"מ נז. תוד"ה אמר ר"נ) דיש ביטול מקח בקרקע מפלגא ואילך. דהיינו דאין מחיר קבוע ומדוייק לקרקע ולכן אפי' ביותר משתות אין אונאה או ביטול מקח, אבל מפלגא ואילך ברור שזה לא שוויות האמיתית של הקרקע.

[1071] עיין בשיעורים לעיל (מב. ד"ה שום הדיינים) שרבינו זצ"ל נקט שטעות היא רק בגוף הדבר ולא בשוויות הדבר. וגם עיין לקמן (אות ד).

[1072] וע"ע בכל זה ברשימות שיעורים לב"מ (נז. ד"ה ביטול מקח).

לבטל המקח, עד כדי שיראה לתגר או לקרובו, ואם שהה יותר מזה אפילו לקח שוה מאה במאתים אינו חוזר עכ"ל, ואם הדין דביטול מקח ביותר משתות אינו קשור לפרשת אונאה אזי שיעור הזמן דעד דיראה לתגר לכאורה אינו מובן.

ברם לכאורה מצאנו דעה אחת בתוס' (ב"מ נ: ד"ה ואילו) דנקטה דבמכירה ביותר משתות גם המוכר יכול לחזור בו ולבטל את המקח ומשמע מדבריהם דהוי חלות דין טעות כמו טעות בגוף החפצא וז"ל דהכא כיון שהוא יותר משתות ה"ל רחוק מן המקח יותר מדאי וכאילו לא מכר כלל דה"ל כיין ונמצא חומץ, חומץ ונמצא יין, דשניהם חוזרין (שם דף פג:) עכ"ל. עכ"ז קשה לומר דטעות במחיר אליבא דהתוס' הויא ממש טעות כמו טעות בגוף החפצא, דהרי בחומץ ונמצא יין אין חלות דעת מקנה וקונה כלל, שהרי הם נתכוונו לקניית חפץ אחד ונמצא דקנו חפץ אחר. ומאידך בטעות במחיר הרי יש חלות דעת מקנה ודעת קונה לחפץ הזה, אלא דהטעות הויא בשווי החפצא. ולכן נראה יותר דגם לפי הדעה הזאת בתוס' טעות במחיר השוק חלה מדין אונאה ואינו דומה ממש ליין ונמצא חומץ דהוי מקח טעות. אלא דיש דין בפרשת אונאה ביותר משתות דאע"פ דיש דעת מקנה ודעת קונה, מ"מ גם המאנה וגם המתנאה יכולים לבטל את המקח, וע"פ דין אונאה נחשב כאילו לא היה כאן דעת מקנה וקונה, ושניהם חוזרים בהם.

ולפי כל זה יוצא דהדין דביטול מקח ביותר משתות חל מדין אונאה. וא"כ צ"ב מהו עיקר הספק באיבעא דגמ' האם יש ביטול מקח בקרקע, הרי אין אונאה בקרקעות.[1073]

ונראה דגם קרקע הוי בפרשת אונאה. וזה כבר מבואר ברמב"ן עה"ת (פרק כה פסוק יד) דנקט דהמיעוט של קרקע מאונאה הוא רק לגבי החזרת שתות וביטול מקח, אמנם האיסור לאו דאונאה שייך גם בקרקע, וז"ל אבל רבותינו חדשו באונאה תשלומים בשתות המקח, וביטול מקח ביותר משתות, ומזה בלבד מעטו הקרקעות לפי שהאונאה בהם אפילו ביתר משתות, מחילה, כמו שהיא מחילה במטלטלים בפחות משתות, אע"פ שהוא אסור להונות כן לדעת, אבל אין דרך בני אדם לבטל ממכרם מפני אונאה מועטת כזו עכ"ל. ונמצא דקרקע פטורה מחיובי אונאה אבל מ"מ חלה בה איסורי אונאה. ולפי"ז נראה דהגמ' נסתפקה האם הכח של המתאנה לבטל את המקח ביותר משתות תלוי בחיובי אונאה ולפי"ז אין דין ביטול מקח חל בקרקע, או"ד דדין ביטול מקח תלוי באיסור אונאה ובכן יש ביטול מקח בקרקע.

[1073] אמנם עיין ברש"י שם (ד"ה יש להן) דמשמע דהספק הוא האם יתר משתות הוי בכלל פרשת אונאה או לא וז"ל מי אמרינן מאל תונו (ויקרא כה) הוא דאימעוט והא לאו בכלל אונאה הוא, אלא מקח טעות הוא, או דלמא כיון דלאו דבר שבמדה הוא, ולא אטעייה בדיבוריה כשאר דין אונאה הוא עכ"ל. ועיין ברשימות שיעורים לב"מ (נז. ביטול מקח) דככה פירש בדעת רש"י.

ועל פי זה יש לבאר את דברי רש"י בהמשך הסוגיא (שם). דאיתא בגמ' וז"ל אמר רבא אמר רב חסא בעי רבי אמי אונאה אין להם, ביטול מקח יש להם או אין להן, אמר רב נחמן הדר אמר רב חסא פשיט רבי אמי אונאה אין להם, ביטול מקח יש להם, רבי יונה אמר אהקדשות, רבי ירמיה אמר אקרקעות, ותרוייהו משמיה דרבי יוחנן אמרו אונאה אין להם, ביטול מקח יש להן, מאן דאמר אהקדשות כל שכן אקרקעות, מאן דאמר אקרקעות אבל אהקדשות לא, כדשמואל דאמר שמואל הקדש שוה מנה שחיללו על שוה פרוטה מחולל עכ"ל. כלומר, דלפי מסקנת הגמ' שם, לכו"ע יש ביטול מקח בקרקעות ואילו בהקדשות נחלקו האמוראים אם יש ביטול מקח או לא. ורש"י (ד"ה כל שכן) ביאר את החילוק בין קרקע לבין הקדש וז"ל דכיון דאשמועינן דביטול מקח לאו בכלל אונאה הוא, מהיכא אימעיט, אי דהקדשות קחשיב ליה מקח טעות, אף על גב דליכא טעות כלפי שמיא ואפילו הכי אמרינן ביטול מקח כל שכן דלגבי חבריה, דאיכא למימר טעה ואדעתא דהכי לא אקנייה, כל שכן דהדר עכ"ל. דהיינו דבקרקע יש אדם שטועה ומתאנה, ואילו בהקדש אין מתאנה דהרי אין טעות כלפי שמיא. ויוצא מזה דבנוגע לביטול מקח בקרקע, הכל תלוי בגברא המתאנה, דאע"פ דהוא לא יכול לתבוע את שתות אונאה בחזרה מ"מ הרי הוא נכלל בפרשת אונאה דעלמא וחל איסור להונות חברו ושגם הוא יכול לבטל את המקח בטעות יותר משתות.

ה

ביטול מקח בהקדש

מבואר בגמ' דנחלקו האמוראים האם יש דין ביטול מקח בפדיון הקדש. והבאנו מרש"י דהטעם שאין ביטול מקח בהקדש הוא מפני דחסר בעלים המתאנים. ועיין ברש"י (בסוגיא שם לקמן נז. ד"ה ומר לית ליה) דמבאר את השיטה דיש ביטול מקח בהקדש וז"ל קסבר כיון דאיכא יתר משתות לאו דרך מקח הוא, וכיון דלגבי מקח לאו מידי הוא גבי חילול נמי לאו מידי עבד עכ"ל. ונראה לבאר את דבריו שבאמת יש ב' דינים בפדיון הקדש: א) חילול חלות הקדושה מחפצא לחפצא, ב) החלפת ממון הקדש עם ממון הדיוט.[1074] ובנוגע לחילול חלות הקדושה מחפצא לחפצא בודאי אין הקדש נחשב כבעלים ואין כאן מתאנה כלל. והראייה דלא צריך חלות שם בעלים לדין חילול קדושה היא מזה דחל דין פדיון בקונמות (נדרים לה.), ואע"פ דהקדש אינו הבעלים כלל בקונמות וכגון כשאדם אומר קונם ככר זו עלי בקונם.[1075] ברם בנוגע לדין השני של החלפת ממון דהקדש עם

[1074] ועיין בזה בשיעורים לעיל (נ. למעוטי חליפין סוף אות ד, וגם כח: ד"ה רשות הגבוה בכסף), ברשימות שיעורים לב"מ (נו. רש"י ד"ה הקדשות), וברשימות שיעורים לב"ק (סח: תוד"ה הוא).

[1075] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לשבועות (כב. בענין מעילה בקונמות, אות ד).

ממון הדיוט, אזי פשיטא דהקדש נחשב כבעלים המתאנה. ומחלוקת האמוראים האם יש ביטול מקח בהקדש תלויה מהו עיקר חלות דין פדיון. דאם עיקר חלות הדין הוי חילול הקדושה והחלפת הממון נגררת בתר זה, אזי י"ל דאין כאן גברא המתאנה ולכן אין דין ביטול מקח חל בפדיון הקדש. ומאידך אם עיקר דין דפדיון הוי שינוי בעלים בדיני ממונות, אזי הקדש הוי כמו גברא בעלים המתאנה ולכן דין ביטול מקח אכן חל גם בהקדש.

והנה ביארנו לעיל דלפי המ"ד דיש ביטול מקח בהקדש דהפדיון אינו חל כלל. וזוהי שיטת הר"י המובא בריטב"א (שטמ"ק ד"ה וריש לקיש) וז"ל לפיכך הנכון כמו שפירש ר"י ז"ל דלמאן דאמר צריך לעשות לו דמים דבר תורה לא יצא לחולין כלל וכמאן דאמר ביטול מקח יש להם עכ"ל. אמנם יש עוד ב' דעות בראשונים. דהתוס' (ד"ה יצא לחולין) נקטו דלפי המ"ד ביטול מקח יש להם שבאמת החלק של החפצא שכנגד הממון של הפדיון אכן יוצא לחולין וז"ל ולמ"ד צריך לעשות לו דמים דבר תורה דיש להקדש ביטול מקח יצא לחולין כנגד המעות שנתן והשאר יתחלל בדמים שישלם וקמ"ל דלא אמרינן כיון שיש להקדש ביטול מקח יבטל הפדיון ולא יצא לחולין כלל כמו בהדיוט דהמקח בטל עכ"ל. ורש"י (מובא בשטמ"ק שם) סבור דאפי' למ"ד ביטול מקח יש להם החילול מהני והחפצא כולו יוצא חולין אלא דהפודה צריך לשלם את דמי האונאה להקדש.

והשטמ"ק (שם) הביא מהתוס' שהקשו על רש"י דהיאך אפשר לומר דהחילול עצמו חל אלא שחייב להחזיר דמי האונאה להקדש הרי איתא בגמ' דביטול מקח יש להם וז"ל והקשו בתוספות דהא מאן דאמר צריך לעשות לו דמים דבר תורה אוקמינן לקמן כי אמרינן איפוך כמאן דאמר אהקדשות ביטול מקח יש להם ואם כן היאך יצא לחולין דבר תורה דהא כל היכא דאיכא בטול בעלמא המקח בטל לגמרי ולא שיהא המקח קיים ויתבע אונאה עכ"ל. ונראה לבאר דלפי רש"י יש סתירה מסויימת בין ב' דינים. דהרי מצד דין אחד דפדיון יש קנין שחל בדיני ממונות מממון הקדש לממון הדיוט ע"י חלות קנין מעות. וע"פ הדין הזה הקנין חל אלא דמכיון שיש כאן טעות ביותר משתות יש למתאנה (הקדש) הזכות לבטל את המקח כדי שלא יפסיד. אמנם יש דין שני שאין זכות חזרה להקדש. וכדי לקיים את ב' הדינים האלו, צ"ל שמצד אחד החילול באמת חל וכל החפצא יוצא לחולין, אמנם מצד שני מכיון דהקדש היה מפסיד והקדש אינו יכול להשתמש בזכות החזרה שלהם, אזי הפודה צריך לשלם את דמי האונאה להקדש.

ויוצא מדברי רש"י שבאמת יש חלות טעות להקדש בנוגע לשווית, דהיינו דהקדש טעו כשהתכוונו להעביר את כל החפצא מרשות הקדש לרשות הדיוט ביותר משתות פחות

מהשווית של החפצא. ובזה נחלקו התוס' עלי רש"י וסברי דאי אפשר לומר דהקדש טעו בשווי. ולכן התוס' נקטו דהחפצא יצא לחולין רק לפי הדמים שהפודה מקנה להקדש.[1076]

גמ'. אמר רב נחמן האחין שחלקו הרי הן כלקוחות, פחות משתות נקנה מקח, יתר על שתות בטל מקח, שתות קנה ומחזיר אונאה.

נחלקו האמוראים בכמה מקומות בש"ס האם אחין שחלקו דינם כלקוחות או כיורשין (עיין ביצה לז:, גיטין מח: ועוד). וכאן רב נחמן נקט דאחין שחלקו כלוקחות הן והנ"מ הוא דחל בחלוקת היורשין דיני אונאה. אמנם אם אחין שחלקו יורשין הן אזי אין כאן מקח וממכר ולכן דיני אונאה אינם שייכים.

ויש להקשות על זה דלכאורה כל מחלוקת האמוראים בגדר דאחין שחלקו הוא בנוגע לדין החלק של כל אחד ואחד לאחר החלוקה. למשל, אם אחין שחלקו לקוחות הן אזי השדות שכל אחד מקבל חוזרות ביובל ואם אחין שחלקו יורשין הן אזי השדות אינן חוזרות ביובל.[1077] אמנם לכאורה אין המחלוקת נוגעת לדרך החלוקה עצמה דהרי החלוקה צריכה להיות בדרך של זכייה והקנאה. וא"כ אפי' אם אחין שחלקו יורשין הן מסתבר דעדיין חל בחלוקה דיני אונאה דהרי יש כאן הקנאה וזכייה מכל יורש ויורש ליורשים האחרים. וא"כ למה רב נחמן תלה דיני אונאה באחין שחלקו לקוחות הן.

ונראה דיש להוכיח מזה שדיני אונאה אינם שייכים כל היכא דיש הקנאה וזכייה מאחד לשני. אלא דצריך חלות שם מכירה. וממילא לפי המ"ד דאחין שחלקו יורשין הן, אין כאן חלות שם מכירה ולכן לא חל בחלוקה דיני אונאה אע"פ דיש כן הקנאה מכל אחד לשני. **ועפ"י** החקירה הנ"ל בדיני אונאה – האם הם חלין כל היכא דיש מעשה הקנאה וחיוב תשלומין או רק היכא דיש חלות שם מכר – יש לבאר את ספיקת הגמ' בענין אונאה בשכירות. דאיתא בב"מ (נו:) וז"ל בעי רבי זירא שכירות יש לו אונאה או אין לו אונאה, ממכר אמר רחמנא אבל לא שכירות, או דלמא לא שנא, אמר ליה אביי מי כתיב ממכר לעולם, ממכר סתמא כתיב, והאי נמי ביומיה מכירה היא עכ"ל. ונראה לבאר דספיקת רבי זירא הוא האם אונאה שייך לשכירות מכיון דיש מעשה הקנאה עם חיוב תשלומין, או"ד אין דיני אונאה בשכירות מכיון דאינו "ממכר". ואביי פשט דשכירות נחשב ל"ממכר" ולכן בודאי יש אונאה בשכירות.[1078]

[1076] ועיין ברשימות שיעורים לב"מ (נז. ד"ה במאי קמפלגי) דרבינו זצ"ל ביאר את מחלוקת הראשונים באופן אחר.
[1077] ולביאור המחלוקת ביתר אריכות ע"ע ברשימות שיעורים לב"ק (ט. בענין האחין שחלקו).
[1078] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לב"מ (נו: ד"ה בענין שכירות ביומיה מכירה היא).

גמ'. אמר רבא הא דאמרן פחות משתות נקנה מקח לא אמרן אלא דלא שויה שליח, אבל שויה שליח אמר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי.

בענין שליח שטעה במקח

א

שיטת הרמב"ם

מבואר בגמ' דידן דטעות השליח מבטלת המקח מדין לתקוני שדרתיך ולא לעוותי. ברם לכאורה יש להקשות דבגמ' בב"ב (קסט:) משמע דכששליח טעה במקח אין המקח בטל אלא דהשליח חייב לשלם ההפסד למשלחו, וז"ל ההיא איתתא דיהבה ליה זוזי להוא גברא למיזבן לה ארעא, אזל זבן לה שלא באחריות אתיא לקמיה דרב נחמן אמר ליה לתקוני שדרתיך ולא לעוותי זיל זבנה מיניה שלא באחריות והדר זבנה ניהלה באחריות עכ"ל. דהיינו, דכשהשליח טעה וקנה השדה בלי אחריות חל הדין דלתקוני שדרתיך רק כדי לחייב השליח לקבל אחריות השדה על עצמו, אבל המקח עצמו עדיין קיים. ולכאורה יש סתירה בסוגיות האם הדין דלתקוני שדרתיך מבטלת את המקח או לא.

ונראה מפסקי הרמב"ם דהוא הבחין בין ב' סוגי טעויות דשליח ובכך מתורצת את סתירת הסוגיות. דהנה כתב הרמב"ם (פרק ב מהלכות שלוחין ושותפין הל"ד) וז"ל השליח שקנה או שמכר והודיע שהוא שליח בדבר זה לפלוני אע"פ שמשך או שהמשיך ונמצא שעבר על דעת המשלח בטל המקח ומחזיר, ואם לא הודיע שהוא שליח נקנה המקח ויהיה הדין בינו ובין זה ששלחו עכ"ל. כלומר, דהיכא דהשליח אמר בפירוש דהוא קונה בעד המשלח אזי כל טעות מבטלת המקח. לעומת זה, היכא דהשליח קנה את הקרקע סתם ולא הזכיר למקנה דהוא הוי שליח אזי אע"פ דטעה המקח קיים והוא חייב לשלם למשלח. וצ"ע בביאור הדברים.

ונראה דהרמב"ם חילק בין חלות השליחות היכא דהשליח הזכיר שליחותו לבין היכא דהוא לא הזכיר שליחותו. דכשהשליח פירש למקנה דהוא קונה בעד המשלח, אזי דעת המוכר מתייחסת ישיר למשלח דהוי הקונה, כי תפקיד השליח הוא רק כדי לעשות מעשה הקנין בעד המשלח. ומכיון דעצם המקח הוי בין המוכר למשלח, כל שינוי מדעת המשלח מבטל את המקח. אבל היכא דהשליח לא הזכיר את שליחותו אזי דעת המוכר מתייחסת לשליח. ומכיון דהשליח עושה את מעשה הקנין, וגם דעת של המקנה חלה לדידיה, השליח באמת הוי הקונה והוא הזוכה בשדה, ואחרי דהשליח קנה את השדה, אזי קנין השדה עובר מהשליח למשלח. ובשליחות כזו אין טענת המשלח דלתקוני

שדרתיך מבטלת המקח, כי השליח הוי עיקר הקונה ולא המשלח, דקונה המשלח אח"כ מיד השליח.

ונראה דיש להסתפק אליבא דהרמב"ם היכא דהשליח לא פירש דהוי שליח ושינה מדעת בעל הבית, דהדין הוא דהשליח קנה את השדה לעצמו, האם יש לו את הברירה מה לעשות עם השדה. דהיינו, דאם השליח רוצה הוא יכול להחזיק בשדה ולומר דהוא קנה את השדה לעצמו, או אם הוא אינו רוצה להחזיק בשדה אזי הוא יכול להקנותו למשלח ולהשלים לו את ההפסד, וכגון לתת לו את האחריות שהפסיד כציור שבגמ'.

אך יעויין ברמב"ם ריש הלכות שלוחין ושותפין (פרק א הל"ג) דמשמע דאין השליח יכול להחזיק את השדה לעצמו וחייב לתתו למשלח, וז"ל נתן מעות לשלוחו לקנות לו קרקע וקנה לו שלא באחריות הרי זה עוות והשליח לוקח אותה לעצמו שלא באחריות כמו שעשה וחוזר ומוכרה למשלח באחריות הואיל וקנה אותה במעותיו והאחריות על השליח וכן כל כיוצא בזה וכו' עכ"ל. ומבואר דהיכא דהשליח טעה באחריות והמקח אינו בטל דאין השליח יכול לתפוס בשדה, אלא חייב השליח להשלים את האחריות למשלח דמקבל השדה ממנו. אבל לכאורה משמע מזה דלא כדברינו דהיכא דהשליח לא פירש אזי השליח הוי עיקר הקונה, דא"כ הדין היה ראוי להיות דהברירה ביד השליח אם הוא רוצה להחזיק בשדה או למוכרו למשלח. וא"כ למה פסק הרמב"ם דהשליח אינו יכול להחזיק בשדה.

ונראה דדברי הרמב"ם האלו קאי רק היכא דהשליח קנה במעות דהמשלח, וכלשון הרמב"ם "נתן מעות לשלוחו" וגם "הואיל וקנה אותה במעותיו". כלומר, דהיכא דהשליח קנה את השדה במעות המשלח, אזי אע"פ דלא פירש דהוי שליח והמקח קיים אע"פ דשינה מדעת המשלח, עדיין אין השליח יכול להחזיק בשדה אלא חייב למוכרו למשלח. מאידך מסתבר דהיכא דהשליח קנה את השדה במעות דידיה וגם לא פירש בשעת הקנין דהוי שליח, אזי במקום טעות המקח קיים לשליח והברירה ביד השליח האם להחזיק בשדה לעצמו או למוכרו למשלח.

אבל לכאורה קשה להבין את פסק הרמב"ם גם היכא דהשתמש השליח במעות המשלח דפסק דהשדה צריך להגיע ליד המשלח, דלכאורה מסתבר דהיכא דהשליח שינה מדעת בעל הבית דהשליח הוי גזלן של מעות המשלח מכיון שקנה השדה לעצמו עם מעות המשלח. ומי שקנה שדה עם מעות גזולין אינו חייב לתת השדה לנגזל, אלא רק לשלם לו את המעות דגזל. וא"כ קשה, למה כאן השליח, דלכאורה גזל את המעות דהמשלח

וקנה לעצמו, חייב להעביר את השדה למשלח, וצ"ע.[1079]

ועוד יש להסתפק בדעת הרמב"ם מצד המשלח, האם המשלח חייב לקבל את השדה והאחריות מהשליח. דהרי י"ל דמכיון דסוף כל סוף השליח קנה את השדה בעד המשלח וגם תיקן את הטעות, דהמשלח חייב לקבל את השדה עם האחריות מהשליח. ומאידך י"ל דהמשלח יכול לטעון דהוא רצה לקבל אחריות רק מהמוכר עצמו ולא מהשליח, וא"כ אין לשליח היכולת לתקן את הטעות והמקח בטל, וצ"ע.

ב

דעת הראב"ד

ועיין בראב"ד (פרק א מהלכות שלוחין ושותפין הל"ג) דהקשה על הרמב"ם דסוף כל סוף למה המקח קיים אם טעה השליח, וז"ל א"א באמת כך הוא דרך הגמרא אלא שקשה לי כיון שאנו אומרים כל שינוי שהשליח משנה לעיוות מקחו וממכרו בטל בכל שהוא למה חייבו ר"נ לאותו שליח לקנותו לעצמו שלא באחריות ולחזור הוא למכרו למשלח באחריות יהיה מקחו בטל הואיל וטעה בשליחותו עכ"ל. כלומר, דכל טעות של השליח ראוי לבטל את המקח. וא"כ, הראב"ד צריך לבאר את הסוגיא בב"ב (קסט:) דהטעות באחריות אינה מבטלת המקח באופן אחר, וז"ל ונ"ל כל מה דאמרינן דעיות משהו בשליח מבטל המעשה ה"מ בזמן שהמשלח רוצה לבטל המעשה אבל המשלח ההוא רוצה היה המקח ורוצה שיתקן לו השליח את העוות וחייבו ר"נ וכן הדין לכל שליחות ובעל החיבור הזה חילק בין שליח שהודיע שהוא שליח לשליח שעושה סתם ולדבריו מעשה דר"נ אפשר סתם היה עכ"ל.

ונראה לבאר דהראב"ד חולק על הרמב"ם ונקט דאין ב' חלותי שליחות לקנין. דהיינו, דלא שנא אם פירש השליח ולא שנא אם לא פירש השליח, בכל אופן אין השליח עושה מעשה קוף דקנין בעלמא כדי שהמשלח יקנה ישיר מהמקנה אלא דבכל שליחות לקנין השליח הוי הבעלים על הקנין וזוכה הוא בשדה, ואחרי זכיית השליח, אזי השדה עוברת ממילא מהשליח למשלח. והסברא בזה הוא דאם השליח אינו הבעלים לזכות בחלות הקנין אזי קשה להבין למה מעשה קנין שלו מהני כלל.

ולכן בכל שליח לקנין, אם השליח שינה מדעת המשלח, השליח זכה בקרקע והברירה היא ביד המשלח מה לעשות. דהמשלח יכול לומר דהוא עדיין רוצה בשליחות ושהוא יזכה בשדה, ואז השליח צריך לתקן את הטעות ולשלם למשלח את ההפסד כמו לקבל

[1079] לכאורה י"ל דכיון דדעת השליח היתה לקנות עבור משלחו, אע"פ שהמקנה לא ידע מזה והתכוון להקנותו לשליח, מ"מ המשלח קונה ישיר מהמקנה כי יד שליח כיד המשלח וכוונת המקנה עפ"י דין הוי הקנאה למשלח מדין שליחות. ולפיכך אין השליח גזלן כלל אלא שעשה שליחותו וקנה עבור המשלח.

האחריות על עצמו. ומאידך המשלח גם יכול להחליט שהטעות ביטלה את השליחות, ואז המשלח אינו זוכה בשדה אלא מקבל הממון שלו בחזרה. אמנם הראב"ד נקט דהיכא דהשליחות בטילה מחמת הטעות, גם השליח דזכה בקרקע אינו יכול להחזיק בשדה אלא כל המקח בטל, כי כל זכיית השליח היתה רק אם בסופו של דבר המשלח זוכה בשדה. וא"כ לפי הראב"ד, אע"פ דהשליח הוי הקונה, מ"מ הוא אינו יכול להחזיק בשדה כי מגדרי שליחות הוא דכל היכא דהמשלח אינו זוכה בשדה כל השליחות בטילה.

ולכאורה יש להקשות על מה דקבענו דלפי הראב"ד דבשליחות לקנין הקונה הוי השליח ואז זוכה המשלח ממנו ממילא, דהרי לפי זה בשליחות לקידושין וכדומה ראוי להיות דקרובי הכלה אינן יכולים להיות שלוחין לקידושין כי השליח אינו עושה מעשה בעלמא בעד המשלח, אלא השליח עצמו הוי המקדש וחלות האישות עוברת ממנו למשלח. וא"כ, אם השליח הוי קרוב לכלה דאין קידושין תופסין לו בה, אזי היאך הוא יכול לקדשה בעד המשלח, ולא מצינו דין כזה דקרוב האשה אינו יכול להיות שליח בעד המקדש.

ולכאורה נראה לחלק בין שליחות לקנין בדיני ממונות לבין שליחות לקידושין. דהרי הרמב"ם נקט בשליחות לקנין דהיכא דהשליח לא פירש אזי השליח הוי הקונה והמשלח זוכה מהשליח. ונראה דהראב"ד סבור דבדיני ממונות עצם האפשרות להיות שליח בלי לפרש הוי סימן דחלות השליחות היא לעולם כזה דהשליח הוי עיקר הקונה אפי' כשהשליח פירש. אבל בשליחות לקידושין אין אפשרות של שליחות סתם דהרי השליח צריך לומר דהוא מקדשה בעד אדם המשלח, וא"כ מסתבר לומר דהמשלח הוי עיקר המקדש והשליח עושה רק את מעשה הקידושין בעד המשלח ולא דחלות האישות חלה לשליח ומהשליח עוברת החלות ומתייחסת להמשלח. וא"כ, מובן למה קרוב האשה יכול להיות שליח לקידושין.[1080]

ג

תירוץ אחר לסתירה בין הסוגיות

ועוד נראה לתרץ עיקר הסתירה בדין לתקוני שדרתיך באופן אחר. כי יש לחלק בין היכא דהשליח טעה בענין חיצוני לבין היכא דטעה בעצם החפצא דהמקח. דהרי פשיטא דלגבי אם אדם טעה יין בשמן או דבר אחר במהות החצפא דהמקח בטל. אבל בסוגיא בב"ב (קסט:) הטעות לא היתה בזהות החפצא או בשוויות החפצא אלא באחריות דהוי ענין חיצוני למקח. וכמו דאם הקונה עצמו היה טועה באחריות זה אינה נחשבת כטעות

[1080] ועוד דשליחות בגיטין וקידושין נלמדת מהפסוק מיוחד "ושלחה".

דמבטלת את המכירה, הו"ה לגבי השליח דטעותו בזה אינה מבטלת את המקח. וא"כ כל הדין דלתקוני שדרתיך חל רק לגבי ההפסד דהמשלח.

אבל הסוגיא דידן איירי בטעות בשוויות החפצא, דהיינו בגוף המקח. ומסברא היינו אומרים דאפי' אם הקונה עצמו היה טועה בפחות משתות דהמקח הוי טעות וכל הקנין בטל דהרי טעה בדבר השייך לעצם החפצא דהמקח. והמקח חל במחיר השונה ממחיר השוק רק אם גם הקונה וגם המקנה הסכימו דזה המחיר שלהם.[1081] אך עכ"ז באה התורה וחידשה בפרשת אונאה דרק טעות דיתר על שתות מבטלת את המקח. וכל זה לגבי הקונה עצמו, אבל בשליח י"ל דכל שינוי מהמחיר הקיים בשוק מבטלת את המקח. דפשיטא דאין לשליח היכולת לקבוע מחיר מיוחד למקח דהרי הוא אינו הקונה אלא רק שליח של הקונה. ובטעות דפחות משתות, י"ל דכל החידוש דפרשת אונאה מיירי רק בקונה עצמו, אבל בנוגע לשליח חוזרים לעיקר הדין דכל טעות בשוויות המקח הוי טעות המבטלת את המקח. ולכן בסוגיא דידן הדין דלתקוני שדרתיך חל לבטל את כל המקח.

תוד"ה אבל שויה. בא"ד. ור"ת מפרש.

לפי ר"ת הסוגיא בכתובות איירי היכא דבית הדין שוויה שליח למכור את השדה. ובזה מובנת שיטת רבא דשליח כדיינין ולכן בטעות דפחות משתות המקח קיים. אמנם לפי"ז קשה להבין את שיטת רב שמואל בר ביסנא דנקט דשליח כאלמנה. דהרי אם הוא באמת שליח ב"ד מסתבר דמכירה שלו הוי מעשה ב"ד והמקח קיים בטעות פחות משתות. והגמ' מביאה הטעם דרב שמואל בר ביסנא וז"ל רב שמואל בר ביסנא אמר ר"נ כאלמנה, מה אלמנה יחידה, אף שליח יחיד עכ"ל, אמנם צ"ע בכוונת הגמ', מאי שנא אם הוא יחיד או ג' אם סוף כל סוף מעשה השליח הוי מעשה ב"ד.

ונראה לבאר ע"פ יסוד בדין פחות משתות במכירת ב"ד. דלעיל ביארנו (מב. ד"ה שום הדיינים, אות ב) די"ל דטעות בפחות משתות אינה נחשבת כטעות כלל אלא הוי כדמי מקח. ומאידך י"ל דבאמת יש כאן חלות שם טעות ואעפ"כ המקח קיים עד שתות. וזה ע"פ הדין דאגרת בקורת במשנה שם (כתובות צט:) וכדפסק הרמב"ם (פרק יב מהלכות מלוה ולוה הל"י-הלי"א) וז"ל בית דין שמכרו שלא בהכרזה נעשו כמי שטעו בדבר משנה וחוזרים ומוכרין בהכרזה וכו' ובית דין שהכריזו כראוי ובדקו יפה יפה ודקדקו בשומא אע"פ שטעו ומכרו שוה מנה במאתים או מאתים במנה הרי מכרן קיים, אבל אם לא בדקו בשומא ולא כתבו אגרת בקורת שהיא דקדוק השומא וההכרזה וטעו והותירו שתות או פחתו שתות מכרן בטל פחות משתות מכרן קיים וכו' עכ"ל. ומדוייק בלשון הרמב"ם

[1081] עיין בשיעורים לעיל (ח. ד"ה לדידי שוה לי אות א') ובריטב"א (שם ד"ה לעולם).

שיש ב' סוגי טעויות של ב"ד במכירה. אם ב"ד טעו בשתות היכא דלא הכריזו, אזי זה דומה לטעות בדבר משנה והכל בטל. אמנם אם עשו אגרת בקורת, מכרן קיים אפי' אם מכרו שדה שוה מאתים במאה. ואין לומר דכוונת הרמב"ם דע"פ דין אין כאן טעות דהרי הרמב"ם כתב "שטעו ומכרו", וצ"ל דזה נחשב כטעות אבל דומה לטעות בשיקול הדעת דהוי טעות ברשות, דהיינו דב"ד עשו כל מה שמוטל עליהם ואעפ"כ בסוף טעו.

ועפ"ז יש לחזור לטעות דפחות משתות דב"ד דמכרן קיים. די"ל דאין זה משום דטעות בפחות משתות אינו נחשב כטעות כלל. אלא הביאור הוא דבאמת יש כאן חלות שם טעות משום דכל היכא דאדם או ב"ד מוכר או קונה שדה בעד אחר אזי כל שינוי קטן מהמחיר האמיתי נחשב כחלות שם טעות. אלא דהיכא דהב"ד טעו בפחות משתות זה נחשב כטעות ברשות ולכן המקח קיים. ולפי"ז יש להבין את מחלוקת האמוראים בדין שליח ב"ד דטעה בפחות משתות, האם דינו כב"ד או כאלמנה. דהרי מצד אחד הריהו שליח ב"ד והמכירה שלו הוי מעשה ב"ד ומשו"ה סובר רבא דשליח כדיינין והמקח קיים. אמנם רב שמואל בר ביסנא נקט דמכיון דהוא רק אדם אחד ולא ג' אזי חל עליו יותר אחריות לבדוק את שווי השדה והטעות שלו אינו נחשב כטעות ברשות.

ולפי"ז יש לבאר את פסק הרמב"ם (פרק יג מהלכות מכירה הל"ח-הל"ט) בדין אפוטרופוס, וז"ל אלו דברים שאין להם הונייה, הקרקעות והעבדים והשטרות וההקדשות, אפילו מכר שוה אלף בדינר או שוה דינר באלף אין בהן הונייה וכו' במה דברים אמורים במוכר נכסי עצמו, אבל השליח שטעה בכל שהוא בין במטלטלין בין בקרקעות חוזר, ונראה לי שכן הדין באפוטרופוס שטעה בכל שהוא, בין במטלטלין בין בקרקעות חוזר, ואינו דומה לב"ד מפני שהוא יחיד עכ"ל. ונראה דמקור הרמב"ם דאפוטרופוס שמכר וטעה בכל שהוא המקח בטל בגלל שהוא יחיד, הוי הסוגיא בכתובות דשליח ב"ד כאלמנה בגלל שהוא יחיד ולא ג'. והביאור הוא כנ"ל, דהיכא דאדם אחד מוכר דברים של אדם אחר, אזי שינוי כל שהוא במחיר נחשב כטעות ע"פ דין, ורק בב"ד של ג' חל דין מיוחד של טעות ברשות עד שתות.

בא"ד. אי נמי י"ל דנהי דקאמר התם שליח כדיינין והמקח קיים האונאה מיהא צריך להחזיר והכא נמי ה"ק לתקוני שדרתיך כו' וצריך להחזיר האונאה ולא כשאר אדם דפחות משתות הויא מחילה.

יוצא דלפי רבא השליח צריך להחזיר האונאה אפי' בפחות משתות. ולכאורה רואים מזה דהא דפחות משתות אין אונאה, אינו בגלל דכך הוי שיעור דמי המקח ע"פ דין דא"כ מאי

שנא השליח ממוכר דעלמא.[1082] אלא צ"ל דבפחות משתות יש אומדנא דמחילה, וא"כ י"ל דכל זה שייך במוכר או לוקח בעצמו. אבל שליח רק נתמנה למכור את השדה ואין לו הכח למחול אפי' בכל שהוא. ולכן אע"פ דהמקח קיים, יש צורך להחזיר את האונאה.

גמ'. והא דאמרן יתר משתות בטל מקח, לא אמרן אלא דלא אמר ניפליגן בשומא דבי דינא, אבל אמר נפלוג בשומא דבי דינא מכרן קיים.

נחלקו רש"י והרמב"ם בדין אחין שחלקו והתנו ביניהם להיות כשום הדיינים. דרש"י (ד"ה ה"ג) כתב וז"ל הא דאמר יתר על שתות בטלה חלוקה לגמרי לא אמרן אלא שלא התנו מתחילה להיות שומת הנכסים בשלשה שהן ב"ד אבל קבלו עליהם להיות חלוקתם כדין שום הדיינין אפי' יותר על שתות מכרן קיים דקי"ל כרשב"ג עכ"ל. אמנם הרמב"ם (פרק יג מהלכות מכירה הלי"ב) פסק דמכרן בטל בשתות וז"ל האחין והשותפין שחלקו המטלטלין הרי הן כלקוחות, פחות משתות נקנה מקח ואין מחזיר כלום, יתר על שתות בטל מקח, שתות קנה ומחזיר אונאה, ואם התנו ביניהם שיחלקו בשום הדיינין וטעו בשתות בטלה חלוקה, שהדיינין ששמו ופחתו שתות או הותירו שתות מכרן בטל עכ"ל. ועיין במגיד משנה דהיה לרמב"ם גירסא אחרת בגמ' מרש"י.

ויש ב' הבדלים בין רש"י והרמב"ם: א) לפי הרמב"ם אין כאן ב"ד כלל אלא דהסכימו ביניהן שיהא לשומא שלהם הדין של שומת ב"ד. מאידך משמע מדברי רש"י "להיות שומת הנכסים בשלשה" דיש ב"ד של ג' דעושים את השומא והאחין קיבלו עליהם השומא הזאת. ורק החלוקה עצמה נעשה בלי ב"ד. ב) לפי הרמב"ם הדין הוא דבשתות החלוקה בטל, ומאידך רש"י ביאר דהגמ' פסקה כרשב"ג דמה כח ב"ד יפה ולכן אפי' בטעות יותר משתות אין החלוקה בטלה.

ובנוגע למחלוקת רש"י והרמב"ם האם פסקינן כרשב"ג או לא, זה תלוי בגירסא בגמ'. אמנם יש לעיין במחלוקת האחרת בין רש"י והרמב"ם, דהיינו האם כדי לשנות את דין חלוקת האחין לדיני חלוקה דב"ד צריך רק שיסכימו כולן לדינים האלו, או"ד צריך שומת הב"ד.

ונראה לבאר דלפי הרמב"ם צריך רק הסכמת האחין להחיל על החלוקה דיני חלוקת הב"ד משום דזה הוי כמתנה ע"מ שכתוב בתורה בדיני ממונות דתנאו קיים. והחידוש בזה הוא דאפי' בלי לשון של תנאי, הסכמת כולן פועל כתנאי בממונות. והרמב"ם לכאורה נקט כשמואל (ב"מ נא.) דניתן להתנות תנאי שלא תהיה אונאה.

[1082] עיין בזה בשיעורים לעיל (מב. ד"ה שום הדיינים אות ב, וגם מב: תוד"ה אבל).

אמנם לפי רש"י יש לבאר דתנאי כזה אינו חל. דהרי עשיית תנאי בדיני אונאה אליבא דרב (ב"מ נא.) הוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה. ונראה בביאור שיטת רב דקסבר דדין אונאה אינו חלק מעצם חלות המכירה ודעת המקנה והקונה, אלא הוא דין דממילא דחל משמים. משא"כ חיובי שאר כסות ועונה דהויים חיובי הנשואין דנכללים בדעת הנשואין, ומשו"ה ס"ל דניתן להתנות שהנשואין יחולו בלי חיובי שאר כסות ועונה, כי יש לאיש ולאשה בעלות למעט חיובים אלה מחלות הנשואין. משא"כ דין אונאה דאינו נכלל בעצם חלות המכירה, אלא הוי דין דחל ממילא, שהתורה הטילה דין אונאה על המקח, ולכן למוכר וללוקח ליכא בעלות להתנות ולמעטו מכיון דהוי דין דחל ממילא מדין התורה ולא מחמת דעת המוכר והלוקח. וע"ז חולק שמואל דקסבר דדיני אונאה אינן חלין ממילא משמים מדין התורה, אלא הויין חלק מעצם דעת המקח למכור ולקנות. ומשו"ה ס"ל דניתן להתנות תנאי למעט שלא יחול דין אונאה.[1083]

ולפי"ז יוצא דהאחין בעצמם אינן יכולים להתנות תנאי שהחלוקה שלהם תהא ע"פ דין אחר של אונאה. וזה הטעם דרש"י פירש את הגמ' דב"ד עשו את השומא, דאזי חל בשומא ובחלוקה הדין של מעשה ב"ד והכלל דמה כח ב"ד יפה קיים. והחידוש בזה הוא דהו"א דרק אם ב"ד עשו את החלוקה אזי חל על החלוקה חלות שם מעשה ב"ד. והגמ' מחדשת שאפי' אם ב"ד רק היו מעורבין בשומא ולא בחלוקה עצמה, אעפ"כ חל בחלוקה חלות שם מעשה ב"ד ולכן לפי רש"י החלוקה אינה בטילה אפי' ביותר משתות.

גמ'. ובמקרקעי לא אמרן אלא דפלוג בעילויא, אבל פלוג במשחתא לא, כדרבה דאמר רבה כל דבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין אפילו פחות מכדי אונאה נמי חוזר.

לפי רהיטת הגמ' הדינים של אונאה שייכים רק בחלוקה ע"פ עילויא, דהיינו השווי, ואינם שייכים בחלוקה ע"פ מדידה. ויש לעיין מה הדין היכא דטעו באיכות השדה. האם נאמר דזה כמו טעות במחיר השוק וחל בו דיני אונאה, או"ד דומה לטעות במדידה דהרי טעו באופי הקרקע וכל טעות גורם לביטול החלוקה. ויש להוכיח דטעות באיכות השדה דינה כמו טעות במחיר מהמשנה בב"ב (פג:) וז"ל ארבע מדות במוכרין, מכר לו חטין יפות ונמצאו רעות, הלוקח יכול לחזור בו, רעות ונמצאו יפות, מוכר יכול לחזור בו, רעות ונמצאו רעות, יפות ונמצאו יפות, אין אחד מהם יכול לחזור בו עכ"ל. ויוצא מהמשנה דבטעות באיכות החטין רק מי שמתאנה יכול לחזור בו אבל המקח אינו בטל ממילא מדין מקח טעות. ומזה רואים דגם טעות באיכות הוי חלות דין אונאה.

גמ'. ואמאי נימא שלוחו של אדם כמותו שאני התם דאין שליח לדבר עבירה.

[1083] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לב"מ (נא. בענין מתנה ע"מ שכתוב בתורה, אות ג).

הראשונים נחלקו בהבנת ההו"א דהגמ'. דרש"י כתב וז"ל נימא שלוחו של אדם כמותו - יתחייב שולחו ולא השליח עכ"ל. כלומר, דלפי ההו"א דהגמ' רק המשלח חייב עבור העבירה, ואז הגמ' חוזרת לגמרי מההו"א ומחדשת דרק השליח חייב. מאידך עיין בתוס' רי"ד (ד"ה שילח) דביאר את השו"ט באופן אחר, וז"ל שילח ביד פיקח הפיקח חייב ואמאי נימא שלוחו של אדם כמותו וליחייב המשלח - פי' ואע"ג דשליח לא מצי לאיפטורי כיון דהוא פיקח נפקא מינה דאי ליכא לאישתלומי מיניה מפרע מן המשלח עכ"ל. כלומר, דהתוס' רי"ד הבין דגם בהו"א א"א לפטור את השליח דעשה מעשה העבירה, אלא דהגמ' הקשה דגם המשלח ראוי להתחייב על העבירה מדין שליחות. והמסקנא היא דרק השליח חייב ולא המשלח.

ולכאורה יש סימוכים לשיטת רש"י מהדינים המיוחדים דחל בהם דין שליח לדבר עבירה כמו מעילה. דהרי מבואר לקמן דהיכא דיש שליחות למעילה רק המשלח מעל ולא השליח. וא"כ מסתבר דגם לפי ההו"א דהגמ' דיש שליח לדבר עבירה בעלמא, דאזי הוי דין כל עבירה דעלמא כמו הדין במעילה דהיינו דרק המשלח חייב ולא השליח.

אמנם מרן הגר"מ הלוי זצ"ל דחה את ההשוואה הזאת וטען דיש לחלק בין הדין דיש שליח לדבר עבירה במעילה לפי המסקנא לבין הדין דיש שליח לדבר עבירה בכל העבירות שבתורה לפי ההו"א של הגמ'. והוא ע"פ יסוד אביו הגר"ח זצ"ל דקבע דמעילה אינה איסור הנאה בעלמא אלא איסור גזל מהקדש. ולא מיבעיא מעילה דהוצאה מרשות הקדש דפשיטא דהוי איסור גזל, אלא גם היכא דרק נהנה מהקדש ולא הוציאה מרשות גבוה עדיין נראה דהאיסור הוי גזל התשמיש דהקדש. וזה אפי' לדעות בראשונים דסברי דיש נ"מ לדינא בין מעילה דהוצאה לבין מעילה דהנאה. למשל, התוס' לקמן (נה. ד"ה אין מועל) נקטו דהדין דאין מועל אחר מועל בהקדש חל רק במעילה דהוצאה, אבל היכא דרק נהנה ולא התכוון להוציא החפצא מרשות גבוה אזי אמרינן דיש מעילה אחר מעילה. ואע"פ דמעילה דהוצאה ומעילה דהנאה הם חלוקים בדיניהם, עדיין הגר"ח זצ"ל נקט דשני סוגי המעילה הריהם מהווים חלות איסור גזל מהקדש אלא באופנים שונים. והראייה מהגמ' בב"ק (כ:) שדנה האם זה נהנה וזה לא חסר חייב או פטור ומביאה ראיה מחיוב מעילה, וז"ל דתנן נטל אבן או קורה של הקדש הרי זה לא מעל, נתנה לחבירו הוא מעל וחבירו לא מעל, בנאה לתוך ביתו הרי זה לא מעל עד שידור תחתיה שוה פרוטה, ואמר שמואל והוא שהניחה על פי ארובה, ויתיב רבי אבהו קמיה דר' יוחנן וקאמר משמיה דשמואל זאת אומרת הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר עכ"ל. מבואר בגמ' דאם זה נהנה וזה לא חסר פטור בהדיוט, אזי אין חיוב מעילה

אע"פ דנהנה. ומוכרח מזה דהאיסור הנאה דמעילה המחייבת אינה סתם איסור הנאה בעלמא אלא דצריך שיהא בו חלות חיוב ממון דחל מדין גזל תשמיש דהקדש.[1084]

ולפי"ז תירץ הגר"מ זצ"ל דרק לגבי מעילה דהוי חלות דין גזל יש הלכה מיוחדת דרק אדם אחד בלבד יכול להתחייב על העבירה, דחלות דין גזול של חפץ דהקדש או של תשמיש דהקדש איפוא מתייחס רק לגזלן אחד בלבד,[1085] ולכן אם יש שליח לדבר עבירה אזי רק המשלח חייב. מאידך בהו"א של הגמ' דאמרינן יש שליח לדבר עבירה בכל האיסורין, אזי י"ל כמו התוס' רי"ד דשניהם חייבים מכיון שהחטא מתייחס לשניהם.

ברם יש להעיר על תירוץ הגר"מ זצ"ל, דלכאורה יש ראשונים דחילקו באופן יסודי בין מעילה דהוצאה לבין מעילה דהנאה, ותפסו דהאיסור הנאה דמעילה אינו חל מדין גזל ושלא כדברי הגר"ח זצ"ל. דהרי בגמ' לקמן (מג.) איתא דגם לב"ש הסוברים דיש שליח לדבר עבירה, מ"מ באיסורי ביאה מודים דאין שליחות לעבירה וז"ל מודה באומר לשלוחו צא בעול את הערוה ואכול את החלב שהוא חייב ושולחיו פטור, שלא מצינו בכל התורה כולה זה נהנה וזה מתחייב עכ"ל. והתוס' שם (ד"ה שלא מצינו) הקשו מדין מעילה, דאמרינן דהמשלח חייב על הנאת השליח, וז"ל וא"ת והא איכא מעילה שאם אמר הגזבר לשליח אכול ככר זה של הקדש והשליח לא ידע שהוא של הקדש דחייב המשלח ואמאי זה נהנה וזה מתחייב הוא עכ"ל. ותירצו התוס' דהמשלח מעל רק ע"י מעשה הקנין דהשליח ולא ע"י ההנאה שלו, וז"ל י"ל דמעילה לא מתחייב המשלח ע"י הנאת השליח אלא ע"י הגבהה דשליח דמיד דאגבהיה שליח קנייה וההיא שעתא חייב משלח עכ"ל. ואז התוס' הביאו דהר"י נסתפק היכא דהשליח מעל בהנאה בלי מעשה קנין, האם אמרינן דהמשלח מעל או לא, וז"ל אמנם מסופק היה ר"י באומר לשליח הושט ידך לכד של שמן ותהנה מן הסיכה או שב על עורות של הקדש או התחמם בגיזי עולה והשליח לא ידע דהם של הקדש דהשתא לא עשאו שליח אלא מן ההנאה אם יתחייב המשלח כדאמרינן גבי מעילה או דילמא זה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן עכ"ל.[1086]

ונראה לבאר דהר"י נסתפק ביסוד דין מעילה דהנאה. דאם אמרינן כמו שנקטו הגר"מ והגר"ח זצ"ל דהאיסור הוי איסור גזל תשמישי הקדש, אזי השליחות חלה על מעשה הגזל ולא הוי חלות שם זה נהנה וזה מתחייב. ואילו מצד השני נקט הר"י דלגבי מעילה

[1084] אולי הביאור בזה הוא משום דהקדש יוצא לחולין במעילה וחל קנין הסמוך לגזלן אחד בלבד.

[1085] ועיין בכל זה בחידושי הגר"ח על הרמב"ם (פרק ח מהלכות מעילה הלכה א), ובחידוש הגר"ח על הש"ס (מעילה כא. ד"ה בדין מעילה ע"י שליח), בברכת שמואל (ב"ק סימן יד) ובקובץ הערות (סימן נב סעיף יג). אך עיי"ש ברשימות שיעורים לב"ק (כ: ד"ה הקדש שלא מדעת) דמדוייק ברש"י שם דהמחייב דמעילה אינו גזל אלא איסור אחר של מעילה עצמה.

[1086] וע"ע אריכות בענין ב' דינים במעילה ברשימות שיעורים למסכתות שבועות נדרים (בענין מעילה אות ד').

דהנאה האיסור הוי חלות איסור הנאה לעצמה ולא איסור גזל, ומשו"ה שליחות אינה חלה במעילה דהנאה מדין שלא מצינו זה נהנה וזה מתחייב. ולפי"ז יוצא דהצד השני בספק הר"י דההנאה עצמה הוי האיסור במעילה, הוא נגד יסוד שייסדו הגר"ח והגר"מ זצ"ל דאפי' איסור הנאה דמעילה הוי חלות שם איסור של גזל תשמישי הקדש.[1087]

אמנם נראה דיתכן לבאר את ספיקת הר"י באופן אחר. די"ל דהיה פשוט לר"י דהאיסור הנאה במעילה לא הוי איסור גזל אלא דההנאה עצמה הוי האיסור כמו איסורי הנאה דעלמא. וא"כ הצד לומר דהמשלח פטור מדין זה נהנה וזה מתחייב מובן. אבל מאידך י"ל דכל הדין דהיכן מצינו דזה נהנה וזה מתחייב חל כמפקיע של חלות השליחות. כלומר, דהיכא דהיה ראוי שהמשלח יתחייב מדין שליחות אזי הכלל של לא מצינו זה נהנה וזה מתחייב חל כדבר דמפקיע את השליחות. אבל במעילה יתכן דאין המשלח חייב מדין שליחות אלא מגזה"כ אחר, דהרי המשלח חייב אפי' אם שלח חשו"ק דאינם בני שליחות.[1088] ועיין בשיעורים לקמן (בענין שליח לדבר עבירה, אות א) דביארנו דבמעילה רק החיובים מתייחסים למשלח ולא עצם מעשה המעילה שלא כשליחות דעלמא דגם המעשה עצמו מתייחס למשלח. וא"כ יתכן שהחידוש הזה דשליחות דמעילה חל אפי' באיסור הנאה דמעילה המהוה חלות דין חיוב מסוים לעצמו ולא חל מדין שליחות דעלמא, ומשו"ה גם החיובים דמעילה מחמת הנאה מתייחסים למשלח והוא מועל.

ומצינו עוד ראשונים דלכאורה נחלקו בגדר איסור מעילה דהנאה. דהרי נחלקו הרמב"ם והראב"ד בנוגע לדין דמועל אחר מועל היכא דהמועל הראשון נהנה מקדשי בדק הבית. דכתב הרמב"ם וז"ל אין מועל אחר מועל במוקדשים, אלא בבהמה וכלי תשמיש בלבד, כיצד בקע בקורדום של הקדש ונהנה בפרוטה ופגם ובא חבירו ובקע בו ונהנה ופגם כולם מעלו, נטל הקורדום ונתנו לחבירו הוא מעל אבל חבירו לא מעל, שתה בכוס של זהב ונהנה בפרוטה ובא חבירו ושתה ונהנה ובא חבירו ושתה ונהנה כולם מעלו וכו' עכ"ל. הרי הרמב"ם פסק דהיכא דאדם נהנה מכוס של הקדש אזי יש מעילה אחרי מעילה. מאידך הראב"ד השיג וז"ל א"א בכל זה יצא מכלל משנתנו וכו' אבל כלי המוקדשין אם הראשון נהנה בו ופגם שוב אין בו מועל עכ"ל.[1089] ונראה לבאר

[1087] ויש להעיר דאע"פ דהצד הזה בספק הר"י הוי נגד יסוד הגר"מ זצ"ל, תירוץ הגר"מ לתוס' רי"ד לכאורה עדיין קיים, כי לפי הצד הזה בספיקת הר"י דהאיסור הנאה דמעילה הוי כמו איסור הנאה בעלמא ואינו מפאת גזל, אזי אין שליחות חלה בהנאה דמעילה וכל הדין דשליחות במעילה שייך רק בדין הגזל שבמעילה. וא"כ עדיין תירוץ דהגר"מ זצ"ל עומד במקומו, דחלוק שליחות לדבר עבירה במעילה דהוי מדין גזל ורק אדם אחד יכול להתחייב, משליחות לדבר עבירה בהו"א של הגמרא בשאר האיסורים.

[1088] עיין לקמן בענין אין שליח לדבר עבירה (אות א' ואות ג') דרבינו זצ"ל האריך בהגדרת חיוב המשליח במעילה האם הוי חלות שליחות או חלות דין אחר.

[1089] ובביאור המחלקות הזאת באופנים שונים עיין ברשימות שיעורים לב"מ (נד: תוד"ה לענין, צו: בענין מעילה).

דהראב"ד נקט דאין חילוק ביסוד דינם בין מעילה דהנאה לבין מעילה דהוצאה מרשות אלא בשניהם בקדשי בדק הבית החפצא יוצא לחולין ע"י המעילה. ובפשטות הראב"ד נקט כהגר"ח זצ"ל דבשני האופנים חל דין גזל המוציא הקדש לחולין. מאידך ניתן לבאר את דעת הרמב"ם בב' אופנים: א) י"ל דהרמב"ם חולק על הראב"ד ונקט דמעילה ע"י הנאה הוי דין אחר של מעילה שאינו חל מדין גזל ולכן אינו מוציא החפצא לחולין, ב) י"ל דהרמב"ם בעצם מסכים עם הראב"ד דגם מעילה דרך נהנה הוי חלות של גזל. אמנם הנהנה אינו מוציא החפצא לחולין אע"פ דהוי איסור גזילה מכיון דהוא אינו גוזל את החפצא עצמה אלא ההנאה שבו. ולכן החפצא עצמה אינה יוצאת לחולין.

בענין אין שליח לדבר עבירה

א

שיטת הרמב"ם בשליחות במעילה, בשליחות יד ובטביחה ומכירה

עיין ברמב"ם (פרק ז מהלכות מעילה הל"א-ב) דהביא הדין דיש שליחות במעילה ואח"כ הוסיף וז"ל במה דברים אמורים כשהיו החתיכות מקדשי בדק הבית אבל אם היו בשר עולה וכיוצא בו לא מעל אלא האוכל בלבד שהרי הוא חייב באיסור אחר יתר על המעילה, ובכל התורה כולה אין שליח לדבר עבירה אלא במעילה לבדה שלא יתערב עמה איסור אחר עכ"ל. ולכאורה סוף דברי הרמב"ם צ"ב דהרי משמע מדבריו דרק במעילה בלבד יש שליח לדבר עבירה. אמנם, מבואר בסוגיא דגם בשליחות יד וטביחה ומכירה יש שליח לדבר עבירה וכן פסק הרמב"ם עצמו (פרק ג מהלכות גזילה הלי"א, פרק ב מהלכות גניבה הל"י). וא"כ צ"ע בכוונת הרמב"ם דיש דין מיוחד דשליחות לעבירה דחלה רק במעילה בלבד.

ונראה לבאר דלפי הרמב"ם חלוק חיוב המשלח במעילה מחיוב המשלח בשליחות יד ובטביחה ומכירה. דלגבי שליחות יד וטו"מ אין מעשה העבירה מתייחסת למשלח ואין העבירה נקראת על שמו דמשלח אלא על שמו דשליח, אלא דאעפ"כ המשלח חייב. והביאור בזה הוא דבשליחות יד וטו"מ אין החיוב תלוי במעשה עבירה עצמה אלא על החלות רשעה שבדבר. ובדרך כלל הדין דאין שליח לדבר עבירה מלמד דחלות הרשעה חלה רק על מי שעשה את מעשה העבירה. אבל חידוש התורה לגבי שליחות יד וטו"מ הוא דיש לחלק בין מעשה העבירה והשם רשעה. דהיינו, דהשם רשעה מתייחס למי ששלח את חבירו לעשות את מעשה העבירה אע"פ דאין דין שליחות לגבי מעשה

העבירה עצמה דעדיין שייך רק לשליח.[1090]

וכמו"כ יש להטעים דגם בשליחות יד ובטביחה ומכירה דחיובם משום גזל יש לחלק בין מעשה העבירה עצמה לבין החיוב דנובע מהמעשה עבירה. דהרי בגזל בכלל מצינו חילוקים בין מעשה העבירה לבין חיובי הגזילה. למשל, בקרקע יש מיעוט בגמ' מחיובי וקנייני גזל, אבל יש מעשה עבירה בגזילת קרקע ומי שגזל קרקע עובר על איסור.[1091] וגם כל הדיון בגמ' (ב"מ מג:) לגבי שואל שלא מדעת אם דינו כגזלן או כשואל הוי רק לגבי חיובי וקנייני גזילה, אבל בודאי עבר על האיסור גזילה.[1092] וא"כ גם לגבי הדין שליחות דחלה בשליחות יד ובטו"מ יש לחלק בין מעשה העבירה עצמה דגזילה דמתייחס לשליח לבדו שעשה את העבירה דגזילה לבין החיוב גזילה מחמת העבירה דחל מדין רשעה על המשלח.

וכל זה לגבי שליחות יד וטו"מ דכל חלות חיוביהם הוי ממון ולכן ניתן לחייב את המשלח לשלם על חלות הרשעה שבמעשה השליח. ואילו במעילה יש חיוב קרבן שבא לכפרה והמשלח יכול להביא את הקרבן רק אם עצם מעשה העבירה מתייחסת אליו.[1093] וא"כ צ"ל דשליחות במעילה הוי דין במעשה העבירה עצמה, דנחשבת כאילו המשלח עשה את עיקר המעשה. ולפי"ז דברי הרמב"ם הם כפתור ופרח, דכוונתו לומר דרק במעילה חל דין שליח לדבר עבירה להחשיב את מעשה העבירה כמעשה המשלח, לעומת שליחות יד וטו"מ דהמשלח מתחייב על מעשה עבירה דהשליח. ולכן כשהשליח עשה עבירה שניה שמייחס את מעשה העבירה אליו לא חלה שליחות דמעילה דצריכה לייחס כל מעשה העבירה אל המשלח.

אמנם הגר"מ זצ"ל נקט באופן הפוך, דשליחות לדבר עבירה במעילה הוי דין צירוף בעלמא בלי חלות שליחות ואילו שליחות לדבר עבירה בדו"ה הוי חלות שליחות של שלוחו של אדם כמותו.[1094] דהרי הגר"מ זצ"ל הביא מהגמ' במעילה (כא.) להוכיח דבחיובי מעילה לא צריך חלות שליחות של שלוחו של אדם כמותו אלא דין צירוף

[1090] והשווה לביאור המהרי"ט בדברי הרמב"ם המובאים בקצוה"ח (סימן רצב סק"א) וז"ל וראיתי במוהרי"ט בחידושיו פרק האיש מקדש (מב, ב ד"ה ולדבר עבירה) שכתב ז"ל, מ"ש הרמב"ם שבכל התורה כולה לא מצינו שליח לדבר עבירה אלא במעילה, והרי שליחות יד דהוי שליח לדבר עבירה וכן בטביחה ומכירה וכו', וי"ל לדעתו דהא דגלי בשליחות יד לאו מדין שליחות הוא אלא מדין פושע שחייב הכתוב את השומר בין שפשע ע"י עצמו בין שפשע על ידי אחרים לפי ששמירתו עליו עכ"ל.

[1091] ע"ע בזה ברשימות שיעורים לב"ק (סז. ד"ה בענין מצוה הבאה בעבירה, אות א').

[1092] השווה לפירוש רשב"ם העיקרי (ב"ב פח. ד"ה שואל הוי) וז"ל דינו כשואל ומיהו איסורא מיהא איכא דלא גרע משולח יד בפקדון ואסור עכ"ל.

[1093] ויש להטעים את זה דהמחייב של הקרבן הוי עצם מעשה העבירה כי כתיב בפסוק "בעשותה".

[1094] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לב"ק (עא. ד"ה שיטת הרמב"ם ביש שליח לדבר עבירה בדו"ה ובמעילה).

בעלמא. דאיתא במשנה (שם) וז"ל שלח ביד חרש שוטה וקטן, אם עשו שליחותו בעה"ב מעל עכ"ל. והגמ' מקשה על זה וז"ל והא לאו בני שליחותא נינהו, א"ר אלעזר עשאום כמעטן של זיתים, דתנן הזיתים מאימתי מקבלין טומאה משיזיעו, זיעת המעטן ולא זיעת הקופה, רבי יוחנן אמר כאותה ששנינו נתנו ע"ג הקוף והוליכו או ע"ג הפיל והוליכו (ואמר לאחר לקבלו ממנו), הרי זה עירוב, אלמא קא עבדא שליחותיה, ה"נ איתעביד שליחותיה עכ"ל. ועיין ברש"י (ד"ה אבל לא) דמסביר וז"ל הא נמי חרש שוטה וקטן אע"ג דלאו בני דעה נינהו כי איתעבידא שליחותיה על ידיהן הואיל וניחא ליה בגוויה מעל עכ"ל. ולכאורה מוכח מזה דלא בעינן חלות דין שליחות דשלוחו של אדם כמותו במעילה, אלא רק דבעל הבית יגרום שהחשו"ק יעשו את המעשה ושיהא ניחא ליה לבעל הבית במעשה הזה. (וע"ע בביאור הסוגיא במעילה לקמן בשיעורים (אות ג') לפי הגר"ח זצ"ל והנתיבות.) והגר"מ זצ"ל העיר דאין גמ' כזאת בנוגע לטביחה ומכירה ומשמע דצריך שליחות כהלכה ולא ע"י חשו"ק דלאו בני שליחות נינהו.

ויש בזה נ"מ היכא דהשליחות כוללת מעילה או טו"מ ביחד עם עבירות אחרות. דעיין ברמב"ם (פרק ג מהלכות גניבה הל"ו) שכתב וז"ל עשה שליח לשחוט לו ושחט לו השליח בשבת הרי הגנב חייב בתשלומי ארבעה וחמשה כו' עכ"ל. והמשנה למלך (שם) מדייק מלשונו שאם הגנב צוה לשליח במפורש לשחוט את הבהמה בשבת פטור שבנוגע לשבת אין שליח לדבר עבירה וממילא ה"ה דפטור מדו"ה, ורק כשהשליח שחט בעצמו בשבת אמרינן יש שליח לדבר עבירה לענין דו"ה והמשלח חייב לשלם דו"ה.

ועוד עיין ברמב"ם (פרק ז מהלכות מעילה הל"ב) וז"ל אבל אם היו בשר עולה וכיוצא בו לא מעל אלא האוכל בלבד שהרי הוא חייב באיסור אחר יתר על המעילה ובכהת"כ אין שלד"ע אלא במעילה לבדה שלא יתערב עמה איסור אחר עכ"ל. המל"מ מביא ראייה אף מהלכה זו לדיוקו בהלכות גניבה דבין במעילה ובין בדו"ה שליחות חלה רק במקום שיש איסור מעילה לבדו ואיסור גניבה לבדו, ואילו במקום שמתערב עמהם גם איסור אחר אמרינן אין שליח לדבר עבירה לכל דבר גם במעילה וגם בדו"ה.

ולפי המהלך של הגר"מ זצ"ל י"ל דכשמתערב איסור שני בשליחות הסברא נותנת שדין המעילה שונה מדין דו"ה. דהיינו דבמעילה שהמעילה של השני מצטרפת לראשון בלי חלות דין של שליחות דעלמא, מסתבר שאין איסור אחר מעלה או מוריד כלל ובכל אופן המשלח חייב. ואילו בדו"ה המחייב הוא מדין שליחות דעלמא, וי"ל שעבירה אחרת מפקיעה גם את השליחות למכירה ופטור מדו"ה.

ולפי הביאור שביארנו בשיטת הרמב"ם דרק במעילה חל דין שליחות דעלמא בעיברה לעומת דין דו"ה דהוי דין בחיוב דעלמא בלי חלות שליחות, י"ל להיפך מהגר"מ זצ"ל. דהיינו דבמעילה יש חלות שליחות וא"כ צריך "שלא יתערב עמה איסור אחר". אמנם בדו"ה דהוי חלות צירוף דעלמא בנוגע לחיובים ולא חלות שליחות, אזי העירוב דאיסורים אחרים אינו מעלה ואינו מוריד ואפשר לחייב את המשלח אפי' אם השליחות היתה לשחוט בשבת.

ונראה דיש להוכיח מדברי התוס' דסברי שהדין דיש שליח לדבר עבירה במעילה קאי על חיובי המעילה ולא על מעשה העבירה דמעילה עצמה. דהרי התוס' (מב: ד"ה אמאי) נקטו שהציור של יש שליח לדבר עבירה במעילה צ"ל בשוגג וז"ל תימה הא ע"כ מיירי בשוגג דאי במזיד ליכא מעילה דאין מעילה במזיד עכ"ל. ולכאורה יש להקשות על התוס' דהרי אע"פ דאין דיני מעילה במזיד מ"מ מעילה במזיד הוי לאו דאורייתא כדמבואר מדברי הרמב"ם (פרק א מהלכות מעילה הל"ג) וז"ל כל המועל בזדון לוקה ומשלם מה שפגם מן הקדש בראשו, ואזהרה של מעילה מזה שנאמר לא תוכל לאכול בשעריך מעשר דגנך וגו' ונדריך, מפי השמועה למדו שזו אזהרה לאוכל מבשר עולה הואיל וכולו לשם והוא הדין לשאר כל קדש שהוא להשם לבדו, בין מקדשי המזבח בין מקדשי בדק הבית אם נהנה בהן שוה פרוטה לוקה, מעל בשגגה משלם מה שנהנה ותוספת חומש, ומביא איל בשני סלעים ומקריבו אשם ומתכפר לו וזהו הנקרא אשם מעילות וכו' עכ"ל. וא"כ התוס' היו יכולים לאוקים את ההיכי תמצי דשליח לדבר עבירה במעילה במזיד, וחלות שליחות לדבר עבירה קאי על האיסור לאו וחיוב הקרן דבמזיד. ולמה הוכרחו התוס' לאוקים את המשנה בשוגג. אלא מוכח מזה דהתוס' סברי דהדין דשליחות לדבר עבירה במעילה קאי על חיובי מעילה ולא על האיסור לאו. והתשלומין דקרן וחומש במעילה בשוגג הוי בתורת כפרה על מעילה וחיוב התשלומין בשוגג הוי חלות חיובי מעילה דחלין למשלח, משא"כ הלאו והמלקות במזיד דתלויים במעשה עבירה עצמה דשייך לשליח לבדו.

ולפי"ז יתכן דיש צד השוה לעבירות דהוו יוצאים מן הכלל ושיש להם שליחות לדבר עבירה. דהיינו, דכשאמרינן דיש שליח לדבר עבירה במעילה, בשליחות יד, ובטביחה ומכירה, זה הוי שליחות בנוגע לחלות החיובים ולא למעשה עצמו שעשה השליח. וא"כ יש לבאר עוד דהטעם דחלה שליחות לדבר עבירה בג' העבירות האלו הוא מפני דלא צריך הדין דשלוחו של אדם כמותו וחלות שליחות בעלמא כדי לחייב את המשלח. אלא דבנוגע לג' הדינים האלו צריך רק דין צירוף בעלמא כדי שהחיובים יחולו למשלח.

אמנם בעבירות אחרות אין דין כזה חל וצריך שליחות למעשה העבירה עצמו, וזה בלתי אפשרי משום דאין שליח לדבר עבירה.

ב

האם חלה השליחות בדבר עבירה

בסוגייתנו הגמ' קובעת דכשאדם שולח חבירו לעשות מעשה עבירה בעדו, המשלח פטור מדין אין שליח לדבר עבירה. אבל יש לעיין האם עצם השליחות חלה והדין דאשלד"ע הוי רק פטור עונש, או"ד כל חלות השליחות כולה מתבטלת וליכא חלות שליחות כלל. ונראה דבזה נחלקו ב' התירוצים בתוס' בב"מ (י: ד"ה דאמר ליה). דאיתא שם דנחלקו האמוראים האם אמרינן חצר משום ידה איתרבאי או חצר משום שליחות איתרבאי. והגמ' הביאה ראיה דחצר משום יד מהדין דחצר מועילה לגניבה וז"ל מי איכא מאן דאמר חצר משום שליחות איתרבאי, והתניא בידו אין לי אלא ידו, גגו חצירו וקרפיפו מנין, תלמוד לומר המצא תמצא מכל מקום, ואי סלקא דעתך חצר משום שליחות איתרבאי אם כן מצינו שליח לדבר עבירה וקיימא לן אין שליח לדבר עבירה, אמר רבינא היכא אמרינן דאין שליח לדבר עבירה היכא דשליח בר חיובא הוא אבל בחצר דלאו בר חיובא הוא מיחייב שולחו וכו' רב סמא אמר היכא אמרינן אין שליח לדבר עבירה היכא דאי בעי עביד ואי בעי לא עביד, אבל חצר דבעל כרחיה מותיב בה מיחייב שולחו עכ"ל.

ונמצא, דיש ב' טעמים למה הכלל דאין שליח לדבר עבירה אינו שייך לחצר: או משום דחצר אינו בר חיובא או משום דאין לחצר בחירה. והגמ' הביאה דיש נ"מ בין הטעמים היכא דהשליח אינו בר חיובא אבל יש לו הכח לבחור אם לעשות את המעשה או לא, וז"ל מאי בינייהו איכא בינייהו כהן דאמר ליה לישראל צא וקדש לי אשה גרושה, אי נמי איש דאמר לה לאשה אקפי לי קטן, להך לישנא דאמר כל היכא דאי בעי עביד אי בעי לא עביד לא מיחייב שולחו, הכא נמי אי בעי עביד אי בעי לא עביד לא מיחייב שולחן, להך לישנא דאמרת כל היכא דשליח לאו בר חיובא מיחייב שולחו, הני נמי כיון דלאו בני חיובא נינהו מיחייב שולחן עכ"ל.

ועיי"ש בתוס' (ד"ה דאמר) דהקשו על הנ"מ הראשון דהיכא דהשליח ישראל קידש גרושה בעד הכהן אפי' אם אמרינן יש שליח לדבר עבירה עדיין הכהן אינו לוקה מלקות עד דבעל, וז"ל וא"ת מאי נ"מ בין למ"ד אי בעי עביד ובין למ"ד שליח בר חיובא לא לקי על הקדושין לרבא דאמר בעשרה יוחסין (קדושין עח.) קידש אינו לוקה בעל לוקה וי"ל

דכי בעל אח"כ לוקה אף על הקדושין כדמוכח בריש תמורה (ה. ושם) א"נ י"ל דאף לרבא נפקא מינה דאי יש שליחות חלין הקדושין ואי אין שליחות אין חלין הקדושין עכ"ל.

ונראה דב' התירוצים דתוס' נחלקו בהבנת הדין דאין שליח לדבר עבירה. דהתירוץ השני דתוס' סבור דאם אמרינן אשלד"ע, אזי כל השליחות מתבטלת ואין הקידושין חלין כלל. ומשמע דבתירוצם הראשון נקטו התוס' דגם אם אמרינן אשלד"ע עדיין השליחות חלה לגבי חלות הקידושין, וכל הדין דאשלד"ע חל רק לגבי החיוב דהמשלח במעשה העבירה.

וכמו"כ נחלקו האחרונים בנידון להלכה. דהנודע ביהודה (מהדו"ק אה"ע סימן עה) פסק דהיכא דשליח של הבעל גירש את האשה בע"כ דלא חלה הגירושין כי אחרי חרם דרבינו גרשום אסור לגרש אשה בע"כ והדין דאשלד"ע מבטל את השליחות. וזה כתירוץ השני דהתוס' בב"מ לפי הביאור שלנו.[1095] אבל הגר"ח זצ"ל נקט דלהלכה אינו כן, אלא דאע"פ דאסור לגרש אשה בע"כ, מ"מ הגירושין עצמן חלין ע"י השליח.

ונמצא דנחלקו הנוב"י והגר"ח זצ"ל בגדר הדין דאשלד"ע. דלפי הנוב"י דין הוא בהלכות שליחות, דהיינו דאין חלות שליחות כלל לדבר עבירה. אבל לפי הגר"ח זצ"ל בעצם גם לדבר עבירה חלה חלות שליחות, אלא דיש דין דאדם אחד אינו יכול להיות חייב על מעשה העבירה דשני.

אמנם לכאורה קשה להבין שיטת הגר"ח זצ"ל. דהרי כבר ביארנו דבעינן חלות דין בעלים כדי למנות שליח כדמבואר בתוס' (כתובות עד. ד"ה תנאי) ולכן רק מי שיכול להתנות תנאי גם יכול למנות שליח.[1096] ולפי"ז צ"ע בדברי הגר"ח זצ"ל דיש חלות שליחות לגבי מעשה עבירה, אלא דיש דין דאדם אחד אינו יכול להתחייב על מעשה עבירה דאדם שני, דכי יש לאדם בעלות על מעשה העבירה כדי למנות שליח. ובשלמא לפי בית שמאי היה אפשר לתרץ דכל זה כלול בחידוש הקרא דיש שליח לדבר עבירה. אבל לפי"ד הגר"ח זצ"ל אפי' לפי בית הלל דאין לימוד מיוחד וס"ל דאשלד"ע, עדיין חלה חלות שליחות בדבר עבירה לגבי המעשה עצמה, וכל הדין דאין שליח לדבר עבירה הוא דאין העבירה מתייחסת למשלח לגבי עונשים. וא"כ קשה להבין היאך חלה השליחות בדבר עבירה מכיון דאין למשלח בעלות על העבירה, וצ"ע.[1097]

[1095] אבל עיי"ש בדברי הנוב"י דנקט דאפי' התירוץ הראשון דהתוס' סבור דאשלד"ע מבטל את כל השליחות.

[1096] עיין בשיעורים לעיל (מא. ד"ה מה לגירושין).

[1097] ואולי י"ל דבעבירה דעלמא כגון לאכול חזיר פשיטא שאין בעלות למנות שליח. אך שאני קידושין וגירושין שיש חלות בעלים למנות שליח לחלות הקידושין והגירושין, ובכן י"ל דהוי נמי בעלים למנות שליח על העבירה החלה עם הקידושין והגירושין.

אמנם אם ננקוט כמו דביארנו לעיל (סוף אות א') דשליחות לדבר עבירה במעילה, שליחות יד, וטביחה ומכירה אינה חלות שליחות של שלוחו של אדם כמותו אלא דין מסוים של צירוף, אזי לא קשיא הא דחלות המחודשת הזאת שייכת בעבירות. והקושי היא רק לפי שיטות הגר"ח זצ"ל שנקט דצריך חלות בעלים כדי למנות שליח וגם דשליח לדבר עבירה הוי חלות שליחות של שלוחו של אדם כמותו.[1098])

ג

הוכחת הגר"ח זצ"ל ודין חשו"ק היכא דיש שליח לדבר עבירה

והגר"ח הביא ראיה ליסוד הנ"ל בגדר הדין דאין שליח לדבר עבירה מהשו"ט בסוגיא דידן. דהגמ' הקשה על הכלל דאשלד"ע ממעילה, וז"ל והדתניא שליח שלא עשה שליחותו שליח מעל, עשה שליחותו בעל הבית מעל, כי עשה שליחותו דבעל הבית בעל הבית מיהא מעל אמאי נימא אין שליח לדבר עבירה, שאני מעילה דילפא חטא חטא מתרומה עכ"ל. ולכאורה קשה, דפשיטא דיש לחלק בין מעילה לשאר עבירות ולומר דיש גזה"כ מיוחדת לגבי מעילה, דהרי במעילה המשלח חייב אפי' אם שלח חשו"ק דלאו בני שליחות נינהו כדאיתא בגמ' מעילה (כא.). וא"כ מוכח מזה דמעילה הוי חלות דין שונה משליחות דעלמא, וא"כ היאך הגמ' הקשה סתירה בין הדין דשליחות במעילה לבין הכלל דאשלד"ע.

ותירץ הגר"ח זצ"ל דמוכח מזה כיסוד הנ"ל, דאשלד"ע אינו דין בשליחות עצמה אלא דהוי דין כללי בהלכות עבירה. דהיינו, דהגמ' הבינה את הכלל דאשלד"ע כיסוד דכל היכא דאדם אחד עושה את מעשה העבירה אין השני יכול להתחייב. ולפי"ז אע"פ דהגמ' ידעה דאין באמת חלות של שליחות במעילה, מ"מ הגמ' הקשה דעדיין הכלל דאשלד"ע שייך למעילה, דהרי לעולם אין אדם אחד יכול להתחייב על עבירת השני. ואז הגמ' תירצה דיש גזה"כ מיוחדת הנלמדת מתרומה דבעל הבית יכול להיות חייב במעילה על מעשה דאחר.

אמנם לכאורה יתכן לתרץ את קושיית הגר"ח זצ"ל באופן אחר, דבאמת הדין דאשל"ע חל כמפקיע של חלות שליחות, כלשון הדין דאין "שליח" לדבר עבירה, ולא כדין כללי בהלכות עבירה. אלא, דבאמת שפיר ניתן לומר דיש חלות של שליחות במעילה אע"פ דמהני שליח חשו"ק דבדרך כלל אינם בני שליחות. דהרי י"ל דהמיעוט דחשו"ק מחלות שליחות הוא רק בנוגע לשליחות דעלמא, אבל לא מצינו דיש מיעוט בשליחות

[1098] וי"ל לפי הגר"ח זצ"ל דאינו בעלים על העבירה עצמה וע"ז ליכא שליחות כלל, אך על הגירושין הוי בעלים דאכן חלה בזה שליחות לגירושין.

לדבר עבירה, היכא דחל שליחות לדבר עבירה. וא"כ הגמ' הבינה דיש חלות שליחות במעילה ושפיר הקשה מהדין דאשלד"ע. וזה הוי כשיטת הנתיבות (ריש סימן קפב) דנקט דכל היכא דיש שליח לדבר עבירה לא חלין דיני שליחות דעלמא וגם חשו"ק מועיל להיות שליח וז"ל ועל כרחך צ"ל דבשליח לדבר עבירה טעמא אחרינא איכא, דנחזי אנן במעילה וטביחה ומכירה ושליחות יד דרבי בהו רחמנא שליחות לדבר עבירה (מב: ומג.), דחייב אפילו עשאו ע"י קטן כמבואר במעילה (כא.), ועל כרחך צ"ל הטעם, דכיון דבהנך דנתרבה בהו שליחות לדבר עבירה לאו מאתם גם אתם (במדבר פרק יח פסוק כח) ילפינן אלא מקראי אחרינא דכתיבא בהו, ממילא לא צריכין בהו שיהיה השליח דומיא דמשלח, דהנך דוקא דילפינן שליחות דידהו מתרומה (ראה קידושין מא:) בעינן שיהיה השליח דומיא דמשלח מקרא דאתם גם אתם, משא"כ במעילה ואידך עכ"ל. ולפי"ז אין להוכיח כשיטת הגר"ח זצ"ל דהכלל דאשלד"ע הוי דין כללי בהלכות מעשה עבירה ולא דין פרטי בחלות שליחות.

אמנם הגר"ח זצ"ל עצמו חלק על הנתיבות, ונקט דשפיר חלין כל דיני שליחות היכא דיש שליח לדבר עבירה. דבעצם אין חילוק לגבי חלות השליחות עצמה בין לדבר עבירה ובין לכל דבר אחר דעלמא, והדין דאשלד"ע חל רק לגבי חלות החיוב עבור העבירה עצמה. אבל חלות דין השליחות (כמו חלות הגירושין היכא דנעשית בע"כ) שפיר חלה למשלח מדין שליחות דעלמא. ולכן השליחות חלה רק אם השליח הוי בר שליחות אבל אם אדם שלח חשו"ק לגרש את אשתו בע"כ אזי אין כאן חלות שליחות והגירושין אינן חלין. והגר"ח זצ"ל נקט דלפי ב"ש דיש שליח לדבר עבירה דעלמא, ואף לפי שיטתנו דיש שליח לדבר עבירה בשליחות יד ובטביחה ומכירה היינו רק אם השליח הוי בר שליחות ולא חשו"ק. והיוצא מן הכלל הזה הוי מעילה דהמשלח חייב בה אפי' אם שלח חשו"ק. והביאור בזה הוא דיש דין מיוחד דהמשלח חייב במעילה אפי' בלי חלות דין שליחות, לעומת כל שליחות לדבר עבירה אחרת דהוי חלות דין של שליחות דעלמא.[1099]

ונראה דכבר נחלקו הראשונים בגדרי חשו"ק בשליחות לדבר עבירה. דבהמשך הגמ' בב"מ שם (י:) הגמ' תירצה דחצר יכול להיות שליח לדבר עבירה מכיון דאינו בר חיובא, וז"ל אמר רבינא היכא אמרינן דאין שליח לדבר עבירה היכא דשליח בר חיובא הוא, אבל בחצר דלאו בר חיובא הוא מיחייב שולחו עכ"ל. ואז הגמ' הקשה מאשה ועבד בגניבה, וז"ל אלא מעתה האומר לאשה ועבד צאו גנבו לי דלאו בני חיובא נינהו הכי

[1099] לכאורה שיטת הגר"ח זצ"ל בזה הוי הפוך ממה שביאר רבינו זצ"ל ברמב"ם (פרק ז מהלכות מעילה הל"א-ב) דרק שליחות לדבר עבירה במעילה הוי חלות שליחות לעומת שליחות יד וטו"מ דהמשלח חייב בעד החלות רשעה במעשה השליח.

נמי דמיחייב שולחן, אמרת אשה ועבד בני חיובא נינהו, והשתא מיהא לית להו לשלומי דתנן נתגרשה האשה נשתחרר העבד חייבין לשלם עכ"ל. והתוס' (ד"ה אשה ועבד) הקשו דהיאך הגמ' סברה, אפי כהו"א, דכל היכא דהשליח אינו בר חיובא דיש שליחות לדבר עבירה והרי המשנה בב"ק (נט:) קובעת דהשולח את הבערה ביד חשו"ק דהמשלח פטור. והתוס' תירצו וז"ל וי"ל דהתם משום דלאו בני שליחות נינהו עכ"ל. כלומר, דהמשלח פטור בנזקין מדין אין שליחות לחשו"ק ולא מדין אין שליח לדבר עבירה. ונמצא, דלפי התוס' אפי' בשליחות לדבר עבירה חל המיעוט דאין שליחות לחשו"ק.

אבל הריטב"א (שטמ"ק שם ד"ה דהתם שאני) תירץ את קושיית התוס' באופן אחר, וז"ל דהתם שאני שלא אמר להזיק אלא שנתן בעירה ברשותם וכו' שאין השולח עושה אלא גרמא בעלמא עכ"ל. דהיינו, דהשולח בערה ביד חשו"ק פטור בגלל דלא מינה אותם כשליח להזיק אלא נתן האש בידם ורק הוי גרמא בעלמא. ומזה דהריטב"א נמנע מלתרץ כתוס' משמע דאם המשלח היה שולח החשו"ק להזיק דהיה חל הדין שליחות אע"פ דאיירי בחשו"ק. ויוצא מזה דהריטב"א נקט דהמיעוט דחשו"ק משליחות אינו חל בשליחות לדבר עבירה, כמו התירוץ השני שכתבנו לעיל.[1100]

וכמו דמצינו דיש שליח לדבר עבירה בחשו"ק לפי הריטב"א, כמו"כ לכאורה יש היכי תמצי של שליחות לדבר עבירה בנכרי אע"פ דאינו בר שליחות. דהרי בנוגע לאיסור הקפת הראש נחלקו בגמ' (נזיר נז:) בדין גדול המקיף את הקטן וז"ל אמר רב הונא המקיף את הקטן הרי הוא חייב וכו' ורב אדא בר אהבה סבר אחד המקיף ואחד הניקף במשמע, ואיתקש מקיף לניקף, כל היכא דניקף מיחייב מקיף נמי מיחייב, והאי קטן הואיל והוא גופיה לאו בר עונשין הוא דמיחייב, מקיף נמי לא מיחייב עכ"ל. הרי רב אדא בר אהבה סבור דגדול דמקיף את הקטן פטור. אמנם התוס' בשבועות (ג. ד"ה ועל) חידשו דלפי רב אדא בר אהבה אם הניקף הוי גדול ומבקש מקטן או מגוי להקיף אותו אזי הגדול חייב וז"ל ועוד נראה דאפי' רב אדא מחייב היכא דניקף בר חיובא אע"ג דמקיף לאו בר חיובא ולא פטר אלא היכא דניקף לאו בר חיובא הוא מדלא קאמר איש דאמר לקטן או לנכרי אקיף לי גדול עכ"ל. ולכאורה הביאור הוא דחיוב האיש שצוה לנכרי להקיף גדול הוא מדין שלוחו של אדם כמותו כיון דהוא מינה את המקיף לעשות את המעשה. וכאן, מינה את הגוי או את הקטן להיות שלוחו בהקפה ושליחות לדבר עבירה באיסור הקפה חל מפני דלאו בני חיובא הם, ואפי' בנכרי. וכך הבין בנתיה"מ (סימן קפב סק"א) את דברי

[1100] והשווה לדברי הנתיבות (סימן קפב סק"א) המובאים לעיל בשיעורים.

התוס'. ומבואר מזה חידוש אפי' יותר גדול מהריטב"א, דהיינו דיש חלות דין שליחות לעבירה בנכרי.

אמנם לפי"ז יש להקשות דאם אמרינן באיסור הקפה דיש שליח לדבר עבירה אפי' בנכרי, א"כ היה ראוי דכל אמירה לנכרי בכהת"כ הוי איסור דאורייתא למשלח מדין שליח לדבר עבירה, ולמה אמרינן דאמירה לנכרי הוי איסור דרבנן בעלמא. ונראה דאפי' אם שליח לדבר עבירה חלה באנשים דאינם בני שליחות כמו חשו"ק, מ"מ צ"ל דהשליחות חלה רק אם המעשה דהשליח עושה הוי חלות שם מעשה עבירה. ובשלמא בחשו"ק, מכיון שהם בני ישראל יש חלות שם מעשה עבירה כשהם עושים מעשה עבירה ואפשר לומר דחל שליחות לדבר עבירה. אמנם נכרי אינו שייך בכלל למצוות ועבירות ואין למעשיו חלות שם מעשה עבירה ולכן הוא מופקע מלהיות שליח לדבר עבירה. והיוצא מן הכלל הזה הוא הקפה, דאע"פ דהמקיף הוי נכרי דמופקע לגמרי מאיסור הקפה, מ"מ מכיון דיש צירוף במעשה העבירה בין המקיף והניקף לרב אדא בר אהבה, אזי מעשה ההקפה נחשב כמעשה עבירה אפי' לנכרי המקיף מכיון דהוי עבירה לניקף והשליחות חלה, והניקף והמשלח איפוא חייבים על הקפת הנכרי ודו"ק.[1101]

ד

שליחות לדבר עבירה בחצר

ולכאורה יש להביא ראיה לשיטת הגר"ח זצ"ל דהדין דאשלד"ע הוי דין דעלמא דעבירה דאיש אחד אינה מחייבת איש אחר ולא הוי דין מסויים בהלכות שליחות, מקושיית הגמ' בב"מ מהדין דאשלד"ע לשליחות בחצר (הובא לעיל אות ג). דהרי לכאורה פשיטא דאפי' למ"ד חצר משום שליחות דאין בחצר חלות דין שליחות ממש דהרי החצר אינו בר דעת כדי להיות מנוי כשליח. אלא דהמ"ד חצר משום יד איתרבאי נקט דקנין חצר הוי כאילו האדם עצמו עשה את עצם מעשה הקנין. ולמ"ד חצר משום שליחות איתרבאי סובר דהקנין חל ממילא ע"י החצר ודומה לקנין דחל על ידי שליח.[1102] וא"כ היאך הגמ' הקשה מהכלל דאשלד"ע דחל בשליחות דעלמא לקנין חצר המהווה חלות אחרת לגמרי.

אמנם לפי"ד הגר"ח זצ"ל הגמ' מבוארת. דהגמ' נקטה את הדין דאשלד"ע כדין בעלמא דאין אדם אחד יכול להתחייב על מעשה עבירה דאדם אחר. ולכן הגמ' הקשה דכמו דבשליחות דעלמא אע"פ דהשליחות חלה מ"מ המשלח פטור על העבירה משום

[1101] ועיין ברשימות שיעורים ליבמות (ה. בענין הקפת הראש) דרבינו זצ"ל האריך ביסוד האיסור דהמקיף לפי השיטות בגמ' ובראשונים.

[1102] והשווה לדברי רבינו זצ"ל המובאים לעיל (ט. בקונטרס בענין עדי חתימה כרתי או עדי מסירה כרתי אות יב ובהערות שם). וע"ע ברשימות שיעורים לב"מ (כו. תוד"ה דשתיך).

דהמשלח עצמו לא עשה את עצם המעשה, דה"ה צ"ל בחצר דהוי חלות קנין ממילא דחל ע"י דבר אחר אזי גם ראוי שם דהגנב יהא פטור מחיובי גניבה משום דהוא לא עשה את מעשה העבירה.

ולפי"ז גם אפשר להבין את תירוצי הגמ'. דרבינא נקט דאמרינן אשלד"ע רק היכא דהשליח הוי בר חיובא. והביאור בזה הוא דגדר הדין דאשלד"ע הוי דאין אדם מתחייב על עבירה דאחר. והוא מחמת דהחטא כבר מתייחס לשליח דעשה את העבירה. ומכיון דהחטא כבר חל כלפי השליח דבפועל עשה את מעשה העבירה, הריהי אינה מחייבת את המשלח ואע"פ דהשליחות עצמה חלה. וא"כ מובן דהפטור דאשלד"ע חל רק היכא דהמעשה הוי חטא גם כלפי השליח, אבל אם השליח הוי בר ישראל דמקדש גרושה, או דהקנין גניבה חל ע"י חצר דאינו בר חיובא, אזי החטא אינו חל לשליח או לחצר אלא חל למשלח.

וגם ניתן לבאר בדרך זו את החילוק השני שבגמ' המחלקת בין שליח דהוי בעל בחירה לבין חצר. דהיינו, דהחטא מתייחס לשליח ולא למשלח היכא דהשליח בחר בקו"ע לעשות את מעשה העבירה. אבל בחצר דלא פעלה מדעת ובקו"ע, אין מעשה העבירה חלה לגביו אלא לגבי האדם דקנה וגזל ע"י החצר.

ה

מכירה וטביחה ע"י אחר

לכאורה יש להביא עוד ראיה ליסוד הגר"ח זצ"ל דהא דאין שליח לדבר עבירה הוי דין כללי בזה חוטא וזה מתחייב, מדברי רש"י בנוגע לשליחות בטביחה ומכירה. דאיתא בגמ' וז"ל טביחה ומכירה מאי היא, אמר קרא וטבחו או מכרו, מה מכירה ע"י אחר אף טביחה על ידי אחר עכ"ל. ורש"י (ד"ה מה מכירה) ביאר וז"למה מכירה - אינה מתקיימת אלא ע"י אחר הגנב מוכר והלוקח לוקח עכ"ל.[1103]

ולכאורה צ"ע בפירוש רש"י, דהרי מהו הדמיון בין מעשה הלוקח במכירה לבין מעשה השליח בטביחה. הרי הלוקח אינו שליח של המוכר כלל ואין לדמותו לשליח שטבח. ועוד הרי במקח וממכר המוכר עצמו השתתף במכירה כי הוא הקנה את הגניבה ללוקח ולפיכך בדין הוא שיתחייב, משא"כ בגנב שמינה שליח לטבוח דאז הגנב עצמו לא השתתף כלל במעשה הטביחה וא"כ בדין הוא שלא יתחייב, כי אין שליח לדבר עבירה. ורש"י לכאורה רמז לקושיות האלו דהרי כתב דיש חידוש יותר גדול בטביחה ע"י אחר ממכירה ע"י אחר וז"ל אפילו טבחה שליח נתחייב הגנב בתשלומי ד' וה' עכ"ל. הרי

[1103] וכן פירש רש"י בב"ק (עא. ד"ה אין מכירה).

רש"י הבין את דברי הגמ' ד"אף טביחה" במובן ש"אפילו" בטביחה, ולכאורה החידוש הנוסף בטביחה על מכירה הוא מפני שמכירה ע"י אחר הוי מעשה מכירה בעלמא ולא שליחות ממש כמו טביחה. אמנם אם באמת רש"י רמז דמכירה ע"י אחר הוי דין שונה לגמרי מטביחה ע"י אחר אזי קשה להבין את דרשת הגמ'. היאך אפשר ללמוד ממכירה ע"י אחר (לוקח) לטביחה ע"י אחר (שליח).

ונראה לבאר ע"פ היסוד של הגר"ח זצ"ל שהחסרון בשליחות לדבר עבירה אינו חסרון בחלות השליחות עבור המעשה אלא דהוא דין כללי דאדם אחד אינו יכול להתחייב על עבירת חבירו. ומשום כך הגמרא דימתה מכירה לטביחה, שכמו שהמוכר אחראי ונענש בעד מעשה הלוקח, ה"ה המשלח אחראי ונענש בעד טביחת שלוחו. ברם לכאורה עדיין יש להקשות על הלימוד ממכירה לטביחה, שהרי יש לדחות שבמכירה הגנב חייב בדו"ה כי השתתף בעצמו בעצם המכירה בתורת מקנה משא"כ בשליחות לטביחה שהגנב לא השתתף בעצמו במעשה הטביחה, וא"כ צ"ע היאך למדים טביחה ממכירה.

ונראה שרש"י סובר שהמחייב דדו"ה במכירה הוא מעשה המכירה עצמו, דהיינו מעשה הקנין שעשה הלוקח ולא הקנאת הגנב שמכר את הגניבה. והחידוש במכירה הוא שמעשה הקנין של הלוקח מחייב את הגנב. ורש"י מפרש את הסברא "מפני ששנה בחטא" (ב"ק סח.) דר"ל שהמחייב של דו"ה הוא העבירה של הגניבה השניה. והעבירה הזאת נעשית ע"י מעשה הקנין שעשה הלוקח. ויוצא שמעשה המכירה של הלוקח מצטרף לגנב ומחייב אותו, וא"כ ה"ה בשליח לטביחה י"ל שהגנב חייב בעונש של דו"ה בשביל מעשה העבירה שעשה השליח, ואין הגנב פטור מטעם אשלד"ע שהרי בדו"ה אמרינן שהגנב חייב מחמת החטא של אדם אחר.[1104]

ויש להעיר דתוס' ר"י הזקן חולק על רש"י בביאור הגמ' ופירש וז"ל טביחה ומכירה – שאם הגנב צוה לשוחטו או למכרו נתחייב בארבעה וחמשה עכ"ל. ומבואר מדבריו שגם מכירה ע"י אחר ר"ל בשליחות. וכן משמע מדברי הרמב"ם (פרק ב מהלכות גניבה הל"י) וז"ל גנב ונתן לאחר במתנה או שנתן לאחר לטבוח וטבח או שנתן לאחר למכור לו ומכר האחר, גנב והקיף, גנב והחליף, גנב ופרע בהקיפו, או ששלחו סבלונות לבית חמיו, משלם תשלומי ארבעה וחמשה עכ"ל.

ו

אשלד"ע בשוגג

[1104] וע"ע בכל זה ברשימות שיעורים לב"ק (עא. ד"ה וכי זה חוטא וזה מתחייב).

נחלקו הראשונים האם אמרינן אשלד"ע היכא דשגג השליח. דהתוס' נקטו (מב: ד"ה אמאי מעל) דיש שליח לדבר עבירה אם השליח עשה את העבירה בשוגג מכיון דלא שייך הסברא דדברי הרב ודברי התלמיד. ואילו הריטב"א (מב: ד"ה שאני התם) חולק על התוס' וסבור דאפי' היכא דלא שייך הסברא דדברי הרב עדיין יש דין דאורייתא דאין שליח לדבר עבירה, וז"ל שאני התם דאין שליח לדבר עבירה דאמרינן דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, פירוש טעמא קאמרינן שהוא כן על הרוב, מיהו דינא דאורייתא הוא כדלקמן ואפילו היכא דליתיה להאי טעמא כגון שהוא שוגג וכיוצא בזה עכ"ל.

והתוס' הביאו ראיה לשיטתם מהמשנה בב"ק (עט.) וז"ל גנב ברשות הבעלים וטבח ומכר חוץ מרשותם וכו' משלם תשלומי ארבעה וחמשה, וכו' נתנו לבכורות בנו או לבעל חוב, לשומר חנם, לשואל, לנושא שכר ולשוכר, והיה מושכו ומת ברשות הבעלים פטור, הגביהו או שהוציאו מרשות הבעלים ומת חייב עכ"ל. התוס' הבינו דהמשנה איירי בגנב דשלח כהן לגנוב בהמה לפדיון הבן, והדין הוא דאם הכהן הוציא הבהמה מרשות הבעלים דהגנב חייב. והתוס' בב"ק (ד"ה נתנו) הקשו דהיאך המשלח יכול להיות חייב אם פסקינן דאין שליח לדבר עבירה. ותירצו דיש לחלק בין היכא דהשליח היה שוגג לבין היכא דהוא ידע מהעבירה, וז"ל וי"ל דהנהו לא ידעי דאתי לידיה באיסורא אלא סבורין שהיה שלו ובין ללישנא דמפרש בפ"ק דבבא מציעא (דף י: ושם) טעמא דאין שליח לדבר עבירה משום דשליח בר חיובא הוא ודברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ובין ללישנא דאי בעי עביד אי בעי לא עביד אין שייך לכאן דהתם אין יודע שהשליח יעבור אבל כאן יודע הוא שיקח מאחר שהוא סבור שהוא שלו עכ"ל. והתוס' גם הביאו ראיה מזה דיש שליח לדבר עבירה בשוגג לגבי גניבה, דכמו"כ יש שליח לדבר עבירה בשוגג בכל מקום אחר.

ולכאורה לפי מה דביארנו לעיל בסוגיא דב"מ יש לחלק בין גניבה בשוגג לבין מעילה ועבירות אחרות בשוגג. דביארנו דיסוד החילוקים בסוגיא בב"מ בין בר חיובא לבין אינו בר חיובא ובין שליח דיש לו בחירה לבין חצר, הוא האם חלות העבירה מתייחסת לשליח ולכן אינה מחייבת את המשלח. וא"כ יתכן לחלק לגבי עבירה בשוגג בין גניבה לבין עבירות אחרות, כלומר די"ל דדיוק התוס' מהמשנה בב"ק דיש שליח לדבר עבירה בשוגג הוא דין מיוחד דחל בגניבה. די"ל דבגנינה בשוגג החטא מתייחס למשלח כי יש דין מיוחד בגניבה דאין חלות מעשה עבירה בשוגג. דהרי כל יסוד דאיסור גניבה הוא כוונה לקחת ממון של אחר ואם השליח אינו יודע דהוא גונב אזי אין למעשיו חלות שם

מעשה עבירה של גניבה. וא"כ האיסור וחיובי הגניבה אינם מתייחסים לשליח ושפיר משתייכים למשלח דידע דהוא מינה את השליח לגנוב.

ויש להעיר דמה שנתבאר דאין מעשה עבירה בגניבה בשוגג הוא רק בנוגע לאיסור הגניבה. אבל לכאורה ניתן לחלק בין מעשה העבירה דגניבה לבין קנייני וחיובי הגניבה ולומר דאע"פ דבשוגג אין מעשה עבירה דגניבה אבל עדיין חל על הגנב בשוגג חיובי וקנייני גניבה. דיתכן דרק האיסור דגניבה תלוי בכוונת הגברא לקחת ממון שאינו שלו, אבל החיובים והקניינים דגניבה אינם תלויים בכוונת הגנב אלא רק במציאות דגניבה ובזה דהגנב עשה מעשה קנין בממון שאינו שלו. ויש להביא ראייה דיש לחלק בין האיסור דגניבה לבין שאר דיני גניבה משואל שלא מדעת, דפשיטא דעבר על איסור גזילה ואעפ"כ יש מחלוקת בגמ' האם חלין בו חיובי וקנייני גזילה. וכמו"כ יש לחלק להיפך לגבי גניבה בשוגג דנהי דלא עבר על איסור גניבה אך מ"מ חלין עליו חיובי וקנייני גניבה.[1105]

מאידך במעילה ובעבירות אחרות אכן יש חלות שם מעשה עבירה בשוגג. דהרי לגבי מעילה יש חיוב קרבן מעילה בשוגג, ומוכח דיש חלות שם מעשה עבירה דצריך כפרה. וא"כ י"ל דהעבירה בשוגג מתייחסת לשליח ואינה משתייכת למשלח. ולפי"ז שפיר ניתן לפרש את הסוגיא בב"ק לגבי גניבה כהתוס' אבל אין להביא ראיה מזה לנידון בסוגייתנו לגבי מעילה ולשאר עבירות בשוגג.

אמנם לכאורה קצת קשה לומר שיש חלות שם מעשה עבירה במעילה בשוגג ולא בגניבה בשוגג, דהרי כבר הבאנו לעיל דמעילה הוי דין גזל מהקדש, וא"כ היאך אפשר לחלק ביניהם בשוגג. וי"ל דבגניבה דעלמא הגדרת מעשה העבירה היא הוצאת ממון מרשות הבעלים ועוברים על האיסור רק אם יש כוונה להוציא מרשותם. אבל במעילה, אפי' אם הוי חלות דין גזל, א"א לומר דהגדרת האיסור הוי הוצאת ממון מרשות הבעלים דהרי הבעלים דהקדש הוי הקב"ה וכל היכא דאיתא בבי גזא דרחמנא איתא. אלא צ"ל דיסוד דמעילה אינה התוצאה, דהממון עכשיו אינו ברשות הבעלים, אלא רק מעשה המעילה עצמה.[1106] והיכא דיסוד האיסור הוי עצם המעשה מסתבר דיש חלות מעשה עבירה בשוגג בלי כוונה, דהרי סוף כל סוף הוא עשה את המעשה.

ז

שיטת התוס' באשלד"ע

[1105] והשווה לדברי הקצוה"ח (סימן כה סק"א) דאין תורת גזלן וגנב בשוגג כלל. וגם עיין במחנה אפרים (הלכות גזילה סימן ז) דהביא מדברי הריטב"א (כתובות לד: ד"ה כסבורין) דמשמע כדברי הקצוה"ח.

[1106] והשווה לדברי רבינו זצ"ל ברשימות שיעורים לשבועות נדרים (בענין מעילה אות ג' ד"ה ברם).

אמנם מהתוס' עצמם דהביאו ראיה משליחות בגניבה בשוגג לשליחות במעילה בשוגג, מוכרח דלא סבורים כנ"ל. אלא דתוס' סבורים דמעשה עבירה שפיר נתפסת בשליחות ומעיקר הדין המשלח לעולם ראוי להתחייב. וזה שייך בין במזיד ובין בשוגג דהרי גם בשוגג יש מעשה עבירה, אלא דהכלל דדברי הרב ודברי התלמיד וכו' חל ופוטר את המשלח. אבל כל היכא דהסברא הזאת אינה קיימת וכגון היכא דהשליח היה שוגג, אזי הפטור הזה אינו חל ושפיר חייב המשלח. וזה לא כפי הביאור הנ"ל בסוגיא דב"מ, דהרי ביארנו דאין שליח לדבר עבירה הוא מדין דאין עבירה נתפסת בשליחות היכא דהיא חלה על השליח. ולפי זה הכלל דדברי הרב ודברי התלמיד אינה באמת הסברא לאשלד"ע וכדברי הריטב"א הנ"ל (אות ג'). ואילו לפי התוס' באמת כל הדין דאשלד"ע מבוסס על הסברא דדברי הרב ודברי התלמיד.

וליתר ביאור, הסברא דדברי הרב ודברי התלמיד הוא דהמשלח יכול לומר דהוא לא חשב שהשליח באמת יעשה את מעשה העבירה כלשון התוס' בב"ק (עט. ד"ה נתנו) וז"ל אין יודע שהשליח יעבור עכ"ל. ונמצא דחסר במינוי השליחות. ויתכן דזה גם כוונת רש"י בסוגיא דידן (מב: ד"ה אין שליח) וז"ל אין שליח - חשוב שליח לדבר עבירה שיתחייב שולחו אלא הרי הוא כעושה מאיליו עכ"ל. הרי רש"י ביאר דהגדר דאין שליח לדבר עבירה הוא דאין צירוף בין מעשה השליח לבין המשלח, ואולי הביאור הוא כמו התוס' דיש חסרון במינוי השליחות.

ולפי"ז אפשר לבאר דברי התוס' בב"מ. דהבאנו לעיל דכשהגמ' רצתה למצוא היכי תמצא של שליח דאינו בר חיובא היא העלה היכי תמצי כגון כהן דאמר ליה לישראל צא וקדש לי אשה גרושה. והתוס' (ד"ה דאמר) הקשו, וז"ל וא"ת ואפי' אמר לכהן נמי וי"ל דכהן מקרי בר חיובא הואיל ואם מקדשה לעצמו חייב אבל ישראל אע"ג דעובר משום לפני עור לא תתן מכשול כשמקדשה לכהן כיון דאי מקדשה לעצמו לא מיחייב לא מקרי בר חיובא עכ"ל. ולכאורה קשה להבין את תירוצם, דלמה כהן אחר מקרי בר חיובא, הרי האיסור של כהן לגרושה הוי החלות קידושין דאינו שייך לכהן השליח דמקדשה לכהן אחר. וא"כ היאך כהן השליח מקרי בר חיובא אם הוא אינו עובר על האיסור כלל. ובאמת, מטעם זה הרמב"ן (ד"ה איכא ביניהו) חולק על התוס' ונקט דאפי' אם השליח הוי כהן עדיין הוא נקרא אינו בר חיובא, וז"ל וה"ה דהוה לן למימר כהן דאמר ליה לכהן אחר דהא ליכא עליה אזהרה בקדושין דאחרים דלא יקח כתיב עכ"ל.[1107]

[1107] אמנם י"ל אליבא דהתוס' דחל איסור על כהן לעשות מעשה קידושין עם גרושה ואע"פ שלא מקדשה לעצמו אלא לכהן אחר ולפי' מקרי בר חיובא והוא חידוש. וכמדומני שכן שמעתי פעם מרבינו זצ"ל.

אבל נראה דהתוס' אזלי לשיטתם. דלפי הרמב"ן הסברא דאין שליח לדבר עבירה הוי דהעבירה אינה שייכת למשלח כי היא כבר התייחסה לשליח ולכן לפי דעתו הגדר דבר חיובא תלוי באם השליח עובר על האיסור בעצמו. אבל לפי התוס' עצם העבירה ראויה להתייחס למשלח ע"י השליחות אלא דיש פוטר בפנ"ע מהסברא דדברי הרב ודברי התלמיד. וא"כ י"ל דלפי התוס' הגדר דבר חיובא אינו תלוי באם השליח עובר על העבירה עכשיו אלא באם בעלמא השליח מוזהר על האיסור הזה. דאם השליח מוזהר בעלמא, אזי שפיר ראוי דהוא יקפיד על האיסור הזה (אפי' כשאינו עובר על האיסור עכשיו) וחל הפוטר דדברי הרב ודברי התלמיד.[1108]

ועוד נראה לבאר ע"פ זה את שיטת התוס' בב"מ (י: ד"ה אשה ועבד). דהבאנו לעיל דהתוס' נקטו דכדי לומר יש שליח לדבר עבירה היכא דהשליח אינו בר חיובא, בעינן גברא דהוי בר שליחות. ואילו אם השליח חשו"ק, אזי אפי' היכא דיש שליח לדבר עבירה, לא חלה השליחות. והבאנו לעיל דהריטב"א על אתר חולק על התוס'. ונראה דהתוס' אזלי לשיטתייהו. דביארנו דלפי התוס' שליחות חלה אפי' בדבר עבירה אלא דהמשלח פטור מסברא בפנ"ע דדברי הרב ודברי התלמיד. ולכן היכא דהסברא אינה קיימת כמו בשליח דאינו בר חיובא, אזי חלין דיני שליחות דעלמא ובעינן בר שליחות.

ח

שיטת הרמב"ם במשנה בב"ק עט.

הבאנו לעיל דהתוס' הביאו את המשנה בב"ק (עט.) כראיה דיש שליח לדבר עבירה בשוגג. והכריחו זה ממה דאיתא במשנה וז"ל נתנו לבכורות בנו או לבעל חוב, לשומר חנם, לשואל, לנושא שכר ולשוכר וכו' הגביהו או שהוציאו מרשות הבעלים ומת חייב עכ"ל, ר"ל דהדין דחייב קאי על המשלח. אמנם מבואר דהרמב"ם (פרק ב מהלכות גניבה הלט"ז) חולק על התוס' בפירוש המשנה והבין דהדין דחייב קאי על זה דמשך ולא על המשלח וז"ל נתנו שם בבית הבעלים לבכורת בנו ולבעל חובו או לשומר חנם ולשואל לנושא שכר ולשוכר והיה מושכו זה שניתן לו ומת פטור השומר, הגביהו או שהוציאו מרשות הבעלים ומת חייב השומר או בעל החוב שניתן לו מפני שעדיין לא הוציאו הגנב מרשות בעליו עכ"ל. ושיטת הרמב"ם צריך ביאור שהרי הכהן לא ידע כלל דהוא לוקח דבר שאינו שלו, והיאך הוא מתחייב בגניבה.

[1108] והשווה לדברי התוס' שאנץ (מובא בשטמ"ק על אתר) וז"ל ויש לומר דכהן הוא מוזהר על גרושה ראוי ליזהר יותר מישראל וכשהשליח כהן סבר המשלח שלא ישמע לו השליח לקדש כדאמר בקידושין דברי הרב עכ"ל.

ועיין במגיד משנה דאוקים את דברי הרמב"ם במקרה דהמושך יודע דהוא גונב, וז"ל נראה שדברי רבינו ז"ל ודאי הם כשידעו השומר או הבעל חוב שהוא גנבו עכ"ל. אבל לכאורה צ"ע טובא על פירוש המ"מ, דאם הכהן ידע דהוא גונב הבהמה פשיטא דהוא חייב ומה הוי החידוש דהמשנה.

ונראה לבאר דיש חידוש בדבר. דהרי התוס' בב"ק (נו: ד"ה פשיטא) הביאו מהירושלמי דהגוזל ע"מ לאבד לא מקרי גזלן אלא מזיק. ויש לעיין האם זאת אומרת דהגזלן צריך לקחת החפץ דוקא בעד עצמו או"ד דגם חל עליו שם גזלן כשהוא לוקח בעד אדם אחר. ונראה דהרמב"ם והתוס' נחלקו בביאור המשנה בב"ק (עט.). דלפי הרמב"ם חידוש המשנה הוא דכשהכהן גונב את הבהמה בעד אחר, חל שם גנב על הכהן אע"פ דהוא אינו לוקח את החפץ לעצמו. וי"ל דהתוס' לא פירשו כך משום דס"ל דשם גנב חל רק כשהוא לוקח את החפץ לעצמו אבל לקיחת חפץ בעד אדם אחר דומה לגוזל ע"מ לאבד דאינו חייב. ולכן התוס' פירשו את המשנה דהמשלח חייב ולא הכהן, והוכיחו מזה דיש שליח לדבר עבירה היכא דהשליח הוי שוגג.

דף מג.

גמ'. חד למעוטי שנים שאוחזים בסכין ושוחטים; וחד, הוא ולא אנוס, הוא ולא שוגג, הוא ולא מוטעה.

הראשונים התקשו להבין את חידוש הדרשא דהוא ולא שוגג. ועיין בתוס' זבחים (קח: ד"ה שוגג) דביארו דבלי פסוק היינו חושבים דיש חיוב כרת בשוגג היכא דלא הביא קרבן וז"ל ותימה ל"ל קרא למיפטריה מכרת כשהוא שוגג פשיטא בר קרבן הוא י"ל ס"ד אמינא אי לא מייתי קרבן ליהוי בכרת דהא לאחר הבאת קרבן דוקא כתיב ונסלח לו עכ"ל. ולכאורה צ"ב בהו"א של הגמ' לפי התוס' דאם הוא חייב כרת בשוגג היאך קרבן חטאת פוטר אותו ממנו.

ויש להסביר את זה ע"פ הסוגיא בכריתות (כו:) דאיירי באשם תלוי וחטאת קבוע. הגמ' שם מבארת שאדם שעבר על ספק איסור כרת צריך להביא אשם תלוי, ואעפ"כ אם נודע לו אחרי זה שהוא חטא, הוא חייב להביא קרבן חטאת. והגמ' הקשה וז"ל השתא דאמר כי מתיידע ליה מייתי חטאת, אשם תלוי למה בא וכו' אלא אמר רבא להגן עליו מן הייסורים עכ"ל. כלומר, דאדם דחטא ראוי לקבל יסורין ואשם התלוי מגן עליו. ורואים מזה דיתכן דאדם באמת חייב בעונש משמים על חטא שחטא בשוגג וקרבן מגן עליו.

וא"כ כמו"כ הכא הוה אמינא דבאמת אפי' שוגג חייב כרת אלא דהקרבת הקרבן מגן עליו.

גמ'. והא דתני האומר לשלוחו צא הרוג את הנפש הוא חייב ושולחיו פטור, שמאי הזקן אומר משום חגי הנביא שולחיו חייב, שנא' דאותו הרגת בחרב בני עמון, מאי טעמיה דשמאי הזקן, קסבר שני כתובים הבאים כאחד מלמדין, והוא ההוא לא דריש לכאורה קשה, דאם ב"ש סברי דב' כתובים הבאים כאחד מלמדין ואין עוד מיעוט, אזי יש לימוד דבכהת"כ יש שליח לדבר עבירה, וא"כ למה צריך להביא את הפסוק דאותו הרגת בחרב בני עמון כדי לחייב את המשלח.[1109] ונראה לבאר דבלי גזה"כ דאותו הרגת הו"א דאכן יש שליח לדבר עבירה בכהת"כ, אמנם אעפ"כ אין הב"ד ממיתין את המשלח דשלח שלוחו להרוג. דהרי מצינו כמה היכי תמצי בהלכות רציחה שחל על אדם חיוב דמיתת ב"ד אבל יש דין מיוחד שאעפ"כ אין ב"ד ממיתין אותו בפועל.

ועיין בדברי הרמב"ם (פרק ב מהלכות רציחה הל"ב) בנוגע למקרה שלנו ועוד מקרים דומים וז"ל אבל השוכר הורג להרוג את חבירו, או ששלח עבדיו והרגוהו, או שכפת חבירו והניחו לפני הארי וכיוצא בו והרגתו החיה, וכן ההורג את עצמו, כל אחד מאלו שופך דמים הוא ועון הריגה בידו וחייב מיתה לשמים ואין בהן מיתת בית דין עכ"ל. הרי הרמב"ם כתב דהאנשים האלו עברו על איסור רציחה דאורייתא ועון הריגה בידם. ונראה דאין כוונתו דהם חייבים רק מיתה בידי שמים, אלא נראה דבאמת הם חייבים מיתת ב"ד. אמנם יש דין דאין ב"ד ממיתין אותם בפועל וממילא בפועל דינם תלוי בשמים. ויש בזה נ"מ בנוגע לקים ליה בדרבה מיניה, דאם אדם הרג את עצמו ובאותו רגע גם הזיק לנכסי חבירו, הרי הוא פטור מתשלומין אפי' למ"ד דאין קלב"מ במיתה בידי שמים. דהרי מעיקר הדין חל עליו חיוב מיתת ב"ד.

וזה גם כוונת הרמב"ם בהמשך הפרק שם (הל"ח) בנוגע להורג את הטרפה, וז"ל ההורג את הטריפה אע"פ שאוכל ושותה ומהלך בשוק הרי זה פטור מדיני אדם, וכל אדם בחזקת שלם הוא וההורגו נהרג עד שיודע בודאי שזה טריפה ויאמרו הרופאים שמכה זו אין לה תעלה באדם ובה ימות אם לא ימיתנו דבר אחר עכ"ל. וגם בדיני רודף היכא דהיה יכול להציל באחד מאבריו ואעפ"כ הרג את הרודף, כתב הרמב"ם (פרק א מהלכות רוצח הלי"ג) וז"ל היכול להציל באבר מאיבריו ולא טרח בכך אלא הציל בנפשו של רודף והרגו הרי זה שופך דמים וחייב מיתה אבל אין בית דין ממיתין אותו עכ"ל.

[1109] וכן הקשה הפנ"י (ד"ה מ"ט דשמאי), ותירץ וז"ל לא מיסתבר לתלמודא לחייב מקרא דדברי קבלה לענין מיתה בידי אדם עכ"ל.

ואם כנים הדברים יש צד לומר דאע"פ דלפי שמאי הזקן יש שליח לדבר עבירה, מ"מ יתכן דהמשלח עובר על איסור רציחה וחייב מיתת ב"ד, ואפילו הכי אין ב"ד ממיתין אותו בפועל. ולכן בא הכתוב דאותו הרגת בחרב בני עמון ללמד שהמשלח באמת נהרג ע"י ב"ד.

גמ'. ואיבעית אימא לעולם דריש, ומאי חייב, חייב בדיני שמים, מכלל דת"ק סבר אפילו מדיני שמים נמי פטור

לכאורה קשה דהרי למה פשיטא לגמ' דהמשלח חייב בדיני שמים לכו"ע. ונראה לבאר דמצינו חיוב מיתה בידי שמים באדם שפשע ולא שמר על שורו ויצא והרג. דהרי כתוב בתורה (שמות פרק כא פסוק כט) וז"ל ואם שור נגח הוא מתמל שלשם והועד בבעליו ולא ישמרנו והמית איש או אשה השור יסקל וגם בעליו יומת עכ"ל. ועיין ברמב"ם (פרק י מהלכות נזקי ממון הל"ד) וז"ל זה שנאמר בתורה וגם בעליו יומת מפי השמועה למדו שחיוב מיתה זו בידי שמים ואם נתן כופר הנהרג נתכפר לו, ואע"פ שהכופר כפרה הוא ממשכנין את מי שנתחייב בכופר בעל כרחו עכ"ל.[1110] ועיין גם ברמב"ן עה"ת (שם) דכתב וז"ל ולא ידעתי טעם לתרגומו של אונקלוס שאמר יתקטל, ואולי ירצה לומר כי ראוי הוא שיהרג אלא שיש עליו כופר, או רצה לפרש שאמר הכתוב וגם בעליו יומת, יהרג כאשר נהרג האיש המנוגח, כי יומו יבא או במלחמה ירד ונספה, לא ינקה ה' אותו עכ"ל. הרי בעיקרון יש לבעלים דשור הנסקל חיוב מיתה בידי שמים. וא"כ כל שכן דהאומר לשלוחו צא והרוג את פלוני דלכל הפחות יש לו חיוב בידי שמים כמו הבעלים של שור הנסקל.

גמ'. אלא דינא רבה ודינא זוטא איכא בינייהו.

משמע מהגמ' דלפי בית שמאי אמרינן יש שליח לדבר עבירה בנוגע לדיני שמים. וקשה, דהרי שליחות הוי הלכה עם נ"מ בדיני אדם, והיאך אפשר לומר דחלה השליחות רק לגבי דיני שמים. וביאר הגר"ח זצ"ל דאין ב"ש מחייב המשלח בדיני שמים מדין שליחות אלא מדין מיוחד דגרמא לרציחה. דהרי הראשונים כבר חידשו דיש חיוב מיוחד בדיני שמים לגבי רציחה. דעיין ברמב"ם (פרק ב מהלכות רוצח הל"ב) דיש גדר מיוחד דחיוב בידי שמים לגבי גרם רציחה, וז"ל אבל השוכר הורג להרוג את חבירו או ששלח עבדיו והרגוהו או שכפת חבירו והניחו לפני הארי וכיוצא בו והרגתו החיה וכן ההורג את עצמו, כל אחד מאלו שופך דמים הוא ועון הריגה בידו וחייב מיתה לשמים ואין בהן

[1110] רבינו זצ"ל הוסיף דיש לעיין האם תשלומי הכופר מסיר את חיוב מיתה בידי שמים, או"ד עצם חיוב הכופר מחליף את המיתה בידי שמים. והגר"ח זצ"ל נקט כצד השני. ועיין בזה עוד ברשימות שיעורים לב"ק (פנ: ד"ה דנין אדם מאדם).

מיתת בית דין עכ"ל. והגר"ח זצ"ל ביאר דגם בסוגייתנו אין ב"ש מחייבים את המשלח בדיני שמים מדין שליחות לדבר עבירה, דהרי לא מצינו שליחות דחלה רק לדיני שמים, אלא דהמשלח חייב בדיני שמים מדין מיוחד דגרם רציחה.[1111]

אבל לכאורה יש להקשות דלפי ביאור הגר"ח זצ"ל מהי כוונת הגמ' דב"ש והחכמים נחלקו בדינא רבא ודינא זוטא. בשלמא אם לפי ב"ש המשלח חייב בדיני שמים מדין שליחות ולפי החכמים הוא חייב רק מדין גרמא אזי שפיר מובן במאי פליגי.[1112] אבל אם נאמר דגם לפי ב"ש אין כאן גדר של שליחות אלא של חיוב מדין גרמא, צ"ע מהו יסוד המחלוקת האם המשלח חייב בדינא רבא או בדינא זוטא.[1113]

אולם לפי החכמים דיש חיוב בידי שמים בדינא זוטא, נראה לפרש כמו הגר"ח זצ"ל דזוהי דין מיוחד דגרמא דחל רק ברציחה. אבל מי ששילח אחר לעבור על עבירה אחרת יתכן דאינו חייב בדיני שמים אפי' בדינא זוטא.[1114] ולפי"ז יש לתרץ את קושיית המשנה למלך (הלכות רציחה פרק ב הלכה ב) דהביא מהגמ' בסנהדרין (כט.) דאין טוענין למסית וילפינן לה מנחש דאי טען לו השי"ת הו"מ לומר דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, ולפי פשטן של דברים קשה דמה היה מועיל לו טענה זו הא בדיני שמים דנו אותו. ועיי"ש דהמשנה למלך תירץ דהחיוב שמים למשלח אחר להרוג נפש הוי רק בשוכר רוצח ולא בסתם שולח ולכן לא היה לנחש חיוב בידי שמים. ולכאורה תירוצו דחוק. אבל לפי"ד הגר"ח זצ"ל י"ל דהחיוב בידי שמים לפי החכמים שייך רק בגרם רציחה ולא בעבירה אחרת. ומכיון דחטא דאדם וחוה לא היה רציחה, אזי שפיר מובן למה הטענה דדברי הרב ודברי התלמיד ואשלד"ע היה פוטר את הנחש אפי' בדיני שמים.

גמ'. ואיבעית אימא שאני התם דגלי רחמנא אותו הרגת בחרב בני עמון.

נראה דחלוק התירוץ השלישי בגמ' מהתירוצים הראשונים. דהרי לפי שני התירוצים הראשונים כדי שב"ש יחייב השולח מיתה צ"ל שחל שליחות לדבר עבירה. אמנם לפי התירוץ השלישי באמת אין שליח לדבר עבירה, אלא דיש גזה"כ דמשלח חייב ברציחה.

[1111] ולכאורה זה דלא כפירוש רבינו זצ"ל לעיל בדברי הרמב"ם דבאמת חל על המשלח חיוב מיתה בידי אדם אלא דלא ממיתין אותו בפועל.

[1112] וכן משמע מפרש"י (ד"ה דינא רבה) וז"ל לשמאי מיחייב בדינא רבה בעונש גדול ולת"ק לא מיענש כולי האי כהורג עצמו אלא כגורם עכ"ל. כלומר דלב"ש חל דין שליחות לענין דין שמים ולת"ק הוי גרמא ולא שליחות.

[1113] וכן משמע מפרש"י (ד"ה דינא רבה) וז"ל לשמאי מיחייב בדינא רבה בעונש גדול ולת"ק לא מיענש כולי האי כהורג עצמו אלא כגורם עכ"ל. כלומר דלב"ש חל דין שליחות לענין דין שמים ולת"ק הוי גרמא ולא שליחות. ועיין ברשימות שיעורים לב"מ (כו. בענין קנין חצר, אות י) דרבינו זצ"ל נסתפק האם בכל עבירות אמרינן יש שליח לדבר עבירה בנוגע לחיוב בידי שמים או רק באיסור רציחה.

[1114] ועיין בביאור הגר"א (חו"מ סימן לב סק"ב) דגם הסיק דהדינא זוטא קיימת רק ברציחה ולא בחטאים אחרים.

והביאור בזה הוא דלא צריך חלות שליחות לחייב את המשלח בב"ד, אלא סגי בצירוף מעשה השליח למשלח.

ע"כ ענין אשל"ע

גמ'. איתמר רב אמר שליח נעשה עד, דבי רבי שילא אמרי אין שליח נעשה עד וכו' כיון דאמר מר שלוחו של אדם כמותו הוה ליה כגופיה.

בענין שליח נעשה עד

א

ביסוד המחלוקת האם שליח נעשה עד

נראה לבאר את מחלוקת האמוראים בב' אופנים:

א) דבי רבי שילא ורב מודים דהשליח הוי בעל דבר כמו המשלח מדין דשלוחו של אדם כמותו. אבל נחלקו בגדר הפסול עדות דבעל דבר. דבי רבי שילא נקטו דכל בעל מעשה פסול לעדות מדין בעל דבר, אפי' אם אינו בעל הממון ואין לו הנאה מהעדות ואינו נחשב כנוגע בדבר. אבל רב חולק על זה וסבור דבעל דבר פסול לעדות רק אם הוי בעל הממון, כלומר דיש לו הנאה מהעדות והוי נוגע בדבר. אבל בשליח דאינו נוגע בדבר, כשר לעדות אע"פ דהוי בעל דבר.[1115]

ב) יתכן דכו"ע מודים דבעל דבר הוי פסול נפרד מנוגע בעדות וכל בעל מעשה פסול להעיד מדין בעל דבר אפי' אם אינו נוגע. אבל נחלקו האמוראים בדיני שליחות – האם הדין דשלוחו של אדם כמותו הופך את השליח להיות בעל דבר. דבי רבי שילא סבורים דהשליח הוי בעל המעשה ולכן פסול מדין בעל דבר, ורב נקט דהשליח אינו בעל המעשה אלא דהוא עושה מעשה קוף בעלמא בעד המשלח.[1116]

ויתכן דיש להביא ראיה מדברי הריטב"א לצד הא' דלכו"ע השליח נחשב כבעל דבר, והמחלקות היא האם בעל דבר שאינו נוגע בדבר פסול או כשר להעיד. דהרי בהמשך הסוגיא איתא וז"ל אמר רבא אמר רב נחמן אמר לשנים צאו וקדשו לי את האשה הן הן שלוחיו הן הן עדיו, וכן בגירושין וכן בדיני ממונות. וצריכא דאי אשמעינן בקידושין משום דלמיסרה קאתי, אבל גירושין ניחוש שמא עיניו נתן בה עכ"ל. והריטב"א (ד"ה אמר) הקשה דלפי ההו"א דאע"פ ששליח נעשה עד מ"מ שלוחי גט פסולים להעיד בגלל חשש דשמא עיניו נתן בה, לכאורה הטעם הזה שייך לכל עדי גט דעלמא וז"ל הא דאמרינן אבל גירושין ניחוש שמא עיניו נתן בה, תמיהא מילתא אם כן ביטלת כל גיטין שבעולם וכו'

[1115] והשווה לדברי האבנ"מ (סימן לה סק"א) דדייק דהריב"ש נקט כצד הזה.

[1116] עיין בזה בשיעורים לעיל (מא. ד"ה דתניא ושלח).

ואיכא למימר דהתם בעדים גרידא כיון דלא שייכי במילתא לא עבידי דמשקרי אבל הכא דשייכי במילתא דהא שלוחין נינהו סברי דמהימנינן להו כיון שנשתלחו בדבר וסלקא דעתך אמינא דמשקרי עכ"ל. דהיינו, דרק שליח דמעורב במעשה פסול משום דהנגיעה גורם לחשש שקר. אמנם עד דאינו מעורב במעשה הגירושין לא חוששין לשקר. ויוצא מזה דהסוגיא קאי לפי המ"ד דשליח נעשה עד ואעפ"כ הריטב"א נקט דאם השליח שייכי במילתא הוא יכול להיות פסול משום חשש שקר. ולכאורה זה כמו הצד הא' לעיל, דשליח הוי בעל דבר כלשון הריטב"א "שייכי במילתא", והצד לפסול אותו הוא משום חשש שקר. מאידך לפי הצד השני דבעל דבר פסול בפני עצמו ואינו משום חשש שקר ולפי המ"ד דשליח נעשה עד הביאור הוא דהשליח אינו בעל דבר, לכאורה קשה להבין את דברי הריטב"א דהשליח הוי שייכי במילתא ופסול אם יש נגיעה וחשש שקר.

ב

אלומי קא מאלימנא למילתיה

לכאורה צ"ע בסברת הגמ', מהו הגדר של החיזוק הזה, והיאך הוא מסביר למה שליח נעשה עד. ונראה דביאור הסברא דרב תלוי בשני הפירושים לעיל. דעיין ברש"י דכתב וז"ל אלומי אלמוה למילתא דעדות כשעשה הדבר ע"י השליח עכ"ל, כלומר, דשליח נעשה עד מכיון דהעדות נתחזק ע"י עדות של השליח. ולכאורה אם נקודת המחלוקת לגבי האם שליח נעשה עד הוי בגדר דחלות שליחות, האם שליח נחשב לבעל המעשה ובעל דבר או לא (כצד השני לעיל), אזי קשה מאד להבין הסברא של רש"י. דהרי אם בסופו של דבר השליח הוי בעל דבר וראוי להיות פסול לעדות למה חיזוק העדות הוי טעם להכשיר השליח לעדות. ומזה מוכרח דרש"י הבין כצד הראשון שנתבאר לעיל, דנחלקו האמוראים בגדר הפסול דבעל דבר אם הוי פסול בעצם מחמת חלות שם בעל דבר או רק משום דהוי נוגע בדבר. ואזי יוצא דלפי רב דשליח נעשה עד, הפסול דבעל דבר אינו חל בשליח אע"פ דהוי בעל המעשה, דהרי מ"מ השליח אינו בעל הממון ואינו נוגע בדבר. וכוונת רש"י לבאר דיש צד לומר עוד יותר מזה, דהיינו לא רק דשליח אינו נוגע בעדות ואין חשש שישקר כדי ליהנות, אבל כח העדות שלו מתחזק ע"י זה דהוא השליח שמעיד. דהרי השליח הוי בעל המעשה ועדותו חזקה יותר כי הוא יודע בדיוק מה שעשה יותר מעדים דעלמא שרק ראו מה שעשה.

אולם לפי הצד השני דנחלקו רב ודבי רבי שילא בגדר הדין דשלוחו של אדם כמותו, אזי צ"ע טובא בביאור סברת הגמ' דאלומי מאלימנא. ולולי דמסתפינא היה נלע"ד דאין הכוונה דהעדות נתחזקת ע"י השליח כמו שביאר רש"י, אלא אדרבא דהשליחות נעשית

יותר חזקה אם הוא כשר להעיד. דהיינו, דבעצם גם רב מודה דהשליח הוי בעל דבר וראוי לפוסלו לעדות, אלא דהגזה"כ דשליחות באה ומכשירו לעדות. דהרי אם הוא נאמן לעדות, אזי השליחות יותר חזקה דהרי יש לשליחות שלו יותר תוקף ע"י עדותו בב"ד. וא"כ י"ל דהגזה"כ דשליחות מלמדת דיש לשליח הכח הכי גדול דאפשר, וזה כולל דהשליח כשר להעיד. ואע"פ דמדיני עדות בעצמם היה ראוי לפסול את השליח מלהעיד בגלל דהוי בעל דבר, מ"מ גזה"כ דשליחות באה והכשירו להעיד כיון דהשליחות צ"ל הכי חזקה דאפשר.

ג

שליח סתם ושליח שפירש

ולכאורה נראה לתלות את שני הביאורים הנ"ל של המחלוקת האם שליח נעשה עד במחלוקת הראשונים האחרת דהבאנו לעיל (מב: ד"ה אמר רבא הא דאמרן) בסוגיית דלתקוני שדרתיך ולא לעוותי. דהרי ביארנו לעיל דנחלקו הראשונים האם שליח לקנין עושה מעשה קוף בעלמא בעד המשלח או"ד דהשליח מוגדר כהקונה ודעת המקנה מתייחסת לשליח ולא למשלח. ודייקנו מהראב"ד דכל היכא דאדם ממנה שליח כדי לקנות בעדו, השליח העושה את מעשה הקנין נחשב שהוא הקונה, ורק אחרי שחל קנין השליח אזי חלות הקנין שלו עוברת מהשליח וחל עבור המשלח. ולפי זה פשיטא דיש לשליח הדין דבעל המעשה עקב הדין דשלוחו של אדם כמותו, ומוכרח לומר כצד הא' הנ"ל דנחלקו רב ודבר רבי שילא בגדר הפסול דבעל דבר, דהיינו האם בעל מעשה דאינו בעל הממון ואינו נוגע בדבר פסול לעדות.

ברם לכאורה קשה, דהרי הגמ' עצמה נקטה דהמחלוקת לגבי שליח נעשה עד קאי גם בדיני ממונות וגם בגו"ק. ולכאורה פשיטא דשליח לגיטין וקידושין אינו נחשב לבעל המעשה אלא דעושה מעשה קוף בעד המשלח, דהרי דעת האשה צריכה להתייחס למשלח ולא לשליח. ואם השליח פסול לעדות בדיני ממונות מדין בעל המעשה, למה הפסול הזה חל בגו"ק כשהוא עושה רק מעשה קוף בעלמא.

ועוד קשה לפי הרמב"ם (עיין בשיעורים לעיל מב: ד"ה אמר רבא הא דאמרן) שהבחין בין שליח דמפרש דהוא קונה בעד המשלח דאז השליח עושה מעשה קוף בעלמא, לבין היכא דהשליח קנה בסתם דאז השליח עצמו נחשב כקונה. וא"כ לכאורה היה מסתבר שהגמ' כאן תחלק בנוגע לשליח נעשה עד בין שליח סתם דהוי בעל דבר לבין שליח דמפרש דאינו בעל דבר. ומזה דהגמ' כאן לא חילקה כך מוכח דלא שנא שליח סתם ולא שנא

שליח מפרש עדיין יש מחלוקת אמוראים האם שליח נעשה עד, אע"פ דלפי הרמב"ם יש ב' סוגי שליחות שונים.

ולכאורה מוכח דלא נחלקו בגדר דשליח, האם הוא בעל דבר או דעושה מעשה קוף בעלמא. דהרי אפי' היכא דאין דעת המקנה מתייחסת אל השליח ואינו בעל המעשה כמו בגו"ק לכו"ע, וכמו שליח מפרש לפי הרמב"ם, עדיין דבי רבי שילא נקטו דאין שליח נעשה עד. וא"כ לכאורה צ"ל דנחלקו בגדר דבעל דבר לעדות. דהיינו, דבי רבי שילא סבורים דשליח נחשב כבעל דבר ופסול לעדות אע"פ דאינו בעל המעשה ואינו עומד ליהנות.[1117] ורב חולק על זה ונקט דבכל אופן שליח נעשה עד, וצ"ע.

ד

עוד בגדר הפסול דבעל דבר

ובנוגע לדיון בגדר הפסול דבעל דבר לעדות, לכאורה יש לחלק בין דיני ממונות לבין דיני נפשות. דהרי הראשונים דנו מתי אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ומתי מכשירין חלק מהעדות מדין פלגינן דיבורא. ועיין בדברי הראב"ד המובאים בראש (פרק קמא דמכות סימן יג) דחילק בין היכא דיש עדות פסול לבין היכא דאין חלות שם עדות כלל כמו במעיד על עצמו, וז"ל והראב"ד ז"ל כתב בתשובותיו שכל עדות שבטלה מקצתה מחמת פסול קורבה בטלה כולה ולא פלגינן דבורא וכו' והא דאמר אדם קרוב אצל עצמו ואין משים עצמו רשע היינו דוקא כשמעיד על עצמו שאין זה עדות כלל אלא כמי שאינו דמי שאין אדם נקרא לעצמו עד פסול כדי שנאמר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ודמיא להא דאמר לעיל במקיימי דבר הכתוב מדבר דכי היכי דכשנמצא אחד מן העדים קרוב או פסול עדותן בטילה הכי נמי כשנמצא לאחד מהן קרוב או פסול שהרי מקצת עדותן בטילה מחמת קורבה עכ"ל. מבואר מזה דבדיני נפשות חלות השם בעל דבר מופקע מדין עדות לגמרי.

מאידך נראה דגם לפי הראב"ד יש דין שונה בגדר דין בעל דבר בדיני ממונות. דאיתא בגמ' (סנהדרין ט:) וז"ל ואמר רב יוסף פלוני רבעו לאונסו הוא ואחר מצטרפין להרגו, לרצונו רשע הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עד, רבא אמר אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע עכ"ל. כלומר, דהיכא דאדם העיד על עצמו דעשה עבירה, אמרינן דאדם קרוב אצל עצמו וחל הדין דפלגינן דיבורא והעדות שלו עדיין כשרה בנוגע לאחר. ובהמשך הגמ' רבא נסתפק לגבי עדות ממון, וז"ל דבעי רבא פלוני רבע שורי מהו, מי אמרינן אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם קרוב אצל ממונו, או דילמא אמרינן אדם

[1117] ונחשב לבעל דבר מכיון שהוא עושה את המעשה ואע"פ שאינו בעל המעשה.

קרוב אצל ממונו, בתר דבעיא הדר פשטה אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם קרוב אצל ממונו עכ"ל.

ונחלקו הראשונים בביאור מסקנת הגמ' דאין אדם קרוב אצל ממונו. דעיין ברמב"ם (פרק יב מהלכות עדות הל"ב) וז"ל אין אדם נפסל בעבירה על פי עצמו, כיצד הרי שבא לבית דין ואמר שגנב או גזל או הלוה בריבית, אע"פ שמשלם על פי עצמו אינו נפסל, וכן אם אמר שאכל נבילה או בעל אסורה אינו נפסל עד שיהיו שם שני עדים שאין אדם משים את עצמו רשע, לפיכך ראובן שהעיד עליו שמעון שהלוה בריבית והעיד לוי ואמר לי הלוה ברבית, הרי ראובן נפסל בעדות שמעון ולוי אע"פ שהרי הודה לוי שלוה ברבית אינו משים עצמו רשע ונאמן על ראובן ואינו נאמן על עצמו וכו' פלוני רבע את שורי הוא ואחר מצטרפין להורגו שאין אדם קרוב אצל ממונו עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם סובר דמכיון דאין אדם קרוב אצל ממונו אזי הוא כשר להעיד על ממונו ולכן הוא יכול להיות עד על שורו.

אמנם הראב"ד הבין את הגמ' באופן הפוך, וז"ל א"א מן המפרשים הטובים יש שמפרשים פלוני רבע את שורי שגם הרובע אינו נהרג לפי שהעדות נגעה על שורו דלא פלגינן דיבורא וגם על שורו נתכוון להעיד וכשם שאינו נאמן על שורו כך אינו נאמן על הרובע דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה עכ"ל. כלומר, דהראב"ד נקט דספיקת רבא הוא לגבי הגדר דפסול עדות על ממונו, האם הוא כמו עדות על עצמו דאין לה שם עדות כלל ולכן אמרינן פלגינן דיבורא, או"ד דאינו דומה למעיד על עצמו כי על ממון חל חלות שם פסול עדות ולכן אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. ומסקנת הגמ' היא דאין אדם קרוב אצל ממונו כמו דקרוב אצל עצמו, ולכן על ממון חל חלות שם פסול עדות וממילא אמרינן דעדות דבטלה מקצתה בטלה כולה ולא פלגינן דיבורא.[1118]

ויוצא מזה דלפי הראב"ד חלוק הדין דבעל דבר בדיני נפשות, דהוי הלכה דאין לו שם עד כלל, מהדין דבעל דבר בדיני ממונות דהוי הלכה דבעל הממון פסול משום דהוי נוגע בדבר ויש לו חלות שם עד פסול. והביאור בזה הוא דבדיני נפשות הב"ד דן על המעשה עצמה, דהיינו האם ראובן הרג את שמעון וכדומה, ולכן יש דין מיוחד לבעל המעשה דמופקע הוא מדין עד. אבל בדיני ממונות אין הב"ד דן על המעשה כשלעצמה – האם ראובן לוה ממון משמעון – אלא על תוצאת המעשה, דהיינו האם ראובן חייב

[1118] וע"ע בשיטת הראב"ד ברשימות שיעורים ליבמות (כ. ד"ה אמר רבא וכל שאינו מקיים דברי חכמים קדוש הוא דלא מקרי רשע נמי לא מקרי, אות א').

ממון לשמעון. ומכיון דאין הדיון על המעשה עצמו אין חלות מיוחדת לבעלי המעשה, אלא דהפסול דבעל דבר חל מדין נוגע בדבר.

ולפי"ז לכאורה קצת קשה להבין את שיטת דבי רבי שילא דאין שליח נעשה עד, דהרי הגדר דפסול בעל דבר בדיני ממונות הוי שהוא נוגע בדבר דאינו שייך בשליח דרק הוי בעל המעשה אך אינו בעל הממון. וי"ל דכל דברי הראב"ד דיש גדר אחר לפסול בעל דבר בדיני ממונות הוא לפי מסקנת הסוגיא כרב דשליח נעשה עד. דלפי הראב"ד זה מורה דכל הפסול הוי משום נוגע בעדות וזהו הטעם דהשליח כשר להיות עד. אבל אה"נ דדבי רבי שילא דנקטו דאין שליח נעשה עד חולקים על זה וסבורים דגם בעל דבר בדיני ממונות מופקע מלהיות עד אפי' אם אין לו הנאת ממון, וכמו בדיני נפשות.

ה

בגדר הפסול דנוגע בעדות

ובגדר הפסול דנוגע בדבר לעדות בדיני ממונות, מצינו מחלוקת בין האחרונים. דהרי איתא בשו"ע (חו"מ ריש סימן לז) וז"ל כל עדות שיש לאדם הנאה בה פסול להעיד עכ"ל. והסמ"ע (סק"א) הבין בדברי הלבוש דהפסול אינו משום חשש שקר וחלק עליו, וז"ל בעיר שושן כתב בזה ז"ל ולא משום דחשדינן ליה אלא משום דאדם קרוב אצל עצמו עכ"ל ולא ידעתי מנין לו הא, ופשוט הוא בעיני דהטעם הוא משום דחשדינן ליה בדבר שיגיע לו הנאה ממנו עכ"ל. ועיין בש"ך (סק"א) דגם נקט שלא כהלבוש משום דנוגע בדבר פסול להעיד דוקא לטובתו אבל כשר להעיד לחובת עצמו. וא"כ רואים מזה דהפסול דנוגע הוי מדין חשש שקר ולא משום בעל דבר.[1119]

גמ'. אלא מעתה קידש אשה בפני שנים ולא אמר להם אתם עדיי ה"נ דלא הוו קידושי.

בענין עדי ראייה

א

בדין נמצא אחד מהן קרוב או פסול בשעת הראייה

איתא בריטב"א (מג. ד"ה וכן אמר מורי) דכשיש קרובים או פסולים דרואים את הקידושין חל הדין דנמצא אחד מהן קרוב או פסול עדותן בטילה ואזי אין עדות לקיום הדבר. ולכן יש צורך לייחד עדים כשרים כדי שראיית הקרובים והפסולים לא יבטל העדות, וז"ל מיהו כל היכא שיש באותו מעמד כשרים ופסולים או קרובים צריך לייחד עדי הקידושין, דאי לא כיון דאיכא עד פסול ביניהם עדות כולם בטלה ואע"ג דאמרי למחזי אתינא, דכי

[1119] ורבינו זצ"ל גם ציין דיש מחלוקת ראשונים בגדר דפסול נוגע בעדות בב"ב (מג.). ועיי"ש ברשב"א (ד"ה ואמאי).

אמרינן התם (מכות ו.) דאמרינן להו למחזי אתיתון או לאסהודי אתיתון ואי אמר למחזי אתינן תתקיים העדות בשאר, היינו בדיני ממונות ובדיני נפשות שאין העדות מתקיימת עד שבאין לבית דין ושעת ראיה לא חשיבא עדות, אבל הכא בקידושין אין העדות באה לאמת הדבר בלבד אלא אפילו ידעינן דהכי קושטא דמילתא שקידשה אינה מקודשת בלא עדות ואין לקדושין קיום בלא עדות וגזרת הכתוב הוא, וכיון דכן שעת מעשה הוא שעת עדותן וכיון דאיכא צירוף פסולי עדות עמהן עדות כולן בטלה, דומיא דבעלמא כשיש צרוף פסולי עדות כשבאין להעיד בבית דין שעדות כולן בטלה וכו' כך הורה רבינו נר"ו הלכה למעשה, אבל אין זה דעת המפרשים ז"ל וראוי להחמיר עכ"ל.

וכבר נחלקו בעלי התוס' בנידון. דהר"י נקט (מכות ו. תוד"ה שמואל) דהפסול דנמצא אחד מהן קרוב או פסול שייך רק בעדים המעידים ביחד. אבל ראיית המעשה אינה מצטרפת אותם לכת ואם אחד מהרואים פסול אין השאר הכשרים פסולים להעיד, וז"ל נראה לר"י דגם לר' יוסי לא אמרו דעדותן בטלה אלא דוקא באותן שמעידים בפני ב"ד אבל בשביל ראייה לחודה לא עכ"ל. ושיטת הר"י דאין ראייה פוסלת שייכת גם בעדי בירור וגם בעדי קיום דהרי התוס' (שם) עסקו בהדיא בעדות ממון, נפשות, וגם בעדים הרואים את הגירושין דהוו לקיום הדבר. אבל התוס' בסנהדרין (ט. תוד"ה בזמן) הביאו דעת רבינו שמואל דחולק על הר"י ונקט דאפי' בעדות לבירור הדבר אם העד הפסול ראה את המעשה ונתכוון להעיד, אזי ראייתו פוסלת את שאר העדים הרואים מלהעיד. ונמצא דיש ג' שיטות בנוגע להדין דנמצא אחד מהן קרוב או פסול בשעת ראייה: א) שיטת רבינו שמואל (הרשב"ם) דהפסול חל תמיד, ב) שיטת הר"י דאין הראייה פוסלת כלל, ג) שיטת הריטב"א דבעדי בירור אין הראייה פוסלת אלא רק ההגדה בב"ד, ואילו בעדות לקיום הדבר הראייה עצמה פוסלת. וצ"ב מהו יסוד מחלוקתם. ובעיקר קשה להבין את שיטת הראשונים דנמצא א' מהם קרוב או פסול פוסל בשעת הראייה, דלכאורה קרובים ופסולים פסולים הם להעיד ואינם פסולים לראות.

ונראה דאע"פ דהפסול דקרוב או פסול חל רק בשעת הגדה, הרשב"ם סובר דהראייה יוצרת בשעת ראייה חלות שם עד בגברא, ובכן כל הרואים ביחד מצטרפים להיות כת אחת של עדים. ולפיכך כשהכשרים יבאו לאחר זמן לב"ד להעיד ההצטרפות שלהם עם הפסולים בשעת הראייה מחילה בכת העדים את הדין דנמצא אחד מהן קרוב או פסול בהגדתם, ולכן כל הכת פסולה להעיד. וה"ה בעדים לקיום הדבר דהכת הרואה והמקיים הגו"ק צ"ל כת הראויה גם להעיד אח"כ, וכשעד פסול מצטרף לכת עדות בשעת הראייה אין הכת ראויה להעיד אח"כ ובכן אינה ראויה לקיום הדבר. ואילו הר"י סבור דאין חלות

שם עד חל על הגברא בשעת הראייה אלא רק כשבא לב"ד להעיד, וא"כ אין לפסול את הכשרים הבאים להעיד בגלל דראו את המעשה ביחד עם פסולים, כי הפסולים הרואים אינם חלק מכת העדות המעיד.

ויש להוכיח דיסוד המחלוקת בין בעלי התוס' היא האם חל על הרואים בשעת הראייה חלות שם עד בגברא, מזה דהתוס' תלו את המחלוקת לגבי נמצא אחד מהן קרוב או פסול בשעת הראייה במחלוקת לגבי האם חל הדין דאין עד נעשה דיין משעת ראייה. דמבואר בתוס' בסנהדרין (ט.) דבנוסף להדין דנמצא אחד מהן קרוב או פסול יש גם נ"מ במחלוקתם בנוגע לאם מי שרואה את המעשה יכול להיות דיין, וז"ל כפי' רבינו שמואל שפי' בעלמא (ב"ב קיג: ד"ה ג' שנכנסו כו') שנתכוון להעיד אמרינן נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותן בטלה וכן לענין שאינו נעשה דיין עכ"ל. והדין דאין עד הרואה נעשה דיין תלוי בחלות שם עד בגברא בשעת ראייה.

ועל פי זה נראה לבאר אף את שיטת הריטב"א דנקט כשיטת הר"י בעדי בירור דאין הרואים פוסלים מדין נמצא אחד מהן קרוב או פסול, אלא דיוצא מן הכלל הם עדות לקיום הדבר. דלכאורה גם קשה כנ"ל, היאך אפשר לומר דחל פסול בראייה עצמה אפי' בעדות לקיום הדבר. אלא נראה דהביאור הוא עפ"י מה דכבר ייסדנו דעדות לקיום הדבר מהני רק אם הם יכולים להעיד בב"ד לאחר זמן.[1120] וא"כ י"ל דאם הראייה מחילה להרואים חלות שם עדים בגברא לצרף אותם לכת אחת, אזי כשיבואו הכשרים לב"ד להעיד לאחר זמן יהיו פסולים בגלל ההצטרפות של קרוב או פסול בכת. ומכיון דאין אפשרות לבירור לאח"ז, פסולים הם מעיקרא להיות עדים לקיום הדבר.

אלא, דהריטב"א נקט דרק בעדות לקיום הדבר יש להרואים חלות שם עדים בשעת הראייה כדי לומר שיצטרפו לכת אחת, דהרי יש נ"מ מיד בראייתם בקיום הדבר כל עוד דהם יכולים להעיד בב"ד לאח"ז. אבל בעדי בירור, מכיון דאין נ"מ לראייה שלהם בשעת ראייה ממש, אזי בשעת ראייה לא חל עליהם חלות שם עדים בגברא, וההצטרפות לכת אחת חלה רק לאלו שבאו לב"ד להעיד. וזוהי כוונת הריטב"א שכתב וז"ל וכיון דכן שעת מעשה הוא שעת עדותן וכיון דאיכא צירוף פסולי עדות עמהן עדות כולן בטלה עכ"ל. דהיינו, לא דהפסול דנמצא אחד מהן קרוב או פסול חל בשעת הראייה, אלא דמכיון דיש נ"מ בראייתם מיד אזי הם מיד מצטרפים לכת אחת ולכן כשהכשרים יבואו לב"ד אח"כ להעיד אזי יחול עליהם הפוסל דנמצא אחד מהן קרוב או פסול. ומכיון דעדות

[1120] עיין בשיעורים לעיל (ט. בקונטרס בענין עדי חתימה כרתי או עדי מסירה כרתי, אות ג').

לקיום הדבר מהני רק אם יש אפשרות לברר בעתיד בהגדה בפני ב"ד, הם אינם יכולים להיות עדי קיום.

ב

יחוד העדים

עיי"ש בריטב"א שכתב דכדי שלא יחול הפסול דנמצא אחד מהן קרוב או פסול צריך לייחד רק את העדים הכשרים בלבד כעדים. וצ"ב, מה המקור דייחוד עדים מהני כדי להוציא את הפסולים מהכת. ויתכן דדברי הריטב"א מבוססים על דברי הרי"ף (מכות ב: בדפי הרי"ף) דיחוד עדים מהני בדיני ממונות, וז"ל וגמרינן מינה דמה שאנו פוסלין בגמרא אחד מהן קרוב או פסול אבל המזמין את עדיו והוציא את כל האחרים מכלל העדות לאו כל כמיניה לבטל את העדות וכן כשצריך האדם לעדות ומצוה להחרים כל מי שיודע לו עדות שיבא להעיד ובאו בערבוביא והעידו כשרים ופסולים ראיתי רבותי דנין שלא נתבטל עדות הכשרין שלא היתה כוונתו אלא בראוי להעיד עכ"ל. והריטב"א סבור דכמו דיחוד עדים מהני בדיני ממונות, כמו"כ י"ל דהוא מהני בעדות לקיום הדבר. **ולכאורה**, המקור דרבותיו של הרי"ף הוא הסוגיא דייחוד עדים בשבועת העדות. דאיתא במשנה (שבועות לה.) וז"ל עמד בבית הכנסת ואמר משביע אני עליכם שאם אתם יודעין לי עדות שתבואו ותעידוני, הרי אלו פטורין עכ"ל. ובגמ' (שם) איתא וז"ל תניא נמי הכי ראה סיעה של בני אדם עומדין ועדיו ביניהן ואמר להן משביעני עליכם אם אתם יודעין לי עדות שתבואו ותעידוני, יכול יהו חייבין, ת"ל והוא עד, והרי לא ייחד עדיו עכ"ל. ומבואר מזה דייחוד העדים מחיל את החיוב דשבועת העדות. וי"ל דרבותיו של הרי"ף נקטו דזה דין כללי, דהיינו דבעל הדין יכול לייחד עדים ולכן יש לזה גם נ"מ לדין דנמצא אחד מהן קרוב או פסול.

אבל קשה לומר דזהו המקור דהרי"ף, דהרי לכאורה הדין דייחוד העדים בשבועת העדות אינו דומה לדין ייחוד העדים כדי למנוע את הדין דנמצא אחד מהן קרוב או פסול. דהרי הרמב"ם (פרק א מהלכות עדות הל"א) נקט דמצות עשה להעיד חלה רק בתביעת בעל הדין, וז"ל העד מצווה להעיד בבית דין בכל עדות שיודע בין בעדות שיחייב בה את חבירו בין בעדות שיזכהו בו, והוא שיתבענו להעיד בדיני ממונות שנאמר והוא עד או ראה או ידע אם לא יגיד ונשא עונו עכ"ל. ולפי"ז מבואר למה יחוד העדים ע"י בעל הדבר מחייבם בשבועת העדות, דהרי זה שלא רוצים לקיים את המצוה דחלה ע"י התביעה מחייבם בשבועה.[1121] אבל בדברי הרי"ף לגבי נמצא אחד מהן קרוב או פסול, אין הייחוד

[1121] ע"ע בזה ברשימות שיעורים לשבועות (לא. ד"ה במאי קמפלגי).

גורם רק שיהיו עדים כשרים מחוייבים להעיד, אלא להיפך ייחוד הכשרים מוציא את הפסולים מהכת. ולכאורה אין להוכיח מדין ייחוד עדים הנצרך לחייב שבועת העדות לדין דהרי"ף דייחוד העדים מהני להוציא את הפסולים מהכת.

וכמו"כ קשה על הריטב"א דהרחיב את הדין דהרי"ף לעדות לקיום הדבר. דהרי בשלמא בדיני ממונות י"ל דבעל הדין יכול לקבוע מי יהיה בכת המעיד בעדו. אבל בקידושין אין להחתן חלות שם בעל דין בחלות הקידושין כמו דיש חלות שם בעל דין ללוה או מלוה בדיני ממונות. ועוד יש להעיר דיחוד העדים בקידושין נעשה לפני הקידושין ובודאי עדיין אין חלות שם מיוחד לחתן כדי לומר דהוא יכול לקבוע מי יהיה בכת של עדי הקיום. וא"כ קשה לומר דייחוד העדים מהני בקידושין כמו דהוא מהני בדיני ממונות.

ויתכן דקידושין שאני משאר איסורי תורה בעלמא מאחר שהבעל הוא הבעלים על הקידושין מדין כי יקח, ומשו"ה בכחו לקבוע את כת העדים כבעל דין בשאר דיני ממונות.[1122] אמנם, אפי' אם הבעל הוי בעל דבר בקידושין עדיין אפשר לדחות ולומר דכל המושג דבעל דבר שייך אך ורק לעדות הגדה. ולכן אם העדים היו צריכים להעיד בב"ד אזי המקדש היה הבעל הדבר והיה יכול לייחד עדים. ברם, יתכן שעדות ראייה לקיום הדבר מופקע בעצם מהמושג דבעל דבר ולכן אין כח למקדש לייחד עדים. וצ"ע בזה.

ועוד קשה דביחוד עדים בשבועת העדות ובמקרה דהרי"ף הדיון הוא לעולם לאחר ראיית העדים. דהיינו, דכבר ראו את המעשה ועכשיו דנים האם חל עליהם המצוה להעיד והאם הם חלק מהכת כשיגיעו לב"ד. אבל כאן בקידושין לפי הריטב"א, יחוד העדים נעשה לפני המעשה, שהאנשים עדיין לא ראו שום דבר. וא"כ קשה היאך מהני יחוד העדים לפני הראייה, היתכן דחל על אנשים בשוק חיוב לראות מעשה מסויים כדי להעיד עליו. וצ"ע אפי' יותר מזה, דהרמ"א (חו"מ סימן לד סעיף יח) הביא את דברי הרשב"א דלפני המעשה מותר לאדם לקבל ממון כדי שיגיע לראות את המעשה ולהעיד, וז"ל כל מי שנוטל שכר להעיד עדותו בטלה, כמו הנוטל שכר לדון וכו' וכל זה בעדים שכבר ראו את המעשה ומחוייבים להעיד כמו שאדם מחוייב לדון בין אדם לחבירו, אבל מי שאינו מחויב להעיד, ונוטל שכר לילך ולראות הענין שיהיה עד, מותר עכ"ל. הרי מבואר מזה דלפני המעשה אין לאנשים בשוק שום שייכות לחלות שם עד. וא"כ קשה לפי הריטב"א היאך מהני ייחוד עדים לפני מעשה הקידושין. וצ"ע.[1123]

[1122] ע"ע ברשימות שיעורים לשבועות (לה. ד"ה דין ייחוד עדים).

[1123] ויש להעיר, דאע"פ דרבינו זצ"ל השאיר את שיטת הריטב"א בצ"ע, הוא עדיין נהג לחוש לשיטתו. ולכן כשהוא סידר קידושין הקפיד שהחתן יוציא את כל האנשים בחדר מלהיות עדים על הקידושין חוץ מהעדים שהוא ייחד.

וגם יש להעיר דלפי הש"ך יחוד עדים אינו מהני ע"פ דין. דהרי הש"ך (חושן משפט סימן לו סק"ב) נקט דהדין דנמצא אחד קרוב או פסול תלוי בכוונת העדים דראו. דהיינו, אם הפסולים נתכוונו להעיד אזי חל הדין דנמצא אחד קרוב או פסול עליהם וכולם פסולים. וגם היכא דכל העדים לא נתכוונו להעיד ונמצא אחד מהם קרוב או פסול דכולם פסולים. אמנם אם רק הכשרים נתכוונו להעיד ולא הפסולים אזי לא חל הדין דנמצא אחד קרוב או פסול. וע"פ דין יחוד העדים אינו מעלה ואינו מוריד בנוגע לחלות הכת. אלא דהש"ך (סימן לו סק"ח) הסביר דיחוד עדים גורם לאומדנא דרק העדים האלו נתכוונו להעיד ולא שאר העדים ולכן לא חל הדין דנמצא אחד קרוב או פסול. ויוצא מזה, דאע"פ דהש"ך סבור דיחוד העדים בעצם אינו מהני, מ"מ יחוד העדים הוי עצה טובה לגרום שרק העדים הכשרים יתכוונו להעיד ולא העדים הפסולים. אמנם הרא"ש (מכות פרק א סימן יא) חולק על הש"ך ונקט דאפי' אם הפסולים נתכוונו להעיד, מ"מ יחוד עדים ע"י הבעל דבר מהני ולא חל הדין דנמצא אחד קרוב או פסול וז"ל ויראה שאם הזמין המלוה עדים כשירים ועמדו שמה קרובים או פסולים אפי' אם כוונו להעיד ובאו והעידו בב"ד לא נתבטלה עדות הכשירין דכיון שיחד את עדיו לאו כל כמינייהו להפסיד לזה ממונו עכ"ל.

ג

בעינן הטמין לה עדים אחורי הגדר

ועיין בהמשך דברי הריטב"א דנקט דהיכא דבעינן עדי קיום, בעלי הדבר צריכים להכיר דיש עדים דרואים את המעשה, וז"ל צריך שיהו עדים שם ולאפוקי הטמין לה עדים אחורי הגדר, חדא דהא לא חשיבא עדות בדבר שגוף הדבר צריך לעדות אלא בדבר שצריך עדות משום שקרא, ועוד דהא מצי למימר ליה לא שתקתי בשעת קידושין אלא בשביל שלא היו שם עדים וכסבורה שלא הועילו מעשיך והוה ליה כמקדש בלא עדים שאין חוששין לקידושיו עכ"ל. כלומר, דבהטמין לה עדים מאחורי הגדר הקידושין פסולין מב' טעמים: א) זה לא חשיבא עדות בעדות לקיום הדבר, ב) אין לאשה סמיכות דעת לקידושין אם היא אינה רואה את העדים.

ולכאורה הטעם הראשון דהריטב"א קשה, דהרי מאי שנא אם בעלי הדבר מכירים בעדים או לא. דבשלמא לגבי עדות לחיוב מיתה מצינו דין במשנה (סנהדרין סז.) דאין מכמינין עליהם, וז"ל כל חייבי מיתות שבתורה אין מכמינין עליהם חוץ מזו [מסית] עכ"ל, דהרי זה הוי דין בהתראה, דכדי לחייבו במיתה בעינן שיתיר עצמו למיתה. ואם מי שעבר על העבירה אינו יודע דיש עדים שם, אזי יש חסרון בהתראה דנצרך להחיל חיוב המיתה. אבל אין כוונת המשנה דיש חסרון בעצם העדות, דהרי א"כ היאך ניתן

לחלק בין המסית לשאר חייבי מיתה. דרק מצינו חילוקים בין מסית לשאר עבירת לגבי דיני ההתראה דלא שייך הדין דוהצילו העדה במסית, אבל אין למסית דינים מיוחדים לגבי עצם העדות דנצרך כדי לחייבו במיתה. ויוצא מזה דבדיני נפשות הטעם דאין מכמינין הוא משום חלות ההתראה, ואין לזה שום שייכות לעדי קיום כלל. וא"כ הדרא קושיא לדוכתא על הטעם הראשון דהריטב"א, דמהי הסברא דבעדות לקיום הדבר בעינן דהמקדש והמתקדשת ידעו דיש עדים שם.[1124]

ויש להסתפק בדעת הריטב"א האם בעלי הדבר צריכים לראות את העדים, או דהם צריכים רק לדעת דהעדים שם ורואים את המעשה.[1125]

ע"כ ענין עדי ראייה

דף מג:

גמ'. אבל גירושין ניחוש שמא עיניו נתן בה.

וצ"ע, למה נחשוש לעדים שישקרו, הא בכהת"כ וגם בכל גו"ק ב' עדים נאמנים אע"פ דיש לחשוש בנאמנותם.[1126]

גמ'. והשתא דתקון רבנן שבועת היסת משתבעי הני עדים דיהיבנא ליה ומשתבע מלוה דלא שקיל ליה, ופרע ליה לוה למלוה.

א

שיטות הראשונים בשליח לקידושין אחר תקנת שבועת ההיסת

ונחלקו הראשונים האם לאחר תקנת שבועת היסת אמרינן דגם בקידושי כסף השלוחים לקידושין הוו נוגעים בעדות ואינם יכולים להיות העדים. ויש שלושה שיטות בנידון. א) התוס' (ד"ה וכן בדיני ממונות) ביארו דהמ"ד בירושלמי דבקידושי כסף לא אמרינן הן הן שלוחין הן הן עדיו איירי לאחר תקנת שבועת היסת ומשום נוגע בדבר. ויוצא מזה דלפי התוס' שליח דקידושי שטר נעשה עד אבל שליח דקידושי כסף אינו נעשה עד בגלל דהוא חייב לישבע. ב) הרא"ש (סימן ד) הביא שיטת רבינו יונתן הכהן וז"ל וה"ר יונתן הכהן ז"ל כתב בקידושי כסף היכא דליכא כפירת ממון כגון שהאשה אומרת לפקדון

[1124] ואולי י"ל עפ"י יסוד הגר"ח זצ"ל בספרו (הל' יבום וחליצה פרק ד') דעדים לקיום הדבר באים כדי לקיים דעת הבעלים בגיטין וקידושין, דלפי' צריכים הבעלים לדעת שיש שם עדי קיום כדי לצרף את דעתו לקיום העדים.

[1125] בביאור הספק נראה דאם ידיעת העדים הוי דין בדעת הבעלים כנ"ל בהערה הקודם לעיל אזי די בידיעה בלי ראייה, אבל אם ידיעת הבעלים הוי דין ביחוד העדים לקיום הדבר דרק עדים שהבעלים יחדום להיות עדי קיום יכולים לקיים את הדבר אזי מסתבר שיראו את העדים וידעו מי הם ובכך מייחדים אותם להיות עדי קיום.

[1126] וכן הקשה הרמב"ן (ד"ה אבל) וז"ל וי"ל דעדים דעלמא דנאמנין משום דלא שייכי בה, אבל הכא כיון דשוינהו שלוחין מימר אמרי בעל הימוני מהימן לדידן ולא דייק בתר סהדותא דידן, קמ"ל רב נחמן עכ"ל.

נתנוהו לי והם אומרים לקידושין אמרינן הן הן שלוחין הן הן עדים אבל היכא דאיכא כפירת ממון כגון שהאשה אומרת לא קבלתי כלל לא אמרינן הן הן שלוחין הן הן עדים עכ"ל. כלומר דאפי' לאחר תקנת שבועת היסת השלוחים יכולים להיות העדים אבל רק אם האשה אינה כופרת והם אינם חייבים לישבע השבועה בפועל. אבל אם האשה אומרת דהיא לא קיבלה את הכסף אזי העדים חייבים בשבועה וא"כ הם נוגעים בעדות ופסולים להעיד. ג) מדברי הרמב"ם נראה דשבועת היסת אינה מעלה או מורידה לגבי הכלל דהן הן שלוחין הן הן עדיו. דהרי הוא פסק (פרק ג מהלכות אישות הלט"ז) הלכה למעשה דשליח נעשה עד אפי' לאחר תקנה דשבועת היסת וז"ל השליח נעשה עד לפיכך אם עשה שנים שלוחין לקדש לו אשה והלכו וקידשו אותה הן הן שלוחיו והן הן עידי הקידושין ואינן צריכין לקדשה לו בפני שנים אחרים עכ"ל.

ולכאורה שיטת הרמב"ם צ"ע דהרי מסתבר דהעדים הוו נוגעים בעדות לכל הפחות אם הם חייבים בשבועה כמו דנקט רבינו יונתן. והרי הרמב"ם עצמו פסק (פרק א מהלכות שלוחין ושותפין הל"ז) בדיני ממונות דשליח אינו נעשה עד בגלל דהוי נוגע בעדות, וז"ל השולח מעות שבידו ביד שלוחו ואמר לו הולך ממון זה לפלוני שאני חייב לו והלך ונתן לו שלא בעדים, השליח אומר נתתי ובעל חוב או הפועל אומר לא לקחתי והרי שלשתן עומדין השליח נשבע היסת שנתן ובעל חוב או הפועל נשבע [שבועת התורה] שלא לקח וישלם הלה לבעל חוב או לבעל הפקדון, ואפילו היו השלוחין שנים אין עדותן מועילה מפני שהן נוגעין בעדותן שהרי חייבין להשבע היסת עכ"ל. וא"כ למה השלוחים כשרים לעדות בקידושי כסף ופסולים לעדות לגבי פריעת החוב.

ונראה לבאר דבשליחות לפריעת חוב כל השליחות וכל העדות קאי על נתינת הממון לבעל חוב. וא"כ אם השליח חייב לישבע על הנקודה הזאת – דהוא נתן הממון לבעל חוב – הרי הוא נעשה בעל דבר לגבי נתינת הממון ואינו יכול להעיד כבעל דבר. אבל בסוגיא דידן יש ב' דברים שונים דכלולים בשליחות לקידושין: א) שליחות לאיסור והיתר בנוגע למעשה וחלות הקידושין, ב) שליחות לדיני ממונות לגבי עצם נתינת הכסף לאשה. וא"כ י"ל דאע"פ דהם נוגעין בעדות לגבי הדיני ממונות וזה הופך את השלוחים לבעלי דבר לגבי הדיני ממונות שבו, עדיין אין לזה שייכות באופן ישיר לשליחות שלהם למעשה וחלות הקידושין. ויתכן דאע"פ דהם בעלי דבר לגבי הדיני ממונות שבו, הם עדיין נחשבים רק כנוגע בעדות לגבי עצם הקידושין ולא כבעלי דבר. וא"כ י"ל דהרמב"ם נקט דלגבי עדי קיום לקידושין רק בעלי דבר עצמם פסולים מלהיות העדים, אבל מי

שרק נוגע בעדות ואינו בעל דבר כשר להיות עד קיום לקידושין.[1127] ולפי"ז מובן חילוק הרמב"ם דלגבי שליחות לקידושי כסף אמרינן שליח נעשה עד, אע"פ דבדיני ממונות השלוחים פסולים לעדות.

ב

האם הקידושין חלין מספק בעדים נוגעים בדבר

ועיין ברשב"א (מג. ד"ה והלכתא) דנקט דהיכא דהאשה מכחישה ואומרת דהיא לא קיבלה את הכסף אזי העדים אינן נאמנין בגלל דהוו נוגעין בדבר משום השבועה, וז"ל אבל קדשה בכסף א"נ בשטר שיש בו שוה פרוטה ומכחשא להו אינן נאמנין דהוו להו נוגעין בעדותן עכ"ל. אמנם אע"פ דהוו נוגעין בדבר עדיין הרשב"א צידד לומר דהיא מקודשת מספק, וז"ל ומיהו מסתברא דספק מקודשת היא ובעיא גיטה מיניה עכ"ל. ולכאורה קשה, אם נוגעין בדבר הם ופסולים להעיד, למה הויא לספק מקודשת. ויתכן לומר ע"פ מה דביארנו בגדר הפסול דנוגע בעדות (לעיל מג. ד"ה בגדר הפסול דנוגע בעדות) דהרשב"א נקט דהפסול דנגיעה בעדות אינו פסול בגברא משום חלות שם בעל דבר, אלא דחל משום חשש משקר. וא"כ אין הם פסולים בודאי וב"ד צריך לחשוש לעדותן דהיא מקודשת.

אבל לכאורה אין להוכיח מכאן דהרשב"א נקט דהפסול דנוגע בעלמא חל רק מדין חשש משקר, דהרי יש לחלק בין הפסול דנוגע בגו"ק והפסול דנוגע בעדות לדיני ממונות כמש"כ לעיל בדעת הרמב"ם. דהיינו, דבדיני ממונות י"ל דכל מי דעומד ליהנות מהעדות נקרא בעל דבר וחל עליו פסול גברא. אבל בגו"ק י"ל דרק המקדש והמתקדשת הוו בעלי הדבר ולכן הנוגע לעדות הקידושין מצד הדיני ממונות שבו פסול רק מדין חשש משקר. והעדות שלהם לגבי הקידושין פסול רק מספק מדין חשש שקר.[1128]

גמ'. אי קסבר המלוה חבירו בעדים צריך לפורעו בעדים הני נוגעים בעדות נינהו, דאי אמרי לא פרעניה אמר להו פרעוני.

ויש לעיין בגדר הפסול דנוגע בעדות דהשלוחים. דהרי בסוגיות אחרות הפירוש של נוגע בעדות הוא דהפסק של ב"ד יכול להיות בב' אופנים, ובאופן מסוים ניחא ליה לעדים

[1127] סברא זו לכאורה שלא כביאור רבינו זצ"ל לעיל דעדי קיום צריכים להיות ראויים להיות עדי בירור, והא הכא אינם ראויים להעיד כעדי בירור כי הם נוגעים בעדותם.

[1128] ונראה שיתכן לומר דהפסול דנוגע בדבר חל בעדי הגדה, דמחמת הנגיעות פקעה נאמנותם להעיד, משא"כ בעדי ראייה לקיום הדבר בקידושין דאינם מעידים בב"ד ולא צריכים לנאמונתם בהגדת עדות בב"ד אלא רק שיראו את מעשה הקידושין, ופסול נוגע בדבר איפוא לא שייך ואינו חל כלל. והרשב"א נסתפק האם עדי קיום הדבר אינם עדי הגדה והנוגע בדבר איפוא כשר לקיום הקידושין, או"ד דעדי קיום הדבר צ"ל ראויים להגדה, ובכן הנוגע בדבר שפסול הוא להעיד אף פסול לקיום הקידושין.

יותר. למשל, איתא בב"ב (מג.) דשותף לפני החלוקה אינו יכול להעיד עם אחר נגד הערעור דאחד מן השוק דתובע את השדה. והטעם הוא דהשותף דמעיד הוי נוגע בעדות. ופירש הרשב"ם (ד"ה נוגעין) וז"ל דכל זמן שלא חלקו לגמרי אם יטול שום מערער כלום מן השדה יפסידו שניהן ונמצא דלעצמו מעיד עכ"ל. כלומר, דאם הב"ד יפסוק בעד השותף של העד, אזי העד מרוויח ולכן העד הוי נוגע בעדות. וזה הוי דין דעלמא דנוגע בעדות. אמנם בסוגיא דידן אין החשש שהעדים משקרים משום שהם רוצים להשפיע על פסק הב"ד, אלא אנו חוששים שהם עצמם גזלו את הממון.

ולכאורה קשה להבין את דברי הגמ' בסוגיא דידן דחוששין שהעדים הוו גזלנים. דהרי בדרך כלל יש לב' עדים דמעידים חזקת כשרות והם נאמנים. אמנם כשיש חשש דהם מעידים שקר כדי להשפיע על הפסק דב"ד אזי חזקת הכשרות שלהם עומד נגד החיוב דמוטל על הב"ד של ודרשת וחקרת היטב וזה גורם לעדים להפסיד את חזקת הכשרות שלהם. אמנם כל זה היכא דיש חשש שהם רוצים להשפיע על הפסק דב"ד. ואילו בסוגיא דידן כשיש חשש שהעדים גזלו את הממון בעצמם, לכאורה ראוי לסמוך על החזקת כשרות שלהם ולהאמינם.

ועוד יש להקשות בהמשך הגמ', דלפי הצד דהמלוה חבירו בעדים א"צ לפורעו בעדים הגמ' קובעת דהשלוחים נאמנים מכח מגו, וז"ל ומגו דיכלי למימר אהדרינהו ללוה, יכולין למימר פרעניה למלוה עכ"ל. ולכאורה צ"ב במיגו הזה דבמיגו דעלמא הטענה שהטוען היה יכול לומר הוי טענה יותר חזקה מהטענה שהוא אמר בפועל. וכאן שתי הטענות שוות הן לשלוחים דבשתיהן השלוחים פטורים מלפרוע את הממון. וא"כ צ"ע אמאי נקראת מיגו.[1129]

ונראה לבאר דאין פירוש הגמ' דהעדים פסולים משום נוגע בעדות דעלמא דהרי אין אנו חוששים דהעדים הוו גזלנים ושקרנים כנ"ל. אלא דבעצם כשהמלוה והלוה יאמרו דלא קיבלו את הממון והשלוחים יאמרו בפני ב"ד דהם נתנו את הממון למלוה, יש ב' מטרות לדיבור שלהם: א) הגדת עדות בנוגע למלוה ולוה, דהיינו דהם פרעו את החוב, ב) כופר הכל כלפי הלוה, דהם אינם חייבים לו ממון. ואם רואים את ב' הדברים האלו כהגדה אחת, אזי השלוחים הוי בעלי דבר ופסולים להעיד. אמנם אם אפשר לחלק בין העדות

[1129] ועיין בנתיבות המשפט (סימן צב סק"ב) דהקשה כמו רבינו זצ"ל וז"ל ועוד קשה, מה מיגו הוא זה, הא כל מיגו אינו רק לטענא מעליותא כדאמרינן בכתובות י"ג [ע"א] מיגו דמוכת עץ דיש לה מאתים או דלא פסלה נפשה מכהונה, וא"כ הכא דאין להם שום נ"מ בין שיטענו שנתנו למלוה או ללוה, מה מיגו הוא זה עכ"ל. ומטעם זה ועוד כמה קושיות, הנתיבות הסיק דאין כוונת הגמ' דידן דהשלוחים נאמנים מטעם מיגו אלא דהמיגו מסיר את הנגיעות שלהם ואז הם נאמנים מדין עדות.

שלהם שהם פרעו את החוב בעד הלוה לבין טענת כופר הכל כלפי הלוה, אזי העדות שלהם חלה.

ולפי"ז נראה לבאר דכוונת הגמ' דהשלוחים פסולים משום דנוגעים בעדות היא דאי אפשר להפריד בין העדות שלהם על החוב בין המלוה והלוה לבין הטענה שלהם כלפי הלוה. ומכיון דבנוגע לטענה שלהם כלפי הלוה הם בעלי דבר ולא עדים, אזי זה פוסל העדות שלהם ואין להאמינם שהחוב נפרע.

ואז הגמ' דוחה שאם המלוה את חבירו בעדים א"צ לפורעו בעדים אזי מיגו דהשלוחים יכולים לומר דהחזירו ללוה גם נאמנים לומר דשילמו למלוה. ונראה לבאר דאין כוונת הגמ' לדין מיגו דעלמא דהרי כמו שהערנו לעיל, אין טענה אחת יותר חזקה מטענה השניה. אלא כוונת הגמ' היא דניתן להפריד בין הגדת העדות שלהם בנוגע לחוב של הלוה למלוה לבין טענת כופר הכל שלהם כלפי הלוה. דהרי טענת החזרנו הממון ללוה הוי טענה של כופר הכל בלי עדות על ההלוואה. ומכיון דהעדות שלהם והטענה שלהם הוו ב' דברים שונים, אזי הם נאמנים בתורת עדות שהם נתנו את הממון למלוה בתורת פרעון חוב.

ד"ה והשתא דתקון רבנן שבועת היסת.

נחלקו הראשונים בדיני שבועת היסת. דכתב הרמב"ם (פרק יא מהלכות שבועות הלי"ג) וז"ל אין בין שבועת הסת לשבועת הדיינין אלא נקיטת חפץ, שאין הנשבע שבועת הסת אוחז ספר תורה אלא משביעין אותו בשם או בכנוי בשבועה או באלה מפיו או מפי בית דין כמו שבועת הדיינין עכ"ל. הרי לפי הרמב"ם שבועת היסת כוללת הזכרת שם ה'. אמנם עיין ברש"י (כתובות פח. ד"ה לידי) דכתב וז"ל לידי שבועה דאורייתא - שהיא בשם או בכנוי ואוחז ספר בידו כדאמרינן בשבועות (דף לח:) וחמורה היא מאד אבל שבועה דרבנן קללה בעלמא כעין שלנו עכ"ל. ומשמע מדבריו דרק שבועה דאורייתא צריך שם או כינוי משא"כ שבועה דרבנן דאינו צריך.

ונראה דהרמב"ם כשיטתו בנוגע בצורך לשם או לכינוי לחלות שם שבועה. דעיין בדבריו (פרק ב מהלכות שבועות הל"ד) וז"ל אמר אלה או ארור או שבועה ולא הזכיר שם ולא כינוי הרי זה אסור בדבר שנשבע עליו, אבל אינו לוקה ולא מביא קרבן אם עבר על שבועתו עד שיהיה בה שם מן השמות המיוחדים או כינוי מן הכינויין כמו שבארנו עכ"ל. הרי הרמב"ם נקט דיש דין כללי שכל שבועה צריך שם ה'[1130] ולכן מובן למה חז"ל תיקנו שם

[1130] ויש להעיר דמ"מ אפי' בלי הזכרת השם הוא גרם לחלות איסור בחפץ. ורבינו זצ"ל ביאר את יסוד האיסור הזה ברשימות שיעורים לשבועות (יט: בענין דין גברא וחפצא בשבועות ובנדרים אות ב, לה. בענין שם בשבועה אות ב).

ה' בשבועת היסת. אמנם הר"ן (ריש מס' נדרים) נקט דאפי' בלי שם ה' חל חלות שבועה.[1131] ונראה לבאר לפי דעתו דהא דבשבועות הדיינין צריך שם ה' הוא מגזה"כ ובשמו תשבע, דהיינו דכשצריך לישבע שבועת הדיינים יש דין להזכיר שם ה' אפי' אם לא צריך שם זה לחלות שבועה דעלמא. ולפי"ז מסתבר לומר כשיטת רש"י דשבועת היסת לא צריך שם ה' דאינה חלות שם שבועת הדיינים אלא רק חלות שם שבועת ביטוי בעלמא.[1132]

משתבעי הני עדים דיהיבנא ליה, ומשתבע מלוה דלא שקיל ליה.

הראשונים נחלקו בגדר השבועות דנשבעין השלוחים והמלוה, האם נשבעין שבועת המשנה עם נקיטת חפץ או"ד שבועת היסת בלי נקיטת חפץ. דרש"י (ד"ה והשתא) משמע שגם השלוחים וגם המלוה נשבעין שבועת הדיינין של המשנה, דהרי רש"י השווה השלוחין והמלוה לחנוני והפועלים בדין דחנוני על פנקסו. וכן נקט בעה"מ (יז: בדפי הרי"ף) להדיא וז"ל ונ"ל ששתיהן שבועות חמורות כעין דאורייתא הן וכדין חנוני על פנקסו עכ"ל. מאידך הרי"ף (יח.) חילק בין השלוחין לבין המלוה. דהיינו דהמלוה חייב בשבועת המשנה מכיון דנוטל ממון מהלוה והוי כמו הפועל בדין חנוני על פנקסו. ברם השלוחין דנשבעין ונפטרין צריכים רק שבועת היסת בלבד, וז"ל הלכך כדאמרי פרענוה למלוה הוו כמאן דאמר ליה מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום דמשתבע היסת ומפטר הלכך משתבעי הני שלוחי דיהבוה ליה למלוה ומפטרי ומלוה דאמר לא נפרעתי כיון דלוה לא יכיל למימר ליה ודאי פרעתיך דהא לא ידע אי פרעי ליה הנך שלוחים או לא הוה ליה כדין חנוני על פנקסו דכי היכי דאי אמר ליה בעל הבית לחנוני תן לפועלי בסלע מעות הוא אומר נתתי והן אומרים לא נטלנו משתבעי הנך פועלים דלא שקלי מידי מאגרייהו מיניה דחנוני ושקלי מיניה דבעל הבית דלא ידע אי פרע להו חנוני או לא הכי נמי משתבע מלוה בגזירה כעין שבועה דאורייתא דלא פרעי ליה מידי הנך שלוחים ופרע ליה לוה למלוה עכ"ל.

ויש בזה שיטה שלישית, דהרמב"ם (פרק א בהלכות שלוחין הל"ז) כתב וז"ל השולח מעות שבידו ביד שלוחו ואמר לו הולך ממון זה לפלוני שאני חייב לו והלך ונתן לו שלא בעדים, השליח אומר נתתי ובעל חוב או הפועל אומר לא לקחתי והרי שלשתן עומדין השליח נשבע היסת שנתן ובעל חוב או הפועל נשבע שלא לקח וישלם הלה לבעל חוב או לבעל הפקדון, ואפילו היו השלוחין שנים אין עדותן מועילה מפני שהן נוגעין בעדותן

[1131] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לשבועות (לה. בענין שם בשבועה אות א).

[1132] דשבועת הדיינים נותנת לנשבע אותה חלות דין נאמנות דגברא בב"ד משא"כ שבועת ביטוי דאינה נותנת נאמנות לגברא בב"ד דאינה אלא ראייה ואומדנא בעלמא דמסתמא הנשבע אינו משקר דהרי לא ירצה לעבור על האיסור דשבועת שקר.

שהרי חייבין להשבע היסת עכ"ל. ולפי הגירסא הזאת גם השלוחין וגם מלוה נשבעין שבועת היסת בלי נקיטת חפץ.

ובביאור יסוד המחלוקת יש להקדים מחלוקת אחרת בנוגע לחנוני על פנקסו. דהר"ן (יח. בדפי הרי"ף) נקט דאם מת החנוני, ועכשיו הדין תורה הוא בין בעל הבית לבין הפועלים, אזי הפועלים נוטלים בלי שבועה כיון דהוי דין של איני יודע אם פרעתיך. אמנם אם מתו הפועלים ועכשיו הדין תורה הוא בין בעל הבית לבין החנוני אזי זה הוי דין של איני יודע אם נתחייבתי לך ולכן החנוני עדיין חייב לישבע. ואלו דבריו וז"ל אם מת חנוני שקלי בלא שבועה מהאי טעמא אבל אם מתו פועלים אין חנוני נוטל בלא שבועה משום דחנוני מדינא אפי' בשבועה לא שקיל דהוה ליה כמנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם נתחייבתי לך אלא דהימנוה רבנן בשבועה לפי שהוא נתן לו רשות ליתן לפועליו עכ"ל. **אמנם** בהמשך דבריו הר"ן הביא דהרמב"ם חולק על זה ונקט דהיכא דמת הפועלם גם החנוני נוטל בלי שבועה. ואלו דברי הרמב"ם (פרק טז מהלכות מלוה ולוה הל"ג) וז"ל חנוני שהיה נותן לבעל הבית מן החנות כל מה שירצה בתורת הלואה ומקיפו עד שיתקבץ הכל ופורע לו ואמר לו בעל הבית תן לפועלים סלע או לבעל חובי מנה שיש לו אצלי ואני אתן לך והרי החנוני אומר נתתי והפועל או בעל חובו אומר לא לקחתי הרי הפועל או בעל חוב נשבע ונוטל מבעל הבית חובו, וכן החנוני נשבע ונוטל מבעל הבית מה שטען שנתן שהרי הוא אמר לו ליתן, והפועל נשבע במעמד החנוני וכן החנוני במעמד הפועל או בעל חוב כדי שיכלמו זה מזה וכן כל כיוצא בזה ושבועה זו תקנת חכמים היא בנקיטת חפץ מפני שבאין שניהן ליטול, לפיכך אם מת החנוני נוטל בעל חוב בלא שבועה וכן אם מת פועל או בעל חוב החנוני נוטל בלא שבועה שהרי אין בעל הבית מפסיד כלום ואינו משלם אלא תשלום אחד עכ"ל.

ויוצא דהרמב"ם סבור דהחנוני לוקח מבעל הבית בלי שבועה אם מתו הפועלים אע"פ דלכאורה הוי דין של איני יודע אם נתחייבתי מצד בעל הבית. ונראה לבאר את שיטת הרמב"ם ע"פ דבריו (פרק ה מהלכות שאלה ופקדון הל"ד) בנוגע למפקיד שקיבל פקדון מב' בני אדם ושכח מה קיבל מכל אחד מהם וז"ל שנים שהפקידו אצל אחד זה מאה וזה מאתים וכל אחד משניהם אומר אני הוא שהפקדתי המאתים והשומר אומר איני יודע ישבע כל אחד מהן שהפקיד מאתים ונוטל כדין כל נשבע ונוטל ויתן מאתים לזה ומאתים לזה ומפסיד מאה מביתו שהרי הוא פושע שהיה לו לכתוב שם כל אחד על כיס שלו, לפיכך אם הביאו לו השנים כאחד שלש מאות בכרך אחד ובאו ותבעו וכל אחד אומר המאתים שלי נותן מנה לזה ומנה לזה והשאר יהיה מונח אצלו עד לעולם או

עד שיודה האחד לחבירו, שהרי הוא אומר להם כיון שראיתי שאין אתם מקפידין זה על זה והבאתם בכרך אחד לא הטרחתי עצמי לידע ולזכור תמיד מי בעל המאה ומי בעל המאתים עכ"ל. ויש לדייק דהרמב"ם כתב "שהרי הוא פושע" כלומר, דהטעם דהשומר חייב לפרוע מאתים לב' המפקידים הוא מפני דהשומר פשע. ונראה דאין כוונת הרמב"ם דהשומר פשע בהלכות שמירה וחייב מדין פושע, אלא דכוונתו דהוה ליה למידע. ויוצא מדברי הרמב"ם דהיכא דאדם אחד בודאי חייב ממון לאחר אבל לא ברור אם הוא חייב לראובן או לשמעון ושניהם תובעים אותו, אזי אם הספק הזה הוי בגדר דהוה ליה למידע, הנתבע חייב לפרוע לכל אחד מהם.[1133]

ולכאורה גם בחנוני על פנקסו הרמב"ם סבור דיש לבעה"ב חיוב לשלם לחנוני וגם לפועלים מכיון דהוא מעין פושע והוה ליה למידע. דהרי גם בחנוני על פנסקו, בעל הבית בודאי חייב לשלם לאחד מהם. וגם לכל הפחות בנוגע לחנוני יש גדר שבעל הבית פושע והוה ליה למידע. דעיין בלשון הרמב"ם (פרק טז מהלכות מלוה ולוה הל"ה) וז"ל וכן החנוני נשבע ונוטל מבעל הבית מה שטען שנתן שהרי הוא אמר לו ליתן עכ"ל. ונראה דכוונת הרמב"ם היא דמכיון דבעל הבית אמר לחנוני שהוא ישלם לו כשהחנוני נותן לפועלים, אזי בעל הבית הוי מעין פושע והוה ליה למידע. וא"כ בעל הבית בודאי חייב לאחד מהם וגם הוה ליה למידע אזי הוא חייב לשניהם ע"פ דין. וזוהי ההסבר בדעת הרמב"ם דהיכא דמת הפועלים דהחנוני נוטל בלי שבועה דהרי בעצם בעל הבית חייב לו ע"פ דין בגלל דיש ודאי חיוב על בעל הבית לשלם לאחד מהם וגם הוה ליה למידע.[1134]

והנה הבאנו לעיל את שיטת הרמב"ם בנוגע לשבועות דהשלוחין והמלוה בסוגיא דידן, דשניהם נשבעין שבועת היסת ולא שבועת המשנה כמו בחנוני על פנקסו. וע"פ הנ"ל החילוק בין סוגיא דידן לבין חנוני על פנקסו ברור. דהחנוני בודאי חייב לאחד מהם והוא גם פושע במקצת והוה ליה למידע לאיזה מהן חייב. ולכן החנוני חייב לשלם לשניהם אלא דהם צריכים לישבע שבועת המתניתין כדי להפיס דעתו של בעל הבית. אמנם ההיכי תמצי דשלוחין והמלוה חלוק מזה דהרי אין הלוה בודאי חייב לשלם כלל, דהרי אם השלוחין אומרים האמת והם נתנו את הממון למלוה הרי אין כאן עוד חיוב ממון. ולכן כל המקרה והדין שונה ואין להשוות את הסוגיא דידן לדין חנוני על פנקסו.

[1133] והשווה לדברי רבינו זצ"ל בביאור שיטת הרמב"ם ברשימות שיעורים לשבועות (מז: ד"ה החנוני על פנקסו).

[1134] לכאורה הרמב"ם בעצמו כתב טעם אחר בסוף ההלכה וז"ל שהרי אין בעל הבית מפסיד כלום ואינו משלם אלא תשלום אחד עכ"ל. ולכאורה יש לעיין היאך הביאור דרבינו זצ"ל עולה ביחד עם דברי הרמב"ם בסוף ההלכה. ועוד קשה שהרי בשומר שנטל ממון משניהם ופשע דהוה ליה למידע ממי נטל שניהם נוטלים בשבועת הנוטלים, ואילו במתו הפועלים הרמב"ם פסק שבעה"ב משלם לחנוני בלי שבועה כלל. ומשמע שסברת הרמב"ם בחנוני היא משום שבעה"ב האמינו לשלם לפועלים, והוי תקנה מיוחדת לחנוני, ולא משום דהוה ליה למידע.

אמנם כל זה לשיטת הרמב"ם דבעל הבית חייב לשניהם ע"פ דין משום דהוא בודאי חייב לאחד מהם והוה ליה למידע. אבל רש"י ובעה"מ נקטו דחנוני על פנקסו דומה לסוגיא דידן וצ"ל דהיה להם הסבר אחר בדין חנוני על פנקסו למה בעל הבית חייב לשלם לשניהם. ונראה לבאר דבאמת יש לבעל הבית שני דיני תורה שונים – אחד עם החנוני ואחד עם פועלים. דלגבי הפועלים יש לו טענה של איני יודע אם פרעתיך, דהיינו דיש עליו חזקת חיוב, ומעיקר הדין בעל הבית חייב לשלם לפועלים. ולגבי החנוני יש לבעל הבית טענה של איני יודע אם נתחייבתי דהרי לא ידוע אם באמת החנוני שילם לפועלים, וטענה כזאת לבד אינה מחייבת את בעל הבית. אמנם יש דין דאם החנוני והפועלים תובעים את הממון מבעל הבית בבת אחת, אזי אין ב"ד יכול להאמין אחד יותר מהשני דהרי יש לכל אחד טענה המכחישה את טענת חבירו וצריך איפוא להיות דין אחד לשניהם. ומכיון דמעיקר הדין בעל הבית חייב לשלם לפועלים דהוי מקרה של איני יודע אם פרעתיך, אזי הב"ד גם צריך לחייב את בעל הבית לשלם לחנוני כמוהם כי צריך להיות דין אחד לשניהם. ולפיכך הדין הוא דבעל הבית חייב לשלם לשניהם והם צריכים לישבע כדי להפיס דעתו.

ולפי"ז מובנת שיטת הר"ן דהיכא דמת החנוני אזי הפועלים מקבלים הממון בלי שבועה. דהרי מעיקר הדין בעל הבית חייב לפרוע להם מדין איני יודע אם פרעתיך, וכל השבועה הוא בגלל דצריך להיות דין אחד לפועלים ולחנוני מכיון דשניהם באים בב"א עם טענות דומות. אבל, אם הפועלים נפטרו אזי חוזרים לעיקר הדין של החנוני דהוי איני יודע אם נתחייבתי ולכן צריך לישבע כדי ליטול.

וע"פ הנ"ל יש להבין למה הסוגיא דידן דומה לחנוני על פנקסו. דהרי לפי הרמב"ם הדין של חנוני על פנקסו תלוי בזה דבעל הבית בודאי חייב לאחד מהם וזה אינו שייך בשליח לפריעת חוב כמו שביארנו לעיל. אמנם לפי הביאור השני, הדין דחנוני על פנקסו תלוי בטענות מכחישות וזה שייך נמי בהיכי תמצי דידן שהשלוחין טוענים שהם נתנו את הממון למלוה והמלוה טוען שהוא לא קיבל את הממון. וההבדל היחיד בין חנוני על פנקסו לבין הסוגיא דידן הוא דבחנוני על פנקסו יש טענות מכחישות מב' תובעים, דגם הפועלים וגם החנוני תובעים ממון מבעל הבית. אמנם בסוגיא דידן, השלוחין אינן תובעין ממון אלא נתבעין ע"י הלוה. ברם זה אינו משנה את עצם הדמיון בין סוגיא דידן לבין חנוני על פנקסו, דהיינו דבשניהם יש טענות מכחישות וב"ד איפוא אינו יכול להאמין אחד יותר מהשני.

ועכשיו יש לבאר גם את המחלוקת בין רש"י והרי"ף האם השלוחין נשבעין שבועת היסת או שבועת המשנה. דרש"י נקט דמכיון דסוגיא דידן דומה לחנוני על פנקסו כולם חייבים שבועת המשנה. אמנם הרי"ף נקט דאפי' בלי הדין של חנוני על פנקסו בכל מקרה השלוחין היו חייבין שבועת היסת ללוה מכיון דהם כופרים בכל. ולכן אין טעם לשנות את השבועה שלהם משבועת היסת לשבועת המשנה והם נשבעין שבועת היסת. ולכן הרי"ף סבור דרק המלוה חייב לישבע שבועת המשנה.

תוד"ה והשתא. בא"ד. ואומר ר"י דלכך אין נאמנים לאחר שנשבעו משום דרחמנא אמר וכו'.

ולכאורה קשה להבין תירוץ הר"י. דבשלמא אם השבועה באה להוסיף נאמנות לעדים, אזי שפיר מובן למה העדים דטעונים שבועה כזאת פסולים להעיד. אבל כאן לגבי שליחים דצריכים שבועת היסת, אין השבועה מוסיפה להם נאמנות אלא השבועה רק מסירה את הנגיעות דיש להם. והרי מבואר בתוס' בב"ב (מג. ד"ה וליסלקו) דכשאדם נוגע בדבר ואז הנגיעה נסתלקה אזי הוא הופך להיות עד כשר, וז"ל ואור"י דלא שייך תחילתו בפסלות (כלומר, דפסול אפי' לאחר דהפסול נסתלק) הכא כיון שאין פסלות תלוי בגוף אלא בממון עכ"ל. וא"כ לכאורה גם כאן, השבועה רק מסירה את הנגיעות של השליחים, וא"כ לכאורה הם ראויים להיות עדים כשרים אחרי השבועה כי הנאמנות להעיד שלהם באמת נובע רק מדיבורם בלבד ולא מהשבועה.[1135]

ונראה לבאר עפ"י תירוץ הרשב"א לקושיית התוס', וז"ל וא"ת ליהמנינהו בשבועה דכיון דמשתבעי איסתלקה נגיעת עדותן וחזרו לכשרותן, י"ל כיון דאתה מצריכן שבועה נפקי להו מתורת עדים והוו כבעלי דבר עכ"ל. כלומר, אין הפשט דעצם השבועה מסלקת מהם את הנאמנות דעדים. אלא, דיש תרתי דסתרי להיות גם בעל דין וגם עד באותו דין תורה. ומכיון דהשבועה מגדירה את השלוחים להיות כבעלי דין ולא כעדים, ממילא הם אינם יכולים להעיד. ואין לומר דבתחילה הם היו בעלי דין ונשבעין ואז אחרי שהשבועה נתקבלה בב"ד אזי יכולים הם להפוך להיות עדים ולהעיד, דהרי אין כח השבועה תלוי במעשה השבועה עצמה בלבד, כלומר דאין לומר דמעשה השבועה כשלעצמה פוטרת את הנשבע אותה מלשלם, אלא דהשבועה יוצרת חלות נאמנות עבור מי שנשבע אותה והחלות הנאמנות הזאת חלה על הנשבע למשך כל הדין תורה. ואם יש היכי תמצא דחלות הנאמנות דהשבועה נסתלקה מהנשבע, אזי הוא חוזר להיות חייב לתובע. למשל,

[1135] אמנם עיין ביד רמה (ב"ב מג. אות קל) דביאר הסוגיא דידן דחל על העדים הדין דתחילתו בפסול ולכן הם פסולים מלהעיד אפי' לאחר דהנגיעות שלהם מסולקת ע"י השבועה.

אם אדם תובע ממון מאשת איש והיא נשבעה שאינה חייבת הממון לתובע, לו יצוייר דבעלה היה יכול להפר את השבועה דידה אזי היתה חוזרת להיות חייבת אע"פ דנשבעה כבר, דהרי עכשיו אין לה חלות הנאמנות דשבועה. וא"כ אין לומר דאחרי דהשלוחים נשבעו והיו בעלי דבר דעכשיו יכולים הם להעיד בתורת עדים דתו אינם בעלי דבר, דזה אינו, דהרי הנאמנות שלהם נגד טענת המשלח תלויה ועומדת בחלות השבועה. ומכיון דהם תמיד צריכים את חלות השבועה להאמינם עדיין יש להם חלות שם בעלי דבר ומופקעים הם מלהיות עדים באותו דין תורה. וזה שלא כציור בב"ב דהוי נגיעות ממון דעלמא בתורת בעלי הבית וכשמסתלקים מבעלותם תו אינם נוגעים כלל בעדותם, עיי"ש.

אמנם עיין בריטב"א (ד"ה השתא) דלכאורה נקט דעדות השלוחים אינה פסולה מטעם בעלי דבר אלא מטעם נגיעות וחשש שקר. דהריטב"א הקשה כמו התוס' דלאחר השבועה הרי הם אינן עוד נוגעין בעדות ולמה פסולים להעיד, ולא תירץ כמו התוס' דיש דין דמי שנשבע הוי בעל דבר דפסול להעיד. אלא תירץ באופן אחר וז"ל והנכון דאנן בעינן בעדות תחלתו וסופו בכשרות הלכך התם כל כמה דלא סליקו נפשייהו הרי הם כבני העיר ובעלי דבר נינהו ולא עדים כלל, וכדאמרינן התם במכות (ו.) רובע יציל נרבע יציל במקיימי דבר הכתוב מדבר, ומכי סליקו נפשייהו (ו)הוו עדים והוו להו תחלתן וסופן בכשרות, אבל הכא מקמי דלפטרינהו לוה אינם בעלי דבר לגבי מלוה אלא עדים והוו להו נוגעים בעדות ופסלי ליה, וכי פטרינהו לוה השתא ואיתכשרו הוו להו תחלתן בפסלות וסופן בכשרות וכן תירץ ה"ר אשר ברבי משולם עכ"ל. דהיינו, דבדרך כלל בעינן תחילתו וסופו בכשרות וכל נגיעה שקיימת בתחילת הדין תורה פוסל את העדים בסוף. והיוצא מן הכלל הוא הבעל דבר עצמו דמופקע מתורת עדות ואינו נחשב כעד בכלל ולכן לא הוי תחילתו בפסול. וזה דומה לשיטת הראב"ד (עיין בראש"ש מכות פרק א סימן יג, הובא לעיל מג. ד"ה איתמר רב אמר שליח נעשה עד, אות ד) בנוגע לבעל דבר בדין נמצא אחד קרוב או פסול דלא חל דין זה בבעל דבר משום דאינו עד כלל ולא הוי עד פסול. ויוצא מדברי הריטב"א דהשלוחים אינם פסולים מדין בעלי דבר אלא להיפך, הם אינם נחשבים כבעלי דבר ופסולים מדין נוגע בעדות. ומכיון דחל בהם חלות פסול ואינם מופקעים לגמרי, אזי הפסול הזה נמשך אפי' לאחר דהנגיעות נתסלקה ע"י שבועה.

בא"ד. **דבשני עדים לא שייך לומר מגו שיהו נאמנים במגו לפי שאין האחד יודע מה בדעת חבירו לטעון א"כ הכא אמאי נאמנים במגו וכו'**.

לפי התוס' לא אמרינן מיגו לשני עדים מכיון דאין האחד יודע מה בדעת חבירו. ולכן הקשו דהכלל הזה גם מפקיע המיגו בסוגיא דידן בשני השלוחים. והנה עיין בתוס' ב"ב (לא: ד"ה וזו באה) דהקשו דבמקום תרי ותרי יש להאמין הכת הבתראי במיגו דיכלי לפסול הכת הראשון בגזלנותא, ותירצו בב' אופנים, וז"ל ונראה לי דמיגו במקום עדים לא אמרינן (ועוד) דמיגו לא יוכל לסייעם יותר משני עדים ואפי' היו עמהן ק' עדים אין נאמנין דתרי כמאה, ועוד אומר ר"י דלא שייך מיגו דאין דעת שניהם שוה ומה שירצה זה לטעון לא יטעון זה עכ"ל. דהיינו, דהתירוץ השני דהתוס' הוא על פי יסוד של הר"י המובא בתוס' דידן דלא אמרינן מיגו בב' בני אדם. אבל התירוץ הראשון הוא דהיכא דיש ב' כתי עדים המכחישים זה את הזה המיגו לא מועיל מכיון דאי אפשר להוסיף נאמנות לעדות במיגו. דמכיון דתרי כמאה כבר יש המדריגה הכי גבוהה של נאמנות בשני הצדדים ומיגו אינו מהני להכריע בין כתי העדים.

ויש להעיר דלפי התירוץ הראשון בתוס' ב"ב לא קשה קושיית התוס' בסוגיין. דהרי כאן אין תפקיד המיגו להכריע בין ב' כתי עדים דכאמור לא מהני כי א"א להוסיף נאמנות לכת של עדים. אלא דתפקיד המיגו בסוגיא דידן הוא לסלק את הנגיעות מהעדים כדי שיהיו יכולים להעיד. כי אין חסרון בעצם לעשות מיגו בב' אנשים. וא"כ מובן למה המיגו מועיל בב' עדים בסוגיא דידן, וקושיית התוס' היא רק לפי שיטת הר"י דאין מיגו בב' עדים כלל.

גמ'. תנן התם נערה המאורסה היא ואביה מקבלין את גיטה.

בענין גירושין דנערה וקטנה

א

ביאור הרמב"ן בדעת רש"י

כבר הבאנו בשיעורים לעיל (דף י. תוד"ה ומקבל את גיטה) דנחלקו הראשונים בדין קטנה לפי החכמים. דהתוס' (ד"ה תנן התם) הביאו את שיטת רש"י דבקטנה גם החכמים מודים דרק אביה מקבלת את גיטה ולא היא, והתוס' עצמם חלקו עליו ונקטו דקטנה יכולה לקבל את גיטה כמו נערה. ועיין ברמב"ן (שם ד"ה הא דתנן) דהקשה על רש"י וז"ל ואיני יודע מה טעם בקטנה שאביה ולא היא יותר מנערה עכ"ל. והרמב"ן תירץ וז"ל ואפשר משום דנערה מתורת שליחות איתרבאי כדקיי"ל לקמן דאינה עושה שליח, וכיון שכן קטנה דליתה בת שליחות ולא בת זכיה משל אחרים אין לה יד כלל עכ"ל. כלומר, דבאמת גם נערה אינה מקבלת גט בתורת עצמה אלא בתורת שליח דהאב, ומכיון דקטנה אינה בת שליחות משו"ה אינה יכולה לקבל גט בשביל האב.

ויש להעיר כמה הערות בשיטת הרמב"ן:

א) לפי הרמב"ן מבואר דהאב הוי בעל הגירושין בגירושי קטנה ונערה, ואפי' נערה רק מקבלת גיטה בתורת שליח דהאב. ולכאורה יש בזה נ"מ לנוסח הגט. דהרי בשולחן ערוך (אה"ע סדר הגט סעיף צו) יש ב' דעות בנוסח הגט בגירושי קטנה, האם נוסח הגט קאי על האב או על הבת וז"ל קטנה המתגרשת על ידי אביה, יש להחמיר לכתוב שני גיטין וליתנם לה, האחד כנוסח שאר גיטין, והאחד יכתוב בו בתך פלונית דהות אנתתי וכו' עכ"ל. ולפי הרמב"ן דהאב עושה את מעשה הגירושין והבת רק יכולה לקבל הגט בתורת שליח, מסתבר דלשון הגט קאי על האב וצ"ל "בתך פלונית" ולא "הרי את מגורשת ממני".[1136] וזה כמו שיטת הר"ן (ה. בדפי הרי"ף) דהבאנו בשיעורים לעיל (ט. ד"ה ואמר רבא כו' כתבו על הנייר).

ב) נקטינן דקטן אינו יכול להיות שליח. ויש לעיין בגדר הדברים דהרי י"ל דהחסרון דקטן הוא במינוי השליחות, דהיינו דקטן מופקע מלהיות ממונה כשליח. ומאידך י"ל דקטן אינו רק מופקע ממינוי שליחות, אלא דאין שליחות חלה לקטן כלל, ומשום דאין מעשה הקטן יכול להתייחס למשלח. ונראה דיש נ"מ בין ב' הצדדים האם קטן יכול להיות שליח היכא דהשליחות חלה בלי מינוי המשלח כגון בקבלת גט ע"י בתו. ונראה דהרמב"ן נקט כצד הב' דקטן מופקע מחלות שליחות ואפי' כשאין צורך במינוי. דהרי האב לא מינה את הנערה להיות שלוחו בקבלת הגט אלא דהיא נעשית שלוחו ממילא מדין התורה, ואעפ"כ סובר דקטנה מופקע מחלות השליחות.

וכבר הבאנו בשיעורים לעיל (יט. ד"ה אמר רבא) את שיטת הרא"ש (פרק א סימן טו, פרק ב סימן ו) דקטנה יכולה לקבל קידושין לעצמה מדעת אביה בתורת שליחות דהאב, וז"ל הלכך נראה לי דהא דאין שליחות לקטן היינו כשעשה שליחות לזכות לאחר דמיעוטא דקטן משליחות היינו משום דאיש כתיב בכל דוכתא דאתרבאי שליח בגט ובתרומה ובפסח לקמן בריש פ' האיש מקדש (מא.) והיינו דוקא לזכות לאחר בשליחותו אבל בקידושי קטנה שהיא זוכה לעצמה בשליחות אביה מהני שליחותה לעצמה כאילו קבל אביה קידושין בשבילה דקטן אית ליה זכייה כשדעת אחרת מקנה לו ובשליחות אביה היא זוכה לעצמה עכ"ל. וא"כ יוצא דמצד אחד הרא"ש הסכים עם הרמב"ן אבל מצד שני חולק עליו. דהרי הרא"ש נקט כמו הרמב"ן דקטנה אינה יכולה להיות שליח האב אפי' כשאין צורך למינוי. אבל מצד שני ס"ל להרא"ש דהיא יכולה להיות שליח האב

[1136] אך לפי"ז ה"ה בגירושי נערה ולא רק בגירושי קטנה.

כדי לזכות לעצמה.[1137]

ב

ביאור אחר בדעת רש"י

ונראה דיש לבאר את שיטת רש"י באופן אחר ואין צורך לומר דנערה מקבלת את גיטה רק בתורת שליח האב. דעיין בשיעורים לעיל (י. תוד"ה ומקבל את גיטה) שיש להקשות על רש"י ממה דמבואר בהגמ' דלאחר מיתת האב הקטנה יכולה לקבל את גיטה בעצמה, וצ"ע דמאי שנא קטנה בחיי האב מלאחר מיתת האב. וביארנו שם דלפי רש"י שאני חלות קידושי קטנה ע"י האב מחלות קידושי נערה ע"י האב. דבקטנה האב הוי בעל החלות ולכן כשהוא קיים יש רק לו את הזכות להפקיע את חלות הקידושין בגט. משא"כ כשהאב מקדש את בתו נערה אזי החלות נקראת על שמה ולכן היא תמיד יכולה לקבל את גיטה בעצמה. ועיי"ש בשיעורים באריכות. ולפי"ז י"ל דזוהי נמי סברת רש"י לחלק בין קטנה לנערה – דבנערה האישות נקראת על שמה ולכן היא יכולה לקבל את הגט בעצמה, משא"כ קידושי קטנה דנקראין על שם האב ולכן רק אצלו יש הזכות לקבל את גיטה.

ג

ספיקת רבא האם נערה עושה שליח

ועיין בתוס' (ד"ה תנן) דהקשו על רש"י ממה דמבואר בגמ' לקמן (מד:) דהיכא דהגיע הגט ליד הקטנה בחיי אביה דהיא מגורשת. דעיי"ש בגמ' לקמן וז"ל בעא מיניה רבא מרב נחמן נערה מהו שתעשה שליח לקבל גיטה מיד בעלה וכו' והכי קמיבעיא ליה מי אלימא כיד אביה לשויה איהי שליח או לא, א"ל אין עושה שליח איתיביה קטנה שאמרה התקבל לי גיטי אינו גט עד שיגיע גט לידה, הא נערה ה"ז גט, הכא במאי עסקינן בשאין לה אב עכ"ל. הרי ברור מההוא"א של הגמ' דהברייתא איירי בחיי האב, ואעפ"כ הקטנה מגורשת כשהגיע הגט לידה, והוא נגד שיטת רש"י.

והרמב"ן (מג: ד"ה הא דתנן) תירץ לפי רש"י דזה דקטנה אינה מקבלת גט לעצמה תלויה בב' הדעות בגמ' לקמן האם נערה עושה שליח לקבל גיטה. דלפי רב נחמן דנערה אינה עושה שליח לעצמה, אזי אין קטנה מקבלת גיטה לעצמה, ואילו לפי רבא דנערה עושה שליח,

[1137] אמנם עיין בראש"ש למס' גיטין (פ"ז אות ט') דמסופק האם קטנה מקבל את גיטה במקום האב, ובביאורו כתב בנוגע לנערה וז"ל יד יתרה זכי לה רחמנא שהוסיף לה יד אביה על ידי עצמה דיד עצמה עיקר שיש לה בבגרותה וגם בנערותיה וכו' עכ"ל. ומשמע קצת דה"ה בקטנה בגט. ויוצא דעיקר היד בגירושין הוא של הבת אפי' דקטנה ואילו בקידושין עיקר היד הוי של האב.

אזי י"ל דקטנה נמי יכולה לקבל גט לעצמה. ולכן אין להוכיח מקושית רבא דקטנה יכולה לקבל גט בעצמה, דהרי רש"י אמר שיטתו רק לפי רב נחמן דהוי מסקנת הגמ'.

ועיי"ש ברמב"ן דביאר הסברא הזו למה הדין דקטנה מקבלת גיטה בעצמה תלויה במחלוקת האמוראים האם נערה עושה שליח, וז"ל ועוד אפשר לי לדחוק ולומר דלרבא דסבר נערה עושה שליח לאו מטעם שליחות אתרבאי אלא יד אביה יד יתירא הוא דזכי לה רחמנא ואפשר דאפי' קטנה נמי, אבל מאחר דקיי"ל דמשום יד אביה אתרבאי ואינה עושה שליח אלמא אינה אלא שליח אביה שנתנה לה התורה רשות לזכות לו ולהכניס עצמה לרשותו, מעתה קטנה שאינה בתורת שליחות, אביה ולא היא, שאין לקטנה שיש לה אב יד לשום דבר בין להכניס עצמה לרשות אביה בין להפקיע, אבל בנערה כיון שיש לה דעת ירדה תורה לסוף דעתו של אב שהוא רוצה שתכניס עצמה לרשותו, ודבר זה צריך תלמוד עכ"ל. כלומר, דספיקת רבא האם נערה עושה שליח לקבל גיטה תלויה בחקירה יסודית לגבי כח האב לקבל גט בעד בתו. דאם נערה עושה שליח זאת אומרת דהבת עצמה הוי עיקר בעלת הגירושין ואביה מקבל את גיטה רק מדין יד יתירא דזכי לה רחמנא. ולפי"ז גם קטנה יכולה לקבל את גיטה בעצמה דהרי הבת עצמה הוי עיקר היד לגירושין. אבל אם נערה אינה עושה שליח זאת אומרת דהאב הוי עיקר היד לגירושין והנערה רק מקבלת את הגט בתורת שליח האב ולכן היא אינה יכולה לעשות שליח בעצמה. וא"כ רק נערה יכולה לקבל את גיטה משום דהוה בת שליחות ומקבלת את הגט בתורת שליח דהאב, אבל קטנה דלאו בת שליחות היא אינה יכולה לקבל את גיטה.[1138]

ויש להעיר דדברי הרמב"ן דומין לדברינו לעיל אבל עדיין חלוקין במקצת. דהרי לעיל ביארנו דלכו"ע בקידושי נערה היא עצמה בודאי הויא הבעלים על חלות הקידושין דנקראת על שמה, ולכן היא גם מהוה עיקר הבעלים על חלות הגירושין. ורק בקטנה נחלקו הראשונים האם חלות הקידושין נקראת על שמה או לא. אבל לפי הרמב"ן יוצא

[1138] ורבינו זצ"ל הוסיף דלכאורה יש להעיר על דברי הרמב"ן דאם הנערה אינה היד העיקרית דאינה יכולה למנות שליח. הרי שליחות לקבלה אינה שליחות של כח הבעלים אלא שליחות של ידו כידה כמו דבאירנו לעיל באריכות (מא. בענין שליח עושה שליח). וא"כ לכאורה היה אפשר לומר דאפי' אם באמת האב הוי הבעלים על הגירושין וקבלת הנערה מהני רק בגלל דקבלתה מצורפת לו, מ"מ למה היא לא יכולה למנות אחר לקבל את הגט בתורת ידו כידה וקבלת השליח תצטרף לאביה לפעול חלות הגירושין. ויתכן דקבלת הגט צריכה להיות ע"י בעל השטר לגרום חלות שם תפיסת בעל השטר. ואם איירי באשה גדולה דעלמא אזי היא בעלת השטר והיא יכולה למנות שליח לקבלה שידו כידה וקבלתו הוי תפיסת בעל השטר ע"פ דין. ואם היא נערה ואביה הוי בעל השטר אזי אם היא מקבלת את הגט י"ל דתפיסתה מצורפת לו ויש כאן גדר של תפיסת בעל השטר. אמנם אם אביה הוי בעל השטר והיא ממנה שליח לקבלה אזי השליח שלה רק מצורפת לה והיא עצמה אינה בעלת השטר וחסרה תפיסת בעל השטר. ולפי הצד בגמ' דהיא עושה שליח אזי ידה הוי עיקר היד לגירושין וזאת אומרת דהיא הויא בעלת השטר ולכן שליח לקבלה מהני מדין ידו כידה ונחשבת כאילו היא תופסת את השטר בידה.

דיש צד לומר דגם נערה מקבלת את גיטה כשליח של האב, והאב הוי הבעלים על חלות הקידושין ועל חלות הגירושין.

ד

ועיין בריטב"א (ד"ה פירש רש"י ז"ל) דלכאורה חולק על הרמב"ן. דהרי הוא הביא את דעת הרי"ף דקטנה בחיי אביה אינה מקבלת גיטה לדעת החכמים. ואז הקשה דמבואר בגמ' דלאחר מיתת האב דקטנה מקבלת את גיטה ולכאורה זאת אומרת דיש לה יד לקבל הגט וז"ל אע"ג דכי אין לה אב יש לה יד לקבל גיטה בקדושי אביה, התם כיון שאין לה אב נתרוקנה אצלה יד אביה וקיימה בחריקיה אבל כשיש לה אב לית לה יד כלל לא לקדושין ולא לגירושין כלל עכ"ל. ולכאורה קושיית הריטב"א מקטנה שלא בחיי אביה לקטנה בחיי אביה אינה קושיא לפי הרמב"ן. דהרי ביארנו לעיל דלפי הרמב"ן הצד דקטנה אינה מקבלת גיטה הוי משום דהאב הוי הבעלים על הגירושין והוא הוי בעל השטר וזה מבטל את ידה. וא"כ פשיטא דזה שייך רק בחיי האב, ואילו לאחר מיתת האב אזי הבת עצמה יכולה להיות בעלת השטר ותפיסתה הוי תפיסת בעל השטר.

ולכאורה רואים מקושיית הריטב"א דס"ל שהחסרון בקטנה בנוגע לקבלת הגט אינה משום דיד האב מבטל את ידה. אלא דהטעם שקטנה אינה מקבלת את גיטה בחיי אביה הוי מפני חסרון ביד הקטנה עצמה. דהרי אע"פ דיש יד לקטנה לקנות לעצמה היכא דדעת אחרת מקנה, מ"מ קטנה אינה יכולה להקנות לאחרים, ומוכח מזה דאין לה יד גמורה. והריטב"א נקט דבגיטין צריך תפיסת בעל השטר ע"י יד גמורה ולכן ראוי לומר דקטנה דאין לה יד גמורה אינה יכולה לקבל את הגט שלה בין בחיי אביה ובין בלא חיי אביה. ולכן מובנת קושיית הריטב"א, דהיינו דאם הקטנה מקבלת הגט שלא בחיי אביה, רואים מזה דיד שלה סגי לגירושין ואם יש לה יד לגירושין למה היא אינה יכולה לקבל את הגט בחיי אביה.

והריטב"א תירץ דנתרוקנה אצלה יד אביה כשהוא מת. ונראה לבאר דלפי מסקנת הריטב"א באמת אין לקטנה יד לקבל גט ומסברא היא לא יכולה לקבל גיטה אפי' שלא בחיי אביה. אמנם יש דין דלכל חלות קידושין צריך להיות אפשרות לחלות גירושין. ואם האב קידש אותה ואז הוא מת, לכאורה יש לנו מצב של חלות קידושין שאינה נתפסת בגירושין דהרי אין לה יד לקבל גיטה והאב איננו. ולכן התורה חידשה דקטנה שלא בחיי אביה מקבלת גיטה מפני דהיא מקבלת זכות האב לקבל את הגט כדי שחלות הקידושין תהא חלות אישות דנתפסת בגירושין.

רש"י ד"ה היא ואביה. בא"ד ואביה שהתורה זיכתה לו לקבל קידושיה ואיתקש יציאה להוייה.

הגמ' הביאה דין דהחכמים דהאב מקבל גט בעד בתו נערה בהדי הנערה, ורש"י מביא דהמקור לזה דהאב מקבל גיטה הוא דהאב מקבל קידושין בעד בתו נערה. ונראה דלפי רש"י בדעת החכמים חלוק הא דהנערה מקבלת גט לעצמה מזה דהאב מקבל גט בעדה. דבנוגע לנערה עצמה הרי היא גדולה ויש לה יד לגירושין. אמנם בנוגע להאב, בעצם אין לו יד לקבל גט בעד בתו נערה, אלא דיש גזה"כ דהיד שלו לקידושין מהני גם לגירושין.

ולכאורה היסוד הזה קשור לדברי התוס' בגיטין. דהרי הגמ' בגיטין (סד:) מבארת את מחלוקת התנאים האם נערה מקבלת גט לעצמה וז"ל במאי קמיפלגי, רבנן סברי ידא יתירתא זכי לה רחמנא, ורבי יהודה סבר במקום אביה יד דילה לאו כלום היא עכ"ל. ונחלקו הראשונים בביאור דברי הגמ' בדעת החכמים – איזה יד הוי העיקר ואזיה יד הוי יתירתא.[1139] ועיי"ש בתוס' (גיטין סד: ד"ה נערה) דנקטו דהיד של הנערה הויא עיקר וז"ל והא דאמרי' בגמרא יד יתירא זכי לה רחמנא היינו יד האב דיד עצמה עיקר שיש לה בבגרות ולא ניתן לה יד האב לבטל כח ידה עכ"ל. ונראה לבאר ע"פ הנ"ל, דבעצם יש לה יד לגירושין ואילו לאביה בעצם אין לו יד לגירושין עצמה אלא דיש חידוש דין דהיד שלו לקידושין מהני גם לגירושין.

וע"פ זה גם נראה לבאר שו"ט דגמ' לקמן (מד.) בנוגע לטעם דשאר האמוראים שדחו את שיטת ריש לקיש. דהרי ריש לקיש נקט דגם בקידושין החכמים סברו דהיא ואביה מקבלין את קידושיה ואילו ר' יוחנן סבור דבקידושין גם החכמים מודים דאביה ולא היא. וריש לקיש הביא ראיה לדבריו וז"ל ר' אבין הוא דעייל ואמר חברותא כולה כר' יוחנן, וצווח ריש לקיש כי כרוכיא ויצאה והיתה, וליכא דאשגח ביה עכ"ל. וצ"ב למה לא אשגחו לריש לקיש לכאורה ההיקש מלמד דאין לחלק בין גירושין לבין קידושין. ונראה לבאר דשאר האמוראים נקטו דבנוגע לגיטין מסתבר דאביה והיא מקבלין את גיטה דהרי היד שלה הוי עיקר ויד שלו נתרבתה ע"י גזה"כ מקידושין. אמנם בנוגע לקידושין יש לאב יד בתורת קידושין ולכן מסתבר דהיד שלו מבטל את היד שלה.

גמ'. וכל שאין יכולה לשמור את גיטה אין יכולה להתגרש.

א

בגדר הדין דאין יכולה לשמור את גיטה

[1139] ועיין בשיעורים לעיל (מג: ד"ה תנן התם, אות ג) לביאור רבינו זצ"ל בדעת הרמב"ן בנוגע ליד יתירא.

עיין בגמ' (יבמות קיג:) שמקשרת את הדין של קטנה דאינה יכולה לשמור את גיטה לדין של שוטה דמשלחה וחוזרת, וז"ל א"ר יצחק דבר תורה שוטה מתגרשת מידי דהוה אפקחת בעל כרחה ומה טעם אמרו אינה מגורשת שלא ינהגו בה מנהג הפקר היכי דמי אילימא דיודעת לשמור גיטה ויודעת לשמור עצמה מי נהגי בה מנהג הפקר אלא דאין יודעת לשמור לא גיטה ולא עצמה דבר תורה שוטה מתגרשת והא אמר דבי רבי ינאי (דברים פרק כד פסוק א) ונתן בידה מי שיש לה יד לגרש עצמה יצתה זו שאין לה יד לגרש עצמה ותנא דבי רבי ישמעאל (דברים פרק כד פסוק א) ושלחה מביתו מי שמשלחה ואינה חוזרת יצתה זו שמשלחה וחוזרת עכ"ל. ונחלקו הראשונים בגדר הדין דקטנה דאינה יודעת לשמור את גיטה אינה יכולה להתגרש לפי תנא דבי רבי ישמעאל משום דמשלחה וחוזרת, דרש"י לפנינו (ד"ה וכל שאינה) נקט דהיא אינה יכולה להתגרש כלל, בין ע"י עצמה ובין ע"י אביה, דהא כשוטה היא דמשלחה וחוזרת. ואילו התוס' (ד"ה וכל שאינה) חלקו עליו וסברים דהיא אינה מתגרשת ע"י עצמה אבל אביה יכולה לקבל גט בעדה. וצ"ב בביאור המחלוקת.

והגר"מ זצ"ל ביאר דפליגי בגדר החסרון של אינה יכולה לשמור את גיטה. דלפי רש"י זהו חסרון בגברא, דאשה דאינה יכולה לשמור את גיטה מופקעת מחלות גירושין, ולכן גם אביה אינה יכולה לקבל את גיטה בעדה. ואילו התוס' נקטו דחסרון היכולת לשמור את גיטה אינו מפקיע את האשה מחלות גירושין, אלא דהוי דין בנתינת הגט בתורת גירושין. דהיינו, דאע"פ דהגירושין חלין בע"כ, מ"מ מי שמקבל את הגט צריך לדעת ולהבין התוצאות של חלות הגירושין. ולכן היא בעצמה אינה יכולה לקבל את הגט בתורת גירושין בגלל דהיא אינה מבינה את מהות הגירושין, אבל אי-ידיעתה אינה פוסלת אביה מלקבל את גיטה בעדה בתורת גירושין.

והנה מצינו במקום אחר נמי דהתוס' נקטו דמשלחה ואינה חוזרת הוי דין בקבלת האשה דהיא צריכה לקבל את הגט בתורת גירושין. דאיתא במשנה בגיטין (עח.) וז"ל נתן בידה והיא ישנה ניעורה קוראה והרי הוא גיטה אינו גט עד שיאמר לה הא גיטיך עכ"ל. והתוס' (ד"ה אינו) ביארו דהיא אינה מגורשת כשהיא ישנה בגלל דהיא אינה יודעת דהיא מגורשת ולכן היא תמיד חוזרת לבעלה, וז"ל אף על פי דהאשה מתגרשת בעל כרחה מכל מקום צריך לומר לה הי גיטיך והרי את מותרת לכל אדם שתדע שהיא מגורשת ולא תהא חוזרת דבעינן שיהא משלחה ואינה חוזרת עכ"ל. ולכאורה מוכח מזה דמשלחה וחוזרת אינה הפקעת הגברא מחלות הגירושין כשיטת רש"י, דהרי המשנה איירי באשה גדולה דהויא בת דעת ובת גירושין, אלא דאע"פ דהיא ראויה לגירושין בתורת גברא,

עדיין חל הפסול דמשלחה וחוזרת מכיון דהיא לא קיבלה את הגט בתורת גירושין.[1140] ולפי"ז יוצא דשיטת התוס' בביאור המשנה דומה לשיטת הרמב"ם (פרק א מהלכות גירושין הל"ט) דגם הבין דהמשנה מורה על חסרון בנתינה בתורת גירושין, וז"ל ומנין שאינו נותנו לה אלא בתורת גירושין שנאמר ספר כריתות ונתן בידה שיתן אותו בתורת ספר כריתות, אבל אם נתנו לה בתורת שהוא שטר חוב או מזוזה או שנתנו בידה והיא ישנה ונעורה והרי הוא בידה אינו גט, ואם אמר לה אח"כ הרי הוא גיטך הרי זה גט עכ"ל.[1141]

ולכאורה היה נראה לומר דהמחלוקת בין רש"י והתוס' היא אותה מחלוקת בין ב' הברייתות ביבמות (שם). דכבר הבאנו דאיתא בגמ' ב' טעמים למה קטנה אינה יכולה להתגרש: א) דבי ר' ינאי דאין לה יד לקבל את גיטה, ב) ותנא דבי ר' ישמעאל דמשלחה וחוזרת. והיה נראה לבאר דלטעם הראשון החסרון הוי במעשה נתינת הגט כשיטת התוס', ולטעם הב' החסרון הוי בגברא, דהמתגרשת אינה בת חלות גירושין כמו שיטת רש"י.

ולפי"ז דברי רש"י (ד"ה וכל שאינה) הם כפתור ופרח, דכתב רש"י וז"ל כל שאינה יכולה לשמור את גיטה אינה יכולה להתגרש - אפילו על ידי אביה דהא שוטה היא וא"ר יצחק ושלחה מביתו (שם) מי שמשלחה ואינה חוזרת יצתה זו שמשלחה וחוזרת במסכת יבמות פ' חרש שנשא (דף קיג:) עכ"ל. הרי רש"י הביא רק הטעם הב' ביבמות דקטנה דאינה יכולה לשמור את גיטה פסולה לגירושין מדין משלחה ואינה חוזרת, אבל השמיט את הטעם הראשון דאין לה יד. ולפי דברינו זה שהשמיט רש"י הטעם דאין לה יד הוא מאד מדוייק, דהרי רק לפי הטעם דמשלחה ואינה חוזרת הקטנה מופקעת מחלות גירושין בתורת גברא וגם אביה אינה יכולה לקבל את גיטה. אבל לפי הטעם הראשון דאין לה יד, אזי אביה היה יכול לקבל את הגט בעדה. ברם התוס' לא הבינו ככה דהרי אמרו דקטנה דאינה יכולה לשמור את גיטה יכולה להתגרש ע"י האב, וז"ל שאביה משמרה שלא תחזור עכ"ל. ומשמע להדיא דהתוס' הבינו דמשלחה וחוזרת אינה הפקעת הגברא, דא"כ אין האב יכול להשלים את החסרון דיש בבתו כגברא, אלא דנקטו דמשלחה וחוזרת דין הוא במעשה נתינה לקטנה עצמה.

ויש לעיין בכוונת התוס' דהאב ישמור על בתו שלא תחזור. דבודאי א"א לומר דהתוס' התכוונו דבפועל האב ישמור עליה דהיא לא תחזור לבעלה, דהרי אם חלות הגירושין

[1140] והשווה לדברי הרשב"א (שם ד"ה נתן גט) שמשמע שאין החסרון בתורת הגירושין של הנתינה אלא בנתינה עצמה וז"ל נתן גט בידה והיא ישנה נעורה קוראה והרי הוא גיטה אינו גט. פי' אע"פ שאמר להם לעדים ראו גט שאני נותן לה משום דלאו בת אגרושי היא לפי שאין הגט שמור בידה עכ"ל.

[1141] ועיין בשיעורי הרב למסכת גיטין (עח.) דבשיעור אחר רבינו זצ"ל ביאר שתוס' והרמב"ם חלוקים, עיי"ש.

תלויה בזה דהיא נמנעת מלחזור בפועל, אזי הגירושין ראוי לחול גם אם היא סגורה בבית כלא וכדומה. אלא פשיטא דכוונת התוס' "דאביה משמרה" היא דאביה יכול לקבל את הגט בעדה בתורת גירושין.[1142] דהיינו דמופקעת היא רק מנתינת וקבלת הגט לידה אך לא מעצם חלות הגירושין דחלה מחמת קבלת האב.

ב

איזה קטנה יכולה להתקדש למיאון ולהתגרש

בנוגע לאיזה קטנה יכולה לקבל גיטה ולהתקדש בעצמה לקידושי מיאון איתא בגמ' (גיטין סה.) וז"ל אמר רבא, ג' מדות בקטן, צרור וזורקו אגוז ונוטלו זוכה לעצמו ואין זוכה לאחרים, וכנגדן בקטנה מתקדשת למיאון, הפעוטות מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין, וכנגדן בקטנה מתגרשת בקידושי אביה, הגיעו לעונת נדרים נדריהן נדר והקדשן הקדש, וכנגדן בקטנה חולצת, ולמכור בנכסי אביו עד שיהא בן עשרים עכ"ל. לפי הגירסא שלנו דהיא גירסת רש"י, קטנה מתקדשת למיאון מהזמן דהיא מבחינה בין צרור ואגוז, דהיינו דיש לה יד, אבל היא יכולה להתגרש בעצמה רק כשהיא יותר גדולה ויש לה דעת כפעוטות. מאידך עיין ברי"ף (גיטין ל: בדפי הרי"ף) דגרס להיפך וז"ל אמר רבא שלש מדות בקטן צרור וזרקו אגוז ונטלו זוכה לעצמו ואין זוכה לאחרים וכנגדו בקטנה מתגרשת בקידושי אביה, פירוש כגון שמת אביה אבל בחיי אביה והיא ברשות אביה אביה מקבל את גיטה ולא היא עכ"ל. לפי הרי"ף קטנה המבחינה בין צרור לבין אגוז מתגרשת בעצמה אבל היא יכולה להתקדש בקידושי מיאון רק משהגיעה לדעת פעוטות. ונמצא דנחלקו רש"י והרי"ף בתרתי: א) באיזה גיל קטנה יכולה להתקדש בעצמה, ב) באיזה גיל קטנה יכולה להתגרש בעצמה. ושתי המחלוקות טעונות ביאור במאי קמיפלגי.

ובנוגע לגירושין נראה דפליגי בגדר דינא דמשנה (גיטין סד:) וז"ל וכל שאינה יכולה לשמור את גיטה אינה יכולה להתגרש עכ"ל. דלפי הרי"ף כל קטנה דיודעת שהגט הוא דבר חשוב ויכולה לשומרו, דהיינו במדריגת צרור וזורקו ואגוז ונוטלו, הרי היא בגדר

[1142] ובשיעוריו למסכת גיטין (שיעורי הרב מסכת גיטין סד: בענין משלחה ואינה חוזרת) רבינו זצ"ל הציע דאולי יש ב' דעות בתוס' עצמם למה האב יכול לקבל הגט בעד בתו דאינה יכולה לשמור את הגט. דבתחילת התוס' משמע כדמבואר בפנים דבבת יש חסרון בתורת הגירושין של הנתינה לעומת האב דיכול לקבל את הגט בתורת גירושין. אבל בשלב הזה של התוס', הם ביארו את שיטתם באופן אחר, דכל החסרון בבת דאינה יכולה לשמור את הגט אינו במעשה נתינה עצמה אלא בזה דהיא חוזרת לבעלה. ומכיון דהאב שומר עליה שלא תחזור אזי הגירושין חלין. ורבינו זצ"ל הציע דיתכן דיש נ"מ האם הבת עצמה יכולה לקבל את הגט היכא דהאב נמצא שם ובודאי ישמור עליה. דלפי הטעם הראשון דיש גזה"כ דיש פסול בעצם מעשה הנתינה בתורת גירושין, אזי ברור דאין הקטנה יכולה לקבל את הגט בעצמה. אבל לפי הטעם השני י"ל דזה דהאב יכול לשמור עליה מסלק את החסרון דהיא חוזרת לבעלה ואזי היא בעצמה יכולה לקבל את הגט.

דיכולה לשמור את גיטה. כלומר דהיא בגדר דיודעת לשמור את גיטה מכיון שהיא יכולה לשמור שטר הגירושין אע"פ דהיא עדיין אינה מבינה את תוכן הגט ועניני הגירושין.[1143] ומאידך, רש"י חולק וסבור דקטנה במדריגה דצרור וזורקו אגוז ונטלו אינה יכולה להתגרש מכיון דרש"י נקט דהיא רק בגדר "יכולה לשמור את גיטה" כשהיא מבינה תוכן הגט דהיינו שהיא מתגרשת עכשיו. ולכן לפי רש"י היא מתגרשת בעצמה רק מאז שהגיעה לגדר פעוטות.[1144]

ובנוגע למחלוקת לגבי איזה קטנה יכולה להתקדש בקידושי מיאון נראה דפליגי בגדר דעת האשה בקידושי מיאון. דהרי בקידושי דאורייתא דעלמא האשה הויא דעת המקנה. ולכן הרי"ף נקט דרק קטנה דהגיעה לרמת הפעוטות יכולה להתקדש בקידושי מיאון מדרבנן כי מאז מקחה מקח וממכרה ממכר ויש לה חלות דעת מקנה לקידושין מדרבנן. ומאידך רש"י סבור דלא בעינן דעת מקנה מצד האשה לקידושי מיאון מדרבנן, אלא רק דעת זוכה בלבד, ולכן סגי לה ברמת הדעת דצרור וזורקו אגוז ונוטלו.[1145]

גמ'. ואמר ר' יוסי בר' חנינא מאי טעמיה דר' יוחנן אליבא דרבנן גירושין דמכנסת עצמה לרשות אביה בין היא ובין אביה, קידושין דמפקעת עצמה מרשות אביה, אביה ולא היא.

קידושין מפקיע את הבת מרשות אביה בנוגע לב' דינים: א) יש לאב רשות לקדש בתו ואם היא כבר מקודשת אזי הוא מפסיד הזכות לקדשה, ב) קידושין הוי תחילת חלות האישות דנגמרת בנישואין דמפקיע אותה לגמרי.

דף מד.

תוד"ה במאמר. בא"ד וי"ל דהכי קאמר צריך להודיע לה או לאביה.

ונראה דמצינו גדר דומה לזה בנוגע לגירושין דחל בע"כ, ומ"מ היא צריכה לדעת דהיא מתגרשת (עיין בשיעורים לעיל ו. בענין נתינת גט בתורת גירושין, אות ה). ברם בנוגע לגירושין נחלקו הראשונים ביסוד הדין דצריך להודיע לה. דהרי התוס' (גיטין עח. ד"ה אינו גט) כתבו

[1143] והשווה לדברי הפסקי רי"ד (סה.) דגרס כמו הרי"ף וביאר דמכיון דהיא מתגרשת בע"כ רק בעינן דתהא לה יד וז"ל אמ' רבא שלש מידות בקטן, צרור וזורקו אגוז ונוטלו זוכה לעצמו ואינו זוכה לאחרים, וכנגדו (לאחרים) בקטנה מתגרשת בקידושי אביה. פי' יכולה להתגרש, ואע"פ שקידשה אביה קידושי תורה, ואע"פ שאין לה דעה שהיא קטנה עדיין, משום דלא בענן דעת אשה בגט, ולא בעינן אלא שתהא ידה חשובה יד, וכיון שמבחנת בין אגוז לצרור מבחנת נמי בין גיטה לדבר אחר והילכך מתגרש' בקבלתה עכ"ל.

[1144] יל"ע לפי הרי"ף שאם אינה מבינה ענייני הגירושין היאך היא מתגרשת והרי היא בגדר משלחה וחוזרת. ואולי י"ל דאביה משמרה שלא תחזור. ועיין לעיל בהערה, ואליבא דרש"י שמירת האב לא מועלת.

[1145] כלומר דבקידושין דעלמא צריכים דעת מקנה מצד האשה המתקדשת משא"כ בקידושי מיאון דרק בעינן דעת האיש המקדש בלבד לקידושין והקטנה צריכא לקנות את הכסף בקנין זוכה בעלמא בלי דעת לקידושין.

וז"ל אף על פי דהאשה מתגרשת בעל כרחה מכל מקום צריך לומר לה הי גיטיך והרי את מותרת לכל אדם שתדע שהיא מגורשת ולא תהא חוזרת דבעינן שיהא משלחה ואינה חוזרת עכ"ל. ולכאורה הדין דמשלחה ואינה חוזרת הוי דין מסוים בהלכות גירושין דאינו שייך לדיני מאמר. אמנם לפי הרמב"ם (פרק א מהלכות גירושין הל"ט) זה הוי דין בהלכות נתינת הגט דצריך להיות בתורת גירושין וז"ל ומנין שאינו נותנו לה אלא בתורת גירושין, שנ' ספר כריתות ונתן בידה שיתן אותו בתורת ספר כריתות, אבל אם נתנו לה בתורת שהוא שטר חוב או מזוזה או שנתנו בידה והיא ישנה ונעורה והרי הוא בידה אינו גט, ואם אמר לה אחר כך הרי הוא גיטיך הרי זה גט עכ"ל.[1146] ולפי הרמב"ם י"ל דהדין דבמאמר צריך להודיעו לפני כן נלמד מגירושין מההיקש בין יציאה להויה.

דתניא העושה מאמר ביבמתו שלא מדעתה וכו' במאי קמיפלגי רבי סבר מילי דיבמה מיבמה הוה ליה למילף, ורבנן סברי קידושין מקידושין הוה ליה למילף.

לכאורה פליגי רבי ורבנן במה שיש לחקור בדין מאמר שקונה ביבמה מדרבנן, האם חל מדין יבום או מדין קידושין. דהיינו, רבי סבור דמאמר קונה מדין יבום ולכן הוא קונה בעל כרחה כיבום, ומאידך רבנן סברי דמאמר קונה מדין קידושין ולכן הקנין חל דוקא מדעתה כבקידושין דעלמא.[1147]

והגר"ח זצ"ל הוסיף ביאור ביסוד המחלוקת בין רבי ורבנן, דיתכן דרבי והרבנן פליגי נמי בנוגע לחלות קנין של יבום, דפליגי האם יבום מהוה חלות קנין בפני עצמו או"ד דחל מדין קנין קידושין. רבי סובר דיבום חל מדין קנין קידושין אלא דיש גזיה"כ דקונה בע"כ. ומאמר ג"כ חל מדין קנין קידושין בדומה ליבום ולכן דינו כיבום דחל בע"כ. ומאידך הרבנן סבורים שיבום מהוה חלות קנין בפני עצמו ולא חל מדין קידושין ולכן יבום מהני בע"כ משא"כ קידושין לא מהני בע"כ. ולשיטת רבנן מאמר צריך דעתה כבקידושין דעלמא מכיון דמאמר חל מדין קידושין ואינו קנין בפני עצמו כיבום. ולפי"ז מבואר דלרבי מאמר הוי חלות יבום ולרבנן הוי חלות קידושין ולא חלות יבום.[1148]

ונראה לבאר ע"פ הנ"ל מה דאיתא בשו"ע לגבי הצורך לחופה אחרי המאמר. דהמחבר עצמו (אה"ע סימן קסו סעיף ב) לא הזכיר חופה ומשמע דמיד אחרי המאמר עושים מעשה ביאה דיבום. אבל הרמ"א הוסיף וז"ל וצריכה גם כן חופה אחר קדושין, כמו שאר

[1146] והשווה לדברי רבינו זצ"ל בשיעורים לעיל (ה. תוד"ה שכן ישנן, ו. ד"ה גופא, ו. בענין נתינת הגט בתורת גירושין אות א, מג: ד"ה וכל שאין יכולה). ומבואר דדין תורת גירושין חל נמי בקידושין. כלומר דכדי שיהא נחשב לחלות שם מעשה קידושין צריכא נמי תורת קידושין, ומשו"ה שוה מאמר לגירושין.

[1147] וע"ע בזה ברשימות שיעורים ליבמות (יט: ד"ה העושה מאמר).

[1148] ועיין לעיל (יג: תוד"ה משום פריצותא) דיתכן דיש עוד נ"מ בחקירה הזאת לגבי הצורך לעדי קיום בייבום. ועיין עוד ברשימות שיעורים ריש מסכת יבמות לעוד כמה וכמה נ"מ.

אשה עכ"ל. וכן נמי משמע מהרמב"ם (פרק ב מהלכות יבום הל"א-ב) דצריך חופה אחרי המאמר דהרי הוא הזכיר ברכת נישואין, וז"ל מדברי סופרים שלא יבא היבם על יבמתו עד שיקדש אותה בפני שני עדים בפרוטה או בשוה פרוטה וזהו הנקרא מאמר וכו' וכשם שהוא מקדש את יבמתו כך הוא מברך ברכת נישואין בעשרה וכותב כתובה כדין כל נושא אשה וכו' עכ"ל. ונראה לבאר דפליגי בהנ"ל, האם מאמר חל כתחילת מצוות היבום או דהוי חלות בפני עצמו וחל כחלות קידושין. דהיינו, דאם מאמר הוי תחילת יבום מסתבר דעושים היבום עצמו מיד אחרי המאמר. אבל אם היבום הוי חלות נפרדת בשומרת יבם, אזי חלות הקידושין ע"י מאמר אינה מצטרפת לחלות מצות היבום. ובכן צריך להשלים את חלות הקידושין דמאמר ע"י חופה ורק אח"כ לעשות מעשה היבום.

ועוד נראה שיתכן לבאר את מחלוקת המחבר והרמ"א באופן אחר, דהיינו דנחלקו בגדר היחס שבין חלות קידושין לבין חלות נישואין. דהרי בשיעורים לעיל (פתיחה למסכת, אות ב' ד"ה מצות קידושין ונישואין) ביארנו דלפי הרמב"ם נישואין הוי חלק ממצות כי יקח איש אשה וכדכתב בכותרת להלכות אישות וז"ל לישא אשה בכתובה וקידושין עכ"ל, וביארנו דלפי הרמב"ם דנישואין (דהיינו מש"כ בכתובה) מהוה חלק ממצות לקיחת אשה מדאורייתא. ולפי"ז י"ל דזהו נמי יסוד שיטתו ושיטת הרמ"א בתקנת המאמר לפני ביאת יבום, דס"ל דהחכמים התקינו שהיבם מחוייב לקיים מצות "כי יקח איש אשה" מדרבנן לפני שמקיים מצות יבום בביאת יבום מדאורייתא. ובהתאם לכך חייבו את היבם לסדר חופת נישואין ביחד עם קידושי כסף ובכך לקיים את מצות "כי יקח" מדרבנן.[1149]

גמ'. ורבי יהודה מאי שנא מאמר הואיל וזקוקה ועומדת.

יש לחקור בדעת רבי יהודה דאין שתי ידות זוכות כאחד, האם זאת אומרת דאין לבת יד כלל, או"ד יש לה יד אבל זכות האב לקדשה מבטלת את היכולת של הבת לקבל קידושין.[1150] ומשמע מהגמ' דידן כצד השני דיש לה יד. דהרי זקוקה ועומדת לכאורה אינה טעם לתת לבת יד בפני עצמה אם היא חסרה יד לגמרי. אבל אם כל הטעם דהיא אינה מקבלת קידושין הוא משום דזכות האב מבטלת זכותה, אזי שפיר י"ל דכשהיא זקוקה ועומדת היא כבר כאשתו של היבם ואין זכות האב יכולה לבטל את זכותה להתקדש ליבם.

ועיין ברש"י (ד"ה הואיל) דלכאורה ביאר את הקשר בין זיקה לבין זה דהיא עושה מאמר בעצמה באופן אחר וז"ל הואל וזקוקה ועומדת – לפיכך תופס בה בכל דהו עכ"ל. ונראה

[1149] וע"ע ברשימות ליבמות (נב. ד"ה מצות יבמין).

[1150] ועיין עוד בזה בשיעורים לעיל (יט. ד"ה אמר רבא אמר רב נחמן, בדעת הרב אב ב"ד).

לבאר דכל המחלוקת בין רבי יהודה והחכמים האם שתי ידים זוכות כאחת או לא הוי בקידושין ובגירושין דהאדם מחיל את החלות. מאידך י"ל דיבום שונה בזה מגו"ק, כי ביבום חלות היבום חלה ממילא משמים.[1151] ויתכן דגם חלות מאמר חלה ממילא משמים. ואם כנים הדברים דבמאמר מעשה האדם אינו יוצר את החלות אלא גורם שהחלות תחול ממילא משמים, אז יתכן דגם מעשה דידה יכול לגרום שהחלות הזו תחול משמים ולא רק מעשה האב. דכשהגברא הוי הבעלים להחיל את החלות אזי י"ל שאין שתי ידים זוכות כאחת כי יש רק בעלים אחד ותו לא. משא"כ כשהחלות חלה מאליה משמים והגברא אינו הבעלים ורק עושה מעשה בעלמא אזי י"ל דשתי ידים אכן זוכות כאחת.

דף מד:

גמ'. או דילמא כחצר אביה דמיא ועד דמטיא ניטא לידה לא מיגרשה.

בתחילה, הגמ' קס"ד דרבא נסתפק אם נערה מקבלת הגט בתורת חצר דהאב או יד דהאב, ואח"כ נתברר דפשיטא דהיא כיד אביה אלא דעדיין יש לו ספק האם היא יכולה למנות שליח. וכל הצדדים האלו צריכים בירור. וכמו"כ צ"ב מה הפשט בהו"א של הגמ' דיש צד לומר דהבת הוי חצר האב דהרי היאך בר דעת יכול להיות חצר. ובמיוחד דפשיטא דחצר אינו קונה לעצמו ואילו נערה מדאורייתא מציאתה לעצמה ולא לאב.

וי"ל דלעולם פשיטא דאין הבת זוכה בגט ממש כחצר האב. אלא הגמ' משתמשת בחצר כמשל לזכייה דנעשית ע"י אחר ונחשב כאילו הבעלים זכה בחפצא בעצמו. כלומר, דבהו"א של הגמ' רבא נסתפק האם היא מקבלת הגט בעד עצמה מפני שהיא בעלים על הגירושין וחלות הקידושין וגירושין נקראת על שמה (כיד אביה דמיא), או"ד היא מקבלת את הגט בעד אביה דבעצם האב הוי הבעלים על הגירושין (כחצר אביה דמי).

ויש להטעים את הדמיון הזה לחצר ע"פ יסוד דיש ב' דינים בחצר: א) חצר עושה מעשה קנין בעד הבעלים, ב) חצר עושה את החפצא בתוכו תפוס לבעלים והחצר הוי כמו ידא אריכתא דבעלים.[1152] ונראה דבהו"א של הגמ' דנערה כחצר אביה דמיא הוי מדין השני של חצר, דהיינו דדבר שהיא תופסת נחשבת כנתפס ע"י האב. ולפי זה ברור שהיא אינה יכולה למנות שליח.

[1151] ועיין בזה בשיעורים לעיל (ד: ד"ה ובעלה) ובהערות שם.

[1152] עיין בזה בשיעורים לעיל (ח: בענין קבלת קידושין וגיטין ע"י חצר, אות ב).

גמ'. אלא לעולם פשיטא ליה דכי יד אביה דמיא, והכי קמיבעיא ליה מי אלימא כיד אביה לשויה איהי שליח או לא.

הגמ' הסיקה דכיד אביה דמיא, ואעפ"כ רבא נסתפק האם היא יכולה למנות שליח. ויש להסביר את יסוד הספק בג' אופנים:

א) י"ל דלפי הצד דכיד אביה דמיא, היא נחשבת כבעלים על הגירושין כמו אביה ויש לה יד בפני עצמה לקבל את הגט. דהרי כמו דאי אפשר לבר דעת להיות חצר ולזכות לאחר, כמו"כ א"א לומר דהאב הוי הבעלים על הגירושין והיא רק זוכה בעדו.

ויוצא לפי"ז דאע"פ דפשיטא לגמ' דהיא מקבלת הגט בתורת עצמה, עדיין רבא צידד לומר דהיא אינה יכולה למנות שליח. ולכאורה זה צריך בירור, דאם היא מהווה הבעלים על הגירושין למה יש צד לומר דהיא אינה יכולה למנות שליח. ונראה לבאר ע"פ מה דאיתא לעיל (מג:) דר' יוחנן נקט דבגירושין גם נערה יכולה לקבל את גיטה, אבל בקידושין רק האב יכול לקדש את בתו נערה ולא היא. והגמ' ביארה (מד.) דהחילוק בין גירושין לבין קידושין נובע מהדעת דנצרכת מצד האשה, וז"ל קידושין דמדעתה אביה ולא היא, גירושין דבעל כרחה בין היא בין אביה עכ"ל. כלומר, דבגירושין דנעשית בע"כ ולכן אין בו חלות שם בעלים כלל, ולכן יתכן לשני אנשים שונים (האב והבת) לקבל אותה גט. ומאידך בקידושין בעינן דעת בעלים, ולכן דא"א להיות שני חלותי שם בעלים על הקידושין ומשו"ה רק אדם אחד יכול לקבל את הקידושין, והוא האב ולא הבת.

ועפ"ז נראה לבאר ספיקת רבא בסוגיא דידן, האם נערה יכולה למנות שליח לקבל הגירושין. די"ל דאע"פ דאין חלות שם בעלים חל אצל גירושין, אעפ"כ מינוי שליחות לגירושין בעי דעת של הממנה, וזה גם נכלל ביסוד של ר' יוחנן דא"א שדעת של ב' בני אדם יהיו דעת בעלים בחלות גירושין או בחלות קידושין. דמכיון דהתורה נתנה הזכות של קבלת הגט להאב והוא יכול למנות שליח, אזי יתכן דהנערה עצמה אינה יכולה למנות שליח.

ב) כל זה לפי הביאור דהגמ' "דכי יד אביה דמיא" פירושה דיש לה יד בפני עצמה ואינה החצר או השליח של האב. אבל כבר הבאנו בשיעורים לעיל (מג: ד"ה תנן התם) את שיטת הרמב"ן דאפי' למסקנא רבא נסתפק בעצם הגדר של הדין דהיא מקבלת את הגט – האם היא מקבלת הגט בעצמה או בתורת שליח דהאב. וא"כ צ"ל דבההוא"א הצד דהיא כחצר דמי פירושו כחצר ממש ולא כמו שכתבנו לעיל דחצר פירושו אופן דקנין ע"י אחר. ואז הגמ' דוחה את האפשרות הזאת והסיקה דאדם אינו יכול להיות חצר ממש אלא היא

מקבלת את הגט בתורת אדם ולא בתורת חצר. ורבא נסתפק האם היא מקבלת את הגט בתורת עצמה או בתורת שליח של האב.

ג) י"ל דגם לפי הספק השני פשיטא דיד אביה הוי העיקר. ולכן הצד דהיא אינה עושה שליח מובן. אמנם גם אם היד שלה טפילה ליד האב, מ"מ עדיין יש צד דהיא יכולה למנות שליח. דהרי מינוי שליחות דעלמא צריך דעת בעלים ואי אפשר להיות ב' אנשים עם דעת בעלים על מעשה וחלות אחד. ולכן בנוגע לקידושין פשיטא דהאב הוי הבעלים על הקידושין ואין הבת יכולה למנות שליח. אמנם בגירושין, האשה לא צריכה דעת כדי להתגרש ומינוי שליח לקבלה אינו דין של דעת בעלים אלא הוי חידוש דין דידו כידה.[1153] ולכן אפי' אם האב הוי הבעלים על מעשה הגירושין ובעל השטר עדיין יש להסתפק האם הנערה יכולה למנות שליח דהרי סוף כל סוף היא עושה את מעשה קבלת הגט ומינוי שליח לקבלה אינו דין בדעת בעלים אלא דין ידו כידה בנוגע למעשה הגירושין.

גמ'. איתמר קטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה, אמר שמואל צריכה גט וצריכה מיאון.

ועיין בשיעורים לעיל (ט. ד"ה ת"ר בשטר כיצד, יט. ד"ה אמר רבא אמר רב נחמן אומר אדם לבתו קטנה צאי וקבלי קידושיך) דהארכנו בסוגיא דקבלת קידושין ע"י קטנה.

גמ'. מר רב אחא בריה דרב איקא צריכה גט שמא נתרצה האב בקידושין, צריכה מיאון שמא לא נתרצה האב בקידושין, ויאמרו אין קידושין תופסין באחותה.

ויש לעיין ביסוד המיאון בסוגיא דידן. דלכאורה אין מקום למיאון כלל, דאם נתרצה האב אזי הקידושין חלין מדאורייתא והיא צריכה גט, ואם לא נתרצה האב אזי אין כאן חלות קידושין כלל. ולפי"ז כל תפקיד המיאון הוא לפרסם שהיא לא בודאי מקודשת ולכן קידושין חלין באחותה. אמנם יתכן לבאר דאפי' אם האב לא נתרצה אזי חז"ל תיקנו חלות קידושין מדרבנן והיא צריכה מיאון.

ונראה לבאר ע"פ מחלוקת באיזה בת איירי שמואל דצריכה גט ומיאון. דעיין ברמב"ן (ד"ה וצריכה) דהביא דעת השאילתות דגם נערה דנתקדשה שלא לדעת אביה צריכה גט ומיאון וז"ל וצריכה מיאון שמא יאמרו אין קדושין תופסין באחותה, יש לדקדק בנערה מאי איכא למימר דודאי ה"ה לנערה דהא קיי"ל אביה ולא היא ונראה שרב אחא גאון ז"ל גורס נערה שכך כתב בשאלתות שלו בפרשת ואלה המשפטים וכן בהלכות גדולות, אבל לא מצינו מיאון בנערה במקום אחר עכ"ל. ולכאורה אין חלות מיאון בגדולה כלל, ומוכח מהא דגם נערה צריכה מיאון דאין כאן קידושין דרבנן והמיאון רק הוי דרך לפרסם לעלמא דלא היה כאן גט באופן ודאי.

[1153] עיין בזה בשיעורים לעיל (מא. בענין שליח עושה שליח, אות א).

ומאידך עיין בתוס' (ד"ה קטנה) דחולקים על השאילתות וסברי דאין מיאון בנערה וז"ל הא דנקיט קטנה משום דבנערה לא שייך למימר צריכה מיאון דאין מיאון בנערה עכ"ל. ונראה לבאר את דעת התוס' בב' אופנים: א) הם מודים לשאילתות דבסוגיא דידן יש רק מעשה מיאון לשם פרסום בלי חלות מיאון, אלא דנקטו דגם מעשה מיאון בעלמא לא שייך לגדולה. ב) התוס' נקטו דלפי שמואל יש חלות אישות דקטנה מדרבנן וצריך חלות שם מיאון לבטל חלות האישות הזאת. וזה שייך רק לקטנה ולא לנערה.

ונראה דרש"י סבור כמו הצד השני, דבאמת חז"ל תיקנו לקטנה הזאת חלות אישות מדרבנן. דבדעת עולא דהיא לא צריכה מיאון, רש"י (ד"ה אפי' מיאון) כתב וז"ל שאין מעשה קטנה כלום בחיי אביה עכ"ל. ומשמע מזה דלפי שמואל דמצריך מיאון, הביאור הוא דיש חלות למעשה קטנה, דהיינו דיש חלות אישות דרבנן וצריכה מיאון לבטל את חלות האישות הזאת.

דף מה.

גמ'. אמר רב עמרם אמר ר' יצחק הכא בקידושי יעוד, ואליבא דר' יוסי בר' יהודה, דאמר מעות הראשונות לאו לקידושין ניתנו.

יוצא מהגמ' דלפי רבי יוסי ברבי יהודה דמעות הראשונות לאו לקידושין ניתנו, קידושי יעוד אינם נחשבים כמו דהאב קידש אותה ולכן אם נתאלמנה הוא שוב יכול למוכרה. ולכאורה צ"ע דהרי מבואר לעיל (יט.) דלומדים מהדין דרבי יוסי ברבי יהודה דהאב יכול לומר לבתו צאי וקבלי קידושיך, ועיין בשיעורים לעיל (יט. ד"ה אמר רבא אמר רב נחמן) דנחלקו הראשונים בגדר הדין דצאי וקבלי קידושיך. דהתוס' נקטו דהבת עושה את מעשה הקידושין והאב מחיל את דעת המקנה של המתקדשת. ולפי הרא"ש הבת היא השליח של האב, והראב"ד ביאר דהקידושין חלין מדין ערב. ולכאורה הבנת הסוגיא דידן תלויה בשיטות הנ"ל. דבשלמא לפי התוס' דיש מעשה קידושין לבת עצמה, שפיר מובן הגמ' בסוגיין דיעוד לפי רבי יוסי ברבי יהודה לא נחשב כאילו האב קידש אותה, ולכן הוא יכול למוכרה לאחר שנתאלמנה. אבל לפי הרא"ש דהקידושין חלין מדין שליחות דהאב ולפי הראב"ד דהקידושין חלין מדין ערב אזי בצאי וקבלי קידושיך הבת אינה עושה את עיקר מעשה הקידושין. וא"כ גם ביעוד לפי רבי יוסי ברבי יהודה האב ע"פ דין עושה את מעשה הקידושין. וא"כ קשה היאך הגמ' אומרת דהוא יכול למוכרה שוב אחרי יעוד, דלכאורה הויא מכירה לאחר אישות.

ונראה לבאר דאע"פ דלפי הרא"ש והראב"ד האב הוי בעל מעשה הקידושין בקידושי יעוד, אעפ"כ הוא יכול למוכרה לאחר שנתאלמנה. דהרי סוף כל סוף, היעוד עצמו בסוף שש נעשית בע"כ דהאב והדין דאין אדם מוכר בתו לשפחות אחר אישות חל רק היכא דהקידושין נעשית לגמרי בדעת האב.[1154] ואילו כשהאב אמר לה צאי וקבלי קידושיך מכיון דבאמת האב לבדו הוי דעת המקנה דבעלים לקידושין נראה דהדין דאין מכירה לאחר אישות חל ואם נתאלמנה אין האב יכול למוכרה עוד הפעם.[1155]

תוד"ה אלא לאו. בא"ד. וי"ל כיון דשידך היינו כמו שקידשה אביה וא"כ הדרא קושיא לדוכתיה ומי מצי מזבין לה והא אין אדם מוכר את בתו לשפחות אחר אישות.

לכאורה צ"ב דהרי עיין בשיעורים לעיל (יט. בענין אמר רבא, אות א') דביארנו דלפי התוס' היכא דקטנה קיבלה קידושין בעצמה אין הקידושין חלין מדין שליחות אלא שיש לקטנה מעשה קידושין וצריך רק צירוף ריצוי האב. וביארנו דהריצוי הזה מהני אפי' לאחר זמן. וא"כ מאי שנא אם האב שידך לפני כן או רק נתרצה לאחר מעשה בתו, הרי סוף סוף היא עושה את מעשה הקידושין וראוי לומר דאין כאן חלות שפחות לאחר אישות.[1156]

וצ"ל דהתוס' נקטו דהדין דאין שפחות אחר אישות חל כל היכא דהיה דעת האב לקדש את בתו בשעת הקידושין, אפי' אם המעשה נעשה ע"י הבת. ורק היכא דנתרצה לאח"כ ויש צירוף בין הריצוי שלו למעשה שלה אמרינן דמכיון דהוא לא היה חלק של מעשה קידושין כלל בשעת קידושין דהוא יכול למוכרה אח"כ.

דף מה:

גמ'. ודילמא ארצויי ארציה קמיה.

ועיין בשיעורים לעיל (ז. רשב"א ד"ה הילך מנה) דהארכנו בדין זכייה בקידושין.

גמ'. ההוא דאמר לקריבאי והיא אמרה לקריבה, כפתיה עד דאמר לה תיהוי לקריבה, אדאכלי ושתי אתא קריביה באיגרא וקדשה.

[1154] ויש להוסיף דבצאי וקבלי קידושיך אין כאן אלא חלות קידושין בלבד וא"כ הויא שפחות אחרי אישות פשוטה, משא"כ ביעוד דסוכ"ס חלות האישות חלה מדין יעוד דאמה עבריה והויא חלות אישות דתלויה בדין אמה שלה ואינה חלות אישות פשוטה דחלה לגמרי מדעת האב. וכ"ז אי מעות ראשונות לאו לקידושין ניתנו, דאילו לקידושין ניתנו המעות דקידושין מחילות חלות אישות פשוטה.

[1155] צ"ע אליבא דהראב"ד דצאי וקבלי קידושיך חל מדין ערב מה זה שייך לקידושי יעוד שהבת עצמה עושה את מעשה הקידושין ולא חל מדין ערב. ועיין בזה בתוס' לעיל (יט. ד"ה אומר אדם) ובריטב"א שם (יט. ד"ה אלא דקשה קצת).

[1156] ובאמת עיין ברשב"א לעיל (מד: ד"ה הא) דחולק על התוס' ונקט דגם היכא דהאב שידך לפני קבלת הקידושין אעפ"כ הוא יכול למוכרה אח"כ.

מבואר מהגמ' דעשו סעודת אירוסין לפני האירוסין ורק באמצע הסעודה האיש קידש את האשה. וצ"ב למה לא עשו את האירוסין לפני הסעודה. ונראה לבאר דבאמת מצינו חילוק בין סעודת ברית מילה לבין סעודת פדיון הבן. דבברית מילה הסעודה היא אחרי הברית. אמנם בפדיון הבן מבואר בט"ז (יו"ד סימן שה סק"י) דבתחילה נוטלין ידים ומתחילין את הסעודה ואז עושים הפדיון הבן באמצע הסעודה.

ונראה לבאר דסעודת ברית מילה נחשבת כסעודת מצוה בעצמה ע"פ דין, ולכן מסתבר לעשות את המצוה תחילה ואז לשמוח בסעודת המצוה. אמנם סעודת פדיון הבן בפני עצמה אינה מוגדרת כסעודת מצוה וכדי להחיל עליה חלות שם סעודת מצוה צריך לעשות את המצוה ממש באמצע הסעודה.[1157] ונראה דהו"ה בסעודת אירוסין דכדי להחשיבו לסעודת מצוה צריך לעשות את האירוסין באמצע הסעודה. אמנם בנישואין הסעודה בעצמה הוי סעודת מצוה ויש לעשות את הנישואין לפני הסעודה.

דף מו:

רש"י ד"ה הואיל. בא"ד או הפקיר זכות שיש לו בה או שתיקתו הודאה.

ונראה לבאר דברי רש"י דיש ב' דרכים דקטנה דנתקדשה ונישאת בעצמה יכולה להיות נשואה: א) שתיקה כהודאה בתורת הסכמה, דהיינו דכאילו האב הסכים לקידושין ונישואין הללו. ב) האב אינו מוחה וזה נותן מקום לבת להתקדש ולשאת את עצמה. והאופן השני מורה דיש מעשה קידושין לקטנה אלא דהיא צריכה ריצוי דהאב. ועוד יש חידוש נוסף דאי-מחאה דהאב אחרי קידושין ונישואין מהני כריצוי האב.

גמ'. איתמר קטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה, אמר רב בין היא ובין אביה יכולין לעכב, ורב אסי אמר אביה ולא היא.

א

גדר עיכוב האב

יש לעיין בגדר הדין דהאב יכול לעכב הקידושין לאחר זמן כשבתו קטנה נתקדשה שלא מדעתו. וי"ל ע"פ דברי הר"ן (יח: ד"ה והוא ששדכו) דביאר דהיכא דקטנה נתקדשה שלא לדעת אביה, הקידושין רק ראויין לחול מדין זכין לאדם שלא בפניו, וז"ל וכי תימא רצוי

[1157] ולכאורה מצינו סימוכין לזה דסעודת ברית מילה נחשבת יותר כסעודת מצוה מסעודת פדיון הבן. דעיין בבית יוסף (יו"ד סימן שה) דהביא מהתרומת הדשן דיש לעשות סעודה לפדיון הבן, אמנם אחרי זה הביא את שטית הרשב"א דזה אינו חובה וז"ל והרשב"א כתב בתשובה (ח"א סי' קצ"ט) שלעשות סעודה על מצוה זו אינו תלוי אלא בהרחבת הלב אם רוצה לעשות עכ"ל. אמנם בהלכות מילה (סימן רסה) הבית יוסף הביא רק דברי הראשונים דנהגו לעשות סעודה ביום המילה והמקורות בחז"ל למנהג הזה. וגם יש להעיר שהשערי תשובה (או"ח סימן תקנא סקל"ג) הביא דעות באחרונים דסעודת ברית מילה בזמנה הוי מצוה דאורייתא.

בתר קדושין מאי מהני איכא למימר דהיינו טעמא לפי שכל אדם רוצה להשיא את בתו ומצוה דרמיא עליה נמי היא וזכין לאדם שלא בפניו עכ"ל. וא"כ מובן למה האב יכול לעכב חלות הקידושין ע"י מחאתו לבסוף כי אין זכין לאדם בעל כרחו.

והנה עדיין יש לעיין בגדר הדברים דהאב יכול למחות ולעכב את חלות הקידושין שהיו חלין מדין זכין. די"ל דהמחאה הופכת את הקידושין דבדרך כלל מהווה זכות להיות חוב, ובכן חל דין דאין חבין לאדם שלא בפניו. ומאידך י"ל דבאמת חלות הקידושין תמיד מהווה זכות להאב בגלל המצוה לקדש בתו, אך אע"פ דזכות היא מ"מ יש דין דאין זכין לאדם בע"כ ולכן אין חלות הקידושין יכולה לחול בע"כ.[1158]

והצד השני דומה לשיטת הרשב"א לעיל (כג. ד"ה ולענין פסק) דנקט דזכין שטר שחרור לעבד כנעני בע"כ רק בגלל ב' טעמים ביחד: א) השחרור זכות גמור, ב) אילו היה העבד בפנינו, האדון היה יכול לשחררו בע"כ. וז"ל ואי לאו דמסתפינא אמינא דהכא אפילו בעל כרחו נמי ומתנת ממון שאני דלאו זכות גמור הוא וכו', ואע"פ שבמציאה ובנכסי הגר ובלקט שכחה ופאה דזכות גמור הוא וגר קטן שהטבילוהו על דעת ב"ד שאין זכין לו בע"כ כדאמרינן בפ"ק דכתובות (יא.) הגדילו יכולין למחות הכא שאני דאלו איתי' לעבד כאן כייפי' ליה לקבוליה בע"כ כי ליתיה נמי מזכינן לי' בעל כרחיה עכ"ל. ומשמע מזה דבהלכה אחרת חוץ משחרור עבד כנעני, אע"פ דנידון כזכות גמור ובודאי אינו בגדר אין חבין לאדם שלא בפניו, עדיין אין זכין לאדם בע"כ. ומשמע מזה כצד השני לעיל, דיש דין דאין זכין לאדם בע"כ אפי' בדבר דהוי זכות.

ולכאורה יש להוכיח משיטת רב כהצד הראשון, דהזכות הופכת להיות חובה ע"י מחאתו. כי רב נקט דאפי' אם נתרצה האב, גם הבת יכולה לעכב. ולגבי הבת א"א לומר דמחאתה מועיל מדין דאין הקידושין חל בע"כ, דהרי בדרך כלל האב יכול לקדש בתו קטנה בעל כרחה. וא"כ מוכרח לומר דמחאת האב או הבת הופכת את חלות הקידושין מזכות לחובה ולכן הדין דזכייה אינו מהני. וזה ע"פ שיטת התוס' (מו. ד"ה בין היא) דכשהקטנה מוחה אזי גם האב אינו רוצה בקידושין והכל הופך להיות חוב בשבילו.

אבל בשיטת רב אסי דרק אביה ולא היא יכולין לעכב עדיין יש להסתפק בגדר הדין. דהרי י"ל דרב אסי נקט כצד השני, דחלות הקידושין תמיד מוגדר כזכות להאב אבל יש

[1158] ועיין בהמשך דברי הר"ן (שם) דלכאורה רמז לב' הצדדים וז"ל ומיהו טעמא דנתרצה האב כששמע הא לא נתרצה לא הוו קידושין לפי שאינו זכות גמור שהרי היא יוצאה מרשותו לכמה דברים אבל כל שנתרצה גלי אדעתיה דזכות הוא לו ומהני משעה ראשונה ומיהו דוקא בשתק בשעת שמיעה ואע"פ שצווח לאחר מכן אבל בצווח מעיקרו אינה צריכה גט ולא מיאון שאין זכין לו לאדם בעל כרחו עכ"ל. בתחילה כתב הר"ן דקידושין לא הוי זכות גמור ולכן המחאה מהני ומשמע מזה דהמחאה הופכת הזכות לחובה. אבל מסוף דברי הר"ן "שאין זכין לו לאדם בע"כ" משמע דהקידושין עדיין מוגדר כזכות אלא דיש דין דהחלות א"א לחול בע"כ.

דין אחר דקידושין א"א לחול בע"כ וזה שייך רק להאב ולא להבת. ומאידך יש לבאר את שיטת רב אסי דבאמת מחאת האב הופכת את חלות הקידושין מזכות לחובה, אבל עדיין הבת אינה יכולה לעכב כי מחאת הבת אינה הופכת את הקידושין לחוב מצד האב. וזה שלא כסברת התוס' דהאב אינו רוצה בקידושין אם בתו מוחה.

ב

מתי חלין הקידושין

עיין בשו"ע (אה"ע סימן לז סעיף יא) דהביא ג' דעות להלכה בענין בת דנתקדשה שלא לדעת אביה, וז"ל קטנה או נערה שקידשה עצמה בלא דעת אביה, או נשאת, אינו כלום וכו' ואפילו נתרצה האב בפירוש אחר הקדושין, וי"א שאם נתרצה האב כששמע הוו קדושין משעת שמיעה אפילו אם לא שידך ואפילו אם לא נתרצה מיד כששמע אלא שתק ולא מיחה ואח"כ נתרצה הוכיח סופו על תחלתו והוי קדושין משעת שמיעה אפילו נתאכלו המעות קודם שמיעה, הגה וי"א דאם נתאכלו המעות קודם, לא הוי קידושין עכ"ל. הי"א במחבר דהקידושין חלין משעת שמיעה ואפי' נתאכלו המעות הוא שיטת הרמ"ה דהובא בב"י (שם), והדעה דהביא הרמ"א דהקידושין חלין רק אם לא נתאכלו המעות הריהו שיטת הראבי"ה (מרדכי סימן תקיג).

ולכאורה צ"ע בשיטת הרמ"ה דהקידושין חלין בשעת שמיעה גם כשנתאכלו המעות, דהרי בשלמא אם הקידושין חלין למפרע משעת נתינת הכסף לקטנה קודם השמיעה, אזי שפיר מובן למה לא בעינן כסף בעין בשעת ריצוי דהאב. אבל אם הקידושין חלין רק בשעת השמיעה דיש אומדנא דהאב נתרצה, אזי לכאורה שעת הקידושין היא שעת השמיעה ואזי קשה היאך אפשר שהקידושין יחולו אחרי דכסף הקידושין כבר נתאכלו. ועוד יש להקשות על הראבי"ה הסובר דקידושין חלין רק אם לא נתאכלו המעות בשעת השמיעה, דאם בעינן כסף בעין בשעת ריצוי האב כי זה הוי הרגע דהקידושין חלין, היאך אפשר לסמוך על נתינת המעות מהמקדש לקטנה לפני ידיעת האב, דלכאורה אין לזה חלות שם מעשה קידושין אלא מתנה בעלמא וראוי להצריך מעשה נתינה חדשה עם דעת האב.

ונראה לבאר ע"פ הגמ' לקמן (נח:-נט.). דאיתא במשנה ריש פרק ג' וז"ל וכן האומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שלשים יום, ובא אחר וקידשה בתוך שלשים יום מקודשת לשני עכ"ל. והגמ' שם (נט.) הביאה פירוש רב ושמואל על המשנה וז"ל לא בא אחר וקידשה בתוך שלשים מהו, רב ושמואל דאמרי תרוייהו מקודשת ואע"פ שנתאכלו המעות, מאי טעמא הני זוזי לא למלוה דמו ולא לפקדון דמו, לפקדון לא דמו, פקדון

ברשותא דמרא קא מתאכלי והני ברשותא דידה קא מתאכלי, למלוה נמי לא דמו, מלוה להוצאה ניתנה הני בתורת קידושין יהבינהו ניהלה עכ"ל. ומוכח מזה דיש דין דקידושי כסף דחלין לאחר זמן ואע"פ דנתאכלו המעות. ונראה דהרמ"ה הבין מזה דאפשר לחלק בין מעשה הקידושין והדעת למעשה הקידושין דחלין בתחילת הל' יום, לבין הדעת לחלות הקידושין דחלה בשעת חלות הקידושין בסוף ל'. ובכן גם הכא בנוגע לקטנה דנתקדשה בלי דעת אביה יתכן לומר דמעשה הקידושין ודעת למעשה הקידושין חלין למפרע משעת הנתינה לקטנה, אולם דעת האב לחלות הקידושין אינה חלה למפרע וחלה רק משעת הריצוי. ומהדין דקידושין לאחר ל' יום מוכח דכשיש מעשה קידושין עם דעת למעשה הקידושין בתחילת הזמן לא בעינן המעות בעין בשעת הדעת לחלות הקידושין בסוף הזמן. ולכן נקט הרמ"ה דהקידושין חלין משעת שמיעה כשהאב נתרצה, דהיינו שעת הדעת לחלות הקידושין. ואפי' אם נתאכלו המעות, כי מעשה הקידושין וגם הדעת למעשה הקידושין כבר חלו למפרע משעת הנתינה.[1159]

ונראה דעל זה חולק הראבי"ה ונקט דאין חלות שם מעשה קידושין בקטנה דקיבלה כסף קידושין בלי דעת אביה. דבשלמא בקידושין לאחר ל' שניהם בני קידושין הם והוא נתן לה את הכסף בתורת קידושין אלא דהתנו לדחות את החלות, אזי שפיר מובן דחל מעשה קידושין בתחילת ל' יום ואילו חלות הקידושין חלין לאחר ל' יום ואפי' אם נתאכלו המעות. אבל בקטנה דנתקדשה שלא מדעת אביה, אין כאן מעשה קידושין כלל בשעת קבלת הכסף, וא"א לומר דכשהאב נתרצה לבסוף יש חלות שם מעשה קידושין למפרע. ולכן מובן למה בעינן כסף בעין בשעת ריצוי האב דזהו הרגע של המעשה וחלות הקידושין. ומה דהקשינו דלכאורה יש צורך לנתינה חדשה, בזה שפיר י"ל דאע"פ דקבלת הקטנה לא הויא חלות שם מעשה קידושין, עדיין יש לזה חלות שם נתינת כסף בתורת קידושין. וא"כ חלה חלות שם נתינה בתורת קידושין כשהקטנה קיבלה הקידושין, וריצוי דהאב לאחר זמן הוסיף לזה גם חלות שם מעשה קידושין וגם את חלות הקידושין.

ויוצא מכל זה דלפי הרמ"ה בקטנה דנתקדשה בלא דעת אביה, יש לחלק בין מעשה הקידושין דחל למפרע משעה דהיא קיבלה הקידושין לבין חלות הקידושין דחל בשעת ריצוי. אבל לפי הראבי"ה יש לחלק בין נתינת כסף בתורת קידושין דחל בשעה דהיא קיבלה כסף הקידושין (ולכן אין צורך במעשה נתינה חדשה) לבין חלות שם מעשה הקידושין

[1159] יל"ע למה יש מעשה קידושין למפרע אם הקטנה אינה בת דעת לקידושין. ואולי י"ל דחל מדין זכין דמועיל למעשה הקידושין אך לא לחלות הקידושין. א"נ דרצון האב לבסוף מועיל למפרע עבור מעשה הקידושין דהבת קטנה אך לא לחלות.

וחלות הקידושין דחלין רק בשעה דהאב נתרצה (ולכן בעינן לא נתאכלו המעות). וזה חידוש בדעת הראבי"ה דאפשר לחלק בין חלות שם מעשה קידושין לבין חלות שם נתינת הכסף בתורת קידושין.[1160]

ג

הראיה מקידושי ביאה

ועיין בגמ' (מו.) דהביאה ראיה לשיטת רב דבין היא ובין אביה יכולין לעכב מברייתא דאיירי בביאה וז"ל איתמר קטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה, אמר רב בין היא ובין אביה יכולין לעכב, ורב אסי אמר אביה ולא היא. איתיביה רב הונא לרב אסי ואמרי לה חייא בר רב לרב אסי אם מאן ימאן אביה, אין לי אלא אביה היא עצמה מנין, ת"ל אם מאן ימאן מ"מ, אמר להו רב לא תיזלו בתר איפכא יכול לשנויי לכו כגון שפיתה שלא לשום אישות עכ"ל. ובהו"א של הגמ' מבואר דהברייתא איירי בקידושי ביאה ועדיין רב הונא או חייא בר רב נקט דהיא דומה לקטנה דנתקדשה בלא דעת אביה. ולכאורה הדמיון הזה תמוה לפי ב' השיטות. דלפי הראבי"ה דיש חלות שם מעשה קידושין רק בשעת ריצוי האב ולכן בעינן שלא נתאכלו המעות, א"א לומר כך בקידושי ביאה כי המעשה ביאה נגמר לפני ידיעת האב. וגם לפי הרמ"ה דחלות שם מעשה קידושין הוי בשעה שהבת קיבלה כסף הקידושין ולכן הקידושין חלין לאחר זמן אפי' בנתאכלו המעות, הלא כל זה שייך רק בקידושי כסף דיש שעבוד ממון אפי' אם נתאכלו המעות. ואילו הראשונים לקמן (נט. עיין ברשב"א ד"ה אע"פ דנתאכלו) ביארו דבקידושי שטר לאחר ל' ונקרע השטר בתוך הל' דאין הקידושין חלין בסוף וקו"ח בקידושי ביאה. וא"כ דמיון הגמ' כאן דקידושי ביאה גם ראוי לחול כשהאב נתרצה לכאורה אינו מובן,[1162] וצ"ע.[1161]

[1160] יל"ע בכוונת רבינו זצ"ל דמהו דין נתינה בתורת קידושין בלי מעשה קידושין, דממ"נ אם קנתה המעות משעת הנתינה היאך האב ברצונו לקידושין לאח"כ יכול לקבוע חלות שם מעשה קידושין על המעות שכבר קנתה הבת. ואם לא קנתה המעות בשעת נתינתם אזי היאך חל דין נתינה בתורת קידושין בשעת הנתינה בלי חלות קנין, וצ"ע.

[1161] ועיין בר"ן (יט: בדפי הרי"ף ד"ה גרסי' תו) דהביא ראיה מכאן דהקידושין חלין למפרע ממש משעת קבלת הבת, דלא כהרמ"ה ודלא כהראבי"ה וז"ל ומיהו היכא שלא מיחו לא היא ולא אביה חיילי קידושין משעת קבלתה ואע"פ שנתאכלו המעות קודם שנתרצה האב דהא אותביה רב הונא לרב אסי בגמ' דאמר אביה ולא היא מדתניא אם מאן ימאן אין לי אלא אביה היא עצמה מנין ת"ל אם מאן ימאן [מ"מ] דקס"ד דכשפתה [לשם קידושין] מיירי ובודאי שלא פתה אותה לשם קידושין בפני האב ואפ"ה ס"ד דאם לא מיאן האב אלא שנתרצה מהניא ההיא ביאה לשם קדושין אע"ג דביאה ליתא בעולם כשנתרצה עכ"ל. וכן עיין בריטב"א (מו. ד"ה אתמר) דנקט דהקידושין חלין רק בשעת ריצוי האב ונאלץ לבאר דהגמ' בקידושי ביאה דוקא איירי בנערה ולא בקטנה וז"ל והכא נערה גרסינן, דהא הכא בנתאכלו המעות עסקינן דומיא דהא דמותבינן עלה דהוו קדושי ביאה דליתה בעולם, (אלא ודאי כדאמרן), ובנתאכלו המעות לא אפשר בקטנה לחוש לנתרצה האב, ואפילו מתרצה לא מהני כדכתיבנא לעיל, אלא ודאי נערה היא עכ"ל.

[1162] ואולי י"ל דלפי ההו"א גזה"כ היא במפותה דבקידושי ביאה דמפותה לא אמרינן כלתה קנינו והקידושין חלין לאחר זמן אם האב והבת מתרצים כי בפיתוי דיני קידושי ביאה שווים הם לדיני קידושי כסף באשה דעלמא.

גמ'. ואם פיתה לשום אישות קידושין למה לי, א"ל אביי צריכה קידושין לדעת אביה. **ורש"י** פירש (ד"ה אמר ליה) וז"ל דמצריך לה בקידושי אחריני לדעת אביה עכ"ל. דהיינו אפי' אם הפיתוי היתה לשם אישות, עדיין צריך קידושין אחריני לדעת האב. ולכאורה צ"ב בגדר הדברים, למה צריך עוד מעשה קידושין בדעת האב. ובמיוחד קשה לפי מה דייסדנו בשיעורים לעיל (מו. רש"י ד"ה הואיל) בדעת רש"י דיש מעשה קידושין לקטנה ורק צריך לצרף למעשה שלה ריצוי דהאב ואז הקידושין חלין למפרע משעת המעשה. וא"כ לכאורה גם כאן למה צריך עוד מעשה קידושין לדעת האב, לכאורה סגי בריצוי האב.[1163] **ונראה** לבאר דכאן יש מצוה דמהר ימהרנה דצריכה ממנו קידושין. וכדי לקיים המצוה הזאת צריך קידושין גמורין לאחר מעשה הפיתוי וזה יכול להיות דוקא ע"י האב דהרי הבת עצמה אין לה דעת להתקדש. ומכיון דבקידושין דהקטנה עצמה יש חסרון בקיום המצוה, זה מונע את חלות הקידושין שלה מלחול אע"פ דבעלמא צריך רק צירוף של ריצוי דאביה למעשה שלה. ולכן בהיכי תמצי דפיתוי צריך קידושי אחריני ע"י האב ולא רק ריצוי דהאב אחרי קבלת הבת.

משנה. האומר לאשה התקדשי לי בתמרה זו התקדשי לי בזו, אם יש באחת מהן שוה פרוטה מקודשת.

מבואר במשנה דאם המקדש אמר "התקדשי לי בזו, התקדשי לי בזו" דאם אין באחת מהן שו"פ דהקידושין אינן חלין. ויש להסתפק מה הדין במקח וממכר בעלמא אם הקונה אמר "תקנה לי בזו, תקנה לי בזו" אם אין באחת מהן שו"פ אך יש שו"פ בכולם ביחד, האם הקנין חל או לא. ויש לבאר את הגמ' דידן לפי ב' הצדדים של הספק הזה.

אם נאמר דבמקח וממכר בעלמא יש צירוף בין השני פחות משו"פ אע"פ דהיה דיבור נפרד לכל אחד ואחד, אזי צ"ל דיש דין מיוחד פה בקידושין דצירוף כזה אינו מועיל. ונארה לבאר ע"פ מה דייסדנו לעיל (ג. בענין חליפין בקידושין, אות א) דבנוסף לשו"פ בתורת שיעור כסף, יש עוד דין בקידושין דאין אשה מתקדשת בפחות משו"פ. דהרי ביארנו לעיל בדעת רש"י (ג: ד"ה לא מקניא) דאין אשה מתקדשת בחליפין משום דקנין דשייך לחול בפחות משו"פ מופקע מדעתה בקידושין ואפי' אם המקדש נתן לה החפצא דשו"פ בקנין חליפין דחל מדין קנין כסף. וזה גם מוכח בדעת בית שמאי דצריך דינר לקידושין לפי ר' זירא (לעיל יא.) דהטעם הוא שכן אשה מקפדת על עצמה. הרי רואים דאפי' אם

[1163] והשווה לשיטת הראב"ד דמובא ברשב"א (ד"ה א"ל אביי) וז"ל א"ל אביי צריכה קדושין לדעת אביה. יש לפרש צריכה שיתרצה האב בקדושיה דהיינו כקבלת קדושין, וכ"פ הראב"ד ז"ל עכ"ל.

המקדש נותן לה שיעור ממון דשו"פ מ"מ יש עוד דין בכסף קידושין, דהיינו דצריך דעת האשה לקבל את הכסף בתורת כסף קידושין ולא רק בתורת ממון בכהת"כ.

ולפי"ז יש לבאר דאפי' אם במקח וממכר דעלמא אמירת "תקנה לי בזו, תקנה לי בזו" גם מצרפת שני פחות משו"פ לשו"פ, בקידושין י"ל דעדיין יש חסרון בדעת האשה לקבל את הכסף הזה בתורת קידושין. ובזה אפשר להבין את ההו"א של הגמ' דבאוכלת, הואיל ומיקרבא הנייתה אימה גמרה ומקניא נפשה, דהיינו דמפני דהיא אוכלת הפחות משו"פ יש צד לומר דיש לה דעת לקבל החצי פרוטה בתורת קידושין. וקמ"ל דהיא רק מקבלת שו"פ גמורה.

אמנם נראה שיתכן לבאר את הסוגיא דידן גם אם "תקנה לי בזו, תקנה לי בזו" אינו מהני במקח וממכר. דאזי מסקנת הגמ' מובנת, דהיינו דאין צירוף בין שתי חצאי פרוטה היכא דיש אמירה נפרדת לכל חצי פרוטה. וההו"א היא דיש דין מיוחד בקידושין דאפי' דבר דאינו נחשב כשו"פ בכהת"כ נחשב כשו"פ כאן בגלל דיש דעת לאשה לקבל אותו, וקמ"ל דזה לא מהני.

תוד"ה ואפילו בקמייתא. בא"ד. וי"ל דיש לחלק דהתם הרי הדיבור נגמר קודם שנתאכלו אבל הכא דלא נגמרו הקידושין עד אחר מסירה אחרונה ובתוך כך אכלה הראשונה והשניה איכא למימר דמלוה הן אצלה.

ונראה לבאר בדעת התוס' דכדי דכסף דנתאכל לא תהא נחשב כמלוה צריך לגמור את מעשה הקידושין. ולכן היכא דקידש לאחר ל' ואז נתאכלו המעות, מכיון דמעשה הקידושין נגמר ע"י הנתינה, אזי חל חלות שם כסף קידושין על הממון ואינו נחשב כמלוה לאחר ל'. מאידך, בסוגיא דידן התמר הראשון נאכל לפני סוף מעשה הקידושין ולכן הוא נחשב כמלוה.

גמ'. ושמע מינה המקדש במלוה ופרוטה דעתה אפרוטה.

לפי רהיטת הגמ' נראה דדעתה אפרוטה הוי אומדן דעת בעלמא דהפרוטה חשובה לה ולא המלוה. אמנם לכאורה קשה לומר שיש אומדנא כזאת מכיון דבפועל המלוה יכול להיות שוה הרבה יותר מהפרוטה ואכן דעתה מן הסתם היא על מחילת המלוה.

וא"כ יש לבאר את דברי הגמ' דדעתה אפרוטה כהלכה מסוימת ולא כאומדנא. וזה עפ"י הסוגיא לעיל (ח.) וז"ל אמר רבי אלעזר התקדשי לי במנה, ונתן לה דינר הרי זו מקודשת וישלים וכו' אמר לה התקדשי לי במנה זו ונמצא מנה חסר דינר או דינר של נחשת אינה מקודשת עכ"ל. הרי כשהמקדש אמר מנה זו הקידושין חלין רק אם נתן כל המנה. ויש לעיין ביסוד הדין דמנה זו, האם הוא דין בדעת האשה, דהיינו דיש לה דעת לקידושין

רק במנה כי הוא אמר לה מנה זו, או"ד זה הוי דין דהמקדש יכול לקבוע את השיעור דכסף קידושין והוא מגדיר את כל המנה ככסף קידושין ולא רק הפרוטה הראשונה. ועיין בשיעורים לעיל (ח. ד"ה אמר רבי אלעזר) דהבאנו ראיות לצד השני.

ולפי"ז יש לבאר את המחלוקת האם המקדש במלוה ופרוטה דעתה אפרוטה או אמלוה, דנחלקו מה המקדש מגדיר כחלק של כסף הקידושין. דאם המקדש הגדיר גם את המלוה וגם את הפרוטה כחלק מכסף הקידושין אזי צ"ל דדעתה אמלוה דהוי חלק מכסף הקידושין והקידושין אינן חלין מכיון דמלוה מופקע מלהיות כסף קידושין. אמנם אם המקדש לא קבע את המלוה להיות חלק של כסף הקידושין ע"פ דין, אזי אפשר דדעתה אפרוטה, דהיינו דהיא מתקדשת בפרוטה על תנאי דהוא גם מוחל לה החוב.

דף מז.

גמ'. אמר רבא לא שנו אלא דאמר לה בזו ובזו ובזו, אבל אמר לה באלו אפילו אוכלת נמי מקודשת, כי קא אכלה מדנפשה קאכלה.

החידוש בדין דרבא הוא שחלות שם תורת קידושין יכול לחול על נתינה דפחות משו"פ ולכן כשאמר "באלו" אפשר לצרף כמה נתינות ביחד להיות שו"פ אע"פ דהפחות משו"פ הראשונה כבר נאכל.[1164] ובלי הדין דרבא הו"א דהנתינה הראשונה דפחות משו"פ אינה נחשבת בפני עצמה כנתינה בתורת קידושין ולכן אם התמר הראשון נאכל לפני סוף הנתינה אזי התמרים אינן מצטרפים לשיעור דשו"פ.

ומבואר בגמ' דכל זה נכון אם המקדש אמר "באלו". אמנם אם אמר "בזו ובזו ובזו" אזי צריכים שכולם יהיו קיימים בסוף כשיגיעו לשיעור פרוטה. ויש לבאר את החילוק בין "באלו" לבין "בזו ובזו ובזו" בב' דרכים: א) יש חילוק ע"פ דין, דרק היכא דברור מתוך האמירה שלו דבסוף יהיה שיעור פרוטה אזי אמרינן דחל חלות שם תורת קידושין על הנתינה הראשונה. אמנם היכא דאמר "בזו ובזו ובזו" דיש אמירה נפרדת לכל פחות משו"פ אזי לא חל חלות שם תורת קידושין על הנתינה הראשונה. ב) באמת אין חילוק בדין בין "באלו" לבין "בזו ובזו ובזו". אלא דצריך אומדנא דמוכח דהנתינה הראשונה תהיה לשם קידושין כדי להחיל חלות שם נתינה לשם קידושין על הפחות משו"פ הראשונה. והאומדנא הזאת קיימת רק היכא דהמקדש כולל הכל בתוך האמירה שלו ע"י אמירת "באלו".

[1164] ועיין בזה בשיעורים לעיל (ו: בענין חלות קנין במחילת מלוה, אות א) ובשיעורים לקמן (סג. ד"ה אמר ריש לקיש).

גמ'. אמר רב המקדש במלוה אינה מקודשת, מלוה להוצאה ניתנה.

רש"י (ד"ה להוצאה ניתנה) כתב וז"ל הלוה רשאי להוציאה בהוצאה ואינו חייב להעמידה בעיסקא שתהא מצויה בכל עת שיתבענו וכיון דלהוצאה ניתנה הויא לה כי דידה ולא יהיב לה מידי עכ"ל. ויוצא דלפי רש"י המחלוקת האם מלוה להוצאה ניתנה או לאו להוצאה ניתנה הוי מחלוקת יסודית בגדר דמעות ההלוואה, האם הלוה קונה אותם או"ד הם עדיין בבעלות המלוה אלא דהוא נותן רשות ללוה להשתמש בהם לדברים מסויימים. ולפי"ז מובן דיש נ"מ בנוגע לקידושין דהרי המלוה יכול לקדש את האשה רק אם ממון דנשאר בבעלותו. ובדרך הזו ביארנו את הסוגיא בשיעורים לעיל (ו: ד"ה אמר אביי המקדש במלוה).

אמנם עיין ברמב"ם שפסק (פרק ה מהלכות אישות הלי"ג) וז"ל המקדש במלוה אפילו היתה בשטר אינה מקודשת, כיצד כגון שהיה לו אצלה חוב דינר ואמר לה הרי את מקודשת לי בדינר שיש לי בידך אינה מקודשת, מפני שהמלוה להוצאה ניתנה ואין כאן דבר קיים ליהנות בו מעתה שכבר הוציאה אותו דינר ועברה הנאתו עכ"ל. ונראה לבאר דהרמב"ם סובר דאפי' למ"ד דמלוה להוצאה ניתנה, המלוה רק הקנה את הממון שלו ללוה לענין מסויים, דהיינו להוצאה. אבל אין ללוה קנין גמור עליו. וא"כ לכאורה קשה דהרי אם המלוה רוצה לקדשה בממון דהחוב ראוי לומר דזה כמו היכא דבתחילה אמר לה קני ע"מ להקנות ואז נתן לה בקנין גמור דא"כ הוא מוסיף לה בקנין שלה בממון, והקידושין ראויין לחול. וכדי ליישב הקושיא הזאת הרמב"ם ביאר דמפני שמלוה להוצאה ניתנה אין כאן דבר קיים ליהנות בו מעתה, דהיינו דאע"פ דהוא מוסיף לה בקנין שלה בממון, מ"מ יש דין דכסף קידושין צ"ל קנין דיש בו ריבוי הנאה ולא רק הוספה בדרגת הקנין.

ויוצא מזה דנחלקו רש"י והרמב"ם בהבנת תליית הגמ' דלפי המ"ד דמלוה להוצאה ניתנה אין הקידושין חלין. דלפי רש"י הביאור הוא דהכסף אינו בבעלות המלוה ולכן אינו יכול לקדש בו. מאידך הרמב"ם נקט דבאמת המקדש אכן מקנה לה חלות קנין עכשיו, אמנם הקידושין אינן חלין בגלל דאין לה ריבוי הנאה מהקנין הזה.

דף מז:

גמ'. במאי קמיפלגי, אמר רבה אשכחתינהו לרבנן בבי רב דיתבי וקאמרי במלוה ברשות בעלים לחזרה והוא הדין לאונסין קמיפלגי.

עיין ברש"י (ד"ה וקאמרי) דביאר דכו"ע סברי דמלוה להוצאה ניתנה, דהיינו דהלוה הוי הבעלים על הממון דהחוב. אלא דנחלקו התנאים מתי הלוה קונה אותם. דלפי הת"ק

הלוה קונה את הממון דהחוב בקנינים דכהת"כ, דהיינו כשהוא מקבל את הממון מיד המלוה ומגביה אותם או מושך אותם. אמנם רבי שמעון בן אלעזר נקט דהלוה אינו יכול לקנות בקנינים דכהת"כ אלא בקנין מיוחד דלוה, דהיינו בהוצאה. ולכן עד שהלוה מוציא את הממון, הממון דהחוב נשאר בבעלות המקדש ולכן הוא יכול לקדשה. ברם הרמב"ן (ד"ה במלוה) חולק על רש"י וסבור דהמחלוקת בין הת"ק לבין רבי שמעון בן אלעזר תלויה בהאם מלוה להוצאה ניתנה או לא.

גמ'. ואלא הא דאמר רב הונא השואל קורדום מחבירו, ביקע בו קנאו, לא ביקע בו לא קנאו, לימא כתנאי אמרה לשמעתיה.

לכאורה הביאור בקושיית הגמ' כאן תלוי במחלוקת רש"י והרמב"ן בהבנת דברי רבה לעיל. דלפי רש"י, רבה ס"ל דכל התנאים נקטו דמלוה להוצאה ניתנה, אלא דנחלקו האם הלואה נתפסת בקנינים דכהת"כ, או"ד רק בקנין מיוחד דהלואה דהיינו בהוצאה. ולפי"ז מובן קושיית הגמ' מרב הונא, דהרי מוכח דשאלה אינה נתפסת בקנינים דכהת"כ אלא בקנין מיוחד דשאלה דהיינו השתמשות. ולפי"ז גם בהלואה רב הונא היה סבור כמו רבי שמעון בן אלעזר דהלוה קונה את דמי החוב רק בקנין מיוחד דהלאוה ולא בקנין דכהת"כ. ואז הגמ' דחתה דיתכן דלפי רב הונא רק בשאלה דהחפץ חוזר בעין צריך קנין מיוחד דשאלה, ואילו בהלואה דהממון אינו חוזר בעין אזי הלוה קונה את הממון בקנינים דכהת"כ.

אמנם בדעת הרמב"ן דהתנאים נחלקו האם מלוה להוצאה ניתנה או לא, לכאורה קשה להבין את דברי הגמ'. דהרי מהי ההו"א לקשר המחלוקת האם מלוה להוצאה ניתנה לדין דרב הונא בנוגע לשאלת קורדום. ויש לבאר דלפי רבי שמעון בן אלעזר דמלוה לאו להוצאה ניתנה רואים דהלואה אף פעם לא נקנית ללוה, לא בקנין דעלמא ולא בקנין מיוחד דהלואה. אלא דלפי רשב"א כשהלוה מוציא את הממון אז חלין דיני הלואה בלי קנין גמור ללוה, ולכן המלוה אינו יכול לתבוע את הממון בחזרה וכדומה. והגמ' הבינה דכל זה נכון גם לרב הונא בשאלה, דהיינו דהשואל באמת אינו קונה את החפץ אלא דע"י תחילת תשמיש חלין עליו דיני שואל. ויוצא מזה דרב הונא הוא נגד החכמים דנקטו דהלואה נתפסת בקנין. ואז הגמ' דחתה דאולי רב הונא סבור דהחפץ דשאילה אינה נתפסת בקנין מכיון דהשואל צריך להחזיר את גוף החפץ למשאיל. אמנם בהלוואה דהלוה לא צריך להחזיר את גוף הממון למלוה אזי י"ל דרב הונא סבור כחכמים דהלוה קונה את הממון.

תוד"ה אלא הא דאמר רב הונא השואל קורדום מחבירו ביקע בו קנאו.

התוס' חילקו בין חיוב אונסין דשואל דחל בשעת משיכה לבין זכות המשאיל לחזור בו דהיינו דיכול המשאיל לחזור בו עד השעה שהשואל משתמש בחפצא. ונראה לבאר דס"ל דיש ב' דינים בשואל: א) חיובי שמירה, ב) הקנין שחל לשואל בחפץ. והתוס' סברי דחיוב השמירה דשואל חל בשעת משיכה וזה גורם לחיוב האונסין,[1165] ואילו הקנין דשואל דמונע המשאיל מלחזור בו חל בשעת ההשתמשות.

ועיין בב"ק (יא.) במחלוקת האמוראים אי שמין לשואל או לא שמין וז"ל אמר שמואל אין שמין לא לגנב ולא לגזלן אלא לנזקין (פרש"י - אין שמין הנבילה והשברים לבעלים שיחזיר גנב הפחת אלא ישלם בהמה וכלים מעולים והשברים שלו), ואני אומר אף לשואל ואבא מודה לי, איבעיא להו ה"ק אף לשואל שמין ואבא מודה לי, או דלמא ה"ק ואני אומר אף לשואל אין שמין ואבא מודה לי וכו', איתמר אמר עולא א"ר אלעזר שמין לגנב ולגזלן רב פפי אמר אין שמין, והלכתא אין שמין לא לגנב ולא לגזלן אבל לשואל שמין, כדרב כהנא ורב אסי עכ"ל. והתוס' שם (ד"ה אין שמין) ביארו דמ"ד דאין שמין לשואל הוי משום הקנין דשואל וז"ל ה"ט דמ"ד אף לשואל כיון דחייב באונסין נמצא שקנאו משעה שהוציא מיד הבעלים והדמים הוא דנתחייב כמו גנב וגזלן עכ"ל. ויש להעיר דהתוס' בב"ק נקטו דקנין השואל התחיל משעת המשיכה ולכן אין שמין משעת משיכה ואילך לפי המ"ד דאין שמין לשואל. ומאידך לפי התוס' בקידושין הקנין של השואל בחפצא חל רק לאחר ההשתמשות, אבל משעת משיכה עד שעת השתמשות אין לשואל קנין בחפצא אלא דיני שמירה בלבד ואין טעם לומר דאין שמין לשואל בשעת משיכה.[1166]

ומשמע מהתוס' בב"ק דמחלקות האמוראים בדין שמין לשואל תלוי אם שואל חייב מדין שומר או שחייב משום דהוא קונה את החפץ.[1167] ובענין הזה עיין נמי בתוס' שבועות (דף מב: ד"ה ואין בהן וכו') שקבעו ששואל קרקע פטור מאונסין לפי שאין דיני שמירה חלין בקרקע, ואם נאמר ששואל חייב מדין קנין קשה שהרי אף קרקע שאולה לכאורה קנויה לשואל ולמה כתבו התוס' שפטור.

ואמר הגר"מ זצ"ל שאפילו נניח ששואל בעלמא חייב מדין קנין יתכן שגם החיוב הזה תלוי בחלות דין שומרים, והואיל וליכא חלות דין שמירה בקרקע אף חיוב השואל מדין

[1165] ורבינו זצ"ל העיר דלכאורה קשה לומר דהשואל חייב באונסין מפרשת השומרים ולא מפאת בעלותו דהרי יש דין כללי בתורה דאונס רחמנא פטריה. ולכן מסתבר דשואל חייב באונסין מפאת קנינו בחפץ. אמנם מהתוס' בסוגיא דידן מוכח דהחיוב אונסין דהשואל מתחיל לפני הקנין, וצ"ע בזה.

[1166] כ"ז אם שואל משלם משעת משיכה אך אם שואל משלם משעת אונסין אזי שני התוס' אכן מסתדרים אהדדי. ועיין בזה בכתובות (לד:) ובשטמ"ק ב"מ (מג.).

[1167] ועיין עוד בכל זה ברשימות שיעורים לב"ק (יא. ד"ה אין שמין) וב"מ (צט. ד"ה כדרך שתיקנו).

קנין אינו חל. סמוכין לכך מדין בעליו עמו, שגם השואל פטור כשבעליו עמו. חזינן שכשחסרה חלות שמירה ליכא חלות דין קנין ולכן השואל בבעלים פטור, וה"ה בקרקע. **בכך** אמר הגר"מ זצ"ל שמתיישב קושי אחר. הרי מצינו (בב"מ מג:) מ"ד שהשואל שלא מדעת הוי שואל, למרות שלא קיבל עליו אחריות דשומר. לכאורה מוכח שהשואל חייב מדין קנין שאינו כלול בפרשת השומרים. ובכן קשה למה לא יחול דין שאלה בקרקע מדין קנין. והשיב הגר"מ זצ"ל שנוסף לדין ששואל קונה חל גם דין ששואל הוי שומר. ובכן כשם שהטילה התורה שמירה על המוצא אבידה בלי שיקבל על עצמו אחריות כן הטילה התורה דין שמירה על השואל שלא מדעת וחייב מדין שמירה. בקרקע, לעומת זה, לא חלה שמירה, ולפיכך אין בקרקע דין שואל לא מדין שומר ולא מדין קנין.

ויש לעיין גם בשאר השומרים, ממתי חל חיובם בפשיעה או בגניבה ואבידה. דהתוס' בב"ק (עט. ד"ה תיקנו) נקט דבכל השומרים החיובים מתחילים משעת המשיכה. אמנם עיין בתוס' בב"מ (צט. ד"ה כך) דחילקו בין שומר חנם ושומר שכר לבין שואל וז"ל דהא שומר חנם בלא משיכה חייב בפשיעה כדאמרינן פרק האומנין (לעיל דף פ:) דהנח לפני שומר חנם והוא הדין שומר שכר בגניבה ואבידה ואי אשואל קאמר מדאורייתא נמי לא קני אלא במשיכה עכ"ל. דהיינו דשומר חנם ושומר שכר חייבים ע"י קבלת השמירה ואילו שואל צריך משיכה כדי להתחייב באונסין. והביאור בזה הוא דשומר חנם ושומר שכר דאינם קונים את גוף החפץ, חיובם מתחיל מרגע דקבלת השמירה. מאידך שואל דקונה גוף החפץ, החיובים שלו נובעים מקנינו בחפץ דחל רק אחרי מעשה הקנין דמשיכה.[1168]

תוד"ה לעולם שטר חוב דאחרים.

התוס' ביארו שהמקדש לא צריך לתת לאשה כסף בעין או שו"כ בעין אלא סגי בהעברת שיעבודים לה, כל עוד דהוי דבר חדש כמו חוב דאחרים. ולפי"ז יש להסתפק מהו הדין היכא דאיש כתב לאשה "חייב אני לך מנה" ומסר לה את השטר. דהרי הוא נותן לה שעבדים חדשים שלא היו לה לפני כן ומשמע לפי התוס' דהקידושין אכן חלין.[1169]

אמנם יתכן דהיא אינה מקודשת ע"י שטר התחייבות, והוא מב' טעמים:

א) איתא בגמ' לעיל (ח:) וז"ל אמר רבא אמר רב נחמן אמר לה התקדשי לי במנה, והניח לה משכון עליה אינה מקודשת, מנה אין כאן משכון אין כאן עכ"ל, דהיינו דאדם אינו יכול לקדש אשה ע"י נתינת משכון לאשה בתורת התחייבות חדשה. ויש כמה ביאורים

[1168] וע"ע בכל זה ברשימות שיעורים לב"ק (עט. ד"ה כדרך) וברשימות שיעורים לב"מ (צט. ד"ה כדרך שתיקנו).

[1169] ועיין בשיעורים לעיל (ה. בענין אין פודין הקדש ומע"ש בשטר אות א, ובדף ח: בענין קידושין במשכון אות א) דרבינו זצ"ל ביאר בדעת רש"י דשטר התחייבות מהני לקידושין.

בדברי הגמ'. ועיי"ש בשיעורים לעיל (אות ג) דהבאנו את דעת הרמב"ן וז"ל דאפי' היכא דאמר לה קני משכון זה בשעבוד מנה והתקדשי לי בו ומשכתו אינה מקודשת דנהי דקניא ליה משכון להההוא שעבודא אינה מקודשת בכך דמנה אין כאן כלומר דעיקר שעבודא דמנה גבי לוה הוא ולא גבי אשה וכו' דבשלמא מקדש במלוה דאחרים לא שייכי [כסף] קידושין גבי מקדש כלל שכיון שקדש את האשה באותה מלוה אין כאן [אצלו ממנה] כלום משא"כ במקדש במלוה דידיה דמנה אין כאן כלומר דאותו מנה שהוא מקדש בה אכתי אגיד גביה וכסף קדושין דאגיד גבי בעל לא כסף קדושין הוא עכ"ל. כלומר, דבמלוה דאחרים אין כסף הקידושין קשורים למקדש כלל אחרי הנתינה לאשה. ברם כשהוא מתחייב לה ע"י העברת המשכון לה, אזי אע"פ דהוא נתן לה דבר חדש דהיינו השעבודים והמשכון, מ"מ מכיון דעיקר החוב נמצא אצל המקדש (המתחייב) אזי כסף הקידושין נחשב כאגידא גביה והיא אינה מקודשת. ועיין בשיעורים לעיל לביאור הענין. ויוצא משיטת הרמב"ן דאדם אינו יכול לקדש אשה ע"י שטר התחייבות אפי' אם נתן לה שעבודים חדשים דהרי עיקר החוב עדיין אגידא גביה.

ב) יתכן דשטר חוב דאחרים מהני מכיון דיש חלות הקנאה דשעבודים מהמקדש לאשה. ואע"פ דה"חפצא" הנקנה הוא שעבודים ולא דבר בעין, מ"מ זה נחשב כחלות שם הקנאה ולכן סגי לקידושין. אמנם היכא דכתב לה חייב אני לך מנה אין כאן חלות הקנאה אלא חלות התחייבות, וזה אינו מהני לקידושין. ויתכן דהצורך לחלות הקנאה בקידושין נלמד מגירושין דבעינן ונתן בידה.[1170]

גמ'. דתניא אותיות נקנות במסירה דברי רבי, וחכ"א בין שכתב ולא מסר, בין שמסר ולא כתב לא קנה עד שיכתוב וימסור.

לביאור המחלוקת האם אותיות נקנות במסירה או בכתיבה ובמסירה עיין בשיעורים לעיל (יג. בענין קידושין בגזל אות ג, ודף כז. בענין קנין אגב אות א-ב).

גמ'. דאמר רב פפא האי מאן דזבין שטרא לחבריה צריך למיכתב ליה קני לך הוא וכל שעבודיה.

נראה שיש לפרש את הדין דרב פפא בב' אופנים: א) הלוקח נעשה בעל השטר ע"י כתיבת קני לך ומסירה. אלא דאפי' אם הלוקח הוי בעל השטר עדיין השעבודים אינם עוברים ממילא לרשותו, ולכן צריך לכתוב "וכל שעבודיה" כדי לעשות קנין נפרד בשעבודים. ב) כתיבת קני לך הוא וכל שעבודיה הוי חלק של עצם מכירת שט"ח.

[1170] לכאורה זה כמו שיטת הגר"ח זצ"ל (מובא בשיעורים לעיל ו. ד"ה גופא היה מדבר, כג. בענין גיטו וידו באין כאחת אות א) דלומדים מונתן בידה דהאשה צריכה לקנות את הגט ולא סגי במעשה נתינה דעלמא.

דהיינו דלפי החכמים הלוקח נעשה בעל השטר אך ורק אם השטר מעיד על העברת השעבודים לקונה.

ולכאורה יש להביא ראיה לצד השני מהתוס' לקמן (מח. ד"ה כי) דנקטו דהמלוה יכול למחול רק במכירת שט"ח ולא היכא דהקנה את השטר במעמד שלשתן. ועיין בשיעורים לקמן דביארנו דלפי התוס' במכירת שט"ח הלוקח אינו קונה את גוף החוב או את השעבודים, אלא דנעשה לבעל השטר וע"י זה הוא יכול לגבות, משא"כ במעמד שלשתן דהמלוה הקנה את עצם החוב. ולכאורה זה מובן לפי הצד השני דכל הכתיבה ד"קני לך הוא וכל שעבודיה" הוא כדי להפוך את הקונה לחלות שם בעל השטר. אמנם לפי הצד הראשון דיש קנין נפרד על השעבודים, לכאורה אין לחלק בין הכח למלוה הראשון למחול היכא דמכר לבין היכא דהקנה ע"י מעמד שלשתן.

דף מח.

גמ'. איבעית אימא וכו' והכא באומן קונה בשבח כלי קמיפלגי וכו'.

עיין ברמב"ם (פרק י מהלכות שכירות הל"ד) דפסק דאין אומן קונה בשבח כלי, וז"ל נתן לאומנין לתקן וקלקלו חייבין לשלם, כיצד נתן לחרש שידה תיבה ומגדל לקבוע בהן מסמר ושברו או שנתן לו את העצים לעשות מהן שידה תיבה ומגדל ונשברו אחר שנעשו משלם לו דמי שידה תיבה ומגדל שאין האומן קונה בשבח הכלי עכ"ל. ולפיכך פסק דהלאו דלא תלין חל אף בקבלנות ולא רק בשכירות (פרק יא מהלכות שכירות הל"ג) וז"ל נתן טליתו לאומן וגמרה והודיעו אפילו איחרו עשרה ימים כל זמן שהכלי ביד האומן אינו עובר, נתנה בחצי היום כיון ששקעה עליו חמה עובר משום בל תלין שהקבלנות כשכירות היא וחייב ליתן לו בזמנו עכ"ל. דהרי הגמ' (ב"מ קיב.) נקטה דרק למ"ד דאין אומן קונה בשבח כלי הלאו דלא תלין חל גם בקבלנות, וז"ל בעו מיניה מרב ששת קבלנות עובר עליו משום בל תלין או אין עובר משום בל תלין אומן קונה בשבח כלי והלואה היא, או אין אומן קונה בשבח כלי ושכירות היא, אמר להו רב ששת עובר עכ"ל.

אבל לפי זה שיטת הרמב"ם צ"ע, דהרי חילק שכירות לבין קבלנות לגבי אונאה. דלגבי שכירות פסק (פרק יג מהלכות מכירה הלט"ו) דאין אונאה, וז"ל השוכר את הפועל לעשות עמו בין בקרקע בין במטלטלין אין לו הונייה מפני שהוא כקונה אותו לזמן ועבדים אין בהם הונייה עכ"ל. אבל לגבי קבלנות פסק (פרק יג מהלכות מכירה הלי"ח) דיש אונאה וז"ל נראה לי שהקבלן יש לו הונאה כיצד כגון שקבל עליו לארוג בגד זה בעשרה זוזים או לתפור חלוק זה בשני זוזים הרי זה יש לו הונייה, וכל אחד משניהם בין קבלן בין בעל

הבגד חוזר לעולם כמוכר עכ"ל. והמגיד משנה (שם) כבר תמה על הרמב"ם, דאם קבלנות כשכירות לגבי הלאו דלא תלין מפני דאין אומן קונה בשבח כלי, למה הרמב"ם חילק ביניהם לגבי חיוב אונאה. דמאחר דפסק שאין אומן קונה בשבח כלי ושחל בו איסור בל תלין א"כ למה חילק הרמב"ם לענין אונאה בין שכיר דהוי כעבד ושאין לו אונאה לבין אומן קבלן שאינו כעבד ויש לו אונאה.

וגם צ"ע דהרי הרמב"ם גם חילק בין דין קבלן לדין שכיר לענין חזרה בחצי היום. דאיתא בב"מ (י.) וז"ל דאמר רב פועל יכול לחזור בו אפי' בחצי היום דכתיב כי לי בני ישראל עבדים, עבדי הם ולא עבדים לעבדים עכ"ל. וקבעו התוס' (ב"מ עה: ד"ה השוכר) דאנן פסקינן דכ"ז בשכיר יום אבל לא בקבלן דאינו יכול לחזור בו, וכן פסק הרמב"ם (בפ"ט מהל' שכירות הל"ד). והוא כפי חילוק הגמרא לקמן בב"מ (שם עז.). וקשה דהרי הרמב"ם פסק דאין אומן קונה בשבח כלי וקבלנות כשכירות וא"כ למה פסק שהקבלן אינו חוזר בו בחצי יום, כלומר דדוקא שכיר יום שחזר בו בחצי יומו מקבל כל שכרו על מה שעשה, ואילו בקבלן ידו על התחתונה.

ונראה לבאר כל זה על פי המחלוקת שבין הרמב"ם והראב"ד (בפ"ד מהל' שלוחין הל"ב) דכתב הרמב"ם וז"ל האומנין שנשתתפו באומנות אע"פ שקנו מידם אינם שותפין, כיצד שני חייטים או שני אורגים שהתנו ביניהם שכל שיקח זה וזה במלאכתו יהיה ביניהן בשוה אין כאן שותפות כלל שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם עכ"ל. וכ' ע"ז הראב"ד וז"ל ורבותי הורו שאדם יכול להקנות את עצמו לחבירו בקנין כדין עבדים וכשם שמצינו באומרת יקדשו ידי לעושיהן עכ"ל.

ונראה דהראב"ד סובר דיש לאדם קנין בגופו לענין מעשה ידיו, ולכן יכול הוא להקנות לאחר קנין בידיו למעשה ידים ושני אומנים שפיר יכולים להשתתף ביחד ואין בזה קנין בדבר שלא בא לעולם שהרי ידיהם הויין בעולם ומקנים זה לזה את ידיהם. והראב"ד הביא ראייה לזה מהדין (כתובות דף נט.) דאשה יכולה לקדש את מעשה ידיה, דמוכח מזה דיש לאדם קנין בידו לענין מעשה ידיו ויכול איפוא להקנותם לשני ולפיכך מעשה ידיה הן ברשותה להקדישם, שהרי מקדישה את גופן של ידיה ממש.

אולם הרמב"ם חולק עליו וסובר דאין לשכיר קנין בידיו למעשה ידים, דחלות דין שכיר אינה אלא התחייבות הגברא לעבוד בשביל חברו. וההתחייבות הזו הוי חלות דין מיוחד דחל עם התחלת המלאכה, דהיינו דהתחלת המלאכה מהווה קנין מסוים להחיל את ההתחייבות דשכיר ופועל. ברם לפני שעת התחלת המלאכה א"א להחיל חלות דין פועל והתחייבות דפועל דלשיטת הרמב"ם ליכא קנין בגוף הפועל לענין מעשי ידיו.

ולכן ס"ל לרמב"ם דאם קנו שני אומנים מעשי ידיהם בקנין זה מזה קנינם אינו חל משום דהו"ל קנין בדבר שלא בא לעולם, דהוי קנין מעכשיו להתחייב לעשות מלאכה לאחר זמן שאינו חל. ואילו הראב"ד סובר דהוי קנין בגופם למעשה ידיהם ואינו קנין בדבר שלא בא לעולם, ומשו"ה חל הקנין. ונראה דלפי הרמב"ם אין ראייה מהא דאשה יכולה להקדיש מעשי ידיה, די"ל דהקדש שאני דיכול לחול מדין נדר אף על התחייבות בדבר שלב"ל, עיין ברמב"ם (פרק ו מהלכות ערכין הלל"א - הלל"ג).[1171]

ועוד נראה דלשיטת הרמב"ם דליכא חלות קנין בשכיר ואומן למעשה ידיהם, התחלת המלאכה אינו מעשה קנין דעלמא כמעשי קנין אחרים, כגון מעשי קניני כסף שטר חזקה, אלא דהתחלת המלאכה הויא שעת התחלת השכירות והפעולה במציאות, ומאחר שהפועל התחיל לעבוד והתחייב לעשות את כל המלאכה, חלה ההתחייבות מדין מסוים, דאם לא עכשיו אימתי תחול, אך אין כאן מעשה וחלות קנין דעלמא, אלא חלות התחייבות מיוחדת דפועל לעבוד בשביל בעליו, וההתחייבות חלה ממילא כשהתחיל לעבוד בלי מעשה קנין.

והנה אם ננקוט אליבא דהראב"ד דהקנין למעשה ידים חל רק בשכיר יום אך לא בקבלן, אזי מבואר החילוק ביניהם לענין דין חזרה בחצי יום, דבשכיר חל קנין בגופו למעשה ידיו ודומה במקצת לעבד ומשו"ה יכול לחזור בו, משא"כ קבלן דאינו כעבד כלל. אך צ"ע לפי הרמב"ם שחולק על הראב"ד וס"ל דאין לשכיר קנין במעשה ידיו, דחלות דין שכיר אינה אלא התחייבות הגברא לעבוד בשביל חברו א"כ מ"ש שכיר מקבלן לענין חזרה בחצי היום. ועוד יל"ע דמהראב"ד עצמו אינו משמע שחילק בין שכיר לבין קבלן לענין קנין במעשה ידים, וא"כ צ"ע למה ס"ל דרק שכיר בלבד חוזר בו בחצי יום ולא קבלן.

ונראה לבאר דאליבא דהרמב"ם בין בשכיר יום ובין בקבלן ליכא חלות קנין בגופו של הפועל למעשה ידים, ובתרווייהו חל על הפועל התחייבות בלבד לעבוד והבעלים מחוייבים לשלם לו עבור פעולתו. ולשיטת הרמב"ם החילוק בין שכיר יום לקבלן הוא דבשכיר יום ההתחייבות והתשלומין הם בשביל הטרחא שטרח לעבוד עבור בעליו בזמן עבודתו. ואילו בקבלן ההתחייבות והתשלומין חלין עבור השבח שהשביח ע"י פעולתו, אך לא עבור טרחתו וזמן עבודתו. ונראה דלכן קבלן ושכיר יום חלוקים הן בדיניהם לענין חזרה ואונאה. דמכיון דבשכיר יום חלה ההתחייבות לטרוח בטרחא בזמן מסוים דומה הוא במקצת לעבד המחוייב לטרוח בשביל אדוניו, ומשו"ה קיי"ל דשכיר יום חוזר בו בחצי יום. ואילו קבלן לא התחייב לטרוח כלל אלא רק לשבח את החפצא, ומשו"ה

[1171] עיין ברשימות שיעורים לב"מ (מה:) בענין קנין דחל מדין דעת מקנה אות ב'.

אינו דומה לעבד כלל ואינו חוזר בו בחצי יום. ונראה דלכן יש נפ"מ ביניהם נמי לענין אונאה, דבשכיר יום מכיון דמשלמים לו בעד טרחתו משו"ה תשלומיו אינם כלולים בדיני אונאה, דא"א לקראם דמי מכירה מכיון שאינם אלא דמי שכר טרחת הגברא, והויין איפוא כדמי עבד שאין בו אונאה. משא"כ בתשלומי קבלן הנקבעים לפי שווי השבח דבחפצא, חלין בהם דיני אונאה, כמו בתשלומי חפצא שנמכר. ואע"פ דליכא הקנאת חפצא דהשבח עצמו כיון דקיי"ל דאין אומן קונה בשבח כלי, מ"מ הרי התשלומין נמדדים כפי שווי השבח דבחפצא ומשום הכי חלין בתשלומי קבלן דיני אונאה. ובכך מבואר ההבדל בין שכיר יום לבין קבלן בדיני חזרה ואונאה.[1172]

אמנם בין תשלומי שכיר יום ותשלומי קבלן נאסרים באיסור בל תלין, והוא משום דרק למ"ד אומן קונה בשבח כלי חל מכירת חפצא דהשבח מהאומן לבעל הכלי, דהקנאת השבח חלה מדעת מקנה של האומן, ולכן ס"ל דלא חל איסור בל תלין דפועלים מדליכא חלות תשלומי פעולה אלא תשלומי חפצא דהשבח הנמכר במכירה ובקנין מהאומן לבעל הכלי מדעת מקנה וקונה. ואילו לדידן דס"ל דאין אומן קונה בשבח כלי, משלמים לקבלן בעד פעולתו ועבודתו, אלא שהתשלומים משוערים כפי שווי השבח ולכן חל איסור בל תלין בתשלומי קבלן - דמשתלם מדין שכר פועלים ולא מדין מכירת החפצא דהשבח כמכירה דעלמא[1173].

אמנם לכאורה לפי"ז צ"ע בדברי הגמ' בסוגייתנו. דהרי מבואר בגמ' דלפי המ"ד דאין אומן קונה בשבח כלי, אזי אומן דומה לשכירות דעלמא, ולכן ואם אמרינן ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף אזי היא אינה מקדושת בגלל דאין קידושין במלוה. ברם לפי הנ"ל דאפי' למ"ד דאין אומן קונה בשבח כלי מ"מ חיוב הממון לאומן הוי בעד שבח הכלי ולא בעד הטירחא עצמה, אזי לכאורה ראוי לומר דהאומן יכול לקדש בו. דהרי אפי' אם האומן אינו הבעלים על שבח הכלי (לפי המ"ד דאין אומן קונה בשבח כלי) מ"מ יש כאן חפצא דכסף דהאשה יכולה לזכות בו רק ע"י מעשה המקדש, וביארנו לעיל (יג. בענין קידושין בגזל, אות ב) דלא צריך דהמקדש יתן לה כסף שלו אלא סגי אם הוא מאפשר

[1172] ורבינו זצ"ל הוסיף דיש עוד נ"מ בין פועל לבין אומן בנוגע לחיוב מזונות. דמכיון דהפועל מקבל תשלומין בעד טירחת גופו יש חיוב מזונות על בעל הבית כדמבואר בשיעורים לפרק השוכר את הפועלים. אמנם באומן אין חיוב מזונות מכיון דתשלומין שלו קשורים לשבח הכלי ולא לטירחת גופו.

[1173] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לב"מ (עו: בדין שכיר וקבלן), לשבועות (מו. ד"ה פקע אות ה). וגם עיין ברשימות שיעורים לב"ק (צט. ד"ה ואי ס"ק) למהלך דומה, ושם רבינו זצ"ל ביאר דאפי' המ"ד דאין אומן קונה בשבח הכלי יכול לנקוט כיסוד הגר"ח זצ"ל דיש מושג של קנין יצירה של האומן על השבח, אלא דהשבח חוזר לבעל הבית בלי מעשה קנין דאומן. וע"ע במחנה אפרים הל' שכירות פועלים סי' א'.

לה קנין בכסף דלולי מעשיו היא לא היתה יכולה לקבל.[1174]

גם התוס' בסוגיא דידן (מח. תוד"ה כי קאמר רב) סברי דהדין דשמאול דהמוכר שט"ח יכול למחול איירי רק במלוה בשטר הנמכר ע"י כתיבה ומסירה. אבל אם החוב נמכר ע"י מעמד שלשתן אזי אין למוכר הזכות למחול. מאידך הרמב"ן ועוד ראשונים פליגי על זה וסבורים דגם במעמד שלשתן הדין דשמואל קיים והמוכר יכול למחול. ולעיל (אות א') ביארנו את שיטת התוס' ע"פ חקירה בקנין דמעמד שלשתן, האם הלוה מצטרף לדעת מקנה.

ונראה דגם אפשר לבאר את שיטת התוס' באופן אחר. דהיינו דבמכירה ע"י קנין כתיבה ומסירה החפצא דנקנה הוי החפצא דהשטר ולא את גוף החוב עצמו. אלא דע"י הזכייה בשטר הלוקח קונה את שעבוד הנכסים, או זכות הגבייה.[1175] ולכן נשאר הכוח למחול אצל המוכר דהוי עדיין בעל החוב. מאידך במעמד שלשתן הבע"ח מקנה את עצם החוב לקונה דנעשה לבעל החוב החדש ולא נשאר אצל המוכר כלום, ולכן אינו יכול למחול.[1176]

ויש לעיין בשיטת הרמב"ם בנוגע לדין מחילה אחרי מעמד שלשתן דלא כתב את הדין במפורש. ונראה לדייק דהרמב"ם נקט כמו ר"ת דאין המלוה יכול למחול אחרי מעמד שלשתן. דהרי (בפרק ו מהלכות מכירה) הרמב"ם הביא דיש ג' דרכים היאך להקנות שט"ח לאחר: א) כתיבה ומסירה (הל"י), ב) מעמד שלשתן (הל"ח), ג) שטר אגב קרקע (הלי"ד). ובנוגע לכתיבה ומסירה הרמב"ם הזכיר דמחילת המלוה מהני אחרי המכירה. וגם בנוגע להקנאת שטר אגב קרקע הרמב"ם חידש דמחילה מהני וז"ל המקנה לחבירו קרקע כל שהוא והקנה לו על גבה שטר חוב הרי זה קנה השטר בכל מקום שהוא בלא כתיבה ובלא מסירה, ונראה לי שגם זה יכול למחול אחר שמכרו עכ"ל. ואילו בנוגע למעמד שלשתן הרמב"ם כתב רק דמהני ולא הזכיר דהמלוה יכול למחול וז"ל היו עומדים שלשתן ואמר לו מנה שיש לי בידך בין פקדון בין מלוה תנהו לזה, קנה לוי, ואין אחד משלשתן יכול לחזור בו, ודבר זה אמרו חכמים שהיא הלכה שאין לה טעם לפיכך אין למדין ממנה לדין

[1174] ורבינו זצ"ל העיר דאולי היה אפשר לומר בדעת הרמב"ם דאפי' למ"ד דאין אומן קונה בשבח כלי דהיא אכן מקודשת במקרה של אומן, דהרי הרמב"ם (פרק ה מהלכות אישות הל"כ) הזכיר דבפועל אין הקידושין חלין ולא הזכיר אומן. אמנם הפשטות היא דגם הרמב"ם מודה דאין אומן יכול לקדש אשה בשבח כלי לפי המ"ד דאין אומן קונה בשבח כלי דהרי זה הדין המפורש בסוגיא דידן.

[1175] רבינו זצ"ל ביאר במקום אחר (שיעורים לזכר אבא מרי חלק א עמוד שב) דלפי הראב"ד (פרק ו מהלכות מכירה הלי"ב) ע"י כתיבה ומסירה הלוקח רק מקבל זכות הגבייה, אבל לפי ר"ת (מובא ברא"ש כתובות פרק ט סימן י') הלוקח גם זוכה בשעבוד נכסים.

[1176] ע"ע בזה ברשימות שיעורים לב"ק (ע. בא"ד ואין לתמוה) ובשעורים לזכר אבא מרי חלק א (עמוד שא-שג). ועיין בברכת שמואל (גיטין סימן כה) מה שביאר בזה בשם הגר"ח זצ"ל.

אחר עכ"ל. ולכאורה מהא דהרמב"ם נצרך להזכיר דבשטר אגב קרקע דמחילה מהני ולא הזכיר את הדין הזה בנוגע למעמד שלשתן, משמע דאין המלוה מוחל אחרי דהקנה במעמד שלשתן.

גמ'. מר סבר כי קאמר רב ה"מ בפקדון אבל מלוה לא.

לכאורה החילוק בין פקדון לבין הלואה לפי המ"ד הזה הוא דפקדון הוי חפץ בעין ולכן נתפס בקנין ואילו הלואה אינו בעין ולכן אינו נתפס בקנין. ברם עיין ברש"י (ד"ה בפקדון) דכתב וז"ל בפקדון - דאיתיה בעין וסמכה דעתא דמקבל עכ"ל, דהיינו דההסרון בהלואה הוי דאין סמיכות דעת. ויתכן לפרש רש"י נקט דלכו"ע בעצם יש מעשה קנין דמעמד שלשתן בין בפקדון ובין בהלואה, אלא דבהלואה יש חסרון נוסף של דעת קנין דהמקבל. אמנם יותר נראה לפרש דבנוגע לקנין מעמד שלשתן סמיכות דעת דמקבל הוי חלק מעצם מעשה הקנין. ולכן היכא דאין סמיכות דעת כמו דליכא בהלואה אין מעשה קנין כלל.

ובין כך ובין כך, מהא דרש"י ביאר את החסרון במעמד שלשתן בהלואה כחסרון בסמיכות דעת ולא דהקנין אינו תופס בדבר דאינו בעין, משמע דרש"י הבין דלכו"ע קנין דמעמד שלשתן יכול לתפוס ע"פ דין בדבר דאינו בעין. ונראה דכל היכא דקנין חל ע"י אמירה אין צורך בחפצא דנקנה להיות בעין. וזה גם הסברא בשיטות הראשונים (הובאו בשיעורים לעיל יג: ד"ה הדור יתבי, אות ד) דאמירתו לגבוה כמסירה להדיוט חל בשעבודים ולא רק בחפצא בעין.[1177]

גמ'. התקדשי לי בשטר, ר"מ אומר אינה מקודשת, ור' אלעזר אומר מקודשת, וחכ"א שמין את הנייר אם יש בו שוה פרוטה מקודשת, ואם לאו אינה מקודשת.

יש לעיין בשיטת החכמים דלכאורה הביאור הוא דאע"פ דהמקדש התכוון לקדש בשטר מ"מ הקידושין חלין ע"י כסף. ולכאורה צ"ב דהרי ביארנו בשיעורים לעיל (ג. בענין חליפין בקידושין, אות א) דבקניינים דעלמא צריך ב' סוגי דעת קנין: א) דעת לעצם חלות הקנין, ב) דעת למעשה קנין מסוים. וא"כ לכאורה קשה להבין את שיטת החכמים בסוגיא דידן, דהרי היאך מהני קידושי כסף אם נתכוונו לשם קידושי שטר. ונראה לכאורה דבמקח וממכר דעלמא גם החכמים מודים דצריך דעת לקנות במעשה קנין מסוים. אמנם בקידושין נקטו דיש דין דצריך דעת לקדש ולהתקדש בחלות קידושין באופן כללי ואין צורך כוונה להתקדש במעשה קידושין מסוים מדרכי הקידושין.[1178]

[1177] וגם השווה לדברי רבינו זצ"ל בשיעורים לעיל (כח: בענין אמירתו לגבוה, אות א, ג).

[1178] אמנם בשיעורים לעיל (ג. בענין חליפין בקידושין, אות א) רבינו זצ"ל הניח שהדין הזה דצריך כוונה למעשה קנין מסוים שייך נמי לקידושין. וגם עיין בשיעורים לעיל (ב. ד"ה האשה נקנית בשלשה דרכים) דרבינו זצ"ל ביאר דג' דרכי קידושין הם חלוקים ביסודם, וצ"ע בזה.

גמ'. אלא בשט"ח דידה ובמקדש במלוה קא מיפלגי.

עיין בר"ן (כ. בדפי הרי"ף ד"ה הלכך) דהביא ראשונים דדייקו מהגמ' דבחוב דידה והוא רוצה לקדשה ע"י החוב ומחזיר לה את השטר ויש בנייר שוה פרוטה דהיא מקודשת בדמי הנייר. אך עיין במגיד משנה (פרק ה מהלכות אישות הלי"ג) דדייק מהרמב"ם דאפי' מחזיר לה השטר דשו"פ הקידושין אינן חלין. והרמ"א (סימן כח סעיף ז) הביא שתי הדעות. וצ"ב במאי פליגי. ויתכן דנחלקו האם המלוה קונה את השטר חוב. דלפי הר"ן, אע"פ דהלוה משלם את דמי הסופר, כשהלוה נותן למלוה את השטר בשעת ההלואה הוא מקנה את השטר למלוה. אבל הרמב"ם סבור דהשטר הוי רק ראיה ביד המלוה אבל אין לו בו קנין ולכן א"א לו להשתמש בו לכסף קידושין.[1179]

גמ'. לא, דכולי עלמא מקדש במלוה אינה מקודשת והכא בישנה לשכירות מתחלה ועד סוף קמיפלגי, מר סבר אינה לשכירות אלא בסוף ומר סבר ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף.

הרשב"א (ד"ה מר סבר) העיר דמבואר בגמ' דלפי המ"ד דישנה לשכירות מתחילה ועד סוף כל דמי השכירות נחשב כחוב בסוף ולא אמרינן דאפשר לצרף כל רגע של מלאכה לשיעור פרוטה. והקשה דהרי מבואר בגמ' לעיל דאפשר לצרף כמה תמרים דכל אחד מהם פחות משו"פ וז"ל וקשיא לי ומ"ש מהתקדשי לי באלו והיתה אוכלת ראשונה ראשונה שאע"פ שאין באחת מהן שו"פ מקודשת דכי מתאכלי ברשותה קא מתאכלי, דהכא נמי שכירות זה לא ניתן לחזרה ופורתא פורתא כי אתי זכיא ביה איהי בתורת קדושין וכי מלו לפרוטה א"נ לכשיגמר הכלי מקודשת עכ"ל.

והרשב"א תירץ וז"ל י"ל דהתקדשי לי באלו שאני הואיל ואיתנהו כולהו קמן מונה והולך הוא אבל שכירות דבשעה דאיתיה להאי פורתא ליתיה להאי ולא אתי להאי עד דאזיל ליה אידך לא חזו לאצטרופי כלל, והלכך אינה מקודשת עכ"ל. ולכאורה קצת קשה להבין את דברי הרשב"א דהיאך אפשר לומר דלפי המ"ד ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף הממון אינו חזי לאצטרופי, הרי בסוף המלאכה בעל הבית חייב לשלם לפועל כל דמי המלאכה, וכל רגע של פחות משו"פ מצטרפים ביחד לסכום אחד.

ונראה לבאר דבכסף קידושין חלים ב' דינים: א) דין חפצא דכסף מסוים, ב) דין ממון דתלוי בשוויות.[1180] והיכא דהמקדש נתן לאשה חפצא מסוים דפחות משו"פ אזי יש חפצא דכסף אלא דחסר שוויות ממון דשו"פ. ולכן היכא דכל התמרים מצטרפים יחד

[1179] ועיין בקצוה"ח (סימן סו סקכ"ז) דדן בזה באריכות.

[1180] והשווה לדברי רבינו זצ"ל בשיעורים לעיל (ב. תוד"ה בפרוטה ובשו"פ).

לשו"פ אזי חל דין חפצא דכסף וגם חל דין ממון דשוויות דפרוטה ומשו"ה הקידושין חלין. מאידך בשכירות, אין כאן חפצא של כסף כלל והצירוף לבסוף הוי רק של שוויות פרוטה. ולכן חסר חלות דין חפצא דכסף ואין הקידושין חלין.[1181]

ולכאורה יש היכי תמצא באופן הפוך, דהיינו דיש בדבר דין ממון אבל בלי דין כסף. דהיינו בבני נח דאמרינן דבבני נח הגוזל פחות משו"פ חייב בנפשו (סנהדרין נז.), ולכאורה זה הוי משום דאין שיעור פרוטה בעכו"ם ואפי' פחות משו"פ נחשב לממון עם שוויות. אמנם לפי המ"ד דעכו"ם קונה בקנין כסף מסתבר דבעינן שו"פ לקנות בכסף כמו בישראל. ואם כנים הדברים, הרי רואים דיש חלות שם ממון דשוויות בב"נ אפי' בפחות משו"פ, ואעפ"כ עדיין חסר חלות שם חפצא דכסף ולכן בפחות משו"פ אי אפשר גם לב"נ לעשות קנין כסף.

ולעוד תירוצים לקושיית הרשב"א עיין בשיעורים לעיל (ו: בענין חלות קנין במחילת מלוה והנאת מחילת מלוה, אות א) ולקמן (סג. ד"ה אמר לך ר"ל).

דף מט:

גמ'. אמר רבא הוי דברים שבלב, ודברים שבלב אינם דברים.

לכאורה בסוגיא דידן יש ב' היכי תמצי של דברים שבלב אינם דברים. בהיכי תמצי של רבא מיירי דליכא גילוי דעת כלל בשעת המכירה, ואילו אם דברים שבלב הוו דברים אזי הדברים שבלב היו מפרשים את המעשה שלו, אלא דרבא פסק דאין לפרש מעשה סתם ע"י דברים שבלב.[1182] ובהמשך הסוגיא יש היכי תימצי אחר, דהיינו, שיש גילוי דעת בשעת מעשה ואם דברים שבלב הוו דברים אזי הם היו סותרים את הגילוי דעת הזה. למשל, היכא דכופין אותו עד שיאמר רוצה אני אלא דיש לדון דאולי דברים שבלב מבטלים מה שהוא אמר בפה. והגמ' משווה בין שני ההיכי תמצי האלו ורוצה ללמוד אחד מהשני.

אמנם לכאורה ההשוואה הזאת צ"ב דהרי היה אפשר לחלק ולומר דדברים שבלב אינם דברים היכא דהרצון שבלב סותר לגילוי דעת מפורש, משא"כ היכא דאין גילוי דעת כלל אזי דברים שבלב הוו דברים, והן כפירוש למעשה דנעשה בלי דיבור. וא"כ אין ללמוד מהא דדברים שבלב אינם דברים היכא דכופין אותו עד שיאמר רוצה אני להיכא דמכר לנכסיה אדעתא לעלות לארץ ישראל, וצ"ע.

[1181] ולפי"ז צ"ל דאם אינה לשכירות אלא לבסוף אזי לבסוף הפעולה חלה כחפצא של כסף בהדי שוויות.

[1182] אמנם עיין בתוס' ר"י הזקן (מט:) דמיירי שהזכיר לפני כן שהוא מוכר כדי לעלות לא"י אלא דבשעת המכירה נאנס ולא גילה את דעתו.

דף נ.

גמ'. יקריב אותו מלמד שכופין אותו וכו' ודילמא שאני התם, דאנן סהדי דניחא ליה בכפרה.

בענין גדרי דברים שבלב וגדרי אונס

א

דין דברים שבלב ודין אונס

יש לעיין ביחס בין הסוגיא דידן דאיירי בדברים שבלב לבין הסוגיא בב"ב שמביא את הדין דכופין אותו עד שיאמר רוצה אני בקשר לדין דתליוהו וזבין. דאיתא התם (ב"ב מז:) וז"ל אמר רב הונא תליוהו וזבין זביניה זביני, מ"ט כל דמזבין איניש אי לאו דאניס לא הוה מזבין ואפילו הכי זביניה זביני, ודילמא שאני אונסא דנפשיה מאונסא דאחריני, אלא כדתניא יקריב אותו מלמד שכופין אותו, יכול בעל כרחו תלמוד לומר לרצונו, הא כיצד כופין אותו עד שיאמר רוצה אני, ודלמא שאני התם, דניחא ליה דתיהוי ליה כפרה עכ"ל. ויש להגדיר היסוד של כל סוגיא בפני עצמו.

ונראה לבאר דהגמ' בב"ב שקיל וטרי ביסוד הדין דאונס, האם מעשה שנעשה באונס הוי מעשה אדם או לא. דהרי מעשה אונס נעשה עם דעת האדם, דהיינו, דהוא יודע את מה שהוא עושה, אלא דאין לו רצון אמיתי לעשותו ורק עושה את המעשה בגלל שאונסין אותו. והגר"ח זצ"ל נקט דמעשה באונס נחשב כמעשה אדם מאחר שהוא עושה את המעשה בדעת, אלא דיש פטור עונשין מגזה"כ דולנערה לא תעשה דבר. וזה חלוק ממתעסק דאינו נחשב כמעשה אדם מכיון דהאדם אינו מודע כלל למעשה שהוא עושה והמעשה נעשה בלי דעת כלל.[1183]

ועל פי זה יש לבאר את יסוד הדין דתליוהו וזבין זביניה זביני, דמעשה שנעשה באונס נחשב כמעשה בדעת ולכן המכר חל, דהפטור בנוגע לעונשין אינו שייך במקח וממכר. והגמ' רוצה להוכיח את זה מהא דאמירת רוצה אני באונס מהני בקרבן ובגט. אמנם הגמ' דוחה דיתכן דבעלמא אונס מפקיע חלות שם מעשה אדם ולכן תליוהו וזבין לא הוי זביניה זביני. אלא דהיכא דהמעשה אונס הוי גם קיום מצוה, אזי יש מעין תרתי דסתרי – דמצד אחד האונס מפקיע חלות שם מעשה אדם ומצד שני המעשה מוגדר כמצוה דהוא רוצה לקיים ואינו רוצה להפקיעו. ולכן המעשה נשאר כמעשה אדם, דהרי סוף סוף הוא עשה את המעשה בדעת והמפקיע דאונס נסתר ע"י המצוה.

[1183] וע"ע בזה בשיעורים לקמן (סא. בענין אונס בתנאי בקידושין ובגיטין, אות א).

ויתכן דזה גם הביאור במסקנת הסוגיא בהא דתליוהו וזבין זביניה זביני. דהיינו, דבעצם אונס ראוי להפקיע את מעשה המכירה, אלא דמכיון דהמוכר מקבל כסף עבור השדה י"ל דקבלת כסף ומעשה אונס הוו מעין תרתי דסתרי, ולכן האונס אינו מפקיע את מעשה המכירה. ונמצא דכל הסוגיא בב"ב עוסקת בדין אונס, והדין דתליוהו וזבין תלוי האם אונס מעין זה מפקיע מעשה אדם או לא.

אמנם נראה דסוגיא דידן עוסקת בענין אחר. דבסוגיא דידן פשיטא דיש מעשה אדם, והדיון הוא האם צריך בנוסף לזה גם רצון הלב. למשל, כשאדם מוכר נכסיו אדעתא למיסק לארץ ישראל, בודאי הוא עושה מעשה מכירה ויש לו דעת למעשה הזה, אלא דיש לדון דאולי בנוסף לזה בקנינים צריך דרגא יותר גבוהה ממעשה עם דעת להקנות דהיינו דצריך רצון הלב. ולכן יתכן דאם אינו רוצה באמת למכור דהמכירה אינה חלה אע"פ דהוא בודאי עשה מעשה מכירה. והגמ' הביאה ראיה דלא צריך כוונת הלב מהדין דאמירת רוצה אני מהני אפי' אם ברור שזה נגד לבו. ואז הגמ' דוחה דאולי בקרבנות ובגיטי נשים מכיון דהמעשה הוי מעשה מצוה משו"ה הרי זה נחשב ע"פ דין דיש לו כוונת הלב. אמנם במקח וממכר, יתכן דיש צורך לכוונת הלב בפועל ממש, ואין חלות קנין חל היכא דיש אומנדא דלבו אינו רוצה למכור.

אמנם לכאורה קשה לומר הביאור הנ"ל בסוגיא בב"ב דחלות שם מצוה סותר את חלות שם אונס ומונע אותו מלהפקיע חלות שם מעשה אדם, דהרי הרמב"ם פסק דגם היכא דאין מצוה אעפ"כ גט דניתן בכפייה יכול להיות כשר מדאורייתא ופסול רק מדרבנן. דהרי הרמב"ם (פרק ב מהלכות גירושין הל"כ) פסק דאם ב"ד של ישראל כופין אותו לכתוב ולמסור גט שלא כדין אזי הגירושין חלין מדאורייתא, וז"ל לא היה הדין נותן שכופין אותו לגרש וטעו בית דין של ישראל או שהיו הדיוטות ואנסוהו עד שגירש הרי זה גט פסול, הואיל וישראל אנסוהו יגמור ויגרש עכ"ל. ולכאורה מוכח מזה שלא כדברינו, דלא צריך חלות שם מצוה כדי שמעשה באונס יחשב חלות שם מעשה אדם, וצ"ע.[1184]

ב

אונס דנפשיה ואונס דאחריני

ב"ב דף מז: **גמ'. אמר רב הונא תליוהו וזבין זביניה זביני, מ"ט כל דמזבין איניש אי לאו דאניס לא הוה מזבין ואפילו הכי זביניה זביני, ודילמא שאני אונסא דנפשיה מאונסא דאחריני.**

[1184] לכאורה י"ל דהגברא קיים מצוה לשמוע לדברי הב"ד ואע"פ שהב"ד טעו בהוראתם דהא יש מצוה לשמוע לדברי חכמים. ועיין בסוגיית ריש מס' הוריות ובשיעורים שם.

ועל פי החילוק הזה בין אונסיה דנפשיה לבין אונסא דאחריני יש לתרץ סתירה בדברי הרמב"ם. דהרי הרמב"ם פסק (פרק ה מהלכות יסודי התורה הל"ד) דהיכא דעבר על אחת מהעיבורת דדינן הוא יהרג ואל יעבור, דהוא עכ"פ פטור מעונשין משום דהוי אנוס, וז"ל ואעפ"כ מפני שעבר באונס אין מלקין אותו ואין צריך לומר שאין ממיתין אותו בית דין אפילו הרג באונס עכ"ל. אמנם בהמשך הפרק הרמב"ם (הל"ו) פסק דאדם חייב ליהרג ולא להתרפאות בג' חמורות, ואם הוא עבר ולא נהרג הוא נענש בב"ד עונש הראוי לו, וז"ל כענין שאמרו באונסין כך אמרו בחלאים, כיצד מי שחלה ונטה למות ואמרו הרופאים שרפואתו בדבר פלוני מאיסורין שבתורה עושין, ומתרפאין בכל איסורין שבתורה במקום סכנה חוץ מעבודת כוכבים וגילוי עריות ושפיכת דמים שאפילו במקום סכנה אין מתרפאין בהן, ואם עבר ונתרפא עונשין אותו בית דין עונש הראוי לו עכ"ל. ולכאורה צ"ע דלמה המתרפא בעבודה זרה חייב עונש בב"ד משא"כ מי שעבד ע"ז באונס. ונראה דהרמב"ם למד את החילוק הזה מהגמ' בב"ב הנ"ל. דהיינו, דבהיכי תמצי דאונסא דאחריני כמו בהלכה ד' אזי נחשב כאונס ע"פ דין ולכן הוא פטור מעונש, ואילו בהלכה ו' איירי באונסא דנפשיה דאינו נחשב כאונס מכיון דהוא החליט בעצמו.[1185]

ג

אמירת רוצה אני

גמ'. לרצונו, הא כיצד כופין אותו עד שיאמר רוצה אני.

הרמב"ם הביא את ההלכה דכופין אותו עד שיאמר רוצה אני בדיני קרבנות ובדיני גט כדמבואר בגמ'. דהרי כתב בהלכות מעשה קרבנות (פרק יד הלט"ז) וז"ל אע"פ שנאמר לרצונו כופין אותו עד שיאמר רוצה אני, בין שנדר ולא הפריש בין שהפריש ולא הקריב כופין אותו עד שיקריב עכ"ל. ובהלכות גירושין (פרק ב הל"כ) הרמב"ם פסק וז"ל מי שהדין נותן שכופין אותו לגרש את אשתו ולא רצה לגרש, בית דין של ישראל בכל מקום ובכל זמן מכין אותו עד שיאמר רוצה אני ויכתוב הגט והוא גט כשר עכ"ל. אמנם הרמב"ם (פרק י מהלכות מכירה הל"א) גם פסק דתליוהו וזבין זביני זביניה אבל לא הזכיר דהמוכר צריך לומר רוצה אני, וז"ל מי שאנסוהו עד שמכר ולקח דמי המקח, אפילו תלוהו עד שמכר ממכרו ממכר בין במטלטלין בין בקרקעות שמפני אונסו גמר ומקנה עכ"ל. וגם בהלכות אישות (פרק ד הל"א) הרמב"ם פסק דהיכא דאנסוהו לאיש לקדש אשה דהקידושין חלין, ולא הזכיר דצריך לומר רוצה אני, וז"ל אין האשה מתקדשת אלא לרצונה והמקדש אשה בעל כרחה אינה מקודשת, אבל האיש שאנסוהו עד שקידש בעל כרחו הרי זו מקודשת

[1185] ועיין בזה עוד בשיעורי הרב לגיטין (פח: בענין גט מעושה).

עכ"ל. ולכאורה צ"ב מאי שנא קרבנות וגירושין דאונס גרידא לא מהני אלא צריך אמירה מפורשת של רוצה אני מההלכות האחרות דהרמב"ם השמיט הדין דרוצה אני.

והגר"ח זצ"ל ביאר דבקרבנות ובגיטין יש גזה"כ דמחדשת דין מיוחד דרצון. דהרי הרמב"ם פותח הלכות גירושין עם רשימה של י' דברים שהם עיקר הגירושין, וז"ל ועשרה דברים הן עיקר הגירושין מן התורה ואלו הן א' שלא יגרש האיש אלא ברצונו עכ"ל. והבאנו בשיעורים לעיל (ה: בענין ידות אות א) בשם הגר"מ זצ"ל דזה אינו הדין הכללי ששטר קנין צריך להכתב מרצון דבעל השטר, אלא דהרמב"ם מזכיר כאן דין מיוחד דרצונו דחל דוקא בגט. וגם בקרבנות איתא בגמ' דיש גזה"כ דלרצונו דמלמד על צורך מיוחד דרצון. ולכן דוקא בדינים האלו יש צורך לאמירת רוצה אני דאל"כ היינו אומרים דדברים שבלב הוי דברים ואין כאן רצון אמיתי לקרבנות ולגירושין. אמנם בקידושין ובקנינים יש רק דין דצריכים להיות מדעתו, ובזה סגי באונס דעלמא בלי אמירת רוצה אני.[1186]

ויוצא מביאור הגר"ח זצ"ל דיש גזה"כ מיוחדת בגט ובקרבנות דדברים שבלב הוי דברים ולכן צריך אמירת רוצה אני במפורש. ולכאורה קשה דהרי אם באמת אמרינן דדברים שבלב הוי דברים ויש אומדנא דהיכא דאנסוהו דהוא באמת אינו רוצה בלב שלו, צ"ב היאך אמירת רוצה אני מכשיר את הגט או את הקרבן. דהרי בלי אמירת רוצה אני אנו אמדינן דעתו דבאמת אינו רוצה ויש חסרון של רצון בלב, ולכאורה קשה לומר דאמירת רוצה אני אחרי הכפייה באמת הוי מפני שינוי ברצון הלב.[1187]

ונראה לבאר את שיטת הרמב"ם באופן אחר. וזה ע"פ החילוק דהרמב"ם פסק (הובא לעיל) בין איש שאנסוהו לקדש דהקידושין חלין לבין אשה דאנסוהו להתקדש דאין הקידושין חלין. ולכאורה צ"ב דמאי שנא האיש מהאשה. ונראה לבאר דהרמב"ם חילק בין אונס בשוא"ת לבין אונס בקו"ע. דהרי האשה אינה עושה מעשה בקידושין בקו"ע אלא דהיא רק צריכה לקבל את הכסף עם דעת להתקדש. והיכא דהיא הוי בשוא"ת אמרינן דאונס מפקיע את חלות שם מעשה ממה שהיא עושה. אמנם באיש שהוא עושה מעשה בקו"ע אזי אונס אינו מפקיע חלות שם מעשה אדם ממעשה הקידושין שלו דהרי סוף סוף הוא עשה דבר בפועל. וזה הוי הטעם דהיכא דאנסו לאיש לקדש דהקידושין חלין ואילו היכא דאנסו את האשה להתקדש דאין הקידושין חלין.

[1186] ועיין עוד בביאור הזה של הגר"ח זצ"ל ברשימות שיעורים לב"ק (סב. ד"ה מה בין גזלן לחמסן, אות ג).

[1187] לכאורה י"ל דבלי אמירת רוצה אני הכפייה חלה על הדעת לעשות את המעשה אך עדיין חסר עיקר רצונו שבלב, משא"כ כשכפאו אותו לומר רוצה אני שהכפייה חלה ישירה על הרצון שבלב שירצה לעשות אך באונס ורצונו איפוא חל באונס.

ובחילוק הזה בין מעשה אונס בקו"ע לבין אונס בשוא"ת יש לבאר גם את שאר פסקי הרמב"ם בנוגע לאמירת רוצה אני. וזה ע"פ דיוק בדברי הרמב"ם בנוגע לתליוהו וזבין. דהרי כבר הבאנו דהרמב"ם פסק דתליוהו וזבין זביניה זביני אך לא הזכיר דהמוכר צריך לומר רוצה אני. אמנם לכאורה מפורש בגמ' דתליוהו וזבין מהני רק היכא דהמוכר אכן אמר רוצה אני. דהרי הגמ' בב"ק (סב.) מבארת את החילוק בין גזלן לבין חמסן, וז"ל א"ל רב אדא בריה דרב אויא לרב אשי מה בין גזלן לחמסן, א"ל חמסן יהיב דמי גזלן לא יהיב דמי, א"ל אי יהיב דמי חמסן קרית ליה, והאמר רב הונא תלוה וזבין זביניה זביני, לא קשיא הא דאמר רוצה אני, הא דלא אמר רוצה אני עכ"ל. ומרהיטת לשון הגמ' משמע דתלויהו וזבין מהני רק היכא דאמר רוצה אני דאז הלוקח אינן חמסן, לעומת היכא דלא אמר רוצה אני דאזי הלוקח הוי חמסן אע"פ דנתן ממון. וא"כ צ"ב למה הרמב"ם לא הזכיר את אמירת רוצה אני.[1188]

וע"פ הנ"ל יש לבאר דהרמב"ם ס"ל דהגמ' באמת לא חילקה בין היכא דהמוכר אמר רוצה אני לבין היכא דלא אמר בפירוש את המלים האלו. אלא כוונת הביטוי "הא דאמר רוצה אני" היא דהמוכר עושה מעשה קבלה לדמי המקח. דהיינו, דהמוכר לוקח את הדמים מיד הקונה, דאז המוכר עושה מעשה בקו"ע באונס והמכירה חלה. וכוונת הגמ' בביטוי "הא דלא אמר רוצה אני", היא דהמוכר לא עושה מעשה קבלה אלא דהחמסן הניח את הממון לפני המוכר בחצרו ואז חטף את החפץ. ומכיון דהמוכר לא עושה מעשה בקו"ע אזי האונס מפקיע את מה שהוא עושה ואין כאן מכירה אלא חמסנות. והביאור הזה בגמ' מדוייק בלשון הרמב"ם (פרק י מהלכות מכירה הל"א), דכשפסק דתליוהו וזבין זביניה זביני, כתב וז"ל מי שאנסוהו עד שמכר ולקח דמי המקח עכ"ל, דהיינו דהמוכר עשה מעשה ולקח דמי המקח בעצמו. וזוהי כוונת הגמ' בב"ק בנוגע לאמירת רוצה אני, דהמכירה חלה רק אם יש מעשה קבלה מצד המוכר.

ונראה לבאר דאף בהלכות קרבנות ובהלכות גיטין הרמב"ם באמת לא מצריך את אמירת המלים רוצה אני. אלא דס"ל כמו שביארנו בדעת הרמב"ם בגמ' בב"ק, דכשהרמב"ם הזכיר אמירת רוצה אני פירושו עשיית מעשה בקו"ע, דאז אונס אינו יכול להפקיע חלות שם המעשה שעשה. וזה הטעם דהרמב"ם הדגיש גם לגבי אונס בקרבן וגם לגבי

[1188] אולם יש ראשונים דלמדו מהסוגיא בב"ק דגם הדין דתליוהו וזבין זביניה זביני חל רק היכא דהמוכר אמר רוצה אני. עיין ביד רמ"ה (ב"ב מז. סימן קפד) וז"ל מיהו אפילו יהיב ליה זוזי וכתיב ליה שטרא נמי, הני מילי דאמר רוצה אני כדאוקימנא להא שמעתא בסוף פרק הכונס צאן לדיר (ב"ק סב.) דאיכא למימר דגמר ומקני. אבל לא אמר רוצה אני, כיון דאנן סהדי דאניס הוא ולא אמר מילתא דמוכחא עליה דגמר ואקני, לא הוו זביניה זביני. וכן אתה אומר בגיטי נשים כופין אותו עד שיאמר רוצה אני עכ"ל. וכן משמע בדברי הרשב"ם (ב"ב מז: ד"ה תליוהו וזבין).

אונס בגט דהאדם עשה דבר בקו"ע. דבנוגע לקרבנות כתב הרמב"ם וז"ל אע"פ שנאמר לרצונו כופין אותו עד שיאמר רוצה אני, בין שנדר ולא הפריש בין שהפריש ולא הקריב כופין אותו עד שיקריב עכ"ל, וי"ל דסוף דברי הרמב"ם "כופין אותו עד שיקריב" פירושו דהוא בעצמו מביא את הקרבן וזה הוי הפירוש של "עד שיאמר רוצה אני." וכן בנוגע לגט מעושה הרמב"ם כתב וז"ל בית דין של ישראל בכל מקום ובכל זמן מכין אותו עד שיאמר רוצה אני ויכתוב הגט והוא גט כשר עכ"ל, דהיינו דהבעל צריך לכתוב את הגט. ולפי"ז יוצא דכדי שמעשה באונס יגרום לחלות, צריך רק שיהיה מעשה בקו"ע. ולפי"ז גם אפשר לבאר באופן אחר מדברי הגר"מ זצ"ל, ולומר דבאמת אין דין רצון מיוחד בגט מעל ומעבר לשאר שטרות, אלא הכל דין אחד דרצון, דהיינו דאם הוא עושה מעשה בקו"ע אזי השטר כשר אפי' אם כתב ומסר באונס ואם אינו עושה מעשה בקו"ע אזי אונס מפקיע כשרות השטר.

ד

דברים שבלב ואונס בנדרים

והנה הכלל דדברים שבלב אינן דברים גם מופיע בשו"ט דהגמ' בנדרי אונסים. דאיתא במשנה (נדרים כז:) דמותר לנדור למוכס דנכסים הם של בית המלך אע"פ דאינן וז"ל נודרין להרגין ולחרמין ולמוכסין שהיא תרומה אע"פ שאינו תרומה, שהן של בית המלך אע"פ שאינן של בית המלך עכ"ל. והגמ' שם (נדרים כח.) מסבירה שהאדם נודר "יאסרו פירות העולם עלי אם אינן של בית המלך", והוא חושב דכוונתו דרק יאסרו ליום אחד וז"ל היכי נדר, א"ר עמרם אמר רב באומר יאסרו פירות העולם עלי אם אינן של בית המלך וכו' באומר בלבו היום ומוציא בשפתיו סתם, ואע"ג דסבירא לן דברים שבלב אינם דברים, לגבי אונסין שאני עכ"ל.

ומשמע מהגמ' דבלי הדין המיוחד דדברים שבלב הוי דברים בנדרי אונסין היינו אומרים דהנדר חל כמו שהוא אמר וכל הפירות יאסרו עליו לעולם. ולכאורה אפי' ההו"א הזאת קשה, דהרי בנוגע לאונס במכירה יש חילוק בין תליוהו וזבין דזביניה זביני לבין תליוהו ויהיב דאינו חל מפני דנותן המתנה מפסיד. וגם כאן בנוגע לנדרים אם כל הפירות יאסרו עליו זה הוי הפסד בשבילו, ולכאורה היה ראוי לומר דנדרי אונסין יותר דומה לתליוהו ויהיב דאמרינן דאין מתנתו מתנה.

ועוד יש לעיין בדברי הרמב"ם (פרק ד מהלכות נדרים הל"א-הל"ב) כשפסק הדין דנדרי אונסין. דהרי כתב וז"ל נדרי אונסין ונדרי שגגות ונדרי הבאי הרי אלו מותרים כדרך שבארנו בשבועות, הרי שהדירוהו האנסין והמוכסין ואמרו לו נדור לנו שהבשר אסור

עליך אם יש עמך דבר שחייב במכס, ונדר ואמר הרי הפת והבשר והיין אסורין עלי הרי זה מותר בכל וכו' ובכל הנדרים האלו צריך שיתכוין בלבו לדבר המותר, כגון שישים בלבו שיהיו אסורין עליו אותו היום בלבד או אותה שעה וכן כיוצא בזה וסומך על דברים שבלבו הואיל והוא אנוס ואינו יכול להוציא בשפתיו ונמצא בשעה שידור להן אין פיו ולבו שוין כמו שבארנו בשבועות עכ"ל. הרי הרמב"ם כתב דכשהוא נדר שיאסרו כל פת בעולם עליו וחשב בליבו שהנדר הוא רק ליום אחד, דהפת אינן באמת אסורים עליו לעולם מכיון דאין פיו ולבו שוין. ולכאורה קשה למה הרמב"ם הביא את הכלל דצריך פיו וליבו שוין. דהרי הכלל דפיו וליבו שוין פוסל שבועה היכא דיש טעות, דהיינו דהוא חושב על דבר אחד בליבו והוא רוצה לומר את מה שהוא חושב אלא דאמר דבר אחר. דפסק הרמב"ם בהלכות שבועות (פרק ב הלי"א-הלי"ב) וז"ל וכן אם גמר בלבו להשבע וטעה והוציא בשפתיו דבר שלא היה בלבו הרי זה מותר, כיצד המתכוין להשבע שלא יאכל אצל ראובן וכשבא להוציא שבועה נשבע שלא יאכל אצל שמעון, הרי זה מותר לאכול עם ראובן שהרי לא הוציאו בשפתיו, ועם שמעון שהרי לא היה שמעון בלבו, וכן שאר מיני שבועות אינו חייב עד שיהיה פיו ולבו שוין וכו' עכ"ל. ולכאורה אין לזה שייכות לדין דנדרי אונסין למוכס דהרי שם הנודר יודע בדיוק מה הוא חושב ומה הוא רוצה לומר ואין כאן טעות.

וגם בהלכות שבועות יש לדון בגדר דשבועה באונס. דהרי איתא בגמ' (שבועות כו.) וז"ל אמר מר האדם בשבועה פרט לאנוס, היכי דמי, כדרב כהנא ורב אסי כי הוו קיימי מקמי דרב, מר אמר שבועתא דהכי אמר רב, ומר אמר שבועתא דהכי אמר רב, כי אתו לקמיה דרב אמר כחד מינייהו, אמר ליה אידך ואנא בשיקרא אישתבעי, אמר ליה לבך אנסך עכ"ל. והרמב"ם פסק את הגמ' הזאת והבין דיש קשר בין שבועה באונס לשבועה בשוגג, ואלו דבריו (פרק ג מהלכות שבועות הל"א) וז"ל כל הנשבע שבועה מארבע מיני שבועות אלו באונס הרי זה פטור מכלום, ואחד הנשבע מתחלתו באונס כמו שבארנו, או שנשבע ונאנס ולא הניחוהו לקיים שבועתו, או שהשביעו אנס, לפיכך נשבעין לחרמין ולהורגין ולמוכסין וכו' וצריך הנשבע באונס להיות כונתו בלבו בעת השבועה לדבר הפוטרו, ואע"פ שהדברים אלו שבלב אינן דברים, הואיל ואינו יכול להוציא בשפתיו מפני האונס, הרי זה סומך על דברים שבלבו וכו' וכן שבועת הבאי ושל שגגות פטור עליהן וכו' שבועה של שגגות כיצד, אם שבועת העדות או הפקדון היא כגון ששגג בפקדון ובעדות שהוא פטור מכלום כמו שבארנו, ואם שבועת שוא היא כגון שנשבע שלא ילבש תפילין ולא ידע שהתפילין מצוה, ואם שבועת שקר היא כגון שנשבע שלא אכל ונזכר שאכל, או

שנשבע שלא יאכל ושכח ואכל, או שלא תהנה אשתו לו מפני שגנבה כיסו או שהכתה את בנו ונודע שלא גנבה ושלא הכתה וכן כל כיוצא בזה עכ"ל. הרי הרמב"ם הגדיר שבועה בשוגג כגון היכא דטעה במציאות או בהלכה, וקישר בין הדין דשבועת שוגג לדין דשבועת אונסין, דהיינו דהוא יודע בדיוק מה הוא רוצה אלא דנאנס ואמר דבר והתכוון בליבו לדבר אחר. ולכאורה צ"ע, מה השייכות בין שבועת אונסין לבין שבועת שוגג.

ומכל זה מבואר דיש ב' חידושים: א) בנדרים ושבועות יש גדר אחר ל"אונס" מבכל התורה כולה. דהיינו דבכהת"כ אונס הוי היכי תמצי דהאדם יודע בדיוק מה הוא עושה ומתכוון לעשותו אלא דאנסוהו לעשותו. ובנוגע לנדרים ושבועות יש דין אחר דאדם בשבועה פרט לאנוס, דהיינו דכל חסרון בשלימות של הנודר או הנשבע כאדם מבטל את הנדר או את השבועה. וזה כולל מקרה של טעות או שוגג, דהיינו דיש לו חסרון בידיעה שלו, וגם מקרה של פיו וליבו אינן שוין, דיש הבדל בין מה שאומר בפיו לבין מה שחושב בליבו, כמו שהוא נודר יאסרו פירות העולם עלי וחושב בליבו שזה חל רק ליום אחד.

ב) מבואר בגמ' דהדין הכללי של ולנערה לא תעשה דבר ואונס רחמנא פטריה אינו שייך בשבועות ונדרים. דהרי הטעם דאין הנדר חל הוא משום דפיו וליבו אינן שוין, דהיינו דהוא אמר דבר אחד וחשב דבר אחר. אמנם אם הכריחוהו לנדור או לישבע והוא יודע כל המציאות ולא חושב על דבר אחר אלא מתכוון לומר מה שהוא אומר אלא דהוא אומר הדברים מחמת אונס, אזי הנדר או השבועה חלין.

ובזה יש ליישב את כל הקושיות שהעלנו על בוריין. דהרי הקשינו למה הרמב"ם חיבר את הדין דפיו וליבו שווין עם הדין דנדרי אונס, דהרי באונס הוא יודע בדיוק מה הוא עושה אלא דאנסוהו לעשותו. ונראה דלפי היסוד הנ"ל דגדרי אונס בשבועות ונדרים שונים מגדרי אונס בכהת"כ אין קושיא כלל. דהרי יש גזה"כ מיוחדת בשבועות ונדרים דכל שאין האדם בשלימותו ובתמימותו בשבועה או בנדר הרי זה מבטל את השבועה או הנדר. והגדר הזה כולל גם היכא דיש חסרון בידיעה וגם היכא דהוא יודע הכל אלא דאין פיו וליבו שוין בגלל דהוא משקר למוכס.

וגם הקשינו דלמה בהו"א של הגמ' בנדרים (כח.) משמע דלולי הדין המיוחד דאונסין שאני היינו אומרים דדברים שבלב אינן דברים והפירות אסורים עליו לעולם, דהרי זה הוי היכי תמצי של הפסד ודומה לתליוהו ויהיב. ולפי היסוד הנ"ל י"ל דכל עיקר חידוש הגמ' היא דאין לדון בנדרים ושבועות על פי הכללים דעלמא דאונס רחמנא פטריה. ויוצא דאם אנסוהו לנדור אין כאן הפטור דאונס רחמנא פטריה ובהו"א של הגמ' זאת

אומרת שהנדר ראוי לחול אע"פ דהוי הפסד לו. ואז הגמ' חידשה ד"אונסין שאני" דהיינו דיש דין מיוחד בנדרים דצריך כל האדם בשלימותו ולכן כשיש נתק בין פיו וליבו הנדר אינו חל.

ה

רשב"א ד"ה הא דאמרי'

בא"ד **ואכתי קשיא לי אמאי לא יליף לה מתלוה וזבין דקי"ל כר"ה דאמר זביניה זביני אלמא דברים שבלב אינן דברים, ורבא גופיה הוא דפסק התם בפרק חזקת הלכתא תלוה וזבין זביניה זביני, וי"ל דהתם שאני דאגב אונסיה וזוזי גמר ומקנה ולא שייכא בהא כלל.**

הרשב"א הקשה למה לא הוכיחו מהא דתליוהו וזבין זביניה זביני דדברים שבלב אינם דברים. ותירץ דמכיון דאגב אונסיה וזוזי גמר ומקנה אין לזה שייכות לדין דברים שבלב. והביאור בזה הוא דההלכה של דברים שבלב הוי היכא דיש דברים שבלב שהוא חשב בליבו והיה רוצה לומר אבל לא אמר אותם כשעשה את המעשה. ונחלקו בגמ' האם זה עושה את המעשה שלו לטעות. אמנם בתליוהו וזבין, מכיון דהכריחו אותו למכור וגם הוא מקבל את דמי המקח, אין לו עוד דברים שבלב נגד המכירה דהוא היה רוצה לומר ואינו אומר. ולכן תליוהו וזבין אינו אותו סוגיא של דברים שבלב.

בא"ד. ואע"ג דכי מסר מודעא חשבי' להו דברים, התם לאו דברים שבלב נינהו אלא דברים מגולין הם לעדים אלא שהוא ירא מלגלותן בשעת מעשה מחמת אונסו.

הרשב"א הקשה דלכאורה כתיבת שטר מודעא הוי דברים שבלב מכיון דבשעת המכירה הוא לא הזכיר את הדברים, ורואים מזה דדברים שבלב הוי דברים. והרשב"א תירץ שכשמסר המודעא אזי הדברים היו בגילוי ואינם איפוא דברים שבלב.

ונראה לבאר את החילוק של הרשב"א בין דברים שבלב לבין מודעא בב' אופנים:

א) עצם זה דהמוכר גילה את הדברים שבלב לפני המכירה לעדים עושה את הדברים שבליבו לדברים גלויים דמפקיעים את המכירה, ואע"פ דלא הזכיר אותם בשעת המכירה. והשטר מודעא אינו חשוב בפני עצמו, אלא הוי בירור וראיה דהמוכר באמת אינו רוצה למכור והרצון הזה שלא למכור אינו בגדר דברים שבלב אלא הוי דברים גלויים.

ב) ביארנו לעיל (בענין גדרי דברים שבלב וגדרי אונס, אות א') דבעצם יש כח ביד אונס להפקיע מעשה. אלא דאם המעשה הוי קיום מצוה או מכירה והמוכר קיבל את דמי המקח אזי יש סתירה בין הא דהמעשה נעשה באונס לבין קיום המצוה או קבלת הכסף ולכן המעשה

נשאר כמעשה אדם והחלות חלה. ולפי"ז י"ל דמסירת מודעא משנה את סוג של האונס לאונס גלוי, וי"ל דבאונס גלוי יש הכח להפקיע את המעשה אפי' אם הוי מצוה או הוא מקבל דמי המקח. ולפי"ז שטר מודעא אינו מהווה ראיה בעלמא לדעת המוכר אלא דדומה לשטר קיום דמקיים את האונס ע"י זה דמשנה את סוג של האונס לאונס שבגלוי המבטל את המקח.

ולכאורה הביאור השני שלנו קשור לשיטת הראב"ד בנוגע לשטר מודעא. דאיתא בב"ב (לט:) וז"ל אמר רבא א"ר נחמן מחאה בפני שנים ואין צריך לומר כתובו, מודעא בפני שנים ואין צריך לומר כתובו, הודאה בפני שנים וצריך לומר כתובו, קנין בפני שנים ואינו צריך לומר כתובו, וקיום שטרות בשלשה עכ"ל. והתוס' (ד"ה מחאה) הקשו דלכאורה שטר בעלמא צריך להכתב מדעת המתחייב והרי ליכא דעת המתחייב בשטר מחאה, ועיי"ש מה שתירצו. ונראה דאפשר לתרץ הקושיא הזאת על פי שיטת הראב"ד (מובא בשטמ"ק שם) דבהיכי תמצי של הגמ' העדים אינם עדי ראיה אלא עדי קיום וזה לשון הראב"ד ז"ל אמר אברהם לכאורה הא דאמרינן להו בפני שנים לאו מפחד כפירה הוא אלא שאין מתקיים המעשה אלא בשנים ואפילו הוא מודה לו שאם מפחד כפירה הוא גם כל המעשה שיעשה אדם עם חברו מתנות ומכירות ומחילות וחלופי חפץ בחפץ והלואות כולם צריכות שנים ויש מהם צריכות כתיבה ויש אינם צריכות ומהימנו את אלו אבל נראה כי שאר הדברים מתקיימים בהודאת שניהם ואלו אין מתקיימים אלא בעדים עכ"ל. כלומר, דהעדים אינם עדי בירור על דעת המתחייב דהרי לא צריך דעת המתחייב כלל. אלא אמירת או כתיבת הדברים בפני עדים גורם לחלות מסוים לחול. ובנוגע לשטר מודעא י"ל דכתיבת המודעא בפני העדים מחילה חלות שם אונס בגלוי על המעשה המפקיע את המכירה.[1189]

ועוד נראה לבאר דהעדים בשטר מודעא הוי עדי קיום ולא עדי בירור באופן אחר עפ"י פסקי הרמב"ם בסוגיא. דהרי הרמב"ם (פרק י מהלכות מכירה הל"א) פסק דמודעא מהני במכירה רק אם העדים ידעו באונס, לעומת במתנה ובמחילה דהעדים יכולים לכתוב שטר מודעא אפי' אם אין להם ידיעה של אונס, וז"ל מי שאנסוהו עד שמכר ולקח דמי המקח, אפילו תלוהו עד שמכר ממכרו ממכר בין במטלטלין בין בקרקעות שמפני אונסו גמר ומקנה, אע"פ שלא לקח הדמים בפני העדים, לפיכך אם מסר מודעה קודם שימכור, ואמר לשני עדים דעו שזה שאני מוכר חפץ פלוני או שדה פלוני לפלוני מפני שאני אנוס, הרי הממכר בטל, ואפילו החזיק כמה שנים מוציאין אותה מידו ומחזיר הדמים.וצריכין

[1189] וע"ע בזה בשיעורי הרב לניטין (עא: בענין מילי לא מימסרן, אות ו).

העדים לידע שהוא מוכר מפני האונס ושהוא אנוס ודאי, לא שיסמכו על פיו, וכל מודעה שאין כתוב בה ואנו העדים ידענו שפלוני זה אנוס היה אינה מודעה,במה דברים אמורים במוכר או בעושה פשרה, אבל במתנה או במחילה אם מסר מודעה קודם מתנה אע"פ שאינו אנוס הרי המתנה בטלה, שאין הולכין במתנה אלא אחר גילוי דעת הנותן שאם אינו רוצה להקנות בכל לבו לא קנה המקבל מתנה, והמחילה מתנה היא עכ"ל. ולכאורה צ"ע, דהרי היאך העדים יכולים לכתוב שטר מודעא בלי ידיעה של האונס. ובשלמא בגט הדין הזה היה מסתבר עפ"י שיטת הגר"ח זצ"ל דיש דין מיוחד של רצון הבעל בכתיבת גט ועצם זה דהבעל מסר מודעא לפני כן מראה שחסר הרצון הזה. אמנם הדין הזה קיים רק בגט, וצ"ע היאך חלין עדות ושטר אם העדים אינם באמת יודעים את המעשה.

ונראה לבאר דשיטת הרמב"ם היא דשטר מודעא אינו ראיה על אונס אלא דעצם המודעא גורם להפקעת דעת המקנה. דהרי במחילה ובמתנה הוא הוי הבעל דבר היחיד ולכן יש לו הכח להפקיע את דעתו אם הוא מוסר מודעא בפני עדים לפני כן. אמנם במכירה, מכיון דהמוכר אינו הבעל דבר היחיד אלא יש גם את הלוקח, אזי מודעא מהני רק אם באמת יש אונס דאז העדים יכולים להעיד עליו. ויוצא מכל זה דהעדים במודעא בנוגע למתנה ומחילה לפי הרמב"ם הוי עדי קיום דפועלים את הפקעת דעת הבעלים אע"פ דאין אנו יודעים אם באמת היה אונס.

בא"ד. והקשה ר"ת ז"ל מהא דתנן במס' תרומות פ"ג נתכוון לומר עולה ואמר שלמים שלמים ואמר עולה לא אמר ולא כלום, ותירץ דשאני התם משום דבעינן פיו ולבו שוין, וכדאמרי' (**שבועות כו:**) **נתכוון להוציא פת חטין ואמר פת שעורין פת שעורין ואמר פת חטין פטור עד שיהיו פיו ולבו שוין, וטעמא משום דטעות הוא ואין דבורו דבור דלישניה הוא דאתקיל ליה, ודומה לזה נדרי שגגות** (**נדרים כה:**) **קונם אם אכלתי ואם שתיתי ונזכר שאכל שלא הי' סבור לידור ונדר, אבל הכא שאומר מה שבלבו לומר אע"פ שאין לבו רוצה במה שגמר בלבו להוציא בפיו דברים שבלב הן ואינן דברים, וכן במכר שדעתו למכור סתם ואמר סתם אע"פ שהיה בדעתו שאם לא יעלה לא יהא ממכרו ממכר הרי אלו דברים שבלב ואינם דברים.**

הרשב"א חילק בין היכא דאין פיו וליבו שוין דאז הדיבור שלו אינו חל, לבין היכא דהוא אמר מה שהתכוון לומר אלא דחסר הרצון דזה הוי דברים שבלב ואינם דברים. ואז הרשב"א הביא מנדרי שגגות, וכוונתו להוסיף עוד נקודה, דהיינו, דיש חילוק בין הלכות נדרים לבין הלכות מכירה. דבנדרים אם הוא באמת התכוון לומר מה שיצא מפיו ופיו וליבו שוין, אעפ"כ הנדר בטל אם סיבת הנדר הוי בטעות. כלומר, דאם הוא התכוון

לנדור איסור הנאה אם הוא אכל, והתכוון לזה, אלא דחשב בטעות דלא אכל, זה הוי טעות בסיבת הנדר דנחשב כנדרי שגגות והנדר בטל. לעומת זה במכירה טעות כזאת לא נחשב כטעות. דאם הוא התכוון לומר מה שיצא מפיו אין כאן טעות והמכירה חלה, אע"פ דהסיבה דהוא רצה למכור אינה באמת קיימת.

בא"ד. ועוד קשי' לי נידוק מתרומה דקי"ל דניטלת במחשבה כלומר שיתן עיניו בצד זה ואוכל בצד אחר אלמא דברים שבלב ישנן דברים.

לכאורה קשה, למה הרשב"א הקשה דוקא מתרומה במחשבה הלא יש עוד דינים דחלין במחשבה כמו מחשבת פיגול או כוונה במצוות לפי המ"ד דמצוות צריכות כוונה. ולכאורה גם הדינים האלו מוכיחים דדברים שבלב הוו דברים.

ונראה לבאר דבתרומה יש ב' דינים דחלין במחשבה: א) עצם ההפרשה, דהיינו דיש גזה"כ דאפשר להפריש תרומה במחשבה, ב) חלות שם דעת להפריש תרומה, דהיינו דיש גזה"כ דצריך חלות שם דעת מיוחדת להפריש תרומה מהדרשא אתם גם אתם, מה אתם לדעתכם וכו'. ולכאורה הרשב"א אינו הקשה מעצם הדין דהפרשה במחשבה דהרי ברור דזה הוי גזה"כ מיוחדת בתרומה. אלא דהרשב"א הקשה מהדין הב' דס"ל דאם דברים שבלב אינם דברים זאת אומרת דכל היכא דבעינן חלות שם דעת אזי לא סגי במחשבת הלב. וא"כ יש להקשות מתרומה דיש גזה"כ דבעינן דעת ועכ"ז סגי במחשבת הלב. ולפי"ז אתי שפיר דהרשב"א לא הקשה ממחשבת פיגול או ממצוות צריכות כוונה דהרי שם אין דין דבעינן חלות שם דעת אלא סגי בכוונה דעלמא, ובזה בודאי כוונת הלב סגי.

בא"ד. אלא דכל כי האי לא דייקו כלל לדברים שבלב דכי אמרי' דברים שבלב אינן דברים היינו שאינן דברים לבטל מה שאמר בפיו, כההוא דזבין והי' בלבו תנאי שיעלה לירושלים, ובאומר סבור הייתי שהיא כהנת וכן כולם, אבל כל שהדברים שבלבו אינן מבטלין מעשיו אלא מקיימין כנזיר שאמר בלבי הי' להיות כזה שהי' עובר, או מחשב בתרומה שאין דברי לבו מבטלין שום דבר, הוו דברים, ואין זה בכלל דברי רבא כלל, כנ"ל.

ולכאורה נראה לתרץ את קושיית הרשב"א באופן אחר. די"ל דכל הדין דדברים שבלב אינם דברים הוא רק אם יש בעל דבר אחר דיש לו זכות לטעון שהדעת של בעל דבר הראשון ראוי להיות נקבע ע"פ מה שאמר ולא ע"פ מה שחשב. מאידך בהפרשת תרומה ונזירות אין אדם אחר דהוי בעל דבר ולכן שפיר י"ל דדברים שבלב הוי דברים.

אמנם יש להקשות על פירוש זה מהסוגיא בנדרים (כח.) דהגמ' הקשה על הדין דנודרין למוכסין מהדין דדברים שבלב אינם דברים ולכאורה רואים מזה דהדין דדברים שבלב אינם דברים שייך גם בנדרים. ויתכן דמכיון דבהיכי תמצי דגמ' הנדר או השבועה בא לרצות אדם אחר שהנדר או השבועה הוי על דעת האחר, דהיינו המוכס, וממילא מכיון שהנדר או השבועה אכן נוגע לאדם אחר חל בו הדין דדברים שבלב אינם דברים. וזה דומה לדין של הרמב"ם (פרק ב מהלכות שבועות הלט"ו) וז"ל מי שנשבע ואמר שבועה שלא אוכל היום ועל דעתכם אני נשבע, אין זה יכול לומר כך וכך היה בלבי, שלא נשבע זה על דעתו אלא על דעת אחרים וכיון שהיה פיו ולבם של אחרים שנשבע על דעתם שוים חייב מפני שלבם של אלו במקום לבו קם, וכן בשאר מיני שבועות עכ"ל. אמנם בנדרים ושבועות דעלמא דאינם נוגעים באופן ישיר לאדם אחר, אזי לא חל בהם הדין דדברים שבלב אינם דברים.

גמ'. ודלמא שאני התם דכיון דאתניה לאו כל כמינה דעקרא לה לתנאיה.

עיין ברש"י (ד"ה כיון דאתניה) וז"ל שפירש תנאו בפיו לאו כל כמינה למיעקר תנאו בדברים שבלב הואיל ושמעה ולא מיחתה לומר אעפ"כ אני חפיצה בך קדש אותי בלא תנאי עכ"ל. ונראה לבאר כוונת רש"י דיש חלות שם קבלת דברים מצד האשה. דאיתא בגמ' שבועות (לו.) וז"ל אמר רבי יוסי ברבי חנינא אמן בו שבועה בו קבלת דברים בו האמנת דברים, בו שבועה דכתיב ואמרה האשה אמן אמן, בו קבלת דברים, דכתיב ארור אשר לא יקים את דברי התורה הזאת לעשות אותם ואמר כל העם אמן, בו האמנת דברים, דכתיב ויאמר ירמיה [הנביא] (אל חנניהו) אמן כן יעשה ה' יקם ה' את דבריך עכ"ל. ורש"י פירש קבלת דברים, וז"ל האומר לחבירו על מנת שתקיים לי תנאי כך וכך ואמר אמן קבל דבריו וחייב לקיים תנאו עכ"ל.

ולכאורה קשה להבין דברי רש"י דאפי' אם אמירת אמן הוי קבלת דברים למה הוא חייב לקיים את התנאי, דהרי אם התנאי חל אזי יש לו הכח לבחור אם הוא רוצה לקיים את התנאי ולגרום שהחלות תחול או לבטל את התנאי ושלא תחול החלות. וכן הקשה הגרעק"א בגליון הש"ס וז"ל לא ידעתי הא ליכא חיוב לעשות התנאי אלא דאם לא יקיים התנאי בטל המעשה דמכר ומתנה מחילה וכדומה. ובזה למאי צריך לאמן שיהיה קבלה ומה צורך לקבלתו הא הנותן לא נתן רק ע"מ ואם לא יקיים התנאי ממילא בטל הנתינה, וצ"ע עכ"ל.

ונראה דאין כוונת רש"י לומר דיש חיוב ממש לקיים התנאי ושאפשר לתבוע אותו בב"ד לקיים את התנאי, דפשיטא שיכול לבטלו ולא לקיים את התנאי. דזהו יסוד דין של תנאי,

שבבחירת המותנה או לקיים את התנאי או לבטלו כפי בחירתו. אלא כוונת רש"י הוא שבהלכות תנאים התחייב לקיים את התנאי ואת חיובו לקיימו כדי שהמעשה יחול. כלומר דקיום התנאי הוי קיום התחייבותו לקיימו בכדי לקיים את המעשה. ואם בוחר להיפך, שלא לקיים את המעשה, אזי בידיו ובבחירתו לא לקיים את התנאי, דהיינו לא לקיים את חיובו לקיים התנאי ולא לקיים את המעשה, ולבטל את המעשה. כי כל חיוב התנאי או ביטולו הוא רק כדי לקיים את המעשה או לבטלו. דאין קיום התנאי קיום תנאי בעלמא אלא קיום חיובו לקיים התנאי, דקבלת התנאי ר"ל שהוא מתחייב לקיים את התנאי אם הוא רוצה לקיים את המעשה. ואם הוא לא רוצה לקיים את המעשה לא יקיים את חיובו לקיים התנאי ובכך מבטל את התנאי ואת המעשה.

ועוד נראה דרש"י נקט בלשון הזה של חיוב משום דבמקור של הלכות תנאים - בתנאי בני גד ובני ראובן - באמת היה חיוב עליהם לקיים את התנאי ולכבוש את ארץ ישראל. דהרי משה רבינו אומר להם בפירוש (במדבר פרק לב פסוק כג) וז"ל ואם לא תעשון כן הנה חטאתם לה' ודעו חטאתכם אשר תמצא אתכם עכ"ל, הרי שיש חטא אם הם לא עוברים את הירדן להלחם. וגם בפסוק הבא כתוב וז"ל בנו לכם ערים לטפכם וגדרת לצנאכם והיצא מפיכם תעשו עכ"ל, ורש"י ביאר וז"ל והיצא מפיכם תעשו - לגבוה שקבלתם עליכם לעבור למלחמה עד כבוש וחלוק עכ"ל. הרי אע"פ דלכאורה היה בידי בני גד ובני ראובן או לקיים את התנאי ולקבל החלק שלהם מעבר לירדן או לא לקיים את התנאי ולא לקבל את החלק שרצו, רואים מהפסוקים שבאמת הם היו חייבים לקיים את התנאי. ואע"פ דבכל תנאי שאינו לגבוה אין חיוב או מצוה כזאת, מ"מ היכא דיש קבלת דברים יש מעין חיוב כזה כדברי רש"י בשבועות, דהיינו דמתחייב בחיוב לקיים התנאי ובכך יקיים את המעשה דקיום התנאי הוי קיום של התחייבותו ולא קיום תנאי בעלמא אלא קיום התחייבות לקיימו.

ועפ"ז יש להבין את דברי רש"י בסוגיא דידן. דהיינו דמכיון דהאשה קיבלה את התנאי של המקדש היא אינה יכולה לבטלו אחרי זה ע"י טענה של דברים שבלב אפי' אם בעלמא דברים שבלב הוי דברים, דהרי זה הוי עקירת תנאי דחל מדין התחייבות. וכשיש התחייבות לא אמרינן דברים שבלב הוי דברים הוי דברים כי בנוסף לדברי התנאי חל חלות חיוב לקיימו מדיני תנאים כנ"ל, וקבלת התנאי הויא מעין חיזוק מיוחד לחלות התנאי וא"א לבטלו בדברים שבלב בעלמא דהא התחזק ע"י קבלה והתחייבות.

גמ'. ההוא גברא דזבנינהו לניכסיה אדעתא למיסק לארץ ישראל לסוף לא סליק, אמר רב אשי אי בעי סליק.

הרשב"א (ד"ה הא דאמרינן אמרי ליה קום סליק) ביאר דהגמ' איירי רק היכא דהוא גילה דעתו אבל לא התנה בפירוש. אמנם אם המוכר התנה בפירוש אזי יש לו הכח לקיים או לבטל את התנאי, וז"ל הא דאמרינן אמרי ליה קום סליק ואי בעית סלקת, דוקא בגלוי הדעת לבד שאמר שדי מכורה לך לפי שדעתי לעלות לא"י שלא התנה בפי' ע"מ שאעלה לא"י ולפיכך אומר לו עדיין אתה יכול לעמוד באותו דעת ולגמור מחשבתך אבל במתנה בפי' ע"מ לעלות יכול הוא לומר איני רוצה לעלות כדי שיתבטל המקח ואם לא יעלה בטל המקח משום דתנאי לא על דעת לקיים התנאי בלבד נאמר אלא אף על דעת לבטל המעשה ואין כופין על קיום תנאו כדי שלא יתבטל המעשה בשום מקום עכ"ל.

ולכאורה צ"ב, דמהיכא תיתי דהגמ' איירי רק בעובדא דטעות ולא בעובדא דתנאי. דהיה אפשר לומר דאפי' אם התנה ע"מ שאני עולה לארץ ישראל, מכיון דברור שהוא רוצה לעלות אולי גם נשתמש באומדנא החזקה זאת לפרש את תנאו ואז נאמר דהמכר חל כל עוד דהוא יכול לעלות אפי' אם אינו עולה בפועל.

ונראה לבאר דזהו יסוד החילוק בין דעת מקנה דעלמא לבין דעת מקנה עם חלות שם תנאי. דבנוגע לדעת מקנה בעלמא יש לפרש דעתו ע"פ אומדנא דמוכח דנובע מסתם דעת דבני אדם דעלמא במצב כזה. מאידך היכא שיש חלות שם תנאי אזי אין זה תלוי באומדנא דדעת בני אדם דעלמא אלא דנין רק ע"פ מה שאמר ולכן אפי' אם יש אומדנא דהוא רצה לעלות לארץ ישראל מ"מ אין לזה נ"מ בנוגע לעצם המכירה על תנאי.

א"נ י"ל דאם נפרש את התנאי שלו "על מנת שאני אעלה לארץ ישראל" ע"פ שיקול דעתו ואומדנא כמו שהקשינו אזי צ"ל דבאמת הוא התכוון לומר דהוא מוכר את הקרקע ע"מ שיש לו הכח לעלות לארץ ישראל ולכן כל עוד דיש לו הכח המכר חל. אמנם י"ל דהרשב"א סבור דזה אינו תנאי כלל, כי תנאי צ"ל דבר שיש ביד אדם לקיים או לבטל. אמנם אם הוא מתנה ע"מ שאני כהן או ע"מ שירדו גשמים למחר אזי הרשב"א סבור דזה אינו תנאי כלל אלא הוי הלכה של טעות. וא"כ צריך לומר דאם באמת יש תנאי ע"מ שאני אעלה לארץ ישראל, אזי קיום התנאי הוי ע"י עלייה בפועל וביטול התנאי הוי ע"י שנשאר בחו"ל בפועל, כמו שהרשב"א כתב.[1190]

דף נב.

גמ'. אבל הכא משום כיסופא הוא דעבד, ואינה מקודשת.

[1190] וע"ע בזה בשיעורים לקמן (סא. בענין תנאי וטעות).

א

קידושין בדבר שאינו שלו

משמע ממסקנת הגמ' דאי לאו משום כיסופא הקידושין היו חלין אע"פ דבשעת הקידושין הפרומא דשיכרא היה בבעלות המרא דשיכרא ולא ברשות הסרסיא. וצ"ע איך הסרסיא יכול לקדשה בדבר שאינו שלו. ומפני זה יש ראשונים דהבינו דכל הסוגיא איירי בחלות קידושין מכאן ולהבא מהזמן דהבעלים אמרו כלך אצל יפות, אבל פשוט דהקידושין אינו יכול לחול למפרע כי הפרומא דשיכרא לא היה שייך למקדש. ועיין בבית שמואל (סימן כח סקמ"ד) דזוהי שיטת הריטב"א בסוגיא. מאידך הרמב"ם (פרק ה מהלכות אישות הל"ח) חולק על זה ונקט דהקידושין יכולין לחול למפרע ואפי' לפני גילוי דעת הבעלים, וז"ל הנכנס לבית חבירו ולקח לו כלי או אוכל וכיוצא בהן וקידש בו אשה ובא בעל הבית אע"פ שאמר לו למה לא נתת לה דבר זה שהוא טוב ממה שנתת לה אינה מקודשת, שלא אמר לו דבר זה אלא כדי שלא להתבייש עמו והואיל וקידש בממון חבירו שלא מדעת חבירו הרי זה גזל ואינה מקודשת, ואם קידשה בדבר שאין בעל הבית מקפיד עליו כגון תמרה או אגוז הרי זו מקודשת מספק עכ"ל. ומבואר ברמב"ם שבדבר שאין בעל הבית מקפיד עליו ויש להסתפק באם בעל הבית היה רוצה להקנותו לו, אזי הקידושין חלין מספק אפי' בדבר דלא היה שייך כלל למקדש. וצ"ע דאיך הוא יכול לקדש את האשה בדבר שאינו שלו.

ועיין בב"מ (כא:) דפליגי אביי ורבא אם יאוש שלא מדעת הוי יאוש או לא הוי יאוש. ויש לבאר את שיטת רבא דהוי יאוש בב' אופנים:

א) דבדבר העומד ליאוש (אין בו סימן) כשהבעלים מתייאשים, היאוש חל למפרע. וא"כ למפרע בשעה דהגביה המוצא את האבידה כבר פקעה הבעלות דהבעלים הראשונים.[1191]

ב) עצם זה דהבעלים עומדים להתייאש מפקיע את הבעלות דהבעלים הראשונים.[1192]

ויש נ"מ בין ב' הפירושים לגבי סרסיא דקידש. דלפי הפירוש הא' דבדעת העומד לקרות אזי הדעת חלה למפרע, יתכן דהוא הדין בנוגע בדעת להקנאה. דהיינו, דהיכא דהבעלים עומדים להקנות לאחר, הדעת מקנה לאחר זמן חלה למפרע. וא"כ בסוגיא דידן דהבעל הבית עומד להקנות מנכסיו לסרסיא, כשהוא מקנה לו חלקו לאחר זמן הדעת מקנה והקנין חלין למפרע, ולכן הסרסיא יכול לקדש את האשה בחלקו אפי' לפני עצם

[1191] ועיין בזה בהגהות אשרי (בבא מציעא פרק ב סימן ג) וז"ל קי"ל כאביי דאמר מה שעתיד להיות אינו חשיב כתחלה עכ"ל. ומשמע מזה דרבא סבור דמה שעתיד להיות יכול לחול למפרע.

[1192] ועיין ברשימות שיעורים לב"מ (כא: בסוגיא דיאוש שלא מדעת אות א) דרבינו זצ"ל האריך בכל הסוגיא בטוב טעם ודעת. וביאר דחלות שם אבידה גמורה דחלה בחפצא מפקיע בעלות וכדמצינו באבודה ממנו ומכל אדם, עיי"ש.

החלוקה.[1193] אבל הפירוש הב' שייך רק לדיני יאוש והפקעת בעלות, דעצם זה דהבעלים עומדים להתייאש גורם להפקיע הבעלות ע"פ דין. אבל פשוט דדין כזה אינו שייך לדעת מקנה, ובעינן דעת מקנה בפועל כדי להקנות חפץ. וא"כ לצד הזה צ"ע דהאיך הסרסיא יכול לקדש את האשה בדבר דהבעלים עומדים להקנות לו אם עדיין אין דעת מקנה בפועל, וצ"ל כפירוש הריטב"א דכל הדיון בסוגיא הוא רק בנוגע לקידושין מכאן ולהבא.

ולגבי החקירה הנ"ל בשיטת רבא עיין בב"מ (כב.) דהגמ' הביאה ראיה דיאוש שלא מדעת הוי יאוש מהדין דהתורם שלא מדעת, וז"ל תא שמע כיצד אמרו התורם שלא מדעת תרומתו תרומה הרי שירד לתוך שדה חבירו וליקט ותרם שלא ברשות, אם חושש משום גזל אין תרומתו תרומה, ואם לאו תרומתו תרומה, ומנין הוא יודע אם חושש משום גזל ואם לאו הרי שבא בעל הבית ומצאו, ואמר לו כלך אצל יפות, אם נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה, ואם לאו אין תרומתו תרומה וכו' וכי נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה אמאי בעידנא דתרם הא לא הוה ידע עכ"ל. הרי לפי הוכחת הגמ' מתורם שלא מדעת, שפיר מובן איך חלה התרומה לפי רבא. ולכאורה זה יתכן רק לפי הפירוש הא' בדעת רבא דבדבר העומד להקרות הדעת לאחר זמן חלה למפרע. וא"כ זה שייך גם לתרומה, דמכיון דהבעלים עומדים לתרום תרומה, הדעת שלהם לאחר זמן חלה למפרע משעה דהתורם הפריש התרומה. אבל לפי הצד הב' לעיל דהבעלות פקעה, קשה דהא זה שייך רק לגבי הפקעת בעלות באבידה ולא לגבי דעת המחילה חלות חדשה כמו הדעת בהפרשת תרומה.

אבל רבא עצמו דוחה הראייה מהתורם שלא מדעת, וז"ל תרגמה רבא אליבא דאביי דשויה שליח. הכי נמי מסתברא, דאי סלקא דעתך דלא שוויה שליח מי הויא תרומתו תרומה, והא אתם גם אתם אמר רחמנא לרבות שלוחכם, מה אתם לדעתכם, אף שלוחכם לדעתכם עכ"ל. רבא אוקים הברייתא לפי אביי בדשוייה שליח. ויש להסתפק אם למסקנא דיש לנו הדרשא דאתם גם אתם, גם רבא צריך לאוקים הברייתא בדשוייה שליח או דהוא נשאר כפי הבנתו בברייתא בהו"א דהדעת להפרשה לאחר זמן פועל למפרע.[1194] ואם למסקנא גם רבא צריך לאוקים הברייתא בדשוייה שליח אז יתכן לדחות הראייה לפירוש הראשון בדעת רבא, ולומר דלפי מסקנת הגמ' הברייתא דהתורם שלא מדעת אינו שייך בכלל לדיון דיאוש שלא מדעת דהוי מחלוקת בדיני הפקעת בעלות לבד.

[1193] אבל עיין ברשימות שיעורים לב"מ (כא: ד"ה בזוטו של ים) דרבינו זצ"ל נקט דדעת מקנה אינה יכולה לחול למפרע והסברא הזאת שייך רק ליאוש.

[1194] עיין בתוס' ר"י הזקן (נב:) דהבין מסקנת הגמ' דרק אביי עושה האוקימתא דשוויה שליח ולא רבא. ועיין גם בתוס' שם (ד"ה אם נמצאו) וברש"ש על התוס'.

ב

קידושין בדבר שאינו שלו לפי הרמב"ם דפסק יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש

אבל פירוש כזה שפיר מהני בגמ' עצמה דהרי רבא דסובר דיאוש שלא מדעת הוי יאוש הרי במסקנא הוא האמורא דאמר דשוויה שליח. מאידך הרמב"ם פסק דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש (פרק יד מהלכות גזילה ואבידה הל"ה), ויוצא שסובר כאביי דדעת לאחר זמן אינו יכול לחול למפרע אפי' בדבר העומד להקרות. וא"כ הדרא הקושיא לדוכתא, דאיך הרמב"ם פסק דמי שלקח אגוז מרשות בעל הבית בלי דעתו יכול לקדש אשה באגוז הזה. לכאורה האגוז הוי גזל גמור בידו.

ויש לומר, דבאמת גם אביי מודה לרבא דדעת יכול לחול למפרע בדבר דעומד לקרות, כמו לגבי הקנאת דבר דאינו מקפיד עליו. ואע"פ דאביי סבור דדעת יכולה לחול למפרע, מ"מ הוא נקט דיאוש שלא מדעת לא הויא יאוש כי הדין דאיסורא אתא לידיה מונע את הדעת דיאוש מלחול למפרע. דהרי בדבר דיש בו סימן הגמ' (ב"מ כא:) קבעה דגם רבא מודה דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש מטעם דבאיסורא אתא לידיה, וז"ל בדבר שיש בו סימן כולי עלמא לא פליגי דלא הוי יאוש, ואף על גב דשמעיניה דמיאש לסוף לא הוי יאוש דכי אתא לידיה באיסורא הוא דאתא לידיה, דלכי ידע דנפל מיניה לא מיאש מימר אמר סימנא אית לי בגויה, יהבנא סימנא ושקילנא ליה עכ"ל. ואפשר לומר דזה גם סברת אביי בדבר דאין בו סימן דבזה הוא פליגי עם רבא האם יאוש שלא מדעת הויא יאוש או לא. דהיינו דאביי נקט דגם בדבר דאין בו סימן לפני היאוש בפועל החפץ האבוד ברשות המוצא מוגדר כאיסורא אתא לידיה וזה מונע היאוש מלחול.[1195]

ואם זה סברת אביי כל זה שייך רק לגבי יאוש דאיסורא אתא לידיה מונע היאוש מלחול. אבל בכל דבר אחר כמו הקנאה, אביי מודה לרבא דבדבר דעומד להקנות (כמו דבר דאינו מקפיד עליו) הדעת מקנה חל למפרע. ולכן שפיר מובן פסק הרמב"ם באגוז דאחר, דאפי' אביי מודה דיש צד לומר דהקידושין יחול.

ועוד נראה לבאר באופן אחר דהרי אע"פ דהרמב"ם פסק כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש עדיין יש היכי תמצא דפסק דיאוש כזה הוי יאוש. דהרי איתא בגמ' (ב"מ כא:) דבזוטו של ים כו"ע מודו דהאבידה שייכת למוצא. ועיין בגמ' שם (כב:) דמקור הדין דזוטו של ים הוי בגזה"כ. אמנם עיין ברמב"ם (פרק יא מהלכות גזילה ואבידה הל"י) דנימק הדין דזוטו של ים ביאוש הבעלים וז"ל המוצא אבידה בזוטו של ים ובשלוליתו של נהר

[1195] ולכאורה קשה לומר דהרמב"ם הבין דשיטת אביי מבוססת על איסורא אתא לידיה, דהרי הרמב"ם (פרק טו מהלכות גזילה ואבידה הל"א) פסק שלאחר יאוש בפועל אז האבידה שייכת למוצא. עיין בזה ברשימות שיעורים לב"מ (כא: בענין יאוש שלא מדעת אות ב) במח' בין הרמב"ם והתוס'.

שאינו פוסק אע"פ שיש בה סימן הרי זו של מוצאה שנ' אשר תאבד ממנו ומצאתה, מי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם יצאת זו שאבודה ממנו ומכל אדם שזה ודאי נתיאש ממנה עכ"ל. ונראה דהרמב"ם הבין דגם אביי מודה דיאוש שלא מדעת הוי יאוש במצב דזוטו של ים דאז יש אומדנא דמוכח דהוי יאוש לבסוף. ואביי סבור דבדבר דאין בו סימן דיאוש שלא מדעת לא הויא יאוש רק בגלל דחסר אומדנא חזקה כזה דיהיה יאוש לבסוף. וא"כ יתכן דאם יש אומדנא דמוכח דהבעלים רוצים להקנות חפץ מסויים דגם אביי מודה דההקנאה חלה למפרע אע"פ דבדבר דאין בו סימן הוא נקט דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש.[1196]

משנה. המקדש בחלקו, בין קדשי קדשים בין קדשים קלים אינה מקודשת.

לגבי קידושין בבכור בזה"ז מצינו סתירה בסוגיות. דהרי המשנה במעשר שני (פרק א משנה ב) קובעת וז"ל הבכור מוכרין אותו תמים חי ובעל מום חי ושחוט ומקדשין בו האשה עכ"ל. ורב נחמן (תמורה ז:) אוקים המשנה בבכור בזה"ז, וז"ל אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוה לא שנו אלא בזמן הזה הואיל ואית ליה לכהן זכייה בגוויה (הואיל ויש לכהן שותפות בו), אבל בזמן שבית המקדש קיים, כיון דתם להקרבה הוא דקאי אין מוכרין אותו תמים חי עכ"ל. ומבואר להדיא מזה דמקדשין אשה בבכור בזה"ז תמים חי ובע"מ חי ושחוט. ומאידך עיין בב"ק (נג:) וז"ל שור ושור פסולי המוקדשין שנגחו, אביי אמר משלם ח"נ, רבינא אמר משלם רביע נזק עכ"ל. ומבואר בגמ' דהבעלים של הפסולי המוקדשין פטורין מחלקן בנזק כמו שור דהקדש דחל לו המיעוט דרעהו. ועיין ברש"י (ד"ה מאי ניהו) ותוס' (ד"ה שור ושור פסולי המוקדשין) דביארו דהגמ' איירי בבכור בעל מום דנאכל לכהן בלי פדיון ולא בסתם פסולי המוקדשין לאחר פדיון דבאמת חייבין בנזיקין.

והתוס' (תמורה ז: ד"ה לא שנו) הקשו דלכאורה האמוראים בב"ק איירי בבכור בזמנם, דהיינו לאחר חורבן בית המקדש. וא"כ יש סתירה בין הסוגיות לגבי דין בכור בזה"ז. דהרי בתמורה מבואר דאפי' בכור תם נחשב כממון הכהן ומקדשין בו אשה, אבל בב"ק מבואר דאפי' לאחר דנעשית בע"מ עדיין השור אינו ממון הדיוט דכהן ומשו"ה פטור מנזיקין בגלל המיעוט ד"רעהו". ותירצו התוס' וז"ל וצריך לומר דהכא אתייא כרבי יוסי הגלילי וההיא דהתם כרבנן עכ"ל. כלומר דסוגיא בב"ק קאי בשיטת חכמים דקדשים קלים אינן ממון בעלים ולכן בכור תם ובעל מום בזה"ז נחשב כממון הקדש ופטור מנזיקין. ולפי זה גם אין מקדשין אשה בבכור בזה"ז. מאידך הגמ' בתמורה קאי בשיטת

[1196] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לב"מ (כא: ד"ה בזוטו של ים) דרבינו זצ"ל הביא עוד הוכחות ליסוד הזה בשיטת אביי.

רבי יוסי דקדשים קלים ממון בעלים הם ולכן הכהן הבעלים יכול לקדש אשה בבכור בזה"ז כיון דאינו קרב על גבי המזבח.

והרא"ש (ב"ק פרק א סימן טו) גם הלך בשיטה הזאת ולכן נסתפק להלכה במי דמקדש אשה בבכור בזה"ז וז"ל ויש שפסקו הלכה כרבי יוסי הגלילי משום דסתם מתניתין מוכח כוותיה וכו' ומיהו נראה לי מדפליגי אביי ורבינא אליבא דרבנן סברי כרבנן ורבנן בתראי נינהו משמע דהלכה כרבנן וכהן שקדש האשה בבכור חי לא הויא מקודשת וצריך עיון עכ"ל. והמחבר (אה"ע סימן כח סעיף כג) גם פסק דהיא ספק מקודשת.

אבל נראה לומר דאין סתירה בכלל בין הסוגיות ואין צורך לתלות הדין דמקדש בבכור בזה"ז במח' רבי יוסי הגלילי וחכמים. ויש להקדים את יסוד של הגר"ח זצ"ל לגבי החילוק בין הבעלות בקדשי בדק הבית לבין הבעלות בקדשי הגוף. דהרי לגבי הפטור הקדש מגניבה הרמב"ם (פרק ב מהלכות גניבה הל"א) הביא ב' פסוקים שונים וז"ל הגונב את הגוי או שגנב נכסי הקדש אינו משלם אלא הקרן בלבד שנאמר ישלם שנים לרעהו ולא להקדש כו' וכן הגונב קדשים מבית בעליהן בין קדשי קדשים בין קדשים קלים בין קדשים שאין הבעלים חייבין באחריותן בין קדשים שהבעלים חייבין באחריותן הרי זה פטור מן הכפל ומתשלומי ד' וה' שנאמר וגונב מבית האיש ולא מבית הקדש עכ"ל.

וצ"ע, למה הביא הרמב"ם ב' פסוקים, הפסוק דרעהו לגניבת בדק הבית והפסוק דוגונב מבית האיש לגניבת קדשי מזבח.

ותירץ מרן הגאון ר' חיים זצ"ל, דבאמת יש חילוק ביסוד הגדר דקדשי בדק הבית והגדר דקדשי מזבח. דקדשי בדק הבית ממונם של הקדש הם, ואין להדיוט המקדיש שום קניינים ובעלות בחפצא לאחר שהקדישו לבדק הבית. נמצא שגנבו מהקדש ובכן הביא הרמב"ם את הפסוק של רעהו המחדש דפטור מלשלם כפל להקדש, אבל משלם את הקרן להקדש. מאידך בקדשי מזבח, גופו של ההקדש הוא קדושת קרבן להקרבה. אבל עדיין נשארו קניינים ובעלות להמקדיש. ובכן הביא הרמב"ם את הפסוק של וגונב מבית האיש לפוטרו מלשלם כפל להדיוט אך חייב לשלם לו את הקרן.[1197]

ויש עוד כמה וכמה ראיות ליסוד הזה:

א) מבואר בתוס' (ב"ק עו. ד"ה והשתא, עט. ד"ה גנב) שהגונב ומקדיש לבדק הבית משלם ד' וה' כי "מה לי מכרו להדיוט מה לי מכרו לשמים" (ב"ק עט.), ואילו הגונב ומקדיש למזבח פטור מד' וה' כי "מעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן" (שם עו.). ולפי

[1197] עיין בזה בחידושי הגר"ח על הש"ס (ב"ק עו.), ובחידושי הגר"מ הלוי (פרק ב מהלכות מעילה ה), ובחידושי מרן רי"ז הלוי (פ"ד מהלכות תמורה הלי"א), קובץ הערות (סימן נב). וגם עיין ברשימות שיעורים לב"ק (הקדמה לפרק מרובה אות ב) ולשבועות ונדרים (בענין צדקה אות ז, בענין מעילה אות ד).

הגר"ח זצ"ל הביאור הוא שקדשי בדק הבית חלוקים מקדשי מזבח בעיקר חלותם. הגונב ומקדיש לבדק הבית חייב בד' וה' מדין מכירה שכן קדשי בדק הבית הויין ממון הקדש וקנינו. דהיינו, שהמקדיש מקנה את הבהמה להקדש בקנין גמור ואחרי שמקדישו אין לבהמה שייכות כלל להדיוט. מאידך בקדשי מזבח עיקר דינם הוא חלות קדושה למצות הקרבה ע"ג המזבח, אבל גם אחרי ההקדש המקדיש הוא הבעלים דהקרבן ויש לו בו קנין. לפיכך אין ההקדש למזבח כמכירה להדיוט ופטור הגנב מד' וה'.

ב) הרמב"ן בספרו מלחמות ה' לפרק הגוזל בתרא (דף מא. בדפי הרי"ף ד"ה עוד) דן אם גנב והקדיש קונה מדין שינוי רשות. הדיון נוגע רק כשהגנב הקדיש את הדבר בקדושת מזבח, ואילו בגנב והקדיש לבדק הבית פשוט לרמב"ן שחל קנין מדין שינוי רשות, וז"ל הא דאמרי' מעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן לומר לך שאין זה שינוי רשות כו' א"נ שינוי רשות נמי איכא כו' ובעה"מ גופיה ז"ל מוקים לה בהקדש בדק הבית ושינוי רשות גמור איכא עכ"ל. וביאור החילוק אליבא דהגר"ח זצ"ל הוא שחלות קדשי בדק הבית מהוה קנין ממון גמור להקדש ולא נשאר קנין הדיוט ולכן בודאי מהוה שינוי רשות. אך בקדושת הגוף למזבח ההקדש חל בעיקרו לקדש את הבהמה למצות הקרבה אבל בעל הקרבן יש לו בעלות וקנין ממון לגבי הקרבה, ולכן יתכן שאין כאן שינוי רשות.

ג) רש"י (בפסחים ה: ד"ה ולא יראה לך) מפרש שהמיעוט "אתה רואה של גבוה" המפקיע חמץ של גבוה מאיסור בל יראה ובל ימצא הוא בחמץ שהקדישו לבדק הבית, ומשמע מדבריו שעל חמץ שהקדישו למזבח כגון לחמי תודה, עוברים בב"י וב"י, ולכאורה תמוה דמ"ש. ונראה שלדעת רש"י הפוטר בחמץ גבוה אינו השם של קודש שבחפצא אלא הבעלות של הקדש. ובכן שונים קדשי בדק הבית מקדשי מזבח שכן דוקא בקדשי בדק הבית ישנה בעלות הקדש הפוטרת מב"י וב"י ולא בקדשי מזבח.

ד) תוס' ישנים בכריתות (דף יג: ד"ה ואשם אחד) כתבו שהשיעור של שו"פ במעילה חל בקדושת דמים בלבד ואילו המועל בקדושת הגוף חייב בכ"ש. וביאר הגר"ח זצ"ל שבקדו"ד הואיל ויש בה רשות גבוה המחייב של מעילה הוא חלות גזילה ואין גזילה בפחות משו"פ. ואילו בקדוה"ג המחייב של מעילה הוא חילול ההקדש ואיסה"נ בשיעור כל שהוא.[1198]

[1198] ברם צ"ע למה דין איסה"נ דהקדש אינו מחייב מעילה בכ"ש אף בקדו"ד כמו שמחייב בקדוה"ג. ויתכן שלדעתו איסה"נ דהקדש לא חל בקדו"ד כיון שמשתמשים בו לכל צורכי בדק הבית, משא"כ בקדוה"ג. ועיין ברשימות שיעורים לשבועות ונדרים (חלק א' בענין מעילה אות ד'). וגם יל"ע שהרי התוס' חילקו בין קדוה"ג לבין קדו"ד, ואילו הגר"ח זצ"ל חילק בין קדושת בדק הבית לבין קדושת המזבח, ונ"מ לדין המקדיש בעל מום למזבח המתקדש בקדושת דמים למזבח, וצ"ע.

ה) עיין ערכין (כח:) ותמורה (לב.) שיש הקדש עילוי דקדשי מזבח להוסיף בהם קדושת בדק הבית, אבל לא איפכא. והסביר הרמב"ם (פ"ו מערכין הל"ח) הטעם שלא חל הקדש עילוי כשמקדיש קדשי בדק הבית למזבח, וז"ל שאין אדם מקדיש דבר שאינו שלו עכ"ל, ואילו בקדשי מזבח יכול להקדישם הקדש עילוי לבדק הבית ומוכח דהויים שלו וקנינו. **ולפי** כל זה יש להקשות למה הבעלים אינם יכולים למכור הקרבן שלהם כדמבואר ברמב"ם (פרק ד מהלכות מעילה הל"ח) וז"ל המוכר עולתו ושלמיו לא עשה כלום, ודין תורה שיחזרו המעות חולין כמו שהיו, וקנסו אותו חכמים שיפלו המעות לנדבה אפילו היתה הבהמה שוה ארבעה ומכרה בחמשה החמשה כולן יפלו לנדבה ואין כאן מעילה לא מדברי תורה ולא מדברי סופרים עכ"ל.[1199] וצ"ע טובא, דאם הגר"ח הוכיח דהקרבן נשאר בבעלות המקדיש למה הוא אינו יכול להקנותו לאחר.[1200]

ונראה לבאר ע"פ מה דמצינו בשיטת הרמב"ם לגבי מעשר שני ממון גבוה. דמצד אחד פסק הרמב"ם (פרק ג מהלכות מעשר שני הלי"ז) וז"ל מע"ש ממון גבוה הוא שנאמר לה' הוא, לפיכך אינו נקנה במתנה אא"כ נתן לו הטבל והמקבל מפריש המעשר, ואין מקדשין בו את האשה ואין מוכרין אותו ואין ממשכנין אותו ואין מחליפין אותו ואין מרהינין אותו עכ"ל. הרי מבואר דמכיון דמע"ש ממון גבוה הוא הבעלים אינם יכולים להקנותו לאחר. אבל מאידך פסק הרמב"ם (פרק ג מהלכות מעשר שני הלכ"ה) דיכול להקדיש מעשר שני לבדק הבית, וז"ל המקדיש מעשר שני שלו לבדק הבית הרי זה פודה אותו מי שפודהו, על מנת ליתן להקדש את שלו ולמעשר שני את שלו עכ"ל. וגם פסק (שם הלכ"ד) דהגונב מעשר שני פטור מלשלם כפל אבל משמע דחייב לשלם הקרן לבעלים, וז"ל כבר ביארנו שהמעשר ממון גבוה הוא, לפיכך אנו אומרים שהגונב מעשר שני אינו משלם תשלומי כפל והגוזלו אינו משלם חומש עכ"ל. וצ"ע כנ"ל, דהרי אם מע"ש ממון גבוה למה הגונב צריך לשלם דמי הקרן לבעלים.

ונראה לתרץ כל הקושיות האלו בביאור גדר הדין דמע"ש ממון גבוה הוא. דאין הפשט דמע"ש שייך רק לגבוה ואינו מוגדר כממון הבעלים. אלא צ"ל דאע"פ דמע"ש שייך לבעלים, מ"מ נחשב ממון גבוה בזה דמצות מע"ש להאכל בירושלים ע"י הבעלים

[1199] אבל עיין בנתיה"מ (סימן רמא סק"ח) דלפי רבי יוסי הגלילי דקדשים קלים ממון בעלים, הבעלים יכולים למכור הקרבן לאחר והלוקח הופך להיות הבעלים המתכפרים. ועיין בזה גם בתוס' ר"פ (ב"ק סו: ד"ה הכא דגזל קרבן דחבריה). וגם הקצוה"ח (סימן תו סק"א) חולק רק לגבי העברת החלות מתכפר, אבל מודה דהמקדיש יכול למכור בשר הקרבן לאחר לפי רבי יוסי הגלילי.

[1200] צ"ע שהרי הרמב"ן בפירושו עה"ת (פ' מטות) כותב שעיקר חלות הנדר של הרי עלי קרבן הוי מדין קנין אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, והא אליבא דהגר"ח זצ"ל עיקר דין הקרבן אינו קנין ורק הטלת קדושת הגוף. (עיין ברשימות שיעורים לשבועות ונדרים חלק א' בענין נדרי גבוה אות א' ובענין צדקה אות ג').

אוסרת ההקנאה לאחרים ועוד תשמישין אחרים. ואילו הקדש עילוי לבדק הבית חל שאינו סותר את מצות מע"ש שבחפצא, ובכן יש לבעלים בעלות ורשות להקדישו הקדש עילוי.[1201]

ונראה דכל זה נמי שייך לקדשי מזבח לפי הגר"ח זצ"ל. דאע"פ דהוו ממון בעלים להקדישו הקדש עילוי וכדומה, מ"מ עצם חלות קדושת הקרבן שבחפצא מגביל את יכולת הבעלים לעשות בבהמה איזשהו תשמיש הסותר את המצות ההקרבה על המזבח. ולכן אין הבעלים יכולים למכור את הקרבן וכדומה. ולפי זה מבואר למה בזה"ז גם לשיטת חכמים הכהן יכול למכור בכור חי תמים או בע"מ, דהרי קדשי מזבח תמיד בבעלות הדיוט אלא דהדין דהקרבה מונע המכירה. וממילא, מכיון דבזה"ז אין דין הקרבה המונע הזה אינו קיים והבעלים יכולים להקנותו לאחר.[1202]

וכל זה לגבי הקנאת הבכור דתלויה בבעלות והדין קדושה להקרבה כנ"ל. ואילו לגבי הפטור דנזיקין דנלמד מרעהו פרט להקדש, י"ל דהמיעוט אינו דין בבעלות של הקדש אלא בחלות שם קדושה דחלה בחפצא. ואע"פ דבכור בזה"ז נחשב לממון הכהן ויכול למוכרו, מ"מ עדיין יש בו חלות שם קדושה דהרי עדיין אסור בגיזה ועבודה. ובכור בעל מום חלוק מסתם פסולי המוקדשין דנפדו דגם אסורין בגיזה ועבודה אבל חייבין בנזיקין בזה דאין דין פדיון בבכור בעל מום. ומכיון דיש לבהמה חלות קדושה בחפצא, הפטור דנזיקין עדיין חל וכדמבואר מהסוגיא בב"ק (נג:).[1203]

דף נח:

משנה. וכן האומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שלשים יום, ובא אחר וקידשה בתוך שלשים יום מקודשת לשני.

המשנה איירי היכא דהשני קידשה תוך ל' יום דאז היא מקודשת לשני. אמנם הרמב"ן (ד"ה ובא אחר) דייק מזה דהמשנה נקט "מקודשת לשני" ולא ד"אינה מקודשת לראשון"

[1201] ע"ע בספר קובץ חידושי תורה להגר"מ והגרי"ד זצ"ל בדין מע"ש ממון גבוה (עמוד פג-צג) [ומהודרה אחרת של אותו מאמר מופיע באיגרות הגרי"ד דף קנב-קנח], וברשימות שיעורים לב"ק (סוף סב:), ולברכות (לו: ד"ה והתנן מאימתי אין קוצצין), ולסוכה (לה. בענין היתר אכילה ודין ממון בד' המינים, אות ה) ולב"מ (ריש פרק הזהב בענין פדיון מע"ש אות ד', נג. בענין מעשר שני אות א).

[1202] לכאורה הדין דאפשר למכור קרבן בזה"ז שייך רק לבכור ולא לקרבן אחר. ולכאורה לפי רבינו זצ"ל צע"ק למה זה לא שייך לכל קרבן, דהרי המקדיש הוי הבעלים בדיני ממונות, ואין אפשרות להקריבו על המזבח למנוע המכירה. ועיין בחידושי הגרי"ז (הלכות בכורות נב: ד"ה וביסוד) דביאר הגדר המיוחד דחלות קדושת בכור ולמה יש חילוק בבכור בין זמן בית המקדש לבזה"ז.

[1203] והשוה לדברי התוס' (ב"ק נג: ד"ה שור) דבכור בעל מום וז"ל לא חשיב בחייו ממון הדיוט ושור רעהו עכ"ל. ומשמע להדיא דהמיעוט דשור רעהו ולא שור של הקדש הוי דין בבעלות הדיוט מול בעלות הקדש, דלא כרבינו זצ"ל, ודו"ק.

דאם האישות דהשני נסתלקה תוך ל' יום דהיא חוזרת להיות מקודשת לראשון, וז"ל מדלא קתני ואינה מקודשת לראשון, שמע מינה שאם גירשה שני בתוך שלשים חלו קדושי ראשון עכ"ל.

ויש לדייק דהרמב"ן סבור דהטעם דאין קידושין תופסין באשת איש אינו משום דהיא ערוה, דא"כ מכיון דהיא מקודשת לשני ונעשה ערוה לראשון אזי חלות הקידושין עם הראשון היתה נפקעת לגמרי. אלא צ"ל דלפי הרמב"ן אין קידושין תופסין באשת איש מכיון דהיא כבר קנויה לבעלה.[1204] וא"כ י"ל דהקנין דבעל מונע מעשה וחלות קנין קידושין דאחר. אמנם במקרה דידן, מכיון דמעשה הקידושין הראשון כבר נעשה לפני קידושי השני אזי אין סתירה בין חלות קידושין דשני לבין מעשה הקידושין דהראשון דהרי כבר נעשה מלפניו. ולכן היא יכולה להיות מקדושת לשני ואעפ"כ מעשה הקידושין דראשון מיתלא תלוי וקאי ויכול להחיל חלות קידושין לראשון אחרי גירושי השני.

ונראה דזה שייך רק בקידושין. אמנם בדיני ממונות דעלמא, היכא דראובן עשה מעשה קנין בחפץ כדי לקנות לאחר ל' ואז בא אחר וקנה אותו תוך ל' ואז מת השני, דאפי' הרמב"ן מודה דאין הראשון חוזר להיות הבעלים לאחר ל' אלא דנפקע קנין דראשון לגמרי. והסברא בזה הוא דבקנין ממון יש סתירה בין בעלות דהשני עם מעשה הקנין דראשון כי בדיני ממונות אין לחלק בין מעשה הקנין לבין חלות הקנין. אמנם בקנין איסור דקידושין יש לחלק בין מעשה הקנין לבין חלות הקנין וי"ל דחלות הקנין דשני לא מהווה סתירה למעשה הקידושין דראשון.[1205]

[1204] ובענין הזה ע"ע בשיעורים לקמן (דף סז: גמ'. אשת איש נמי איכא למיפרך) ובהערות שם.

[1205] רבינו זצ"ל הוסיף דכן איתא בר"ן בנדרים. ולכאורה כוונתו לר"ן בנדרים (כח:-כט.). איתא שם במשנה וז"ל הרי נטיעות האלו קרבן עד שיקצצו, טלית זו קרבן עד שתשרף אין להם פדיון עכ"ל. והגמ' (כח:) הביאה מחלוקת אמוראים בגדר הדין דאין להם פדיון וז"ל ולעולם אמר בר פדא פדאן חוזרות וקודשות, פדאן חוזרות וקודשות, עד שיקצצו, נקצצו פודן פעם אחת ודיו. ועולא אמר כיון שנקצצו שוב אין פודן עכ"ל. והר"ן הביא מהרשב"א דבדיני ממונות כו"ע לא פליגי דהקונה יכול לזכות בחפץ פעמיים וז"ל דמהא שמעינן לדיני ממונות שהאומר לחבירו לך חזק וקני שדה או שתהא נתונה לך מעכשיו עד שאלך לירושלים וחזר וקנאה ממנו קודם שעלה לירושלים חוזר וזוכה בה מקבל שכך א"ל לעולם יהא שלך עד שאעלה לירושלים ומעכשיו ולאותו זמן שיקנה אותו ממנו נותנו לו עכ"ל. הרי דהרשב"א סבור דאע"פ דהמקנה קנה אותו מהקונה, מ"מ הקונה זוכה בו שוב מכח מעשה קנין הראשון. אמנם הר"ן עצמו הביא החכם הגדול ר' משה קרטבי דחלק על הרשב"א ונקט דבדיני ממונות אין המקבל זוכה בו פעם שנייה אחרי קנין דהמקנה וז"ל ואפ"ה דוקא בהקדש הוא דאמר הכי משום דקדושה לא פקעה בכדי אבל דיני ממונות כיון דודאי זכייה דממונא פקעה בכדי וכדאמרינן נכסי לך ואחריך לפלוני אין לשני אלא מה ששייר ראשון ומה ששייר ראשון מיהא אית ליה דפקע זכותיה דראשון בכדי ה"נ כי אמר עד שדי נתונה לך עד שאעלה לירושלים מכי עלה לירושלים פקע זכותיה הלכך למאי נימא דכי אמר עד שאעלה שנתכוון לומר שאפילו יקנה אותה ממנו תחזור להיות קנויה למקבל הא ודאי לית לן למימר הכי כיון דאית לן לפרושי לישניה כפשטיה לומר שנתכוין לקנותה לו עד שיעלה לירושלים בלבד ולא לאחר מכן עכ"ל. אך לכאורה הר"ן הפוך מסברת רבינו זצ"ל דהרי לרשב"א קנין דהראשון חוזר וחל פעם שנית ולא בטל בגלל קנין דהשני, ואילו ר' משה

אמנם הרשב"א והרא"ש חולקים על הרמב"ן מהגמ' לקמן (נט.-נט:) דהאומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר ל' יום, היא יכולה לחזור בה תוך ל' יום. ועל פי זה הקשה הרשב"א דעצם קבלת הקידושין מהשני מהווה חזרה מקידושי ראשון וז"ל וקשיא לי בהא טובא חדא דהא קי"ל כר' יוחנן דאמר לא בא אחר וקדשה וחזרה בה אתי דבור ומבטל דבור וכשחזרה בה בדבור בודאי פקעי קדושי ראשון לגמרי דאפילו חזרה תוך ל' יום ורוצה להתקדש לו אעפ"כ אינה מקודשת דהא בטלה דבוריה לגמרי וכו' כיון שכן כ"ש כשפשטה ידה וקבלה קדושין משני דהוי ביטול אלים טפי דאיכא מעשה ואתי מעשה ומבטל דבור עכ"ל.

והרמב"ן עצמו כבר הרגיש בזה וכתב וז"ל דאפי' לרבי יוחנן דאמר חוזרת לא אמר אלא כשחזרה ואמרה כן ומשום דאתי דיבור ומבטל דבור אבל בלא חזרה בדבור ממש לא עכ"ל. כלומר, דהרמב"ן נקט דכדי לחזור מהקידושין תוך ל' האשה צריכה לומר דהיא חוזרת בפירוש, ולכן קבלת קידושין מאחר אינו מהווה חזרה. ונראה לבאר דלפי הרמב"ן חזרה אינו רק אומדנא דעלמא דהיא אינה רוצה עוד בקידושי ראשון, דהרי לפי"ז שפיר הקשה הרשב"א דקבלת קידושין מהשני הויא הוכחה מעלייתא דהיא אינה רוצה להתקדש לראשון. אלא, דחזרה הויא דין עקירה דעוקר ומבטל את המעשה הראשון והדין הזה חל רק ע"י דיבורה במפורש דהיא אינה רוצה עוד בקידושי ראשון.[1206] אמנם גם הרשב"א והרא"ש יכולים להסכים דחזרה הוי דין עקירה ולא רק אומדנא, אלא דנקטו דגם המעשה דקבלת קידושין מהשני נחשב כעקירה של המעשה הראשון.

גמ'. תנא מה שעשה עשוי אלא שנהג בו מנהג רמאות, ותנא דידן הלך נמי דקתני הלך ברמאות.

ויש להסתפק האם השליח נחשב כרמאי משום דלא קיים את שליחותו או"ד דוקא מפני דהוא קידשה בעצמו. והנ"מ הוא היכא דהשליח קידש את האשה בשביל אדם אחר, דלפי הצד הראשון השליח עדיין נחשב כרמאי, אמנם לפי הצד השני הוא אינו רמאי. ונראה דמסתבר כמו הצד השני.

דף נט.

גמ'. איבעי ליה לאודועי, סבר אדהכי והכי אתא איניש אחרינא מקדש לה.

קרטבי לא חולק על זה אלא לומד דלא זו היתה כוונתו כשהקנה לו עד שיעלה לירושלים דרק התכוון להקנות לו לקנין לזמן ולא לקנותו פעם שנית, ודו"ק.

[1206] ויש להעיר מדברי הר"ן (כג: דפי הרי"ף ד"ה ובא אחר) דביאר בדעת הרמב"ן דקבלת קידושין משני אינו יוצר אומדנא דהיא באמת חוזרת לגמרי מקידושי הראשון. וגם יש לעיין מהסוגיא המדמה מחשבת טומאה לביטול קידושין האם מחשבת הטומאה מהווה מעשה ביטול או כוונה בעלמא.

והנה יש לעיין בחובה של השליח להודיע למשלח. דהרי בהלכות אישות הרמב"ם (פרק ט מהלכות אישות הלי"ז) הביא רק את הדין הכללי של המשנה ולא פירט דאם האשה אינה רוצה להתקדש למשלח דהשליח צריך להודיע למשלח לפני דהוא מקדש אותה בעצמו, וז"ל העושה שליח לקדש לו אשה והלך וקידשה לעצמו הרי זו מקודשת לשליח, ואסור לעשות כן, וכל העושה דבר זה וכיוצא בו בשאר דברי מקח וממכר נקרא רשע עכ"ל. ואילו בהלכות מכירה הרמב"ם (פרק ז מהלכות מכירה הל"י-הלי"א) אכן הביא את הפרט הזה, וז"ל הנותן מעות לחבירו לקנות לו קרקע או מטלטלין והניח מעות חבירו אצלו והלך וקנה לעצמו במעותיו מה שעשה עשוי והרי הוא מכלל הרמאין, היה יודע שזה המוכר אוהב אותו ומכבדו ומוכר לו, ואינו מוכר למשלחו הרי זה מותר לקנות לעצמו, והוא שיחזור ויודיעו, ואם מפחד שמא יבא אחר ויקדמנו לקנות הרי זה קונה לעצמו ואחר כך מודיעו עכ"ל. והנה המחבר באה"ע (סימן לה סעיף י) פסק וז"ל אם לא רצתה האשה להתקדש למשלח וקידשה השליח לעצמו אינו נקרא רמאות עכ"ל, ולא הביא את הדין דהשליח צריך להודיע למשלח לפני דמקדשה.[1207] אמנם בחושן משפט (סימן קפג סעיף ב) המחבר כן הביא דצריך להודיעו, וז"ל הנותן מעות לחבירו לקנות לו קרקע או מטלטלים, והניח מעות חבירו אצלו והלך וקנה לעצמו במעותיו, מה שעשה עשוי והרי הוא מכלל הרמאים. ואם היה יודע שזה המוכר אוהב אותו ומכבדו ומוכר לו ואינו מוכר למשלחו, הרי זה מותר לקנות לעצמו, והוא שיודיענו עכ"ל. וצריך בירור בחילוק בין ההלכות.

ויש לבאר ע"פ מה דיש לעיין ביסוד הצורך לאודועי היכא דהמשלח אינו יכול לקבל מה שהוא רצה. דמצד אחד י"ל דצריך לאודועי מדין והייתם נקיים, כלומר, דמעיקר הדין השליח יכול לקדשה או לקנות את השדה מיד כשהוא רואה דאינו יכול לקיים שליחותו, אלא דזה נראה כרמאות ולכן צריך לאודועי כדי להסיר את המראית עין הזה.[1208] או"ד דיש צורך ע"פ דין לאודועי, דהיינו דמכיון דהמשלח נתן מעות לשליח ומינה אותו כשליח יתכן דזה נותן למשלח זכות קדימות על השליח. והזכות הזאת נפקעת רק כשהשליח מודיע למשלח דהוא אינו יכול לקיים שליחותו, ואז השליח יכול לעשות המעשה בעצמו.

[1207] הבית שמואל (שם סקכ"ז) הרגיש בזה והוסיף וז"ל מ"מ אם אפשר להודיע למשלחו צריך להודיע ש"ס וכן איתא בח"מ עכ"ל. ועיין בט"ז (שם) דהעיר דהטור אכן הביא הצורך להודיעו וביאר את הרמב"ם דהשמיט אותו וז"ל ועל כן כתב הטור צריך להודיעו אם יוכל והרמב"ם לא זכר כאן הך הודעה דס"ל כיון דיש לפעמים הפסד מזה למקדש אין עליו חיוב בשום פעם להודיעו עכ"ל.

[1208] והשווה ללשון הפרישה (חו"מ סימן קפג) וז"ל כדי להוציא נפשו מחשד רמאות ותרעומת עכ"ל. ומשמע מדבריו דהעיקר הוי החשד. ויתכן דזה גם כוונת רש"י (ד"ה ומקשינן) וז"ל להוציא עצמו מן מנהג רמאות עכ"ל.

ונראה דאם הצורך לאודועי הוא מדין מהייתם נקיים אזי אין טעם לחלק בין קידושין לבין מקח וממכר. אמנם אם נימא כצד השני דמינוי שליחות יוצר זכות קדימות למשלח, אזי יתכן דהזכות נוצרה רק במקח וממכר דהוי דיני ממונות ושייך לומר דיש לאדם זכות לקנות החפץ. אבל בקידושין דהוי איסור והיתר אין מושג של זכות למשלח על השליח. ולכן הרמב"ם והשו"ע הביא את הדין דצריך לאודועי רק בהלכות מכירה ולא בהלכות אישות.

אמנם הגמ' דידן דהוי המקור דצריך לאודועי, בודאי איירי בקידושין. ויתכן דהרמב"ם הבין דזה רק מדין והייתם נקיים, אמנם מעיקר הדין אין צורך להודיע למשלח.

גמ'. נקרא רשע.

ונראה דאינו רק איסור גברא ומידות טובות אלא דחל בזה איסור גזל. ולכאורה זה מוכרח מהמשך הגמ' דרבי אבא רצה לתת את הקרקע לרב גידל, ונראה דזה בתורת השבת גזילה. וגם בסוף הסיפור דהקרקע נקרא "ארעא דרבנן", לכאורה זה ע"פ הגמ' בב"ק (צד:) דכשאי אפשר להחזיר את הגזילה לבעלים הראשונים צריך לעשות בו צרכי ציבור.

ונראה להביא ראייה לזה משיטת ר"ת (מובא בריטב"א ד"ה רבה) דנקט בפירוש דיש חיוב השבה בעני מהפך בחררה, וז"ל דכל היכא שנקרא רשע בית דין מחייבין אותו להחזיר הדמים עכ"ל. ומבואר דזה שהוא נקרא רשע אינו רק דין בהלכות מידות דהגברא, אלא דחל בזה איסור גזל.[1209]

ונראה דזהו החילוק בלשון הגמ' בין רמאי ורשע. דהרי בתחילת הסוגיא כשהגמ' איירי בשליח לקידושין השליח נקרא "רמאי", אבל בהמשך בדיון דעני המהפך בחררה האדם דמקדים וקונה נקרא רשע. וי"ל דלשון רמאי משמע דיש איסור גברא אמנם ליכא חלות דין של גזל בקידושי השליח.[1210] אמנם בעני המהפך בחררה נחשב כאיסור גזל ולכן המקדים וקונה נקרא רשע דחמס, ויתכן דאפי' פסול לעדות.[1211]

אמנם עיין בדברי הרמב"ם (פרק ט מהלכות אישות הלי"ז) וז"ל העושה שליח לקדש לו אשה והלך וקידשה לעצמו הרי זו מקודשת לשליח, ואסור לעשות כן, וכל העושה דבר זה וכיוצא בו בשאר דברי מקח וממכר נקרא רשע עכ"ל. ומשמע דסבור דגם השליח

[1209] והריטב"א עצמו חולק על ר"ת מפני דלבסוף רב אבא לא החזיר את הקרקע וז"ל הא ליתא, דאם כן היכי אמרינן בשמעתין לא מר נחית לה ולא מר נחית לה משום דנכסים הראשונים נינהו הרי מן הדין חייב להחזירה, אלא ודאי דרשע מיקרי אבל אינו חייב בכלום לראשון עכ"ל. אמנם לרבינו זצ"ל צ"ל דאין חיוב השבה גמורה דהרי ליכא גזילה גמורה דהא העני עדיין לא קנה אלא דחל איסור גזילה, וההשבה שהוא עושה מפקיעה היאסור של גזילה.

[1210] כיון דליכא בזה עני המהפך בחררה. וצ"ב למה המשלח אינו נחשב לעני המהפך בחררה.

[1211] ועיין בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג (סימן תרנב) דהביא בזה ב' דעות האם הנקרא רשע בסוגיא דידן פסול לעדות או לא. וגם עיין בפתחי תשובה (חו"מ סימן רלז סק"ב) דהביא דעות בזה בפוסקים האחרונים.

דהקדים וקידש לעצמו נקרא רשע, שלא כדיוק שלנו בלשון הגמ'. אבל יתכן להבין דכשהרמב"ם כתב דנקרא רשע זה קאי רק על ההלכה השניה שם, דהיינו במקח וממכר, ולא על המקרה הראשון דקידושין.[1212]

תוד"ה עני. בא"ד. וקשה מה דתנן.

האחרונים הקשו על הוכחת התוס', דהרי בב"מ (י.) מבואר רק דהשני קונה, ולא הזכיר כלל האם הוא צדיק או רשע. וא"כ יתכן דהשני באמת קונה כדברי המשנה אע"פ דהוא בגדר עני מהפך בחררה ונקרא רשע.[1213] ונראה לבאר דהגמ' שם (ב"מ י.) הקשה למה הראשון אינו קונה מדין ד' אמות, ותירצה וז"ל כיון דנפל גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דנקני, בארבע אמות לא ניחא ליה דנקני עכ"ל. ויתכן דהתוס' הבינו דאם הדין דעני מהפך בחררה שייך בהפקר אזי הנפילה היה גורם לחלות דין דעני מהפך בחררה וא"כ מסתבר לומר דיש לו ע"פ דין דעת לקנות באיזה דרך שהוא יכול, והראשון היה צריך לקנות בד' אמות.

תוד"ה **עני. בא"ד. ועוד אומר רבינו מאיר אביו של ר"ת וכו' כאילו גוזל.**

ונראה דזה דומה לדין המשנה בגיטין (נט:) וז"ל עני המנקף בראש הזית מה שתחתיו גזל מפני דרכי שלום, ר' יוסי אומר גזל גמור (רש"י – בגמ' מפרש גזל גמור מדבריהם) עכ"ל. ונראה דהיסוד הוא דפעולה בעלמא שיש בה טרחא מחילה קנין מדרבנן אע"פ דלא עשה שום מעשה קנין על פי דין. ואולי זה מבוסס על הדין דאורייתא דקנין יצירה, דהגר"ח זצ"ל ביאר בדעת הירושלמי (מעשרות פרק א הלכה א) דהזורע שדה הפקר קונה את מה דגדל שם וחייב בתרו"מ דהרי עצם הזריעה הוי קנין יצירה בתבואה.[1214] וכמו"כ הכא, זה שטרח לפרוש מצודתו או להוריד את הזתים טרח להשיג את החפץ וקונה בקנין יצירה כל שהוא מדרבנן.

ובענין עני המנקף בראש זית נחלקו התנאים אם הוי גזל גמור מדבריהם או רק גזל מפני דרכי שלום. ובגמ' (סא.) מבואר דהנ"מ הוא להוציאו בדיינים. ונראה דכו"ע מודו דהחפצא נחשבת לחפצא גזולה ואפי' הת"ק דנקט דהוי גזל מפני דרכי שלום סבור דאינו נחשב לכם כדי לצאת המצוה דד' מינים וכדומה. אמנם בעני המהפך בחררה מי שבא קודם נקרא רשע מכיון דיש מעשה גזילה, אבל אין חלות שם גזול בחפצא דחררה.[1215]

[1212] ונ"מ לפסול עדות, כנ"ל.

[1213] עיין בחידושי חתם סופר (ב"ב כא: ד"ה עוד הביא ראי') דביאר דזה ר"ת לשיטתו דיש חיוב השבה בעני מהפך בחררה. ולכן אם חל הדין דעני מהפך בחררה היינו מוציאין מהשני ונותנים את החפץ לראשון.

[1214] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לב"ק (צה: ד"ה בעל חוב גובה את השבח, אות ב).

[1215] לכאורה דברי רבינו זצ"ל אזלי לפי הראשונים דחולקים על ר"ת ונקטו דלא מוציאין הממון מיד השני. אמנם לפי ר"ת דמוציאין הממון מיד השני, מסתבר נמי דהחפצא נחשבת לחפצא גזולה.

ובקשר לזה יש לעיין גם בדין משחק בקוביא, דאיתא במשנה (סנהדרין כד:) דפסולין לעדות. והגמ' מבארת וז"ל משחק בקוביא מאי קא עביד, אמר רמי בר חמא משום דהוה אסמכתא ואסמכתא לא קניא, רב ששת אמר כל כי האי גוונא לאו אסמכתא היא אלא לפי שאין עסוקין ביישובו של עולם, מאי בינייהו, איכא בינייהו דגמר אומנותא אחריתי עכ"ל. הרי נחלקו האמוראים אם משחק בקוביא פסול מכיון דהממון אינו שייך לו או משום דהוי כגברא שאינו עוסק ביישובו של עולם, והנ"מ הוא אם יש לו אומנות אחרת. אמנם הרמב"ם לכאורה פסק את ב' הטעמים. דהרי בהלכות גזילה ואבידה (פרק ו הל"י) כתב וז"ל דברים הרבה אסרו חכמים משום גזל והעובר עליהן הרי זה גזלן מדבריהם, כגון מפריחי יונים והמשחקין בקוביא וכו' המשחקין בקוביא כיצד, אלו שמשחקין בעצים או בצרורות או בעצמות וכיוצא בהן ועושים תנאי ביניהם שכל הנוצח את חבירו באותו השחוק יקח ממנו כך וכך הרי זה גזל מדבריהם אע"פ שברצון הבעלים לקח הואיל ולקח ממון חבירו בחנם דרך שחוק והתל הרי זה גזל עכ"ל. ומשמע מדבריו דפסק כרמי בר חמא דהוי גזל ולכן כל מי שמשחק בקוביא פסול לעדות. אבל בהלכות עדות הרמב"ם (פרק י הל"ד) פסק וז"ל ועוד יש שם רשעים שהן פסולין לעדות אע"פ שהן בני תשלומין ואינן בני מלקות, הואיל ולוקחים ממון שאינו שלהם בחמס פסולין שנאמר כי יקום עד חמס באיש וכו' וכן כל העובר על גזל של דבריהם הרי הוא פסול מדבריהם, כיצד וכו' וכן משחק בקוביא והוא שלא תהיה לו אומנות אלא הוא, הואיל ואינו עוסק ביישובו של עולם הרי זה בחזקת שאוכל מן הקוביא שהוא אבק גזל עכ"ל. והמגיד משנה (הלכות גזילה ואבידה) הקשה דלכאורה הרמב"ם סותר את עצמו, דהרי אם משחק בקוביא הוי גזל מדרבנן למה הוא כשר לעדות כשיש לו אומנות אחרת.

ונראה לבאר דמשחק בקוביא הוי דומה למה דביארנו בעני מהפך בחררה. דהיינו דמשחק בקוביא הוי מעשה גזל מכיון דהוא אסמכתא, אמנם מכיון דהממון ניתן לו מרצון הבעלים ולא בע"כ כמו בגזל דעלמא (דומיא דויקח החנית מיד המצרי), אי אפשר להגדיר את החפצא דממון שביד המשחק כגזול. וי"ל דגזלן פסול לעדות, אפי' מדרבנן, אך ורק כשיש חפצא דנחשב כחפצא גזולה, ולכן משחק בקוביא, אע"פ דעבר מעשה עבירה דגזל, אינו פסול לעדות מחמת הגזל.[1216]

רב ושמואל דאמרי תרוייהו מקודשת ואע"פ שנתאכלו המעות וכו' למלוה נמי לא דמו, מלוה להוצאה ניתנה הני בתורת קידושין יהבינהו ניהלה.

[1216] עיין ברש"י בראש השנה (כב. ד"ה בקוביא) דהביא את הפסוק ויגזול את החנית כמקור דאין משחק בקוביא פסול לעדות מדאורייתא. ונראה דרבינו זצ"ל הולך בעקבות דבריו ומבאר דהיכא דיש חסרון בחפצא גזול (דלפי רבינו זצ"ל גם מוזכר בפסוק הזה) כמו במשחק בקוביא, אין פסול אפי' מדרבנן.

ונראה לבאר את החילוק בין קידושין במלוה לבין קידושין לאחר ל' היכא שנתאכלו המעות, דהיכא דרוצה לקדשה בחוב דעלמא אזי החוב נוצר לפני הקידושין ובשעת הקידושין אין לו דבר לתת לה. אמנם בקידושין לאחר ל' אפי' לאחר דנתאכלו המעות זה דומה למקרה של שחוק לפני (לקמן סג.) לפי המ"ד אינה לשכירות אלא לבסוף דהיא מקודשת. והטעם הוא דהחוב שהיא חייבת לו נוצר בסוף הפעולה האחרונה ואז המקדש יכול להקנות לה את החוב בתורת קידושין. וכמו"כ בקידושין לאחר ל', אע"פ דהוא נתן לה את הכסף בתחילת ל', החוב שהיא חייבת לו נולד בסוף ל' כשהיא צריכה להחליט האם לתת לו הכסף בחזרה או להתקדש לו ולכן הקידושין חלין.[1217]

ועוד נראה לבאר דרב ושמואל מחדשים דין חדש בהלכות כלתה קניינו. דהיינו דאיתא בכתובות (פב.) דבקנין משיכה לאחר ל' יש חסרון של כלתה קניינו, ואם אמר משוך פרה זו ותקנה לאחר ל', ובסוף ל' יום הפרה נמצאת באגם אינו קונה. וא"כ רב ושמואל מלמדים דין כללי בהלכות קנין, דהיינו דהחסרון דכלתה קניינו אינו שייך לקנין כסף. והביאור בזה הוא דנתינת כסף יוצרת שעבוד דעדיין קיים בסוף ל' יום אפי' אם נתאכלו המעות. לפי"ז הדין דרב ושמואל אינו חידוש רק בקידושין בלבד אלא גם בקנין כסף בדיני במקח וממכר דעלמא.[1218] ובכן אינו מקדשה מפאת מלוה אלא בחפצא דכסף דבשעת נתינת הכסף מעיקרא דיוצרת שעבוד.

ועיין ברשב"א (ד"ה אע"פ) דבביאור שלו לסוגיא השווה בין קידושין לאחר ל' היכא דנתאכלו מעות לבין קידושין בשכירות לפי המ"ד דאינה לשכירות אלא לבסוף, וז"ל וטעמא דמלתא דכיון דלשם קדושין ניתנו בתחלתן אע"פ שבשעה שראוין לחול אינן בעולם מ"מ כיון שאם לא נגמר הקנין יש עליה להחזירם רואין אנו אותם כאלו הן בעין ובאותה הנאה היא מתקדשת, וכענין שהיא מתקדשת בהנאת מלוה, ומשא"כ במלוה דעלמא הואיל ובשעת מתן מעות לא נתנו לקדושין אלא להלואה, ומסתברא דהיינו נמי טעמא דעשה לי שירין נזמים וטבעות דמקודשת למ"ד אינה לשכירות אלא לבסוף דאע"ג דמ"מ שכירות זה אינו בעולם ומחוסר גובייא הוא אפ"ה כיון דלא ירדו בו לדעת מלוה והנאת שכירות ישנה בעולם שאם לא תתקדש לו צריכה ליתן לו שכירותו רואין אנו

[1217] והשווה לשיעורים לעיל (ו: ד"ה ארווח לה זימנא, אות א) ולקמן (ס. רש"י ד"ה לרב יהודה).

[1218] ולכאורה זוהי שיטת התוס' בכתובות (פב. ד"ה הא דאמר) על הגמ' דקנין משיכה לאחר ל' אינו מהני וז"ל לא דמי לאומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שלשים ולא בא אחר וקידשה בתוך שלשים יום דמקודשת אע"פ שנתאכלו המעות אע"פ שלא אמר מעכשיו כדאמרינן בפרק האומר בקידושין (דף נט.) דבכסף ודאי לא בעינן מעכשיו שאם לא תתקדש לו חייבת לשלם והוי כאילו הכסף בעין לאחר שלשים אבל הכא גבי משיכה אם לא אמר מעכשיו לא קנה לאחר שלשים יום דבשעת קנייה כבר פסקה המשיכה עכ"ל. הרי התוס' הביאו את הגמ' דידן וביארו אותו כדין קנין כסף דעלמא.

אותו כאלו הוא בעינו להתקדש בו עכ"ל. ומשמע מדבריו כביאור הראשון שביארנו, דקידושין חלין ע"י יצירת חוב בסוף הל' היום או לבסוף השכירות.[1219]

גמ'. לא בא אחר וקידשה וחזרה בה מהו, ר' יוחנן אמר חוזרת אתי דיבור ומבטל דיבור, ריש לקיש אמר אינה חוזרת לא אתי דיבור ומבטל דיבור.

יש כמה דרכים לבאר את יסוד המחלוקת דר' יוחנן ור"ל. די"ל דכו"ע מודו דאם נגמר חלות שם מעשה הקידושין, אז היא אינה יכולה לחזור. ונחלקו ר' יוחנן ור"ל האם בקידושין לאחר ל' נגמר מעשה הקידושין או לא. דר' יוחנן נקט דקידושין לאחר ל' הוי מעשה קידושין אריכתא דנגמר רק לאחר ל' יום, ולכן היא יכולה לחזור בה. ומאידך ר"ל סבור דנגמר מעשה הקידושין אלא דצריך שיעבור הזמן כדי שהחלות תחול, ולכן היא אינה יכולה לחזור בה.

אמנם לכאורה הפירוש הזה אינו נכון דהרי בהמשך הסוגיא ר' יוחנן הקשה על ר"ל מהיכא דבעל נתן גט לשליח להולכה דהוא יכול לבטלו, דדומה לקידושין לאחר ל' ד"הא נתינת גט ליד שליח דכי נתינת מעות ליד אשה דמי". ולכאורה אם נחלקו האמוראים האם קידושין לאחר ל' הוי מעשה קידושין גמורה או לא, קשה להבין מה הוכחת ר' יוחנן משליחות להולכה בגט, הרי לפי ר"ל בפשטות י"ל דבקידושין כבר נגמר מעשה הקידושין אמנם בגט בודאי עדיין לא נגמר מעשה הגירושין ע"י נתינת הגט לשליח.

ולכן נראה לפרש דנחלקו ר' יוחנן ור"ל בדיני חזרה. דהיינו, דלפי ר' יוחנן כל היכא דאדם התחיל במעשה אך החלות עדיין לא חלה, אזי בעל המעשה יכול לחזור בו. ור"ל סבור דכל היכא דיש חלות שם מעשה קנין או מעשה אחר, אפי' אם החלות שבסוף עדיין לא חלה, מ"מ בעל המעשה תו אינו יכול לחזור בו. וזהו הטעם דר' יוחנן השווה נתינת המעות ליד האשה לנתינת הגט ליד השליח, דהרי בשניהם יש חלות שם מעשה מסוים בלי החלות שחלה לבסוף, ומכיון דבגט הוא יכול לחזור בו כמו"כ האשה יכולה לחזור בה.

אמנם ר"ל דחה, וז"ל התם נמי כל כמה דלא מטא גיטא לידה דיבור ודיבור הוא, אתי דיבור ומבטל דיבור עכ"ל. וכמו"כ בקושיא לעיל דר' יוחנן מביטול שליחות דתרומה ר"ל דחה וז"ל שאני נתינת מעות ליד אשה, דכי מעשה דמו ולא אתי דיבור ומבטל מעשה עכ"ל. ויש לעיין בכוונת דבריו, למה בקידושין לאחר ל' אין האשה יכולה לחזור בה

[1219] אמנם עיין באבנ"מ (סימן מ סק"א) דלכאורה יש לו הבנה אחרת ברשב"א דהביא דבריו וביאר וז"ל ומדבריו נראה דלאחר שלשים מקודשת בהאי הנאה שנפטרת ממנו ואע"ג דבמלוה אינה מקודשת כה"ג עד שיאמר לה בהנאת מחילת מלוה הכא דלשום קידושין נתנו מתחלתן כיון דאם לא הי' מתרצה בתחלתה לא הי' נותן לה הכסף כלל ולא הי' מלוה לה כלל משא"כ בשאר מלוה שכבר באו לידה לשום מלוה עכ"ל. כלומר, דהיכא דהכסף ניתן מתחילה לשם קידושין ולא לשם חוב אזי קידושין חלין ע"י מחילת החוב.

מכיון שהתחיל מעשה הקידושין לעומת בשליחות בתרומה ובגט דהמשלח יכול לבטל את השליחות.

ונראה דיש לבאר את דעת ר"ל בב' אופנים: א) אין באמת חלות שליחות לפני שהשליח עושה את המעשה ומקיים את שליחותו, ולכן אין השליח נחשב לכלום בלי רצון הבעלים להמשיך ולקיים את השליחות. ולכן כשהמשלח מבטל את השליחות לפני שהשליח הספיק לקיים את שליחותו, אזי כל השליחות נעקר למפרע וכאילו לא היה. ולפי"ז החילוק בין שליחות לבין קידושין לאחר ל' ברור, דהרי בשליחות כל החלות תלוי בקיום המעשה לבסוף ולכן המשלח יכול לעוקרו משא"כ בקידושין לאחר ל' דבודאי נעשה מעשה קידושין.

ב) יתכן דיש חלות שליחות דחל ע"י המינוי דאי אפשר לעקור למפרע. אמנם המשלח יכול לבטל את השליחות מכאן ולהבא. ויתכן דההסבר בזה הוא דקיום השליחות הוי חלות הגירושין או חלות התרומה והחלויות האלו אינן יכולות לחול בע"כ דהבעלים עצמו. אבל בקידושין לאחר ל' מעשה הקנין כבר חל וחלות הקידושין ראוי לחול לאחר ל' ממילא ורק הוי מחוסר זמן, ולכן היא אינה יכולה לחזור בה.[1220]

וההבדל בין הביאורים הוא האם לפי ר"ל ביטול השליחות חלה למפרע או לא. דלפי הביאור הראשון אתי דיבור ומבטל דיבור הוי עקירת השליחות למפרע. אמנם לפי הביאור השני השליחות בודאי קיימת מהמינוי עד שעת הביטול.[1221] ולכאורה יש בזה נ"מ האם ביטול שליח להולכה בגט צריך עידי קיום. דהרי אם הוא עוקר את השליחות למפרע אזי מסתבר דנחשב כדבר שבערוה וצריך עדי קיום. אמנם אם הוא מבטל את השליחות מכאן ולהבא אזי לא צריך עדי קיום.[1222]

ועיין ברמב"ן (נט. ד"ה איתיביה) דביאר את דעת ריש לקיש, וז"ל דאהני נתינת מעות ליד האשה שהיא מקודשת לאחר שלשים יום אע"פ שנתאכלו ואע"פ שלא חזר וקדשה בדיבור אחר, ואלו לא נתנם לה לשם קדושין אם נתאכלו לא היתה מקודשת ועוד היה צריך לקדשה בפירוש, אבל העושה שליח לתרום אין כאן מעשה של כלום כל זמן שלא תרם שהרי אם רצה השליח לחזור בו חוזר ועדיין הם צריכין לעשות מעשה ולתרום

[1220] ובענין האם מינוי שליחות הופך את השליח לבעלים על המעשה, עיין בשיעורים לעיל (מא. בענין שליח עושה שליח, אות א), והשווה לדבריו ברשימות שיעורים לב"מ (כב. ד"ה ת"ש כיצד אמרו התורם), ובשיעורי הרב לגיטין (ע: ד"ה בענין משלח דנשתטה, אות ב).

[1221] ועיין בחלקת יואב (אה"ע סימן כא) דדן בזה.

[1222] ונחלקו בזה הראשונים. דעיין ברמב"ן (גיטין לב: ד"ה הא דתנן) דנקט דלפי רב נחמן בגמ' שם צריך עדי קיום בביטול שליחות בגט והתוס' (שם ד"ה ורב נחמן) סבור דלא נחשב לדבר שבערוה.

עכ"ל. ומשמע קצת כצד השני, דבקידושין לאחר ל' הכל כבר נעשה ורק הוי מחוסר זמן, אמנם בשליחות חלות השליחות נמשכת עד קיום השליחות ולפני כן אין המעשה שלם.

גמ'. איתיביה ר"ל לר' יוחנן כל הכלים יורדין לידי טומאתן במחשבה.

צ"ב בהבנת הוכחת ר"ל ודחיית ר' יוחנן. ונראה לבאר ע"פ מה שייסדנו לעיל, דנחלקו האמוראים היכא דאדם עשה מעשה דגרם לחלות מסויים אבל עדיין לא חל כל החלות שתחול לבסוף התהליך. וכאן איירי בגולמי כלים (עיין ברש"י נט. ד"ה יורדין) דאינן נחשבין ככלים בפני עצמם אלא דיורדים לידי טומאה ע"י מחשבה. וריש לקיש סבור דהמחשבה אינה עושה את גולם הכלי לחלות שם כלי גמור, אלא דיש דין מסוים בקבלת טומאה דגולם כלי מקבל טומאה ע"י מחשבה בלבד. ומצינו דבר דומה בשברי כלי חרס, דמצד אחד אינן נחשבין לכלים בכל התורה כולה כמו לנטילת ידים, אמנם יש גזה"כ מיוחד דמקבלין טומאה (פרק יח מהלכות כלים הל"י).[1223]

ולפי"ז מובן למה ר"ל הקשה מכאן על ר' יוחנן דהרי בעל הכלי גרם לחלות מסויימת (קבלת טומאה) אמנם עדיין לא נגמר כל התהליך (אין כאן חלות שם כלי גמור בכל התורה כולה), ועדיין הברייתא מלמדת דמחשבה ודיבור אינן מועילין להעלות את הכלי מקבלת טומאה. וזה מוכיח דכל היכא דאדם התחיל תהליך וגורם לחלות מסויימת לחול (כמו בקידושין לאחר ל') אע"פ דעדיין לא נגמר כל התהליך (חלות קידושין לא חלה עד סוף ל' יום), מ"מ היא אינה יכולה לחזור בה.

ור' יוחנן דחה ד"שאני מחשבה דטומאה דכי מעשה דמי", דהיינו דהמחשבה מחילה על גולמי כלים חלות שם כלי גמור. וא"כ נגמר כל התהליך ומובן למה הוא לא יכול לחזור בו. ונמצא דנחלקו ר' יוחנן ור"ל בגדר הדין דמחשבה מורידה גולמי כלי חרס לטומאה האם הוי דין מסויים רק בטומאה או דהוי דין בחלות שם כלי גמור. ונ"מ האם הגולם הזה נחשב לכלי להיות כשר לקידוש מי חטאת.

וע"פ הנ"ל יש לפרש המשך דברי ר' יוחנן בנוגע לכי יותן דומיא דכי יתן. דהרי הדין דהכשר מים אינו רק דכדי להיות מוכשר לקבל טומאה צריך ב' דברים שונים: א) מים על האוכל, ב) שביעות רצון הבעלים. אלא דבאמת צריך שהבעלים עצמו יתן את המים על האוכל, והיכא דהמים נפל בלעדיו אז רצון הבעלים מצרף את הבעלים לנתינת המים ונעשה כאילו הבעלים עצמו נתן את המים על האוכל.[1224] ומכיון דמחשבת הבעלים גורם

[1223] עיין בלשון הפמ"ג בהלכות נט"י (פמ"ג א"א סימן קנט סק"ג) וז"ל אף דלטומאה הוה כלי, דלקדש כלי ראוי וחשוב בעינן. והוא הדין שברי כלי חרס, אע"ג דיש רביעית ויושבין שלא מסומכין, לחטאת ולנטילת ידים לאו כלים הוה עכ"ל.

[1224] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לב"מ (כב. ד"ה ת"ש עודהו).

דע"פ דין נחשב כאילו הבעלים בעצמו עשה מעשה דהכשר מים, אזי מוכח דבהלכות טומאה מחשבה יכולה לגמור את התהליך. וממילא כלים דירדו לידי טומאתן במחשבה נחשבין ככלים גמורים בכהת"כ ומפני זה אין חזרה לפי ר' יוחנן.

ועוד יש לפרש דר' יוחנן מוכיח מדיני הכשר מים לטומאה דמחשבה יוצרת חלות שם גמר כלי או גמר אוכל. דהרי י"ל דהכשר מים אינו רק תנאי בקבלת טומאה, דהיינו דיש אוכל גמור אלא בלי המים אלא דכדי להיות מוכשר לקבל טומאה צריך נתינת מים, אלא דנתינת מים הוי דין בגמר שם החפצא דאוכל, וכל עוד דחסר הכשר מים אין כאן חפצא של אוכל דנגמר, ומפני זה בלי מים האוכל אינו מקבל טומאה. ולכאורה יש להביא ראייה לזה מדין חיבת הקודש דכולל ב' דינים (כדמבואר בחולין לו:) - א) עצים ולבונה דהקדש מקבלין טומאת אוכל אע"פ דאינן אוכל, ב) אוכל דהקדש מקבל טומאה אפי' בלי הכשר מים. ולכאורה צ"ב דמה הקשר בין הדינים האלו. ונראה לבאר דהגדר דחיבת הקודש הוא דמחיל חלות שם אוכל על דברים שאין בהם חלות שם בכהת"כ. ולכן דברים כמו עצים ולבונה דהקדש נעשים לחלות שם אוכל, וגם חפצא של אוכל דלא הוכשר, דחסר לו בגמר חלות שם אוכל, בהקדש הופך להיות חלות שם אוכל גמור.

והיסוד הזה בהכשר מים גם יוצא מהגמ' בחולין (קיח.) דרוצה ללמוד טומאה בזרעים מטומאה בתנור ונבלה, וז"ל לא לכתוב רחמנא בזרעים ותיתי מהנך מה להנך שכן מטמאין שלא בהכשר, תאמר בזרעים שאין מטמאין אלא בהכשר, אמר רב הונא בריה דרב יהושע פירות שלא הוכשרו כתנור שלא נגמרה מלאכתו דמי עכ"ל. ויוצא דלפי רב הונא בריה דרב יהושע, פירות דלא הוכשרו הם כמו תנור בלי גמר מלאכה ולכן אפשר ללמוד טומאה בזרעים מטומאה בתנור. ויוצא דהחסרון בפירות דלא הוכשרו הוא דלא "גמר מלאכתן", דהיינו דאין להם גמר חלות שם אוכל.[1225]

ולפי"ז הוכחת ר' יוחנן בסוגיין היא כפתור ופרח. דכמו דבהכשר טומאה צריך המחשבה של הבעלים לגמור את שם האוכל, כמו"כ בהלכות גמר כלים המחשבה של הבעלים נחשב למעשה דגומר את שם הכלי. ולכן אין להשוות דיני חזרה במחשבה בטומאה דגומר את שם הכלי ואת שם האוכל, לדיני חזרה בקידושין לאחר ל'.

דף נט:

גמ'. דלא אתי דיבור ומבטל מעשה.

[1225] ולכאורה זה גם עולה מדברי רש"י על הפסוק (ויקרא פרק יא פסוק לז) וז"ל וכי יפל מנבלתם על כל זרע זרוע אשר יזרע טהור הוא עכ"ל, דרש"י כתב וז"ל טהור הוא - למדך הכתוב שלא הוכשר ונתקן לקרותו אוכל לקבל טומאה, עד שיבואו עליו מים עכ"ל. וע"ע בזה ברשימות שיעורים לב"מ (כב. ד"ה ת"ש עודהו).

איתא בנדרים (כט:) דאפי' לר' יוחנן דסבור דהיא יכולה לחזור תוך ל' יום, בהקדש לאחר ל' אינו יכול לחזור בו, וז"ל הניחא למ"ד אינה חוזרת, אלא למ"ד חוזרת מאי איכא למימר, אפי' למ"ד התם חוזרת הכא שאני דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט עכ"ל. ונראה לבאר את תירוץ הגמ' דאמירתו לגבוה בג' אופנים:

א) מבואר בסוגיא דידן דר' יוחנן סבור דאתי דיבור ומבטל דיבור, אבל מודה דאם נשלם המעשה מיד אזי אין דיבור מבטל מעשה. וקנין לאחר ל' נחשב כדיבור עד דנשלם מעשה הקנין לאחר ל'. אמנם בהקדש, מכיון דאמריתו לגבוה כמסירתו להדיוט, הרי זה נחשב כאילו נשלם כל מעשה הקנין ורק הוי מחוסר זמן עד לחלות ולכן אינו יכול לחזור בו. אמנם לפי זה יש לעיין בשיטת הרמב"ם בנוגע לתנאי ד"מעכשיו" דכבר נשלם המעשה ורק דיש לו כח לבטלו ע"י אי-קיום התנאי (עיין בזה בשיעורים לקמן סא. בענין תנאי וטעות אות ג'). ולכאורה צ"ע דהרי לפי מה דייסדנו כאן דכל היכא דהמעשה נשלם אזי אפי' ר' יוחנן מודה דאי אפשר לבטל את המעשה, אזי היאך אפשר לבטל תנאי דמעכשיו ע"י אי-קיום את התנאי. וצ"ל דיש דין מיוחד בתנאים דמכיון דחלות המעשה הוי בספק, יש לו זכות לחזור בו ולבטל את המעשה.[1226]

ב) הרא"ש (נדרים כט:) ביאר וז"ל שאני הכא דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט. וחייב לקיים דבריו כאילו נדר דכתיב (דברים כג) מוצא שפתיך תשמור ולא מצי למיהדר ביה עכ"ל. כלומר, דבהלכות אתי דיבור ומבטל דיבור אין חילוק בין קנין להקדש לבין קנין להדיוט, אלא דבהקדש חל איסור נדר בחזרה ומפני כך הוא אינו יכול לחזור בו.[1227]

ג) הר"ן (סוף כט:) כתב דאמירתו לגבוה נחשב כאילו אמר מעכשיו, וז"ל דכי אמרי' כמסירתו להדיוט בקנין ממש של הדיוט קאמר וכמ"ד מעכשיו ולאחר שלשים יום דמי כלומר דלא מצי הדר ביה והיינו דמחדשין השתא דמעיקרא נמי הוה סבירא לן דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט עכ"ל. אמנם עיין בהמשך הר"ן (ל.) דהביא מהרשב"א דרק לפי פר פדא אינו יכול לחזור בהקדש לאחר ל', אמנם שאר האמוראים חולקים עליו וסבורים דאפשר לחזור גם בהקדש.

גמ'. אמר רבא הכא במאי עסקינן כגון שקדם בעל הבית ותרם את כריו, דהוה ליה מעשה.

ונראה לבאר את דחיית רבא לפי ריש לקיש בב' אופנים: א) הפרשת תרומה דהבעלים מבטל את מעשה דמינוי שליחות שלו, ב) מכיון דהבעלים כבר תרם את הכרי אין עוד

[1226] ועיין בשיעורים לקמן דרבינו זצ"ל ביאר דאי-קיום התנאי מבטל את המעשה מדין טעות ולא מדין תנאי.
[1227] ר"ל דקנין הקדש תלוי בדין הנדר.

מקום לשליח לתרום ולכן מה שתרם אין תרומתו תרומה. ונ"מ בין הפירושים האלו הוא היכא דהבעלים שאל על הרמתו ועוקר את חלות התרומה שלו למפרע. דלפי הפירוש השני מכיון דנתברר דהכרי עדיין טבל אזי השליח יכול לתרום. אמנם לפי הביאור הראשון דהפרשת הבעלים הוי מעשה דביטול השליחות, אזי אע"פ דחלות התרומה של הבעלים כבר נעקר למפרע, מ"מ יתכן דעדיין נחשב כעיקרת שליחות ע"י מעשה. אבל גם יתכן דהשאלה עוקרת את מעשה ההפרשה לגמרי ולכן אין כאן מעשה דביטול שליחות.

גמ'. רב ששת אמר אינו חוזר ומגרש בו.

לפי רב ששת הבעל יכול לבטל את חלות הלשמה דהגט. והביאור בזה הוא, דרב ששת סבור דלשמה אינו רק דין במעשה כתיבת הגט דא"כ אין דבר לבטל אחרי הכתיבה, אלא דלשמה הוי חלות דחלה בגט עצמו דעומד לגרש בו, ולכן עדיין קיימת הלשמה אחרי הכתיבה וניתן לבטלו. ונראה דזה דומה לשיטת ר' ירמיה (גיטין פו:) דנקט דלפי רבי אליעזר דעדי מסירה כרתי דצריך לא רק כתיבה לשמה אלא גם נתינה לשמה, דהיינו לצרף את הכתיבה לנתינה דעצם הגט עומד לשם גירושין.[1228]

ועיין בתוס' גיטין (לב: ד"ה התם) דבסוף דבריהם נקטו בדעת רב נחמן דרק לאחר החתימה אי אפשר לבטל את הלשמה שבגט, אמנם אחרי הכתיבה עד דנחתם אפשר לבטלו. ולכאורה צ"ב, דבשלמא אם אפשר לבטל את הלשמה שבגט עד הנתינה, הסברא הוא דחלות דלשמה בחפצא דגט לא נגמרה עד הנתינה. וגם מובן הדעה ברב נחמן דאי אפשר לבטל את הלשמה שבכתיבה כלל, דהרי מעשה כתיבה לשמה נגמרה בכתיבת האותיות ואין חלות לשמה בגט עצמו דניתן לבטל. וזה כמו בספר תורה דאי אפשר לבטל את הלשמה שבכתיבת האותיות אחרי הכתיבה. אמנם שיטת התוס' שם לכאורה אינה מובנת דהרי למה אפשר לבטל את הלשמה אחרי הכתיבה עד החתימה.

ונראה דס"ל דחל חלות שם גט רק בשעה דהוי שטר בשעת החתימה. ולכן לפני החתימה, דהיינו קודם דחל בו חלות שם גט, אפשר לבטל את הלשמה שבכתיבה.[1229] משא"כ לגבי ספר תורה דכל אות דנכתב לשמה חלה בו קדושה מיד עם כתיבתו, ולכן אין אפשרות לבטל את הלשמה אחרי הכתיבה.

גמ'. והילכתא כוותיה דר"י ואפילו בקמייתא.

[1228] אמנם עיין בריטב"א (ד"ה וקיימא לן) דביאר בדעת רב נחמן דחוזר ומגרש בו וז"ל אלמא לא אתי דיבור דביטול הגט ומבטל דיבור ראשון שאמר לעדים לכתבו ולחתמו כראוי עכ"ל. ומשמע מדבריו דלפי רב ששת אינו חוזר ומגרש בו מפני דאתי דיבור ומבטל את הדיבור הראשון של הבעל לכתוב את הגט לשמה. ונראה מזה דנקט דהביטול חל למפרע כצד א' דספיקת רבינו זצ"ל לעיל (נט. ד"ה לא בא אחר וקידשה) וא"כ אין צריך לחדש כמו רבינו זצ"ל דאפשר לבטל את הדין לשמה מכאן ולהבא אחרי כתיבה כראוי.

[1229] וע"ע בזה בשיעורי הרב לגיטין (לב. אות א).

עיין בריטב"א (ד"ה וקיימא לן, וגם לעיל נט. ד"ה והא דפריך) דהביא מרבו דתמיד היה פשיטא גם לר' יוחנן וגם לר"ל דהבעל יכול לבטל שליחות דגט בפני השליח. אלא כל הדיון בגמ' בנוגע לדין אתי דיבור ומבטל דיבור או לא קאי רק כשהביטול הוא שלא בפני השליח. ונראה לבאר דבפני השליח לא צריך לחלות שם ביטול אלא הוי דין חזרה בעלמא דכדי להמשיך בשליחותו השליח צריך את הדעת והתמיכה של המשלח שיכול לעוקרו בפניו. אמנם שלא בפני השליח צריך חלות דין ביטול דחל מחמת דאתי דיבור ומבטל דיבור ולכן פליגי ר' יוחנן ור"ל. ובאופן דומה, התוס' בגיטין (לג. ד"ה רבי) כתבו דבפני השליח לא צריך ב' עדים לקיום הדבר, אמנם שלא בפני השליח צריך ב' עדי קיום לבטל את השליחות.

אבל לכאורה צ"ב בלשון הריטב"א בשם רבו (נט. ד"ה והא דפריך) וז"ל והא דפריך משולח גט ופריק שאני התם וכו' אומר מורי נר"ו דבדין הוא דמצי לשנויי ליה דשאני ביטול שליחות בפניו של שליח דכיון שהוא אומר לו שאינו רוצה בשליחותו היאך יעשנו בעל כרחו ומאיזה טעם לא יוכל הלה לחזור בו ובמה זכה השליח עכ"ל. דהיינו, דהמשלח יכול לחזור בו מכיון דהשליח ממונה לגרום חלות מסויימת והחלות הזאת אינה יכולה לחול בע"כ דהמשלח. ולכאורה קשה דהרי הסברא הזאת שייך בכל מקרה - בין בפני השליח ובין שלא בפני השליח - וא"כ למה בביטול שלא בפני השליח צריך חלות דין ביטול דחל מחמת דאתי דיבור ומבטל דיבור, וצ"ע.

דף ס.

גמ'. עולא אמר רבי יוחנן אפי' מאה תופסין בה.

יש להסתפק לפי ר' יוחנן האם הוא חידש דחל תוך הזמן חלות אישות מיוחדת דהיא קלושה באיכותה בדומה לאישות דשפחה חרופה דאינה אישות גמורה, וזהו הטעם דקידושי מאה תופסין בה דהרי אין חלות האישות הקלושה דהראשון מונעת קידושין אחרים מלחול, או"ד לפי ר' יוחנן חל חלות קידושין גמורין עם כל אחד אלא דיש שיור בכמות הקידושין להשאיר מקום לתפיסת קידושין דשני. ועיין ברשב"א (ד"ה ר' יוחנן) דלכאורה משמע קצת כצד השני, וז"ל מדקאמר תופסין בה תפיסה גמורה קאמר וצריכה גט דבר תורה מכולן וכטעמא דמפרש רב משרשיא דשוו נפשייהו כשרגא דליבני וכל חד וחד רווחא לחבריה שבק עכ"ל. ונראה דיש נ"מ האם היא חייבת מיתה אם זינתה באדם אחר, דלפי הצד הראשון דהוי אישות לקויה כמו שפחה חרופה אזי בודאי אין

חיוב מיתה, אמנם לפי הרשב"א יתכן דהיא חייבת מיתה על זנות.[1230]

ועוד נחלקו הראשונים מה הדין היכא דהשני לא אמר מעכשיו ולאחר עשרים יום אלא דאמר מעכשיו ולאחר מ' יום, דהיינו דקבע סוף זמן החלות להיות אחרי סוף זמן דהמקדש הראשון. דהרי הרמב"ם (פרק ז מהלכות אישות הלי"ב) הביא את סדר של הגמ' ומשמע דרק בסדר הזה מהני אבל אם השני קידשה מעכשיו ולאחר מ' יום דהיא אינה מקודשת לו כלל. מאידך הרשב"א (ד"ה ולר' יוחנן) סבור דאין לחלק בין המקרים, וז"ל ולר' יוחנן דאמר קדושי מאה תופסין בה לא שנא אמר שני מעכשיו ולאחר עשרים שהוא קודם לזמן הראשון ול"ש אם אמר מעכשיו ולאחר מ' שהוא לאחר זמנו של ראשון דהא רווחא שבק קמא לכל מאן דמקדש לה תוך ל' יום בין דמקדש לה קדושין גמורין מעכשו בין מקדש לה מעכשו ולאחר זמן עכ"ל. ונראה לבאר דהרשב"א אזיל לשיטתו דקידושי מאה תופסין בה חל מדין שיור בקידושין ולכן לא שנא אם קידושי השני ראויים לחול תוך הזמן דהראשון או לאחר הזמן דהראשון. מאידך הרמב"ם סבור דקידושי מאה תופסין בה מכיון דהחלות מתחילה מעכשיו ורק נגמרת לאחר זמן ולכן עכשיו חלה חלות אישות קלושה.[1231] ולפי"ז מובן דהשני אינו יכול להתחיל את חלות הקידושין שלו אם הוא קובע מראש דהחלות שלו רק תיגמר אחרי דהיא כבר מקדושת גמורה לראשון (בסוף שלושים יום).

משנה. ע"מ שיש לי מאתים זוז.

עיין לקמן (סא. בענין תנאי וטעות, אות ד) דהבאנו את שיטת הרמב"ן דכל תנאי לשעבר או שבהווה אינו צריך משפטי התנאים בגלל דאינו חלות שם תנאי אלא הוי חלות דין טעות. וא"כ צ"ב למה המשנה כללה את המקרה ד"על מנת שיש לי מאתים זוז" דחל מדין טעות עם התנאי ד"אם אתן לך מאתים זוז" דהוי תנאי דעלמא.

רש"י ד"ה לרב יהודה הוו קידושי שני קדושין שהרי הראשון לא נתכוון לקדשה בפרוטה אלא במאתים זוז.

קשה להבין את דברי רש"י דהרי למה כתב דהמאתים זוז הוי כסף הקידושין, הרי הפרוטה שנתן בתחילה הוי כסף הקידושין והמאתים זוז רק הוי קיום התנאי. וכן הקשה המהרש"א (ד"ה לרב יהודה). ונראה לבאר ע"פ מה דביארנו לעיל (נט. ד"ה רב ושמואל)

[1230] עיין במנחת חינוך (מצוה לה סק"ז) דנסתפק בזה. אך אם יש חיוב מיתה מקידושי הראשון ומ"מ קידושי השני חלין מוכח דאין אשת איש ערוה מחמת חיוב מיתה אלא דקנין הראשון מונע קידושי השני, וכאן הראשון לא קנתה בקנין גמור.

[1231] ולכאורה זה כמו שיטת התוס' (ד"ה אפי' מאה) וז"ל פירוש דהא קונין ומשיירים שהרי המקדש ר"ל מעכשיו יתחילו הקידושין ולאחר ל' יום יגמרו עכ"ל.

ביסוד דקידושין בשכירות כמו רקוד לפני וכדומה הוא דהחוב עצמו הופך להיות כסף הקידושין והיא מתקדשת בתמורת החוב. כלומר, דבסוף השכירות היא חייבת לו והיא צריכה לבחור מה לעשות לגבי החיוב, דהיא יכולה להתקדש לו במקום החיוב, או לשלם לו את הכסף. וי"ל דה"ה בכל כסף קידושין, דהיינו דכשהוא נותן לה כסף לשם קידושין הכסף הזה מחיל עליה חוב והיא חייבת או להתקדש במקומו או להחזיר את הכסף. ולפי"ז בכל קידושין בעצם היא בוחרת בקידושין במקום חוב דחל עליה כשהיא קיבלה כסף מהמקדש.[1232] וא"כ י"ל דאע"פ דהמאתים זוז מתחיל כקיום התנאי ולא ככסף קידושין עצמו, מ"מ מכיון דהוא נותן לה את הכסף כחלק של קיום הקידושין והם מחייבים אותה או להתקדש או להחזיר לו את הכסף, חל על המאתים הזוז האלו חלות שם כסף קידושין דהרי גם הם גורמים לה חיוב.

ולפי"ז יש לבאר נמי את שיטת הרמב"ם דנתינת כסף קידושין ע"מ להחזיר אינו חל מדאורייתא (פרק ה מהלכות אישות הלכ"ד). ונראה דבקידושי כסף נתינת הכסף עצמו אינו מחיל את הקידושין אלא דהכסף גורם לה חיוב דהיא יכולה להתקדש לו במקומה או להחזיר לו את הכסף. וכשהיא מקבלת כסף במתנה ע"מ להחזיר לא חל עליה אותה חלות התחייבות דהיא יכולה להתקדש בתמורתה.[1233]

דף ס:

משנה. על מנת שאראך בית כור עפר הרי זו מקודשת ויראנה, ואם הראה בבקעה אינה מקודשת.

עיין בר"ן (כה. בדפי הרי"ף ד"ה על מנת שאראך) דפסק דהתנאי רק מקויים אם יש לו השוויות דבית כור קרקע דאינו מעלה מס עליו, אמנם עם מעלה מס על בית כור קרקע צריך יותר מבית כור, וז"ל אבל כתבו דמי שיש לו קרקע שמעלה מס כיון שהוא שלו לגמרי מקודשת ובלבד שיהא לו בכדי שיהא שוה כבית כור עפר שאינו מעלה מס דעל מנת שיש לי בית כור עפר שלי גמור משמע עכ"ל. והרמ"א (אה"ע סימן לח סעיף כא) הביא דברי הר"ן להלכה. ולכאורה הביאור הוא דהתנאי רק מקויים אם יש למקדש קרקע דהוי שלו לגמרי, ואם הוא מעלה מס עליו אינו "שלי גמור" כדברי הר"ן.

אלא לכאורה יש להקשות על זה מפסק הרמ"א (אה"ע סימן לח סעיף יח) דאם אדם מקדש אשה ואומר הרי את מקודשת לי ע"מ שאראך מנה, דאע"פ דהוא צריך להראות לה מנה

[1232] והשווה לדברי רבינו בקנין כסף דעלמא ברשימות שיעורים (ב"ק ע: ד"ה וכיון).
[1233] השווה לשיעורים לעיל (ג. בענין חליפין בקידושין אות ד', ודף ו: ד"ה אלא אמר רב אשי).

משלו, היא מקודשת אם הראה לה מנה המשועבד לאחר, וז"ל על מנת שאראך מנה, אינה מקודשת עד שיראנה מנה שלו, ואפילו הראה לה מנה שיש לו בעסקא מאחרים אינה מקודשת, הגה: וכו' הראה לה מנה משלו והיא משועבדת לבעל חוב, מקודשת (ר"י בשם הרמ"ה) עכ"ל. ולכאורה יש סתירה בדברי הרמ"א דמאי שנא מנה דמשועבד לאחר מבית כור קרקע דהוא מעלה מס עליו, הרי שניהם אינם שלו לגמרי מכיון דיש עליהם שעבוד לאחר.

ונראה לבאר ע"פ מה דמבואר בגמ' סנהדרין (כו.) דמותר לאדם לעבוד בשביעית בשדה דהוא מעלה בה ארנונא (מס) למלכות. והתוס' (שם ד"ה משרבו) הקשו דהיאך העלאת מס למלכות מתיר את האיסור דעבודת קרקע בשביעית, וז"ל וא"ת ומשום ארנונא התירו לחרוש ולזרוע דהויא איסורא מדאורייתא עכ"ל. והתוס' שם העלו ב' תירוצים: א) דאיירי בשביעית בזמן הזה דהוא מדרבנן, ב) דיש בעבודה הזאת היתר דפקוח נפש דהמלכות תעניש אותו אם הוא אינו יכול לשלם.

אבל לע"ד לכאורה יש לבאר באופן אחר, דעצם העלאת מס למלכות מגרע מבעלותו בשדה, ועל פי דין השדה אינה שלו לגמרי. דהרי מצינו דזהו הטעם דשדות בחו"ל פטורות מתרו"מ מדרבנן בזה"ז לפי הר"ת (מובא בתוס' חולין ז. ד"ה והתיר) וז"ל ור"ת מפרש דאין השדות חשובות כמו שלנו לפי שנותנין מהן מס, ולפי זה בימיהם לא היו מפרישין אלא מהנהו דלא יהבי טסקא דאיכא דלא יהבי כדאמר בהמקבל (ב"מ קי.) ארעא דלית לה כרגא וטסקא מאי עכ"ל. ומבואר דלפי ר"ת השדות דאדם מעלה בהם מס למלכות אינן נחשבות לשלו אלא לשל המלכות, ולכן מותר לישראל לעבוד בשדות האלו בשביעית.[1234]

ועל פי זה מבואר פסקי הרמ"א, דלא הרי שעבוד בעלמא כהרי שדה דמעלה בה מס למלכות. ואם יש למקדש מנה בידו המשועבד לאחר, הרי זה עדיין נחשב לשלו לקיים את התנאי ולכן היא מקודשת. ואילו השדה דמעלה בו מס למלכות אינה נחשבת לשלו לגמרי וכדמבואר בדברי ר"ת, ולכן התנאי אינו מקויים והיא אינה מקודשת.

גמ'. וניחוש.

בענין נאמנות לקיום התנאי

א

האם קיום התנאי הוי דבר שבערוה

[1234] ויש להעיר דאין ההיתר לעבוד בשדה נכרי בשביעית מוסכם בין הראשונים והפוסקים, עיין בשו"ת יביע אומר (חלק י, אה"ע סימן מב אות ו') לסיכום השיטות.

נחלקו הראשונים לגבי הנאמנות לומר דהתנאי מקויים והמעשה חל. דעיין ברמב"ן (ס: ד"ה וניחוש) דהיכא דהצד השני אינו מכחיש, מי שעליו לקיים את התנאי בקו"ע נאמן לומר דהוא קיים את התנאי, וז"ל שכל התנאין שהוא מתנה עמה שהן תנאין שלו בלבד כגון שאמר ע"מ שאדבר עליך לשלטון או על מנת שאלך למקום פלוני אם אמר עשיתי והיא אינה יודעת נאמן ואינו צריך עדים וכן אם אמר לא קיימתי התנאי נאמן וכל תנאי שהוא תנאי שלה כגון שתעשי דבר פלוני היא נאמנת כל זמן שאינו מכחישה עכ"ל. ובתנאי דצריך שניהם כמו שהוא יתן לה מאתים זוז, אזי צד אחד אינו נאמן לומר דהתנאי מקויים והכל נשאר בחזקה הראשונה, וז"ל וכל תנאי שהוא בינו לבינה כגון על מנת שתתן לי מאתים זוז או על מנת שאתן לך מאתים זוז כלל גדול אמרו המוציא מחבירו עליו הראיה לפיכך בקדושין היא נאמנת ומותרת לשוק בגירושין הוא נאמן ואסורה עכ"ל.

ויש להעיר דמזה דנקט הרמב"ן דכל צד נאמן בתנאי דידיה או דידה היכא דאין הכחשה, יש להוכיח דאין לקיום התנאי חלות שם דבר שבערוה. דהרי אם קיום התנאי הוי דבר שבערוה היינו צריכים ב' עדים בקיום התנאי כדי לקיים את הקידושין. והטעם דקיום התנאי לא הוי דבר שבערוה הוא משום דרק עצם מעשה הקידושין הוי דבר שבערוה ולא דברים צדדיים, אפי' אם הם נצרכים לחלות הקידושין. ונראה דזהו גם הביאור בדעת הרמב"ם דלא בעינן עדות לקיום הדבר לגבי מינוי שליחות להולכה בקידושין ובגירושין (פרק ג מהלכות אישות הלט"ו, פרק ו מהלכות גירושין הל"ד) ועיי"ש בראב"ד דחלק עליו ונקט דצריך עדות לקיום הדבר במינוי שליח להולכה. ויש לבאר בדעת הרמב"ם דאע"פ דכשיש שליח להולכה הוא בודאי נצרך ליצור את מעשה וחלות הקידושין, מ"מ הרמב"ם נקט דרק עיקר המעשה של דבר שבערוה בעי עדות לקיום הדבר ולא הדברים הצדדיים.[1235]

ויש להטעים שיטת הרמב"ם על פי מה שהבאנו לעיל (ג. בענין חליפין בקידושין אות ה') בשם הגר"ח זצ"ל דבעינן עדות לקיום הדבר רק היכא דיש דין של דעת בעלים אלימתא דיוצר את החלות כמו בקידושין ובגיטין, ובזה מובן השיטות בראשונים דצירך עדי קיום בחליפין דגם חל ע"י גמ"ד אלימתא דהבעלים. ולפי זה מובן למה לא בעינן עדי קיום

[1235] אבל גם הרמב"ם מודה דמינוי שליח לקבלה הוי דבר שבערוה ובעי עדות לקיום הדבר (פרק ג מהלכות אישות הלט"ו, וריש פרק ו' מהלכות גירושין). ועיין בזה בשיעורים לעיל (מא. בענין שליח עושה שליח, אות ב') וברשימות שיעורים לב"ק (קד. ד"ה שליח שעשאו בעדים) דרבינו זצ"ל הביא בשם הגר"ח זצ"ל דשליח לקבלה הוי חלות דין שליחות בפנ"ע דחלוק ביסודו משליחות דעלמא, דשליח לקבלה הוי כידה ממש דהשליח נעשה כגוף האשה עצמה. וכדי ליצור את החלות המיוחדת הזאת דשליחות בעינן עדות לקיום הדבר, עיי"ש בדבריו.

בשעת קיום התנאי ובמינוי שליח להולכה, מכיון דלא בעינן דעת בעלים אלימתא ליצור את החלות בזמנים האלו אלא סגי בדעת בעלים דעלמא.

אבל לכאורה יש להקשות על מה שביארנו דקיום התנאי אינו בגדר דבר שבערוה מהמשנה לעיל (ס.) וז"ל האומר לאשה הרי את מקודשת לי וכו' על מנת שיש לי מאתים זוז הרי זו מקודשת, ויש לו עכ"ל. ועיין ברש"י (ס: ד"ה ויש לו) וז"ל משמע שיש עדים שיש לו עכ"ל, וגם שאר הראשונים סבורים דהיא ודאי מקודשת רק אם יש עדים דיש לו מאתים זוז. דהרי הב"י (אה"ע סימן לח אות יד) הביא מחלוקת הראשונים אם סגי בעדים דיש לו מאתים זוז בידו וסמכינן על הדין דכל מה שתחת יד האדם שלו הוא, או דבעינן עדות ממש דהממון שייך לו. אבל כו"ע לא פליגי דאם הוא אומר דיש לו מאתים זוז בלי עדים דהיא אינה ודאי מקודשת, אפי' כשאינה מכחישתו. וא"כ צ"ע לפי הרמב"ן מאי שנא קיום התנאי במעשה דבידו דהוא נאמן לומר דהוא קיים התנאי בלי עדים, ומאי שנא ע"מ שיש לי מאתים זוז דבעינן עדים דיש לו.

ונראה לבאר ע"פ מה דהבאנו לקמן (סא. בענין תנאי וטעות אות ד') דנחלקו הראשונים האם תנאי לשעבר הוי חלות תנאי או לא. והבאנו דהרמב"ן (ספר הזכות, גיטין לח. בדפי הרי"ף) נקט דאין לתנאי לשעבר חלות שם תנאי ולא בעי משפטי התנאים (חוץ מתנאי כפול דהוי דין במשפטי הלשון בכל התורה כולה) אלא הוי חלות דין טעות. וא"כ י"ל דהרמב"ן נקט דקיום התנאי אינו דבר שבערוה ולכן לא בעינן ב' עדים כנ"ל, אבל בתנאי לשעבר דהוי הלכה דטעות אזי בעינן ב' עדים לברר דבריו כדי להוציאם מדין טעות.[1236]

וכל זה ניחא לפי שיטת הרמב"ן דתנאי לשעבר הוי חלות שם טעות ולא חלות דין תנאי. אבל בשיעורים לקמן הבאנו דעת התוס' דתנאי לשעבר צריך משפטי התנאים והוי חלות שם תנאי. וא"כ הדרא הקושיא לדוכתא, למה בעינן ב' עדים בתנאי לשעבר ולא בקיום התנאי להבא.[1237] ואפשר לומר דלפי התוס' בעצם כל קיום תנאי דגיטין וקידושין הוי חלות שם דבר שבערוה דמעיקר הדין צריך ב' עדים. ולכן בתנאי לשעבר בעינן ב' עדים לברר דיש לו המאתים זוז. ואפי' בתנאי להבא כמו ע"מ שאדבר לך לשלטון, מעיקר הדין

[1236] דטעות חל כדין בעצם הדעת דהוי דבר שבערוה ואילו תנאי הוי דבר חיצוני המקיים או מבטל את הדעת ודו"ק.

[1237] ולכאורה קושיית רבינו זצ"ל הוא גברא אגברא, דהרי הוא מקשה משיטת הרמב"ן דאינו מצריך ב' עדים בקיום התנאי היכא דאין הכחשה על התוס'. ועיין ברא"ש (סימן ד) דחלק על הרמב"ן ונקט כמו הר"ן (הובא דבריו לקמן) דבעינן ב' עדים לגבי קיום התנאי וז"ל הלכך צריך לפרש אם נתקיים התנאי כלומר אם ידוע בעדים שנתקיים התנאי מקודשת ודאי ואם לאו אינה מקודשת בודאי אלא ספק מקודשת עכ"ל. ועיין בשו"ת בית הלוי (חלק ב סימן לז אות ז) דהביא דברי הרא"ש האלו כהוכחה דהרא"ש סבור דלעולם לא סגי בעד א' בדבר שבערוה.

בעי ב' עדים אבל יתכן דהמקדש עצמו נאמן מדין נאמנות מיוחדת דהתורה נותנת לבעל הדבר היכא דבידו לקיים המעשה.

והשתא דאתית להכי, י"ל דסברא כזאת גם יתכן בדעת הרמב"ן עצמו. די"ל דלא מוכרח לבאר שיטת הרמב"ן כנ"ל, דקיום התנאי אינו דבר שבערוה ולכן בתנאי דידיה הוא נאמן בלי עדים. אלא יתכן דהרמב"ן נקט דבאמת כל קיום תנאי בגו"ק הוי חלות שם דבר שבערוה דבעי ב' עדים, אלא דהמקדש עצמו נאמן מדין מיוחד דנאמנות בעל דבר היכא דבידו לקיים המעשה.[1238]

ב

שיטת הר"ן

עיין בר"ן (כה: בדפי הרי"ף) דהביא דברי הרמב"ן וחלק עליו. דלפי הר"ן בתנאי דקו"ע דקיומו תלוי במגרש או במקדש לבד, הוא אינו נאמן לומר דקיים התנאי אפי' אם היא אומרת איני יודעת ולא מכחישתו, וז"ל ונחלקו עליו האחרונים ז"ל בכל תנאי שהוא בקום עשה אפילו הוא תנאי שלו בלבד כגון שאדבר עליך לשלטון דכל היכא דלא מייתי ראיה אינו בדין שתהא מקודשת דהא מוציא מחבירו הוא ועליו להביא ראיה וה"ל כאומר (ב"ק קיח.) מנה הלויתיך ואמר לו איני יודע אם הלויתני אם לאו עכ"ל. הר"ן מדמה טענת הבעל דהוא קיים את התנאי להיכי תמצי דאחד טען דמנה לי בידך והנתבע אומר אינו יודע אם הלויתני דמבואר בגמ' (ב"ק קיח.) דהנתבע פטור מלשלם, וכמו"כ הכא היא אינה מקודשת. לכאורה הדמיון של הר"ן מרפסן איגרי. דהרי בגמ' שם יש חילוק בין היכא דהנתבע אומר "איני יודע אם הלויתני" דהוא פטור (למ"ד ברי ושמא לאו ברי עדיף), לבין היכא דהנתבע אומר "איני יודע אם פרעתיך" דהוא חייב לשלם. ולכאורה טעם החילוק הוא דהיכא דאמר איני יודע אם פרעתיך יש חזקת חיוב דמצטרף לברי של התובע ומחייבו.[1239] אבל באיני יודע אם הלויתני אין חזקת חיוב והחזקת ממון דהנתבע יותר חזקה מהברי דהתובע. אבל היאך כל זה שייך לנאמנות המקדש בנוגע לקיום התנאי.

[1238] וע"ע בזה בשיעורי הרב לניטין (חלק ב, פד. ד"ה על מנת שתבעלי לפלוני) דרבינו דייק מהרמב"ן שם דקיום תנאי בניטין דתלוי בקו"ע הוי חלות דבר שבערוה. ולגבי הסתירה בין דברי הרמב"ן שם דהצריך ב' עדים דהיא קיימה התנאי לבין דברי הרמב"ן כאן בקידושין דלא בעי ב' עדים היכא דהוי תנאי דידה, עיין בהערות לחידושי הרמב"ן על מסכת קידושין מהדורת מכון הרב הרשלר (דף ס: הערה 76).

[1239] והשווה לדברי השב שמעתתא (ב:ז) וז"ל ובאיני יודע אם פרעתיך כיון דאיתרע חזקת ממון דהא כבר נתחייב ומשום הכי אמרינן ברי ושמא ברי עדיף דחזקת ממון איתרע, וכיון דליכא חזקה המסייע לשמא משום הכי ברי ושמא ברי עדיף עכ"ל.

וצ"ל דהר"ן הבין את החילוק בין איני יודע אם פרעתיך לבין איני יודע אם הלויתני באופן אחר דאינו משום דבאיני יודע אם פרעתיך יש חזקת חיוב, אלא יסוד החילוק הוא משום דיש הבדל בין קו"ע ושוא"ת. דלפי הר"ן מה שיוצא מהסוגיא בב"ק הוא דכל מי שתובע דכבר נעשה מעשה בקו"ע, עליו להביא הראיה. ולכן אם התובע אמר דהיתה כאן מעשה הלוואה בקו"ע, והנתבע אומר דאיני יודע אם היתה הלוואה או לא, פסקינן דעל התובע להביא ראיה דהיתה כאן מעשה. אבל אם הנתבע טוען דאיני יודע אם פרעתיך, אזי שניהם מודים דהיתה כאן מעשה הלוואה, אלא דהנתבע טוען לכל הפחות באופן דשמא דהיתה עוד מעשה פרעון בקו"ע, והתובע מכחיש דהיה מעשה פרעון. ופסקינן דהנתבע חייב לשלם דמכיון דהוא טוען דהיה עוד מעשה פרעון, עליו להביא ראיה.[1240] וא"כ ראיית הר"ן לסוגייתנו הוא כפתור ופרח, דהוא הדין הכא לגבי קיום התנאי דעל מי שטוען דהיה מעשה בקו"ע עליו להביא הראיה. ולכן הר"ן חולק על הרמב"ן ונקט דאין המקדש נאמן לומר דקיים תנאו ע"י דיבור אל השלטון וכדומה.[1241]

ויש להעיר דבהלכות קידושין המחבר (אה"ע סימן לח סעיף יב) פסק כמו הר"ן דאפי' אם היא אומרת איני יודעת, היא מקודשת בודאי רק כשיש עדים דהוא קיים את התנאי, וז"ל אמר לה התקדשי בפרוטה ע"מ שאעשה עמך כפועל או אדבר עליך לשלטון, אם יש עדים שעשה עמה כפועל או דבר עליה לשלטון מקודשת בודאי, ואם אין עדים מקודשת מספק עכ"ל. אמנם מהבית שמואל משמע דפסק כמו הרמב"ן. דעייש"ש (סימן לח סעיף לא) דהמחבר פסק דברי הגמ', וז"ל ע"מ שאני צדיק, אפילו רשע גמור, הרי זו מקודשת מספק, שמא הרהר תשובה בלבו עכ"ל. והבית שמואל (שם סקנ"ה) הוסיף וז"ל ונראה אם הוא אומר שהרהר בתשובה נאמן כמו אם אמר קיימתי התנאי והיא א"י להכחישו עכ"ל. ונראה מדבריו דפסק כמו הרמב"ן דבתנאי דידיה שבידו לקיימו הוא נאמן בלי עדים כשאין הכחשה מדידה.

ג

שיטת הרמב"ן

הרמב"ן נקט דהיכא דהתנאי ביד אחד מהם לקיים אזי הוא נאמן במקרה של ברי ושמא. והבאנו לעיל (אות ב) דהר"ן הקשה עליו דלא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף היכא דיש חזקה, וא"כ כאן דיש לה חזקה מעיקרא למה נאמין לברי.

[1240] אבל אם הנתבע טוען באופן ברי דהוא פרע אזי הוא נאמן בגלל החזקת ממון שלו.

[1241] והשווה לדברי הקצוה"ח (סימן רמא סק"ח) דהביא דהמהרי"ט הקשה מאי שנא תנאי דקו"ע מתנאי בשוא"ת, והקצוה"ח תירץ וז"ל ולי נראה טעמא דהך מלתא, דכל שהוא בקום ועשה מוקמינן אחזקה שהוא קודם עשיה ואמרינן שלא היה עשיה עד שיברר בעדים שהיה עשיה עכ"ל.

ונראה לבאר כנ"ל דהרמב"ן חידש דאם קיום התנאי תלוי באדם אחד שבידו לקיימו, אזי הוא נחשב כבעל התנאי ואינו נאמן רק מדין ברי ושמא דעלמא אלא מדין נאמנות מיוחדת של בעל התנאי לומר דהוא קיים את התנאי והחלות חלה.[1242] ולכן אם מי שקיום התנאי תלוי בידו טוען בודאי דהתנאי מקויים והאחר הוי שמא, אזי אין כאן ספק כלל כדי לומר דמוקמינן אחזקה, אלא דבעל התנאי נאמן לגמרי.

אמנם אפי' אם נאמר כמו הר"ן דאנו דנין על פי הכללים של ברי ושמא דעלמא, עדיין יש לבאר שיטת הרמב"ן דהוא נאמן מדין ברי ושמא. דהרי בדיני ממונות יש לשמא חזקת ממון מחמת המציאות של התפיסה, והחזקת ממון עדיפא מטענת הברי של המוציא. אבל כאן בקידושין האשה אינה תופסת את השם פנויה שלה במציאות אלא שיש חזקה דמעיקרא בעלמא שהיתה פנויה, ולכן י"ל דאם אין לה טענת ברי אזי אין לחזקה שלה שום כח בפני עצמה, וממילא הברי נאמן לגמרי.

ובהמשך דבריו כתב הרמב"ן דהיכא דהתנאי תלוי בינו לבינה ויש ספק האם התנאי מקויים או לא, אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה ובקידושין היא אינה מקודשת ובגירושין היא נשארת אסורה לשוק. ויש לעיין בביטוי מוציא מחבירו עליו הראיה. דהרי לכאורה הר"ן הבין דהרמב"ן התכוון לדין של המוציא מחבירו עליו הראיה דדיני ממונות ולכן הקשה עליו מהדין של איני יודע אם הלויתני. אבל יותר נראה דזה מליצה בעלמא והרמב"ן התכוון לדין דחזקה מעיקרא באיסורין, דהיינו דמכיון דיש ספק אם התנאי מקויים והחלות חלה או לא, מוקמינן אותה על חזקתה הראשונה.

ונראה לבאר דעת הרמב"ן דהיכא דהתנאי תלוי באחד מהם אזי האדם הזה הוי בעל התנאי היחיד ויש לו נאמנות מיוחדת לומר דקיים את התנאי. אבל היכא דשניהם הוו בעלי דברים אזי אין לאף אחד מהם נאמנות מיוחדת ולכן נשאר במצב של ספק. ולכן אם קיום התנאי תלוי בשניהם לא אמרינן דנאמין לברי על השמא. דהרי כל הטעם דמאמינים לברי בנוגע לקיום התנאי הוא משום דכשהתנאי תלוי רק באדם אחד הוא נעשה לבעל התנאי ויש לו נאמנות מיוחדת. אמנם כאן מכיון דיש ב' בעלי דברים אין לאף אחד מהם הנאמנות הזאת ולכן אין להאמין לברי דידיה או לברי דידה אפי' בלי הכחשה.

ע"כ ענין נאמנות לקיום התנאי

דף סא.

גמ'. נקדשו באפי נפשייהו.

[1242] ועיין בזה לעיל (סוף אות א').

נחלקו הרשב"ם והתוס' אצלנו אם יש גאולה לחצאין בשדה הקדש. ועיין בשיעורים לעיל (כ: בענין גאולה לחצאין) דהארכנו במחלוקת הזאת ע"פ הסוגיא שם.

התוס' הקשו על הרשב"ם מהגמ' לעיל (כ:) דהמקדיש שדה אחוזה לוה וגואל וגואל לחצאין, וא"כ היאך סבור הרשב"ם דאין גאולה לחצאין מהקדש. והרמב"ן תירץ וז"ל ומשמע דסבירא ליה [לרשב"ם] ז"ל דהא דאמרינן גואל לחצאין לא שיאמר הא לך חצי דמיו ותן לי חצי שדה וכו' אלא לומר שיכול לכופו לקבל חצי הדמים ולכשיהיו לו חצי דמיו האחרים יתנם לו ויהא שלו, ונפקא מינה במוכרין ליוקרא וזולא כדאיתא בפ"ק דמכילתין (כ:) עכ"ל. ונראה דלפי הרשב"ם אע"פ דאין חלות גאולה לחצאין, מ"מ יש מעשה גאולה לחצאין והמקדיש יכול לתת את הכסף הפדיון להקדש בב' שלבים, וחלות הפדיון חלה רק אחרי נתינת כסף דכל השדה להקדש. אמנם יש נ"מ בזה דיש מעשה הפדיון דהרי השווי של חצי השדה נמדד לפי הזמן דנותן את הכסף ולא לפי זמן החלות. מאידך התוס' נקטו דהדין דגואל לחצאין קובע דיש חלות פדיון בחצי השדה.

ונראה לבאר דנחלקו הראשונים ביסוד הדין דפדיון שדה אחוזה דהוקדש. דהתוס' נקטו דההקדשה הוי הקנאה גמורה להקדש ועכשיו הפודה רוצה לקנות אותו מהקדש בקנין חדש. ולכן כמו בכל קנין אחר הוא יכול לקנות השיעור דהוא רוצה - או את כל השדה או את חצי השדה. וכך עולה מביאור הרמב"ן, דאחרי דהביא שיטת רש"י והתוס' דניתן לפדות חצי מהשדה כתב וז"ל וכן נראה עיקר, וטעמא דמלתא דמכירה גמורה היא ורחמנא אוקמה אפדיון הלכך אפי' בחצי נמי עכ"ל. ואילו הרשב"ם הבין דהקדשת שדה אחוזה אינה הקנאה גמורה להקדש אלא דהוי כמשכן משכון ביד ההקדש, וע"י הפדיון פקע קנין דמשכון שיש להקדש בשדה וממילא היא חוזרת לבעלים. ומכיון דהפדיון מבטל את ההקדשה דהחילה את חלות דין משכון על כל השדה ביחד, לכן הפדיון עצמו צריך לחול על כל השדה בבת אחת ואין חלות גאולה לחצאין. ולכאורה הביאור הזה גם עולה מדברי הרמב"ן דהביא שיטת הרשב"ם וכתב וז"ל למה זה דומה לממשכן שדה לחבירו שהדין נראה שאינו יכול לפדות חציו בחצי דמיו וה"ה לשתי שדות בהלואה אחת עכ"ל.

והרמב"ם (פרק ה מהלכות ערכין הל"ב) פסק כמו רש"י והתוס' דניתן לגאול שדה אחוזה מהקדש לחצאין, וז"ל המקדיש שדה אחוזתו מצוה עליו לפדותה הוא שהאדון קודם וכו' רצה האדון למכור שדות אחרות משדותיו או ללוות כדי לפדות שדה זו שהקדיש הרשות בידו, בין בזמן שהיובל נוהג בין בזמן שאין היובל נוהג, והוא קודם לכל אדם, וכן אם רצה לגאול חציה גואל, מה שאין כן במוכר להדיוט, זה חומר בהדיוט מבהקדש עכ"ל.

אמנם יש לעיין במה שהדגיש החילוק בין הקדש להדיוט, דהיינו דהמוכר שדה אחוזה אינו יכול לגאול אותה לחצאין, דמשמע מלשון הרמב"ם דזה מורה על חילוק יסודי בין גאולת שדה אחוזה מיד הקדש לבין גאולת שדה אחוזה מיד הדיוט. ונראה לבאר ע"פ הנ"ל, דבהדיוט הגאולה הוי מפקיע של המכירה הראשונה ולכן כל מה דנכלל במכירה הראשונה גם נפקע ע"י הגאולה וא"א לגאול לחצאין.[1243] אמנם בהקדש הרמב"ם הבין דיש גאולה לחצאין מכיון דאיירי בקנין חדש מהקדש. והסברא לחלק ככה בין הדיוט להקדש הוא דהקדש אינו רק דין בדיני ממונות אלא דגם חלה חלות קדושה בשדה, וקשה לומר דמשעת ההקדשה יש חלות קדושה בשדה ובא הפדיון ומגלה למפרע שלא היתה הקדשה כזאת, דהרי קדושה אינה יוצאת בכדי. ולכן מסתבר דבהקדש הגאולה חלה כקנין חדש מכאן ולהבא ולכן ניתן לגאול חצי שדה כמו בכל קנין אחר.

גמ'. הכא מאי להקדש מדמינן לה, או למכר מדמינן לה.

וצ"ע דבשלמא לפירוש רש"י והתוס' שפיר מובנת קושיית הגמ', דהרי במכר אין הנקעין נמדדין עמה כל עיקר לעומת הקדש דקרקעית הנקעים עולים לחשבון בית כור. אמנם לפי הרשב"ם לכאורה צ"ב דהרי בהקדש הנקעין הריהן שדה בפני עצמו ואינן עולות לחשבון דבית כור בשדה אחת. וא"כ גם אם נשווה תנאי בקידושין להקדש עדיין אין למדוד את הנקעין לחשבון דבית כור לקיום התנאי דהרי הנקעין הוו שדה אחרת ואין כאן בית כור במקום אחד.

ונראה לפרש דלפי הרשב"ם, אם נשווה דין דתנאי בקידושין להקדש אזי הקידושין חלין. דהרי במכר הסברא לא למדוד את הנקעין הוא "אין אדם רוצה שיתן את מעותיו בשדה אחת ויראה לו כשנים מקומות", דהיינו דיש אומדנא בדעת הקונה דהוא רוצה מקום עם צורה מסויימת דנראה כשדה אחת. ואם נלמד מדעת הקונה במכר לדעת האשה בקידושין אזי גם בקידושין היא רוצה בית כור דנראה כשדה אחת ולכן אין קיום התנאי ע"י הנקעין. אמנם בהקדש הטעם דהנקעין נמדדים כשדה נפרדת אינה משום דעת המקדיש אלא דהוי דין בהלכות מדידה דהקדש דנקעין של י' טפחים נחשבות כמקום בפני עצמו ע"פ דין. אך בלי הדין הזה דעת המקדיש ודעת ההקדש היא לכלול את כל השדה עם הנקעין ביחד למקום אחד. ולפי"ז בקידושין היכא דהדיון הוא על דעת האשה ואין שייך הלכות מדידה דחלין רק בהקדש בלבד, אזי חוזרים לעצם הדעת לכלול את הנקעין למקום אחד עם שאר השדה.

[1243] עיין בזה בשיעורים לעיל (דף טז: גמ'. ואלא ארבעה מאי ניהו, אות ב) וברשימות שיעורים לב"מ (עט. בענין החזרת השדות לבעליהן ביובל).

בענין משפטי התנאיסבענין תנאי כפול ותנאי ומעשה בדבר אחד עיין בשיעורים לעיל (ו: תוד"ה לא החזירו).41

א

תנאי קודם למעשה

מבואר מדברי רש"י (ד"ה כתנאי בני גד) דתנאי קודם למעשה פירושו דהמתנה מזכיר את התנאי קודם לאמירת המעשה. אבל עיין ברמב"ם (פרק ו מהלכות אישות הל"ד) דנקט דתנאי קודם למעשה פירושו דהוא מתנה התנאי קודם למעשה הקידושין עצמה, וז"ל אבל אם אמר לה הרי את מקודשת לי בדינר זה ונתן הדינר בידה והשלים התנאי ואמר אם תתני לי מאתים זוז תהי מקודשת ואם לא תתני לי לא תהי מקודשת הרי התנאי בטל מפני שהקדים המעשה ונתן בידה ואחר כך התנה ואע"פ שהכל בתוך כדי דיבור, והרי זו מקודשת מיד ואינה צריכה ליתן לו כלום עכ"ל. יוצא, דלפי הרמב"ם אנו לומדים מתנאי בני גד ובני ראובן דהמקדש צריך להזכיר התנאי לפני עשיית המעשה בפועל.

והנה יש ב' קושיות חזקות על הרמב"ם: א) בשלמא לפי רש"י אפשר ללמוד מתנאי בני גד ובני ראובן דבעינן תנאי קודם למעשה כי משה רבינו הזכיר התנאי דאם יעברו קודם לאמירת המעשה, דהיינו ירושת הארץ. אבל לפי הרמב"ם, היאך אפשר ללמוד דהתנאי צריך להיות קודם לעצם המעשה מבני גד ובני ראובן והרי בתנאי דבני גד ובני ראובן "המעשה" דהיינו ירושת הארץ, בודאי היה אחרי אמירת התנאי. וזוהי קושיית הראב"ד (שם) וז"ל א"א לא זו הדרך אלא אפילו אמר הכל קודם המעשה ואחר כך נתן הדינר הרי התנאי בטל משום דלא דמי לתנאי בני גד שאמרו אם יעברו דהיינו תנאי והדר ונתתם דהיינו מעשה וזה לא אמר כן אלא אמר הרי את מקודשת דהיינו מעשה והדר התנאי עכ"ל. ותירץ הגר"ח זצ"ל (עיין בחידושי רבנו חיים הלוי פ"ו מהל' אישות ה"ד) דהדיבור ד"ונתתם" דהקב"ה דבני גד ובני ראובן יקבלו את עבר הירדן לירושה כבר זיכה להם את החלק הזה בארץ, והתנאי חל לעכב את גמר חלות הזכייה בחלק של עבר הירדן עד שיעברו חלוצים ויקיימו את התנאי כמו כל דין תנאי ד"אם" דהחלות חל לאחר זמן עם קיום התנאי, ושפיר ילפינן מבני גד ובני ראובן דבעינן תנאי קודם לעצם המעשה.

ב) ועוד יש להקשות על הרמב"ם, דהרי אפי' אם אפשר ללמוד דהתנאי צ"ל קודם למעשה בפועל מבני גד ובני ראובן, לכאורה כל הצורך ללימוד הזה צ"ב, דהרי הלא פשיטא דאם המעשה כבר נעשית והחלות כבר חלה, דא"א להתנות עליה.[1244] ונראה לבאר דלפי

[1244] וכן הקשה הטור (אה"ע סימן לח) על הרמב"ם וז"ל לא נהירא דמילתא דפשיטא היא שאם נתן בידה בלא תנאי שהיא מקודשת בלא תנאי עכ"ל. והבית יוסף (שם) תירץ דמכיון דהוא אמר התנאי מיד אחרי דעשה מעשה הקידושין היינו חושבים דהתנאי חל על המעשה וז"ל ואין זה כלום דכיון דגמר דברי הקידושין הוא התנאי שהרי

הרמב"ם החידוש הוא היכא דקידש לאחר ל' יום, דאז מעשה הקידושין כבר נעשית אבל חלות הקידושין חלה רק בסוף ל' יום, והוא התנה את התנאי בתוך ל' היום. דמסברא הו"א דהוא יכול להתנות תנאי מכיון דעדיין לא חל חלות הקידושין. ובודאי לפי ר' יוחנן (נט:) דהוא יכול לחזור בו בתוך ל' יום,[1245] מסתבר דיש לו היכולת להתנות תנאי, דמאי שנא ביטול החלות לגמרי מעשיית תנאי דהחלות תחול רק לפי תנאי מסויים.

ואין לומר דמסברא היינו אומרים דא"א להתנות תנאי באמצע הל' יום מכיון דתנאי חל רק היכא דבעינן דעת להחיל החלות וכאן הרי דעת הקידושין היתה בתחילת הל' יום. דהרי מצינו מ"ד דבעינן דעת לקידושין אפי' בסוף הל' יום. שהרי איתא בירושלמי גיטין (ריש פרק ז) דפליגי ר' יוחנן וריש לקיש אם אדם שפוי אומר "כתבו ותנו גט לפלוני" ואז אחזו קורדייקדוס, האם כותבין ונותנין גט לאלתר או רק לאחר שנשתפה. ואז הירושלמי השווה המקרה הזה להיכא דנתן לאשתו גט לחול לאחר זמן ואז נשתטה בין נתינת הגט והחלות גירושין, וז"ל נתן לה את גיטה ואמר לא יהא גט אלא למחר ונעשה קורדייקוס תפלוגתא דר' יוחנן וריש לקיש, זרק לה את גיטה ואמר לא יהא גט אלא למחר תפלוגתא דר' יוחנן ודריש לקיש עכ"ל. כלומר, דלפי המ"ד דלאחר דנשתטה אין השליח יכול לכתוב ולמסור הגט, כמו"כ המגרש צריך להיות בריא בשעת חלות הגירושין אפי' היכא דכבר נתן לה הגט. ויוצא דלפי המ"ד דצריך להיות בריא בסוף ל' יום דהיכא דיש מעשה נתינת הגט וחלות לאחר זמן, בעינן דעת המגרש גם בשעת החלות. ואם באמת בעינן דעתו בשעת חלות הגירושין לאחר ל' יום, מסתבר דבאמצע ל' יום המגרש יכול להוסיף תנאי.

ונראה דהלימוד מבני גד ובני ראובן מחדש דלאחר מעשה הקידושין אין תנאי מהני, אע"פ דאיירי לפני שחל החלות והוא עדיין יכול לחזור בו דבעינן דעתו לקידושין בשעת החלות, מ"מ אינו יכול להתנות תנאי. ונראה לבאר דגדר הלימוד הוא דתנאי הוי דין דחל במעשה ולא דין דחל בחלות, ולכן התנאי צריך להיות לפני מעשה הקידושין ולא יתכן להתנות תנאי בין המעשה לבין החלות. ולפי הביאור הזה יוצא דאם לפני מעשה הקידושין המקדש רצה להתנות תנאי על חלות הקידושין ולא על מעשה הקידושין, תנאי כזה לא היה חל. כי יסוד הדין דתנאי קודם למעשה לפי הרמב"ם הוא דתנאי חל רק על

הוא אומר הרי את מקודשת לי בזה על תנאי כך וכך אף ע"פ שנתן לה הקידושין קודם שיזכיר התנאי מכל מקום כיון דדברים אחרים הם בלי הפסק ראש דבריו אסיפא סמיך וה"ל למימר דלא חלו הקידושין אלא על אותו תנאי אי לאו דגמרינן מתנאי בני גד שצריך שיהיה תנאי קודם למעשה עכ"ל.

[1245] בגמ' שם נחלקו ר' יוחנן ור"ל אם היא יכולה לחזור בו. ועיין ברא"ש (סימן ג) דיש לו ב' דעות אם הו"ה דנחלקו האם הוא יכול לחזור בו, או דכו"ע לא פליגי דהוא יכול לחזור בו ורק נחלקו לגבי דידה.

המעשה ולא על החלות, וא"כ מאי שנא אם הוא רצה להתנות תנאי על החלות לאחר המעשה או לפני המעשה.

ועיין ברמב"ן (ספר הזכות לז: בדפי הרי"ף) דנקט כמו רש"י דתנאי קודם למעשה פירושו דאמירת התנאי צ"ל קודם לאמירת המעשה. אמנם מדבריו נראה דדומה לרמב"ם בסברא. דהרמב"ן ביאר דאפי' לשיטת הגאונים דבמקח וממכר לא בעינן תנאי כפול והן קודם ללאו עדיין בעינן תנאי קודם למעשה, וז"ל ויש מי שאומר דתנאי קודם למעשה בעינן דסתם לן תנא הכי כל תנאי שיש בו מעשה בתחלתו תנאו בטל וכו' וזה אפשר הוא עם תנאי שאינו כפול שאפי' כשנשמע מכלל הן לאו ומכלל לאו הן כיון שאמר מעשה תחלה עשאו עיקר ותפוס לשון ראשון ולזה הסברא אף בדיני ממונות בעינן תנאי קודם למעשה שהרי משנה זו בדין ממון היא שנויה עכ"ל. כלומר, דהרמב"ן נקט דאם הוא אמר את המעשה תחילה, אזי אמרינן תפוס לשון ראשון והתנאי דהוסיף אח"כ אינו כלום. ומסתבר דהרמב"ן אינו מתכוון לאומדן דעת המגרש בלבד דהוא התכוון לעשות מעשה קידושין בלי תנאי.[1246] אלא נראה לבאר דלפי הרמב"ן לאחר אמירת מעשה הגירושין, אזי ע"פ דין מעשה הגירושין כבר התחיל ואזי התנאי יכול לחול רק על חלות הגירושין. והרמב"ן נקט כמו הרמב"ם דע"פ דין תנאי חל רק על מעשה הגירושין ולא על חלות הגירושין, ולכן בעינן תנאי קודם לאמירת המעשה. אמנם הרמב"ם חולק על זה וסבור דהמגרש עדיין יכול להתנות על מעשה הגירושין אפי' לאחר אמירת המעשה כל עוד דהמעשה עצמה כבר לא נעשית.[1247]

ולכאורה יש להקשות על הביאור הנ"ל בדעת הרמב"ם דתנאי חל רק על מעשה ולא על חלות, מהדין דתנאי מעכשיו. דהרי בתנאי ד"אם" שפיר ניתן לומר דהתנאי הוי דין במעשה הקידושין וע"פ דין אין כאן מעשה קידושין בלי קיום התנאי. אמנם לגבי תנאי דמעכשיו דחל למפרע, לכאורה קשה לומר דאין מעשה קידושין בלי קיום התנאי, דהרי כשהתנאי נתקיים הרי הקידושין חליו למפרע, ברגע דעדיין התנאי לא היה מקויים. ולכאורה מוכרח מזה דבתנאי דמעכשיו חל מעשה קידושין כשרה, והתנאי הוי דין בחלות הקידושין לעכב החלות עד שעת קיום התנאי. וא"כ, יש לנו ראיה דתנאי אינו

[1246] והשוה לדברי המאירי דנקט דתנאי קודם למעשה הוא דין באומדנא בלבד וז"ל והשני שאתה למד משם גם כן תנאי קודם למעשה שאלו אמר תנו להם אם יעברו מכיון שהקדים המעשה לא הקפיד על התנאי אלא שאמר דרך הערה עכ"ל.

[1247] וע"ע ברשימות סוכה (מא: תוד"ה אלא) בענין תנאי קודם למעשה בתנאי דמעכשיו לפי הרמב"ם דשייך קצת לסוגיא דידן.

דין רק במעשה הקידושין אלא גם יכול לפעול לעכב חלות הקידושין אפי' כשיש מעשה קידושין כשרה, וצ"ע.[1248]

ב

בענין הן קודם ללאו

ונראה לבאר את הדין דהן קודם ללאו ע"פ יסוד בחלות דין תנאי. דהרי יסוד דין תנאי כנ"ל הוא דחל לבטל את המעשה, וא"כ מסתבר דבעינן שיהא מעשה בעולם כדי שהתנאי יחול עליו ולבטלו. ולכן בעינן הצד דהן, דהיינו הצד דהמעשה קיים, להאמר ולהיות בעולם לפני הצד דלאו, דהיינו הצד דבא לבטל את המעשה. ולמשל כשהוא אומר "אם יעברו בני גד ובני ראובן אזי יירשו את עבר הירדן" ואח"כ מזכיר הצד דלאו, דהיינו "אם לא יעברו לא יירשו את עבר הירדן" אזי הצד דלאו חל כתנאי לבטל את המעשה דירושת עבר הירדן. אבל אם הקדים הצד דלאו לפני הצד דהן, אזי הצד דלאו תלוי באויר ואין לו על מה לחול ולכן תנאי כזה אינו מהני.

אבל אם זה הביאור בדין הן קודם ללאו, לכאורה קשה להבין את שיטת הר"ן (גיטין לו: בדפי הרי"ף) דמשמע מדבריו דאם התנה בהן קודם ללאו ואח"כ הוסיף עוד הן לבסוף דהתנאי בטל, וז"ל בעינן הן קודם ללאו, כדאשכחן בתנאי בני גד ובני ראובן אם יעברו ונתתם ונ"ל דמאי דבעינן הן קודם ללאו היינו שלא יהא מסיים דבריו בהן [בכי האי גונא ס"ל] דבגמר דבריו אדם מתפיס ונמצא מעשה קיים ותנאי בטל הלכך אף על גב דמקדימין לאו להן כי היכי דלא לקדים פורענותא לנפשיה כיון שגומר דבריו בלאו סגי עכ"ל. ומזה דהדגיש דלא יסיים דבריו בהן דבגמר דבריו אדם מתפיס, משמע דהכל תלוי בסוף דבריו. וכן דייק הבית שמואל (אה"ע סימן לח סק"ב) וז"ל גם משמע מהר"ן לעולם לא יסיים בהן אפילו אם הקדים הן קודם הלאו וחזר ומסיים בהן תופסין ל' אחרון והתנאי בטל עכ"ל. ולכאורה צ"ע דאם הסברא דהן קודם ללאו הוא דבעינן ד"הלאו" דהתנאי יחול על המעשה דה"ה הן, א"כ מאי שנא בזה דהוסיף עוד צד דהן אחרי הלאו.

ונראה לבאר דגם הר"ן מסכים ליסוד הנ"ל בהן קודם ללאו. אלא דכשהמתנה הוסיף עוד צד דהן לבסוף, נקט הר"ן דהוא התכוון לעשות עוד תנאי על המעשה אחרי דגמר את התנאי הראשון באופן דהן קודם ללאו. והתנאי השני הזה דהוסיף לבסוף הוי רק בהן ואינו כפול ואין בו משפטי התנאים ולכן הוא בטל. ויוצא דיש לו ב' תנאים, תנאי ראשון

[1248] ולכאורה אפשר לתרץ ע"פ מה דביאר רבינו זצ"ל לעיל (ו: בענין משפטי התנאים אות ג') דלפי הרמב"ם תנאי דמעכשיו לא הוי חלות תנאי כלל אלא הוי דין אחר של טעות. וא"כ אין להוכיח מתנאי דמעכשיו לגבי גדר דין תנאי.

דהוי באופן דהן קודם ללאו דכשר, ותנאי שני דאין בו משפטי התנאים ובטל. ומכיון דבגמר דבריו אדם נתפס, הוא נשאר רק עם התנאי השני דבטל, וא"כ אין כאן תנאי כלל. **ועוד** יתכן דהר"ן חולק על הביאור הנ"ל ונקט דהן קודם ללאו אינו דין בהלכות תנאים אלא דהוי דין במשפטי הלשון דבכהת"כ. דהיינו, דהר"ן סבור דתפוס לשון אחרון הוי דין כללי במשפטי הלשון ולכן אם הוא סיים בצד ד"הן" אזי נקטינן דהוא רוצה דהמעשה יחול אפי' בלי קיום התנאי. ואם הר"ן נקט דמצד משפטי הלשון אזלינן בתר סוף דבריו אזי מובן למה כשהוא התנה בהן, לאו, והן, דהתנאי בטל והמעשה קיים.[1249]

ג

בענין תנאי דאי אפשר לקיימו

ולגבי תנאי שאי אפשר לקיימו נחלקו התנאים (גיטין פד.) וז"ל ת"ר ה"ז גיטך ע"מ שתעלי לרקיע, ע"מ שתרדי לתהום, ע"מ שתבלעי קנה של ד' אמות, ע"מ שתביאי לי קנה בן ק' אמה, ע"מ שתעברי את הים הגדול ברגליך אינו גט, רבי יהודה בן תימא אומר כזה גט, כלל אמר ר' יהודה בן תימא כל תנאי שאי אפשר לו לקיימו בסופו והתנה עליו מתחילתו, אינו אלא כמפליגה בדברים וכשר עכ"ל. והנה לפי רבי יהודה בן תימא דסבור דבתנאי דא"א לקיימו התנאי בטל והמעשה קיים, יש לעיין האם זה דין במשפטי התנאים דנלמד מבני גד ובני ראובן או"ד הוי דין אחר דנלמד מסברא בעלמא. ומלשון הברייתא שם דהוי כמפליגה בדברים, משמע דהוי סברא בעלמא ולא דין דנלמד מבני גד ובני ראובן.

ולפי זה צ"ע ברמב"ם (פרק ו מהלכות אישות הל"א) דכלל דין אפשר לקיימו ביחד עם שאר משפטי התנאים, וז"ל ואלו הן הארבעה דברים של כל תנאי, שיהיה תנאי כפול, ושיהיה הין שלו קודם ללאו, ושיהיה התנאי קודם למעשה, ושיהיה התנאי דבר שאפשר לקיימו, ואם חסר התנאי אחד מהן הרי התנאי בטל וכאלו אין שם תנאי כלל עכ"ל. ומשמע מזה דלפי הרמב"ם הא דבעינן תנאי דאפשר לקיימו גם נלמד מבני גד ובני ראובן.[1250] ויש להקשות דבגמ' עצמה מבואר דתנאי דאי אפשר לקיימו מקורו בסברא דמפליג בדברים ולא מגזה"כ דבני גד ובני ראובן.

אמנם לכאורה יש לדייק מדברי הרמב"ם בסוף הפרק (פרק ו מהלכות אישות הלי"ז) דתנאי דאי אפשר לקיימו נלמד מסברא ולא מבני גד ובני ראובן. דהרי כבר הבאנו שיטת הרמב"ם דבתנאי דמעכשיו לא בעינן תנאי כפול, וז"ל כל האומר מעכשיו אינו צריך

[1249] והשווה לדברי רבינו זצ"ל לעיל (ו: תוד"ה לא החזירו אות א') דלפי רוב הראשונים הן קודם ללאו אינו דין כללי במשפטי הלשון אלא דין מסויים בהלכות תנאים.

[1250] וכן דייק הסמ"ג (עשין סימן מח) דהביא דברי הרמב"ם וכתב עליו וז"ל וכל אלו הארבעה היו בתנאי בני גד ובני ראובן עכ"ל.

לכפול תנאו ולא להקדים התנאי למעשה אלא אף על פי שהקדים המעשה תנאו קיים, אבל צריך להתנות בדבר שאפשר לקיימו, ואם התנה בדבר שאי אפשר לקיימו הרי זה כמפליג בדברים ואין שם תנאי, וכל האומר על מנת כאומר מעכשיו ואינו צריך לכפול התנאי ולא להקדימו למעשה עכ"ל. ומבואר דלפי הרמב"ם לא בעינן משפטי התנאים בתנאי דמעכשיו ומ"מ בעינן להתנות בדבר שאפשר לקיימו, ומשמע מזה דדבר שאי אפשר לקיימו נלמד מסברא כמו דנימק הרמב"ם עצמו "הרי זה כמפליג בדברים".

ודברי המחבר בנוגע לגדר דבר שאי אפשר לקיימו כמו"כ צ"ע. דמצד אחד המחבר (אה"ע סימן לח סעיף ג) פסק כמו הרמב"ם דבתנאי דמעכשיו לא בעינן תנאי כפול ותנאי קודם למעשה אבל מ"מ בעינן דבר שאפשר לקיימו. ומזה משמע דאפשר לקיימו מקורו בסברא דבדבר דאי אפשר לקיימו הריהו כמפליג בדברים. אבל בסעיף הבא (סימן לח סעיף ד) המחבר הביא י"א דכל ד' משפטי התנאים הם חומרא ומעיקר הדין פסקינן דתנאי חל אפי' בלי משפטי התנאים, וז"ל י"א דלא בעי שיהיה בתנאי ארבעה דברים אלו אלא במקום דאתי מינייהו חומרא, ולא היכא דאתי מינייהו קולא עכ"ל. והבית שמואל (שם סק"ו) ביאר דהמ"ד הזה פסק כחכמים דלא בעינן משפטי התנאים מעיקר הדין. ומזה דכלל כל ד' משפטי התנאים בדין הזה, יוצא דלפי הי"א במחבר לא בעינן דבר שאפשר לקיימו מעיקר הדין. ואם המקור דאפשר לקיימו הוא מסברא דמפליג בדברים ולא נלמד מבני גד ובני ראובן, צ"ע אזי למה הדין דאפשר לקיימו תלוי בשאר משפטי התנאים שמקורם מבני גד ובני ראובן, וצ"ע.

ומהרמ"א משמע דהדין דאפשר לקיימו תלוי בסברא דמפליג בדברים. דהרי נחלקו האמוראים (גיטין פד.) האם תנאי לעבור על איסור נחשב כאפשר לקיימו או לא, וז"ל איבעיא להו הרי זה גיטיך ע"מ שתאכלי בשר חזיר מהו, אמר אביי היא היא (כמו תנאי דאי אפשר לקיימו), רבא אמר אפשר דאכלה ולקיא עכ"ל. ונמצא דלפי רבא דפסקינן כמותו, תנאי לדבר איסור נחשב כתנאי דאפשר לקיימו דהתנאי חל. ולכאורה הביאור בזה הוא דאע"פ דאסור לקיימו, אך מכיון דסוכ"ס התנאי יכולה להתקיים באיסור שפיר נחשב התנאי כאפשר לקיימו. אמנם עיין ברמ"א (אה"ע סימן לח סעיף ד) דכל זה איירי באיסור דאפשר לעבור עליו בעצמו, אבל בדבר איסור דתלוי באחרים גם רבא מודה דנחשב לתנאי דא"א לקיימו והתנאי בטל, וז"ל התנה עמה שתאכל חזיר או שאר איסור דאורייתא, מקרי אפשר לקיימו (טור), אבל התנה עמה שתבעל לאסור לה מקרי אי אפשר לקיימו שאחר לא יתרצה לה (שם), אבל אם התנה עמה שפלוני יתן לו חצירו, או ישיא בתו לבנו, מקרי אפשר לקיימו, דהרי תוכל ליתן לפלוני ממון הרבה עד שיתרצה לדבר

(גם זה שם) עכ"ל. ולכאורה החילוק הזה דרמ"א תלוי בגדר הדין דאפשר לקיימו. דאם הדין דאפשר לקיימו נלמד מגזה"כ דבני גד ובני ראובן, אזי מסתבר דיש לו גדר כולל, דכל מעשה דבפועל ניתן להעשות נקרא אפשר לקיימו, אפי' אם הוא תלוי באחרים. אבל חילוק של הרמ"א מסתבר אם נימא דהדין דאפשר לקיימו תלוי בסברא דמפליג בדברים, וא"כ דבר שבידו לקיימו אינו הפלגה בדברים, משא"כ דבר איסור דאינו בידו לקיימו בלי אחרים דהוי מפליג בדברים, מכיון דאחרים לא יסכימו לעבור על האיסור.

ד

בענין מתנה ע"מ שכתוב בתורה

הגדר דמתנה ע"מ שכתוב בתורה הוא כשרוצה ליצור חלות חדשה דלא נמצא בתורה, כמו הרי את מקודשת לי ע"מ דאין לך עלי שאר כסות ועונה (כתובות נו:). ונראה דאין הפסול דמתנה ע"מ שכתב בתורה נלמד מבני גד ובני ראובן, אלא דבא מסברא בעלמא דאי אפשר ליצור חלות דאינה נמצאת בתורה. ונראה דהא דמתנה ע"מ שכתוב בתורה לא הוי בגדר משפטי התנאים דמקורן בבני גד ובני ראובן מדוייק הוא בלשון הרמב"ם. דהרי הרמב"ם הביא הד' דברים דנלמדים מבני גד ובני ראובן בריש פרק ו' מהלכות אישות כנ"ל. ורק כמה הלכות לאחר זה (פרק ו מהלכות אישות הל"ט) הרמב"ם פסק הדין דמתנה ע"מ שכתוב בתורה, וז"ל ובמה אמרו כל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל חוץ מדבר שבממון, כגון שקידש או גירש או נתן או מכר על תנאי שהוא רוצה בתנאו שיזכה עצמו בדבר שלא זיכתה לו תורה ומנעה ממנו או יפטור עצמו בתנאו מדבר שחייבה אותו בו התורה שאומרין לו תנאך בטל וכבר נתקיימו מעשיך ואין אתה נפטר מדבר שחייבה אותך בו התורה ולא תזכה בדבר שמנעה אותך ממנו עכ"ל. ומזה דהרמב"ם לא כלל את הדין דמתנה ע"מ שכתוב בתורה עם שאר הדינים דמשפטי התנאים משמע דמתנה ע"מ שכתוב בתורה הוי דין בפנ"ע. ועוד יש לדייק מלשון הרמב"ם שכתב "שהוא רוצה בתנאו שיזכה עצמו בדבר שלא זיכתה לו תורה", דמשמע דהתנאי בטל מסברא משום דהוי נגד התורה, ולא נלמד מתנאי בני גד ובני ראובן.[1251]

ה

בענין מילתא דליתא בשליחות ליתא בתנאי

[1251] ולפי ביאור רבינו זצ"ל בדעת הרמב"ם, יוצא דנחלקו הרמב"ם והתוס' במקור דין מתנה ע"מ שכתוב בתורה. דעיין בתוס' כתובות (נו. ד"ה הרי זו) דמשמע מדבריהם דמתנה ע"מ שכתוב בתורה נלמד מבני גד ובני ראובן וז"ל והשתא דילפינן מהתם דמהני תנאי לבטל המעשה אמרינן דדוקא כשאינו מתנה על מה שכתוב בתורה דומיא דבני גד ובני ראובן שלא התנו על מה שכתוב בתורה עכ"ל. ועיין בתוס' גיטין (עה. ד"ה לאפוקי) דכתבו דברים דומים. וע"ע בענין מתנה ע"מ שכתוב בתורה ברשימות שיעורים למס' ב"מ (דף רסו-רפא).

איתא בכתובות (עד.) דמילתא דליתא בשליחות ליתא בתנאי ולכן אין תנאי בחליצה, וז"ל מכדי כל תנאי מהיכא גמרינן, מתנאי בני גד ובני ראובן, תנאה דאפשר לקיומיה ע"י שליח כי התם הוי תנאיה תנאה, דלא אפשר לקיומיה ע"י שליח כי התם לא הוי תנאה עכ"ל. והתוס' שם (ד"ה תנאי דאפשר) פירשו דזה אינו גזה"כ בעלמא אלא דיש סברא לקשר בין היכולת לעשות תנאי לבין היכולת למנות שליח, וז"ל וז"ל וא"ת ומה סברא יש כאן וכו' וי"ל דה"ט דהואיל והמעשה כל כך בידו שיכול לקיימו ע"י שליח סברא הוא שיהא כמו כן בידו לשוויי ביה תנאה, אבל חליצה שאין בידו לקיימה ע"י שליח לא הוי בידו נמי למירמי ביה תנאה וכו' עכ"ל. והגר"ח זצ"ל ביאר דלפי התוס' צריך חלות שם בעלים כדי למנות שליח ולהתנות תנאי. דהרי רק לבעלים על החלות יש הכח למנות שליח לעשות את המעשה או לקבוע דהמעשה תחול רק בתנאי מסויים. ואולם החולץ אינו הבעלים על חלות החליצה, שהרי חליצה כשרה מן התורה אף בלי דעת (כגון בחליצה מוטעת, עיין ביבמות דף קו א, ואכמ"ל) אלא דמעשה החולץ גורם שהחלות תחול ממילא מן השמים. ומכיון דהחולץ אינו הבעלים על חלות החליצה, אין לו הכח למנות שליח לחלוץ במקומו או להתנות תנאים בחליצתו.

אבל לפי זה לכאורה השלב הבא בשו"ט בגמ' (כתובות עד.) צ"ב, וז"ל והא ביאה דלא אפשר לקיומיה ע"י שליח כי התם וקא הוי תנאה, התם משום דאיתקוש הויות להדדי עכ"ל. כלומר, דאע"פ דביאה ליתא בשליחות ולכן ראוי לומר דא"א להתנות תנאי בקידושי ביאה, עדיין פסקינן דאפשר להתנות תנאי בקידושי ביאה כי ביאה הוקשה לקידושי כסף ושטר. ולכאורה צ"ע בגדר ההיקש הזה דהרי לפי היסוד של הגר"ח זצ"ל אם א"א למנות שליח לקידושי ביאה זה מורה דהמקדש אינו הבעלים על המעשה וא"כ גם ראוי לומר דהוא אינו יכול להתנות תנאים. וקשה לומר דההיקש דהויות להדדי הוי גזה"כ בעלמא נגד הסברא דיש למקדש היכולת להתנות תנאי אע"פ דהוא אינו הבעלים. **והגר"ח** זצ"ל תירץ דיכול להיות שתי סיבות שונים למה דין מסויים ליתא בשליחות: א) דהוא אינו הבעלים על החלות כמו בחליצה כנ"ל, ב) באמת הוי הבעלים על החלות אך המעשה תלוי בגופו של העושה וא"א למנות שליח לדבר התלוי בגופו. דלגבי הסוג הב', עושה המעשה באמת הוי הבעלים ויש לו עצם הכח למנות שליח, אבל השליחות אינה מועילה מצד אחר דרק מעשה בגוף הבעלים עצמם מועיל ולא מעשה של אדם אחר בגופו ואע"פ דהוא שלוחו. ולפי זה, מובן דהקשר בין היכולת למנות שליח לבין היכולת להתנות תנאים קיים רק בדבר דליתא בשליחות מצד חוסר בעלות על החלות (הטעם הא'), אבל אם באמת הוי הבעלים על החלות ועכ"ז המעשה אינו נתפס בשליחות

כי תלוי בגופו של הבעלים, אזי הסברא להשוות דין שליחות לדין תנאים אינה קיימת ואע"פ דהוא מילתא דליתא בשליחות עדיין איתא בתנאי.

ובזה שפיר ניתן לבאר את השו"ט בגמ' לגבי קידושי ביאה. דהגמ' הקשה דקידושי ביאה ליתא בשליחות וראוי להיות גם ליתא בתנאי, כלומר דהגמ' חשבה דליתא ביאה בשליחות מטעם דחוסר בעלות על חלות הקידושין דביאה ולכן גם ראוי להיות דליתא בתנאי. והגמ' עונה דיש היקש בין קידושי ביאה לקידושי כסף ושטר, להראות דהמקדש אכן מהווה הבעלים על הקידושין בכל אופני הקידושין וגם בביאה. ומכיון דהמקדש מהווה הבעלים על הקידושין, אזי בידו גם להתנות תנאים. דהא דקידושי ביאה א"א להיות ע"י שליח אינו מפני חוסר בבעלות של המקדש על הקידושין אלא מטעם אחר, דהיינו דקידושי ביאה בעי גופו של המקדש ולכן אינו נתפס בשליחות.[1252] ומשו"ה קידושי ביאה, דליתא בשליחות מצד הצורך לגוף המקדש, מ"מ עדיין איתא בתנאים, ושונה מחליצה דליתא בשליחות מצד חוסר הבעלות דהחולץ, ולכן חל בחליצה הדין דמילתא דליתא בשליחות ליתא בתנאי.

וע"פ זה הגר"ח זצ"ל תירץ אף קושיית התוס' והרעק"א זצ"ל לגבי תנאים בנזירות ובנדרים. דמשמע מהגמ' (נזיר יא.) דיש חלות דין תנאי בנזירות והקשו התוס' (נזיר יא. ד"ה דהוי מתנה) וז"ל וא"ת ותיפוק ליה דנזירות אי אפשר לקיים ע"י שליח דאמר בהמדיר (כתובות עד.) דבעינן תנאי דומיא דבני גד ובני ראובן שתקיים המעשה ע"י יהושע שהיה שליח משה והתם מהני תנאה לבטל המעשה ולא בעלמא, וי"ל אחרי שאחרים יכולים להביא קרבנות תחתיו נחשב כאילו כל המעשה יכול לעשות ע"י שליח עכ"ל. כלומר, דמכיון דהקרבנות איתא בשליחות אזי כל הדין דנזירות איתא בשליחות ואיתא בתנאי. והקשה הגרע"א זצ"ל בגליון הש"ס וז"ל ק"ל דעדיין איך יתורץ ההיא דנדרים ר"פ ואלו נדרים קונם רחיצת עולם אם ארחץ (פ.), הא נדרים א"א לקיים ע"י שליח וצ"ע, עכ"ל. ותירץ הגר"ח זצ"ל דנדרים ונזירות שפיר הוי איתא בתנאי אע"פ דליתא בשליחות, דדומים לקידושי ביאה. דבאמת הנודר שפיר הוי הבעלים על הנדר והנזירות, אלא דנדרים ונזירות ליתא בשליחות משום דהוו מהדברים התלויים בגופו. ומכיון דהא דאינם נתפסים בשליחות אינו מחמת חסרון בעלות, לא חל עליהם הדין דמילתא דליתא בשליחות ליתא בתנאי.[1253]

[1252] ע"ע בזה ברשימות שיעורים לשבועות (ל. תוד"ה כל כבודה).

[1253] ע"ע בזה ברשימות שיעורים לנדרים (יח. ד"ה אין שבועה חלה על שבועה) וברשימות שיעורים לב"מ (נא. בענין מתנה ע"מ שכתוב בתורה, אות ח-ט). ויוצא דהתוס' בנזיר סובר דדין מילתא דליתא בשליחות כו' הוי גזה"כ בעלמא שלא כתוס' בכתובות דס"ל דהוי סברא וכדביאר הגר"ח זצ"ל. ויתכן נ"מ האם דין מילתא דליתא בשליחות

ו

תנאי בנזקין

והנה מסתבר דהדין דתנאים שייך לחול רק בחלות שחלה ע"י מעשה הגברא כמו חלויות של קידושין גירושין ומקח וממכר, אבל בחיוב דחל ממילא כמו נזקין א"א להתנות תנאי. למשל, כשאדם מזיק נכסי חבירו והוא חייב בנזקין נראה פשוט דאין המזיק או הניזק יוצרים חלות חיוב נזק ע"י דעתם אלא דהחיוב תשלומין נוצר ממילא ע"י מעשה הנזק עצמו, ולכאורה בחיוב כזה א"א להתנות תנאי. ברם יש להעיר דלכאורה דנחלקו ב' דעות בתוס' האם אפשר לניזק להתנות תנאי בנזיקין. דהתוס' בכתובות (נו. ד"ה הרי זו מקודשת) הקשו דהיאך אדם יכול לומר קרע את כסותי ושבר את כדי ע"מ להפטר דהמזיק באמת פטור (ב"ק צב.), אם זה הוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה. ותירצו בב' אופנים וז"ל ותירץ ה"ר אלחנן דהתם נמי אם היה אומר קרע ושבר ע"מ שאין לי עליך דין נזק הוי חשיב מתנה על מה שכתוב בתורה אבל למחול יכול וכן הכא גבי שאר כסות ועונה דוקא כשאמר על מנת שאין ליך עלי דין שאר כסות ועונה הוי מתנה על מה שכתוב בתורה אבל ע"מ שתפטרי אותי משאר כו' פטור וכו' ועי"ל דנזקין לא דמו לקדושין דהכא היינו טעמא דאין קדושין לחצאין דאין לך קדושין שאין לה עליו שאר כסות ועונה וכן גבי נזיר אין נזיר לחצאין אבל גבי נזקין לא שייך למימר הכי עכ"ל.

ולכאורה לפי התירוץ הראשון דהרב אלחנן נמצא דהגמ' בב"ק דקרע את כסותי ע"מ להפטר באמת אינו איירי בתנאי כלל אלא במחילה. וא"כ אין ראיה משם דאפשר לניזק להתנות תנאי בנזקין. מאידך לפי התירוץ השני יוצא דבעצם אין חילוק בין נזקין לבין קידושין ובשניהם אפשר להתנות תנאי. אלא דהמקדש ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה רוצה ע"י תנאו ליצור חלות קידושין דאינה קיימת בתורה, ולכן עצם התנאי שלו סותר את מעשה הקידושין והתנאי איפוא אינו חל. אבל בנזקין, הניזק יכול להתנות תנאי דקרע את כסותי ע"מ שאין כאן דין נזק דיש כמה אופנים דמזיק פטור מלשלם עפ"י התורה ובכן הסברא דאין קידושין לחצאין אינו שייך לנזיקין. ויוצא דלפי התירוץ השני בתוס', הניזק יכול להתנות תנאי בנזקין אע"פ דהוא אינו הבעלים על החלות והוא אפי' אינו יוצר החלות, וצ"ע דהרי הגר"ח זצ"ל קבע דתנאי חל רק כשיש בעלים המתנה. וצ"ל

וכו' חל בתנאי דמעכשיו. שהרי רבינו זצ"ל כבר ביאר דמעכשיו אינו חל מדין תנאי אלא מדין טעות, ואם דין מילתא דליתא וכו' הוי גזה"כ במשפטי התנאים אזי לא חל בתנאי דמעכשיו דל"צ משפטי התנאים דאינו חלות תנאי. אך אם מילתא דליתא אינו ממשפטי התנאים אלא דין בבעלות אזי י"ל דאם הדבר ליתא בשליחות ליכא בעלים וג"כ לא חל בו דין טעות, דרק דעת בעלים בטלה בטעות, דהא חליצה מוטעת כשרה מכיון דליכא דעת בעלים בחליצה.

דהתוס' נקטו דתנאי דהניזק חל במעשה עצמו ומונע את חלות חיוב הנזק מלחול שלא כהגר"ח זצ"ל.[1254]

ע"כ ענין משפטי התנאים

בענין תנאי וטעות

יש לעיין בכמה מקרים האם המעשה בטל מדין תנאי או מדין טעות. ונישנו בזה כמה שיטות, כל אחת ואחת עם החילוק שלה בין חלות דין תנאי לבין חלות דין טעות, כדלהלן.

א

שיטת התוס'

ועיין בשיעורים לעיל (ו: בתוד"ה לא החזירו) דהארכנו לגבי שיטת התוס' האם גילוי דעת באומדנא דמוכח מהני מדין תנאי או מדין טעות.

ב

שיטת הראב"ד

ביארנו לעיל בשיעורים (ו: בתוד"ה לא החזירו) דלפי התוס' (ו: ד"ה לא החזירו) יש הבדל בין היכא דהתנאי דאינו כפול עושה אומדנא דמוכח, לבין היכא דאפי' לאחר דגילה דעתו מ"מ אין אומדנא דמוכח לבטל את המעשה דאז בעינן תנאי כפול ושאר משפטי התנאים. ונראה דהראב"ד חולק על זה. דהנה הרמב"ם (פרק ג' מהלכות זכייה ומתנה הל"ח) הביא את שיטת רבותיו דבעינן משפטי התנאים רק בגיטין וקידושין לעומת דיני ממונות, אבל הוא עצמו יש לו שיטת אחרת, וז"ל ורבותי הורו שאין צריך לכפול התנאי ולהקדים הן ללאו אלא בגיטין ובקידושין בלבד, ואין לדבר זה ראיה עכ"ל. ואילו הראב"ד (שם) נקט כדברי הגאונים וז"ל א"א אע"פ שאין ראיה לדבר זכר לדבר וטעם גדול יש לדבר ואיך יתכן דזה מוכר קרקע או נותנו ואומר איני נותנו או מוכרו אא"כ יעשה לי כך וכך ונוציא אותו מידו ולא עשה בו מה שהתנה עליו אבל גיטין וקדושין אומדן דעתא הוא מכיון שנתן דעתו לגרש או לקדש אינו אלא כמפליג בדברים וקירוב הדעת וריחוק הדעת אין תנאי מועיל בו לרחק ולקרב אא"כ חזקו בכפילו ובכל העניינים שנתפרשו בו כי כולם חזוק התנאי הם ובין תבין ונחלת בני גד ובני ראובן לא היתה מוחזקת ביד ישראל ואינו

[1254] והשווה לדיון על המשנה בפאה (פרק ו משנה יא) וז"ל אם אמר הרי אני קוצר על מנת מה שאני שוכח אני אטול יש לו שכחה עכ"ל. והרמב"ם והרע"ב שם ביארו מפני דזה מתנה על מה שכתוב בתורה. ועיין בתוס' רעק"א דדן היאך שייך תנאי בקצירה, ובתפארת ישראל (יכין אות ו') דנשא ונתן בדבריו. ולכאורה גם שכחה הוי דבר דחל ממילא ע"י הקצירה והשכחה והמחלוקת האם דין תנאי שייך לכאן דומה לב' דעות בתוס' לגבי תנאי בנזיקין לפי ביאור רבינו זצ"ל. ועוד צ"ע היאך שייך תנאי בנזקין ובשכחה דלמה לא חל בהם דין מילתא דליתא בשליחות ליתא בתנאי, וצ"ע.

דומה לקרקע המוחזק לו לאדם מירושתו או ממקחו עכ"ל.[1255] הראב"ד הקשה דאיך יתכן דפסקינן לגבי מי שמוכר קרקע בתנאי שאינו כפול דהמעשה קיים והתנאי בטל, והרי ידעינן דאין לו דעת למכור. ורק בגיטין ובקידושין אמרינן דהמעשה קיים והתנאי בטל כי בלי משפטי התנאים "אינו אלא כמפליג בדברים". ולכאורה דברי הראב"ד צ"ע, כי הוא נקט דבדיני ממונות כל תנאי, אפילו בלי משפטי התנאים עושה את המעשה לטעות. למשל, אם הוא מוכר קרקע לחבירו על תנאי דהקונה יקפוץ עשר פעמים, אם הקונה אינו קופץ אזי אין לו דעת למכור כלל וכל מעשה המכירה הוא בטעות. ולפי"ז צ"ב דמאי שנא דיני ממונות מגיטין וקידושין – גם בגו"ק מסתבר דכל תנאי, אפי' בלי משפטי התנאים, הוי גילוי דעת דאינו רוצה לקדש ולגרש בלי קיום התנאי. וא"כ, כשהתנאי אינו נתקיים כל מעשה הקידושין או הגירושין נעשה בטעות. וצ"ע, למה לגבי גו"ק בעינן כל משפטי התנאים.

ונראה לבאר דהראב"ד חילק בין דין דעת המקנה בקנין ממון לבין חלות דין הדעת לגרש ולקדש. דלגבי ממון, המקנה הוי הבעלים על הקנין והכל תלוי בדעתו הפרטית. ואפי' אם בעיני כל העולם התנאי שלו הוא שגעון, מ"מ המוכר הוי הבעלים על הקנין ואם הוא אומר דאין לו דעת להקנות בהיכי תמצי מסויים אזי מעשה הקנין נחשב לטעות.[1256] אמנם לא הרי הדעת בגו"ק כדעת הבעלים למכור. דהרי כבר הבאנו לעיל (ה: בענין ידות אות ב') דבריש הלכות גירושין הרמב"ם כתב דיש עשרה דברים שהן מעיקר גירושין מדאורייתא והדבר הראשון הוא דעת לגרש, וז"ל ומנין שעשרה דברים אלו מן התורה שנ' והיה אם לא תמצא חן בעיניו וגו' וכתב לה ספר כריתות ונתן בידה ושלחה מביתו, אם לא תמצא חן בעיניו, מלמד שאינו מגרש אלא ברצונו, ואם נתגרשה שלא ברצונו אינה מגורשת, אבל האשה מתגרשת ברצונה ושלא ברצונה עכ"ל. והקשה הגר"ח זצ"ל דלמה בעינן לימוד מיוחד לדעת המגרש, הלא לכל שטר ולכל קנין בעינן דעת המקנה. והוכיח מזה הגר"ח זצ"ל דדעת הבעל בגירושין וכמו"כ דעת המקדש בקידושין, דהוו חלות שם דעת באיסורין, מהווה חלות שם דעת אחרת מדעת המקנה בדיני ממונות. ונראה דהראב"ד נקט דאחד מהחילוקים הוא דמכיון דהבעל אינו הבעלים הגמורים על חלות האישות, הדעת לגרש ולקדש אינו חלה כדעת בעלים התלויה בכל הרצונות

[1255] ובזה תירץ קושיית התוס', דאפי' אם לא כפליה התנאי עדיין התנאי חל כי כל משפטי התנאים רק נצרכים בגו"ק. ע"ע בזה ברשב"ם (ב"ב קלו: ד"ה ואם לאו, הובאו הדברים בתוס' לקמן מט: ד"ה דברים שבלב) דתירץ קושיית התוס' דלא בעינן משפטי התנאים בדיני ממונות.

[1256] ורבינו זצ"ל ביאר דעל הנקודה הזאת תוס' חולקים, וסברי דאם רוב בני אדם לא היו מבינים למה הוא מתנה באופן כזה (למשל, הקשר בין הקפיצות והמכירה) אז אין אומדנא דמוכח דזה באמת דעת המוכר ובעינן כל משפטי התנאים.

הפרטיות שלו, אלא סגי בדעת לגרש או לקדש בעלמא. ואפי' אם הבעל אמר כשנתן הגט דהוא רק רוצה דהגירושין יחול בתנאי מסויים (בלי לומר כל משפטי התנאים), אם התנאי הזה הוי דבר צדדי ונראה כשגעון בעיני רוב בני אדם, אזי ע"פ דין נחשב שיש לו דעת לגו"ק בכל אופן ולא הוי טעות. דרק חלות שם תנאי הנאמר עם כל משפטי התנאים יכול לבטל את מעשה הגירושין בציור כזה.

ונראה להביא ראיה לחילוק זה מהסוגיא דתליוהו וזבין וגט מעושה. דהגמ' (ב"ב מח.) רצתה להביא ראיה לדין דתליוהו וזבין זביניה זבינא מהא דכופין על הגט וז"ל ואלא מסיפא וכן אתה אומר בגיטי נשים, כופין אותו עד שיאמר רוצה אני, ודלמא שאני התם, דמצוה לשמוע דברי חכמים עכ"ל. ונראה לבאר את דחיית הגמ' דהכפייה מצד מצוה לשמוע לדברי חכמים מועיל דוקא בגיטין ולא בדיני ממונות. ולמשל, אם יש פסל ברשות ישראל, והב"ד מפציר בו למוכרו וכופין אותו עד שיאמר רוצה אני, ונראה שלא נאמר דהמכירה חלה למ"ד דתליוהו וזבין לא הוי זביניה זבינא ואע"פ דיש מצוה לשמוע לדברי חכמים. ונראה לבאר ההבדל בין גיטין למכירה ע"פ הנ"ל. כי בממון, דעת המקנה הוא חלות של דעת בעלים וקפדינן על דעתו הפרטית, ולכן אם הוא באמת אינו רוצה למכור מאיזה טעם שיהיה הב"ד אינו יכול לכפותו אפי' למצוה. ומאידך בגיטין אם הוא נתן גט לאשתו בדעת לגירושין באופן כללי, אזי הכל נמדד ע"פ דעת רוב בני אדם. ומכיון דלגבי רוב בני אדם בהיכי תמצי כזה יש אומדנא דמוכח דרוצים בגירושין מחמת המצוה לשמוע לדברי חכמים, סגי לדעת הגירושין.

ויתכן דזוהי נמי כוונת הרמב"ם (פ"ב מהל' גירושין ה"כ) דהוסיף ביאור לדין כפייה בגט, וז"ל אבל מי שתקפו יצרו הרע לבטל מצוה או לעשות עבירה והוכה עד שעשה דבר שחייב לעשותו או עד שנתרחק מדבר שאסור לעשותו אין זה אנוס ממנו אלא הוא אנס עצמו בדעתו הרעה, לפיכך זה שאינו רוצה לגרש מאחר שהוא רוצה להיות מישראל רוצה הוא לעשות כל המצות ולהתרחק מן העבירות ויצרו הוא שתקפו וכיון שהוכה עד שתשש יצרו ואמר רוצה אני כבר גרש לרצונו עכ"ל. הרמב"ם הדגיש "שהוא רוצה להיות מישראל", ומשמע דדעת לגרש משוער ע"פ סתם דעת דישראל דנותנים גט באופן כזה.

ונראה דזה גם הביאור בדברי הרמב"ן בספר הזכות (גיטין לח. בדפי הרי"ף) דאין דין אסמכתא חל בגיטין וקידושין. דהרי הרמב"ן נקט דכל תנאי בדיני ממונות דתלוי בדעת עצמו הויא אסמכתא. למשל, אם הוא אומר לחבירו אם לא באתי מכאן עד ל' יום הרי שדי מכורה לך, דהתנאי תלוי בעצמו אם יבוא או לא, אפי' אם אינו בא בתוך ל' יום השדה אינה מכורה דיש בזה חסרון של אסמכתא. מאידך מי שנותן גט או כסף קידושין

בתנאי כזה, פשוט מכמה סוגיות דהתנאי חל, ואם לא הגיע בתוך ל' יום הגט חל. ולכן קבע הרמב"ן דאין דין אסמכתא חל בגיטין וקידושין אלא רק בדיני ממונות בלבד. וביאור החילוק הזה הוא דאסמכתא הויא חסרון בדעת בעלים להקנות - למשל דמכיון דהמוכר סמך בדעתו שיבוא בתוך הזמן והשדה תישאר אצלו, ואע"פ דהוא אמר דיש לו דעת למכור אם הוא לא בא, מ"מ אמדינן דעתו הפרטית דבאמת לא היה לו דעת גמורה למכור אם לא בא. ואילו בגיטין וקידושין לא בעינן בהן דעת הבעלים הפרטית, אלא מכיון דהוא נתן הגט ואמר דהוא רוצה לגרש אם הוא לא יבוא בתוך ל' יום ובסוף הוא לא בא, סגי בדעת כללית בעלמא כדי לגרש או לקדש.[1257]

ובזה יש לתרץ את קושיית הבית הלוי בדרשותיו (דרוש יז, ועיין בבית הלוי עה"ת פ' יתרו עה"פ "ועתה אם שמוע תשמעו בקולי ושמרתם את בריתי וגו'"), דהיאך היה שייך לבני ישראל להתחייב לשמור את התורה באמירת נעשה ונשמע. דהרי הם לא ידעו בכלל מה הקב"ה עתיד לצוות אותם. והנה הרמב"ם פסק (פרק יא מהלכות מכירה הלט"ז) דהמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב אינו מתחייב מפני דהויא אסמכתא דלא קניא. וגם כל עבד עברי לא יהא יכול למכור את עצמו כי הוא משעבד את עצמו לעבודה אצל האדון דהוי דבר שאינו קצוב. ועיי"ש בבית הלוי דיש לחלק בין היכא דקיבל עליו חיובים לעשות דברים דאזי אמרינן דאינו יכול להתחייב לעשות דברים דאינם קצובים, לבין היכא דמוכר את עצמו והקנה את גופו לרבו דהחיובים חלין מכח קנין הגוף דיש לאדון או להקב"ה בו. אמנם לפי הרמב"ן הנ"ל נראה לתרץ דכל הדין דאסמכתא לא קניא שייך רק בדיני ממונות היכא דבעינן דעת בעלים דהמוכר, משא"כ היכא דאין המוכר או המשעבד הוי הבעלים על הקנין, כמו במתן תורה ועבד עברי, אזי כל הדין דאסמכתא לא קניא אינו חל ניתן להתחייב אפילו בדבר שאינו קצוב.

וביסוד הזה נראה גם לבאר את המשך דברי הראב"ד. דהרי הראב"ד הקשה על עצמו דהאיך אפשר לומר דלא בעינן משפטי התנאים בדיני ממונות אם כל המקור למשפטי

[1257] עיין בקובץ חידו"ת בית יצחק (כרך כד עמוד פה, "דרשה בעניני מגילת רות" נערך ע"י אברהם צבי רויטמאן) דרבינו זצ"ל ביאר את שיטת הרמב"ן דאין דין אסמכתא בגו"ק באופן אחר. דהר"ן ביאר הך דאין דין תוכ"ד חל בגיטין וקידושין הוי מכיון דכל היסוד דתוכ"ד כדיבור דמי הוי מפאת דאם חזר בו כל כך מהר הרי זה מוכיח דבאמת לא היה לו דעת. אבל בגיטין וקידושין הענין כל כך חשוב דא"א לומר דנתן גט או קידש אשה בלי דעת לגרש או לקדש. ורבינו זצ"ל ביאר שיטת הרמב"ן על פי הר"ן הנ"ל. דמכיון דעניני גיטין וקדושין הוו כל כך חשובים, א"א לומר דסתם נתן גט באסמכתא ולא באמת התכוון לגרש. ויוצא נ"מ בין שני ביאורי רבינו זצ"ל בנוגע לדברים דאין להם דין דעת בעלים שאינם גיטין וקידושין, כמו במכירת עבד עברי. דלפי ביאור דרבינו זצ"ל כאן, הרמב"ן נקט דכל דין אסמכתא הוי רק כשיש חלות דין דעת בעלים כמכירה, ובכן אין דין אסמכתא במכירת עבד עברי מדליכא בה חלות דין דעת בעלים כדלהלן. ואילו לפי הביאור השני דרבינו זצ"ל, רק גו"ק דחשובים יוצאים מן הכלל, ויש דין אסמכתא במכירת עבד עברי.

התנאים הוי מתנאי בני גד ובני ראובן דהיה לגבי הקנין בארץ ישראל דהוי דיני ממונות. והראב"ד תירץ וז"ל ונחלת בני גד ובני ראובן לא היתה מוחזקת ביד ישראל ואינו דומה לקרקע המוחזק לו לאדם מירושתו או ממקחו עכ"ל. וכוונת הראב"ד בזה דמכיון דנחלת בני גד ובני ראובן לא היתה מוחזקת ביד ישראל, א"א לומר דהיתה חלות מכירת קרקע דעלמא לבני גד ובני ראובן, אלא היה חלות דין מסויים של חלוקה. ומכיון דלא היתה חלות שם דעת בעלים דמכירה א"א לומר דחל דין טעות, ולכן בעינן כל משפטי התנאים כדי שהתנאי יבטל את חלות החלוקה.[1258]

ויוצא מכל זה דלפי הראב"ד כל גילוי דעת במכירה גורם שמעשה המכירה תחשב לטעות אם הגילוי דעת שלו לא נתקיים. וזה נגד שיטת התוס' דס"ל דטעות שייך רק היכא דהגילוי דעת עושה אומדנא דמוכח.

ויש להעיר דיש ראשונים דביארו את שיטת הגאונים דלא בעינן משפטי התנאים בדיני ממונות באופן אחר לגמרי. דלפי הראב"ד יש חילוק יסודי בין חלות הדעת בגו"ק לבין חלות הדעת במקח וממכר כנ"ל. אבל עיין ברשב"ם (ב"ב קלז: ד"ה ואם לאו) דחילק בין דיני ממונות לבין גו"ק אבל רק לכתחילה, וז"ל אע"ג דלגבי גיטין קי"ל כר"מ דבעי תנאי כפול כדאמר בפרק מי שאחזו (גיטין דף עה:) אתקין שמואל בגיטא דשכיב מרע כו' הני מילי לענין גיטין וקדושין הוא דבעינן תנאי כפול לכתחלה לרווחא דמילתא דילפינן מתנאי בני גד ובני ראובן מיהא לגבי דיני ממונות לא בעינן תנאי כפול אלא גלויי דעתא בעלמא עכ"ל. והרמב"ן (שם ד"ה והר שמואל) הביא דברי הרשב"ם וביאר דמעיקר הדין פסקינן כחכמים נגד ר"מ דלא בעינן משפטי התנאים כלל, אלא דבגו"ק אנו מחמירין להצריך משפטי התנאים, וז"ל וה"ר שמואל ז"ל כתב דלא בעינן תנאי כפול בממונא אלא באיסורא לכתחלה לרווחא דמילתא, וכן השיב רבינו הגדול ז"ל בתשובה, והרבה בני אדם טעו בדבר שהקשו והא עיקר תנאי כפול כי כתיב בממון כתיב, אבל כך הם עיקרן של דברים דלא קיי"ל כר"מ דיחידאה הוא אלא דגבי גיטין וקידושין חיישינן לדר"מ להחמיר מתקנת שמואל בגיטין דאיתא בפרק מי שאחזו (עה:), ומיהו ר"מ לא אמרה אלא בדיני ממונות וכדמפורש בגמ' במס' שבועות (לו.) ושם אפרש בסייעתא דשמיא עכ"ל.

ג

שיטת הרמב"ם בתנאי דמעכשיו

[1258] ועוד ביאר רבינו זצ"ל את דברי הראב"ד באופן אחר, דיש ב' דינים בחלוקת הארץ – החלוקה בדיני ממונות וגם חלוקה מדין איסור והיתר. דהרי חלוקת הארץ הויא גמר המצוה של וירשתם אותה וישבתם בה. ומכיון דיש בחלוקת הארץ דין איסור והיתר הרי הוא דומה לגיטין וקידושין דבעינן בהן תנאי כפול.

הרמב"ם חולק על התוס' והראב"ד בנוגע למתי בעינן משפטי התנאים ומתי לא בעינן אותם. דכתב הרמב"ם (פרק ג' מהל' זכייה ומתנה הל"ח) וז"ל וכל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי ואינו צריך לכפול התנאי, כך הורו מקצת הגאונים ולזה דעתי נוטה, ורבותי הורו שאין צריך לכפול התנאי ולהקדים הן ללאו אלא בגיטין ובקידושין בלבד, ואין לדבר זה ראיה עכ"ל. הרמב"ם חילק בין תנאי דמעכשיו דלא צריך משפטי התנאים לתנאי דאם דצריך משפטי התנאים. וצ"ב מהי הסברא לחלק ביניהם

ונראה לבאר דיש חילוק יסודי בין תנאי דאם לבין תנאי דמעכשיו. דלגבי תנאי דמעכשיו המעשה באמת חל מיד בלי קיום התנאי, וכל כח התנאי הוא כדי לבטל את המעשה. כלומר, אם נתן גט לאשתו ואמר לה הרי את מגורשת לי מעכשיו ע"מ שתתני לי מאתים זוז, באמת הגירושין חל מעכשיו, וכל תפקיד דהתנאי הוא כדי לבטל את הגט כשהתנאי לא נתקיים. אבל קיום התנאי (נתינת המאתים זוז) רק מסיר היכולת הזאת של ביטול הגט, וכשהתנאי נתקיים החלות גירושין נשאר בתוקפה כמו שהיה. וכל זה לגבי תנאי דמעכשיו. אבל בתנאי דאם, המעשה אינו חל עד שעה שנתקיים התנאי לאחר זמן. דאם נתן גט לאשתו ואמר לה הרי את מגורשת לי אם תתני לי מאתים זוז, קיום התנאי מצטרף למעשה הגירושין כדי לפעול חלות הגירושין לאח"כ בשעת נתינת המעות. וביטול התנאי ע"י אי- נתינה רק משאיר את הכל כמו שהיה בלי גירושין, שהרי נתינת הגט בעצמו אינו פועל חלות הגירושין בשעת נתינה. וא"כ מובן למה הרמב"ם חילק ביניהם לגבי הצורך למשפטי התנאים. דחלות שם תנאי הוי רק דבר דקיומו מחיל החלות וזהו רק בתנאי דאם. אבל במעכשיו דכל דין התנאי הוי רק לבטל את המעשה ואינו נצרך כדי להחיל החלות, תנאי כזה אינו נחשב לחלות שם תנאי אלא כדבר שאי-קיומו גורם להגדיר את המעשה כטעות, ולכן לא בעינן משפטי התנאים.[1259]

ויש לעיין בדעת הרמב"ם דתנאי דמעכשיו חל מדין טעות ולא מדין תנאי האם חל הדין דתנאי ומעשה בדבר אחד. דניתן לומר דמכיון דתנאי דמעכשיו אינו חלות דין תנאי כלל מסתבר דאין לו שייכות כלל למשפטי התנאים והתנאי והמעשה יכולים להיות בדבר אחד, או"ד י"ל דבתנאי דמעכשיו לא בעינן דיני התנאים דשייכים לנוסח התנאי, ואילו תנאי ומעשה בדבר אחד הוי דין בחלות התנאי ולכן הדין הזה עדיין חל. ולכאורה יש

[1259] ועיין בחידושי הגר"ח על הש"ס (יבמות קו. בענין חליצה מוטעת) לדברים דומים וז"ל אבל להרמב"ם דס"ל דבתנאי דמעכשיו לא בעי למשפטי התנאים, והביאור הוא דבתנאי דמעכשיו אין בו דין תנאי כלל, דהא לא אשכחן תנאי בלא דיני תנאים, ומשום הך טעמא דלא בעינן במעכשיו דיני התנאים והוא משום דלא דמי לתנאי ב"ג וב"ר משום הך טעמא גופא לא הוי מדין תנאים לגמרי, והא דמהני תנאי דמעכשיו, צריך לומר דמדין גילוי דעת וטעות אתינן עלה ולא מדין תנאי עכ"ל. וע"ע בענין תנאי דמעכשיו לפי הרמב"ם ברשימות שיעורים לסוכה (מא: תוד"ה אלא) דרבינו זצ"ל האריך לגבי הגדר של תנאי דמעכשיו לפי הרמב"ם.

להוכיח משיטת הרמב"ם בתנאי קודם למעשה דאפי' דינים דשייכם לחלות התנאי ולא לנוסח התנאי אינן קיימים בתנאי דמעכשיו.[1260] דהרי הרמב"ם (פרק ו מהלכות אישות הל"ד) נקט דתנאי קודם למעשה לא הוי דין בנוסח האמירה, דהיינו דצריך לומר התנאי קודם לאמירת המעשה, אלא דהתנאי עצמו צריך להאמר לגמרי קודם לעשיית המעשה בפועל, וז"ל אבל אם אמר לה הרי את מקודשת לי בדינר זה ונתן הדינר בידה והשלים התנאי ואמר אם תתני לי מאתים זוז תהי מקודשת ואם לא תתני לי לא תהי מקודשת הרי התנאי בטל מפני שהקדים המעשה ונתן בידה ואחר כך התנה ואע"פ שהכל בתוך כדי דיבור, והרי זו מקודשת מיד ואינה צריכה ליתן לו כלום עכ"ל. ויוצא דלפי הרמב"ם הצורך לתנאי קודם למעשה הוי דין בחלות התנאי ולא בנוסח התנאי, ואעפ"כ מבואר ברמב"ם (ריש פרק ו מהלכות אישות) דלא בעינן תנאי קודם למעשה בתנאי דמעכשיו. ורואים מזה דאפי' דינים דשייכים לחלות התנאי לא בעינן בתנאי דמעכשיו וא"כ מסתבר דאפשר להתנות באופן דתנאי ומעשה בדבר אחד בתנאי דמעכשיו.

וגם יש לעיין האם בדעת הרמב"ם תנאי דמעכשיו חל רק בדבר דאיתא בשליחות כמו שאר תנאים (כתובות עד.). ונראה להוכיח דאפי' בתנאי דמעכשיו עדיין בעינן מילתא דאיתא בשליחות ממה שמצינו בנוגע לחליצה. דהרי פשיטא דא"א לעשות מעשה חליצה היום שתחול לאחר זמן וכל הסוגיא בגמ' לגבי תנאי בחליצה הוא אך ורק בתנאי דמעכשיו. ואעפ"כ מבואר בגמ' (כתובות עד.) דחל לגבי חליצה הכלל דמילתא דליתא בשליחות ליתא בתנאי, וז"ל אתמר נמי, אמר רב אחא בר יעקב אמר רבי יוחנן המקדש על תנאי ובעל [דברי הכל] אינה צריכה הימנו גט. איתיביה רב אחא בריה דרב איקא בר אחתיה חליצה מוטעת כשירה, איזו היא חליצה מוטעת וכו' אלא אמר רבי יוחנן כל שאומר לו חלוץ לה על מנת שתתן לך מאתים זוז, אלמא כיון דעבד מעשה אחולי אחליה לתנאיה, הכא נמי כיון דבעל אחולי אחליה לתנאיה, א"ל בר בי רב, שפיר קא אמרת, מכדי כל תנאי מהיכא גמרינן מתנאי בני גד ובני ראובן, תנאה דאפשר לקיומיה ע"י שליח כי התם הוי תנאיה תנאה, דלא אפשר לקיומיה ע"י שליח כי התם לא הוי תנאה עכ"ל. ומבואר מכל זה דאפי' תנאי דמעכשיו חל רק במילתא דאיתא בשליחות, אע"פ דלפי הרמב"ם לא צריך שאר משפטי התנאים. וצריך בירור מאי שנא מילתא דאיתא בשליחות מתנאי כפול וכדומה.[1261]

[1260] ועיין בשיעורים לעיל (סא. בענין משפטי התנאים אות ג') דרבינו זצ"ל האריך במחלוקת הראשונים לגבי הגדר דתנאי קודם למעשה.

[1261] עיין ברמב"ן (גיטין עה: ד"ה ובתוספתא) דהביא שיטת הרי"ף דלא בעינן משפטי התנאים בתנאי דמעכשיו והקשה עליו דמצינו דבעינן מילתא דאיתא בשליחות גם לגבי תנאי דמעכשיו וז"ל ואשכחן נמי בעל מנת דבעינן

והביאור בזה הוא ע"פ מה דמבואר בשיעורים לעיל (סא. בענין משפטי התנאים אות ד') דגדר תליית תנאי בשליחות הוא דבעינן בעלות על המעשה כדי למנות שליח וכדי להתנות תנאי. והצורך לבעלות כדי לעכב את חלות המעשה חל נמי בתנאי דמעכשיו כמו דחל בתנאי דאם. וזה לעומת שאר משפטי התנאים דהם דינים בלשון התנאי או בחלות התנאי, ורק נצרכים בתנאי ד"אם" ולא בתנאי דמעכשיו לפי הרמב"ם.

ומצינו עוד חילוק בין תנאי דאם לבין תנאי דמעכשיו בנוגע לדין ברירה. דעיין ברמב"ן (גיטין כה: ד"ה תולה בדעת) דהביא איכא דמפרשי דכל תנאי דמעכשיו אינו שייך לגדרי ברירה וז"ל ואיכא דמפרשי לה הכי לעולם מהיום אם מתי מעכשיו אם מתי לרבנן דאמרי מגורשת לגמרי ובלבד שימות לאו משום ברירה הוא שאפי' כשתמצא לומר אין ברירה הוי גיטא דהא מעכשיו חייל עכ"ל. ונראה לבאר ע"פ הנ"ל דבתנאי דמעכשיו המעשה ראוי לחול מיד אלא דיש עיכוב של התנאי. ומכיון דהכל ראוי לחול מכח המעשה עצמה אין כאן גדר של תנאי או ברירה. אבל היכא דאמר "אם" אזי החלות עצמה תלוי בקיום התנאי, וקיום התנאי בא לקיים המעשה וליצור החלות, ותנאי כזה שייך לדיני תנאי וברירה בעלמא.

ד

תנאי לשעבר ותנאי בלי אפשרות של קיום וביטול

ועוד נחלקו הראשונים אם תנאי לשעבר חל מדין תנאי או מדין טעות. וכגון דאם אדם מקדש אשה ע"מ שירדו גשמים אתמול, דהרמב"ן (ספר הזכות, גיטין לח. בדפי הרי"ף) נקט דלא בעינן משפטי התנאים וסגי בתנאי כפול, וז"ל ואע"פ שאינו כענין תנאי בני גד לפי שהוא תולה במה שעבר ונראין הדברים בגמ' דלא בעינן בהו תנאי גמור לא לר"מ ולא לרבנן אם את איילונית הרי גיטך וכו' והטעם לפי שאינו דומה לתנאי בני גד שהוא תנאי בדבר שעבר ואעפ"כ בעי ר"מ כפילא דכפל לר"מ הוא בכ"מ (הוא) דלית ליה מכלל לאו הן בין בשבועות בין בנדרים וכן בפסוקי התורה הלכך נתקיים מן הענין הזה שאין הלכה כר"מ בד"מ כלל עכ"ל. מפורש בדבריו דתנאי לשעבר לא בעי משפטי התנאים ורואים מזה דאין לתנאי לשעבר חלות דין תנאי אלא דין טעות. ומ"מ בעינן תנאי כפול דכמש"כ

תנאי שאפשר לקיימו ע"י שליח והיינו משום דגמרינן מתנאי דבני גד דקי"ל חליצה מוטעת כשרה והיכי דמי כגון דאמרין ליה חלוץ לה ע"מ שתתן לך מאתים זוז, ולדברי רבינו ז"ל כל שבע"מ תנאו קיים אע"פ שאינו כתנאי בני גד עכ"ל. ולפי דברי רבינו זצ"ל אין כאן קושיא כי גם הרמב"ם והרי"ף מודים דבעינן מילתא דאיתא בשליחות לגבי תנאי דמעכשיו. ועיין בחידושי הגר"ח זצ"ל (יבמות קו. ד"ה בדין חליצה מוטעת) דנקט דלא כדברי רבינו זצ"ל דלא בעינן מילתא דאיתא בשליחות בתנאי דמעכשיו מכיון ד"אין בו דין תנאי כלל".

לעיל דהוי דין במשפטי הלשון דכהת"כ.[1262] אבל נחלקו על זה התוס' לקמן (סב. ד"ה חנקי). דהגמ' שם איירי בתנאי לשעבר (אם היא זינתה תחתיו או לא) והתוס' הקשו דהתנאי הוי לאו קודם להן עיי"ש בקושייתם ובתירוצם. ורואים מזה דהתוס' סברי דבעינן כל משפטי התנאים בתנאי לשעבר דיש בו דין תנאי. ודין טעות שייך רק כשיש טעות בעצם חפצא דהקנין כנ"ל.[1263]

ולכאורה שיטת התוס' דגם תנאי לשעבר דליכא ביה האפשרות של קיום או ביטול להבא עדיין הוי חלות תנאי מדין בני גד ובני ראובן, והוא לשיטתם בענין תנאי דקידושין בלי שאר כסות ועונה. דהמקדש את האשה ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה, נחלקו בו רבי מאיר ורבי יהודה לגבי מתנה ע"מ שכתוב בתורה (כתובות נו.), וז"ל האומר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת שאין ליך עלי שאר כסות ועונה הרי זו מקודשת ותנאו בטל, דברי רבי מאיר, ר' יהודה אומר בדבר שבממון תנאו קיים עכ"ל. ולכאורה התנאי דע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה דומה לתנאי לשעבר בזה דהמתנה השתמש בלשון דעל מנת דהויא לשון דתנאי, אבל אין דבר לקיים התנאי או לבטלו להבא. והתוס' שם (כתובות נו. ד"ה הרי זו מקודשת) הבינו דע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה הוי תנאי גמור דצריך משפטי התנאים הנלמדים מבני גד ובני ראובן.[1264] ומבואר דלפי התוס' אפי' תנאי לשעבר או תנאי על שיור בחלות, דליכא ביה אפשרות של קיום או ביטול להבא, עדיין הוי חלות שם תנאי ותלוי במשפטי התנאים הנלמדים מבני גד ובני ראובן.

ובענין המחלוקת הזאת בין הרמב"ן והתוס' האם דין תנאי חל רק היכא דיש דבר לקיים או לבטל להבא, יש גם לעיין בסוגית תנאי וברירה (גיטין כה:). דבודאי דיני תנאי וברירה הוו דינים שונים דהרי כו"ע מודים דחל דין תנאי לעומת חלות דין ברירה דהוי מחלוקת בסוגיא. והראשונים הקשו דמסברא למה כל תנאי אינו תלוי בדין ברירה, שהרי בתנאי

[1262] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לנדרים (י: בענין מכלל לאו אתה שומע הן) ושבועות (לו. בענין מכלל לאו אתה שמוע הן).

[1263] ורבינו זצ"ל העיר דהרמב"ן שם (סב. ד"ה הקשה כאן) ביאר כל השו"ט באופן אחר דלא איירי בתנאי כלל אלא בשבועה דרק צריך כפילות בלשון מדין משפטי הלשון שבכל התורה כולה. ורבינו זצ"ל גם ציין דנחלקו הראשונים בגדר הדין דמשנה לקמן (מח:) וז"ל התקדשי לי וכו' על מנת שאני עשיר ונמצא עני, עני ונמצא עשיר אינה מקודשת, ר"ש אומר אם הטעה לשבח מקודשת עכ"ל. דיש ראשונים דביארו דזה הוי תנאי גמור ובעינן כל משפטי התנאים ויש ראשונים אחרים דנקטו דמכיון דהתנאי הוא על לשעבר ולא להבא אין כאן חלות תנאי ולא בעינן משפטי התנאים. וע"ע בזה ברשב"א (ס: ד"ה מהו דתימא) בר"ן (כו. בדפי הרי"ף ד"ה התקדשי), באבני מילואים (סימן לח סק"ה) ובמשנה למלך (פרק ו מהלכות אישות הלכה א).

[1264] ועיין בזה בחידושי רעק"א על אתר (כתובות נו. תוד"ה הרי זה) דהקשה על התוס' דאין כאן תנאי כלל וז"ל תד"ה ה"ז, ע"כ בדכפליה איירי דאמר לה כו' ואם לאו אל תהי מקודשת. ואלולי שאיני כדאי היה נ"ל דע"מ אינו בדרך תנאי רק שמקדש אותה בלי התחייבות שאר כסות ועונה והיא נתקדשה לו על אופן זה עכ"ל. ולפי רבינו זצ"ל זה דהתוס' נקטו דע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה הוי תנאי גמור הוא לשיטתם לענין תנאי לשעבר ודו"ק.

הוא עושה מעשה עם דעת דהחלות תחול רק אם איזה דבר מסויים יקרה בעתיד. ועיי"ש ברש"י (ד"ה ולכי מיית) דתירץ וז"ל ואין זה כשאר תנאים שאדם מתנה בגט שבידו לקיימם ודעתו לקיימם כשמתנה עליהם ולכשנתקיים התנאי הוי גט למפרע דהתם לאו טעמא משום ברירה הוא אבל הכא דאין בידו ובשעת התנאי הוא ספק והתנאי מתקיים מאליו אי לאו משום ברירה לא הוי גט מחיים עכ"ל. כלומר דחלות תנאי שייך רק היכא דהוא מתנה על דבר דבידם לעשות, אבל דבר דתלוי בדעה שלישית כמו אם מתי מחולי זה או אם ירדו גשמים למחר אזי אין כאן חלות דין תנאי וחל דין ברירה. ולכאורה צ"ע מאי שנא חלות דתלוי ועומד בדבר דבידם לעשות דהוי חלות תנאי, מחלות דתלוי בדבר דאין בידם לעשות דהוי ברירה.[1265]

ונראה לבאר דלפי רש"י חלות דין תנאי חל רק כשיש אפשרות של קיום וביטול התנאים להבא כמו שיטת הרמב"ן ודלא כהתוס' בתנאי לשעבר. ורש"י נקט דחלות שם קיום וביטול תנאי חל רק בבעלי הדברים עצמם ולא באדם או בדבר אחר. ובכן נמצא דדבר התלוי בידי שמים או בידי אדם שלישי דאינו אחד מבעלי הדבר, עפ"י דין אינו חלות שם קיום או ביטול התנאי ולכן הריהו בגדר של ברירה ולא בגדר של תנאי.

ה

בענין תנאי בשליחות

עיין בבית שמואל (אה"ע סימן לח סק"ב) דתנאי דמשלח עושה עם שלוחו אינו צריך כל משפטי התנאים, וז"ל וכל התנאים שמתנה עם השליח אפי' לא כפל התנאי קיים שלא התרצה את עצמו אלא בתנאי זה כ"כ בח"ר והר"ן עכ"ל. ולכאורה צ"ע דבדרך כלל אמרינן דתנאי בלי משפטי התנאים אינו מהני, והתנאי בטל והמעשה קיים. וא"כ למה אמרינן לגבי תנאי בשליחות דכל גילוי דעת מהני דהיינו דאם השליח לא קיים הגילוי דעת דהמשלח דכל השליחות בטל, אפי' אם המשלח לא התנה במשפטי התנאים. ונראה לבאר דבשליחות חל הדין דלתקוני שדרתיך ולא לעוותי, דהיינו דכל שינוי מדעת המשלח נחשב ע"פ דין כטעות והשליחות בטלה. דהרי לגבי תנאי במקח וממכר הבאנו לעיל (ו: תוד"ה לא החזירו אות א) דהתוס' סבורים דאם יש אומנדא דמוכח דהמקנה רוצה להקנות קרקעו רק בתנאי מסויים דגילוי דעת מהני אפי' בלי משפטי התנאים. ולגבי שליחות הדין דלתקוני שדרתיך ולא לעוותי מלמד דאפי' בלי אומדנא דמוכח כל גילוי דעת מהמשלח מעכב בשליחות מדין טעות.

[1265] ועיין בשיעורי הרב לגיטין (כה: בענין תנאי וברירה) דרבינו זצ"ל ביאר שם דלפי רש"י החילוק בין תנאי וברירה תלוי באם יש לו סמיכות דעת ברורה או מסופקת, עיי"ש בדבריו.

ובהלכות אונאה אנו רואים חידוש יותר גדול מזה בגדר דלתקוני שדרתיך. דהרי במקח וממכר במטלטלין דעלמא יש ג' חילוקין באונאה: עד שתות המקח קיים, בשתות המקח קיים אבל המאנה חייב להחזיר האונאה, וביותר משתות המקח בטל. אבל כל זה שייך להלוקח עצמו. אבל מבואר ברמב"ם (פרק א מהלכות שלוחין ושותפין הל"ב) דאם הלוקח מינה שליח לקנות לו המטלטלין אזי כל אונאה, אפי' כל שהוא, מבטל את המקח מדין לתקוני שדרתיך, וז"ל שליח שעבר על דברי משלחו לא עשה כלום, וכן אם טעה בכל שהוא בין בקרקע בין במטלטלין חוזר שהרי הוא אומר לתקן שליחותי שדרתיך ולא לעוות, ולא אמרו שההונייה במטלטלין שתות והעבדים והשטרות והקרקעות אין בהן הונייה אלא במוכר שלו או קונה לעצמו אבל שליח שטעה בכולם בכל שהוא חוזר עכ"ל. ומוכרח מזה דאע"פ דלגבי הלוקח עצמו אין כאן אומדנא דמוכח לבטל המקח, מ"מ בשליחות הדין דלתקוני שדרתיך חל ואפי' דברים שהם שבלב המשלח בלי אומדנא יכולים לבטל את השליחות. דהיינו, דלגבי מינוי שליחות אמרינן דדברים שבלב הוי דברים ויכולים לבטל את השליחות.[1266]

ו

תנאי מדין טעות או מדין אחר

עד כאן עסקנו בהבדלים בין טעות לתנאי, כל שיטה ושיטה כדאית לה. אמנם אפילו כשיש חלות תנאי עם משפטי התנאים עדיין יש לעיין ביחס בין תנאי לטעות. דיש לומר דהם שני דינים שונים דמבטלים את המעשה באופנים שונים לגמרי, ומאידך י"ל דכל מהות חלות דין תנאי עם משפטי התנאים הוא להפוך את המעשה לטעות. ולפי"ז בעצם, יש ב' מיני טעות: א) היכא דהוא טועה בגוף החפץ דנקנה, כמו דהוא חושב למכור יין ובאמת הוא שכר וכדומה, ב) היכא דיש טעות בדבר צדדי, ובזה בעינן משפטי התנאים כדי שיחול בו דין טעות.

ונ"מ בדבר דאין בו דין טעות, האם מהני תנאי. דעיין בנזיר (ל:) דב"ש סברי דהקדש בטעות הוי הקדש. ויש להסתפק לפי ב"ש האם אפשר לעשות תנאי בכל משפטי התנאים בהקדש. דאם תנאי וטעות הווין ב' דינים שונים אז יתכן דאע"פ דטעות אינו חל בהקדש אליבא דב"ש, מ"מ תנאי אכן חל. ומאידך אם התנאי עושה את המעשה למעשה

[1266] ויש להעיר דדעה אחת בתוס' (מב: תוד"ה אבל שויה) סבורה דכשהשליח טעה בפחות משתות הדין הוא דהמקח קיים אבל המוכר צריך להחזיר האונאה ללוקח וז"ל אי נמי י"ל דנהי דקאמר התם שליח כדיינין והמקח קיים האונאה מיהא צריך להחזיר והכא נמי ה"ק לתקוני שדרתיך כו' וצריך להחזיר האונאה ולא כשאר אדם דפחות משתות הויא מחילה עכ"ל.

בטעות, אזי לפי ב"ש דהקדש חל בטעות, כמו"כ אין כח לתנאי, אפי' במשפטי התנאים, לבטל את המעשה.

ועוד נ"מ בסוגיא דחליצא מוטעת. דמבואר בגמ' (כתובות עד.) דתנאי לא חל לבטל חליצה. ואילו לגבי טעות עיין בגמ' יבמות (קו.) וז"ל תנו רבנן חליצה מוטעת כשרה. אי זו היא חליצה מוטעת, אמר ר"ל כל שאומרים לו חלוץ, ובכך אתה כונסה. אמר ליה רבי יוחנן, אני שונה בין שנתכוון הוא ולא נתכוונה היא, בין שנתכוונה היא ולא נתכוון הוא - חליצתה פסולה, עד שיתכוונו שניהם כאחד, ואת אמרת חליצתה כשירה, אלא כל שאומרים לו חלוץ לה ע"מ שתתן לך מאתים זוז עכ"ל. לפי ר"ל אין צורך לשום כוונה להתירה בחליצה ואפי' אם הוא חושב דע"י החליצה הוא כונס אותה מ"מ החליצה חלה והיא מותרת לשוק. ואילו לפי רבי יוחנן לכל הפחות בעינן כוונה שהחליצה תחול כדי להתירה ולא לכונסה. ויש להסתפק בדעת רבי יוחנן כגון בחליצה הנעשית בכוונה להתירה אבל הוא טועה בטעות אחרת, למשל שהוא חשב שהוא חולץ אשת ראובן ונמצא דהיא היתה אשת שמעון, או דהוא ידע דחליצה מתירתה לעולם אבל הוא חשב דגם הוא יהא יכול לקדשה אח"כ, האם טעות כמו אלה מבטלת החליצה. ונראה דנחלקו בזה הראשונים. דהנה כתב הרמב"ם (פרק ד מהלכות יבום וחליצה הלכ"ד) וז"ל חליצה מוטעת פסולה, כיצד כגון שאמרו לו חלוץ לה ובכך אתה כונסה, או שאמרו לו חלוץ לה שזו מצוה היא ואינה מפסדת עליך כלום ואם רצית אחר כך ליבם תיבם וכיוצא בדברים אלו, אבל אם הטעוהו ואמרו לו חלוץ לה על מנת שתתן לך מאתים זוז או על תנאי כך וכך אע"פ שלא נתנה ולא נתקיים התנאי חליצתה כשרה שהרי נתכוון לחלוץ לה עכ"ל. הרמב"ם נקט דרק תנאי אינו מועיל לבטל חליצה אבל טעות אחרת מבטלת החליצה. ועיי"ש במגיד משנה דהביא את שיטת הרשב"א (שם ד"ה אלא) דחולק על הרמב"ם וסובר דכמו דתנאי אינו מבטל חליצה ה"ה דטעות אינה מבטלת חליצה, וז"ל והוא הדין לכל שהוא מתכוין לחלוץ ולהתירה באותה חליצה אלא שטועה שיועיל לו בזה מצד אחר עכ"ל. ויוצא דלכו"ע תנאי אינו מבטל חליצה ונחלקו הראשונים אם טעות מבטלת חליצה או לא. דלפי הרמב"ם כל טעות מבטלת חליצה ורק תנאי אינו מועיל בו, ומוכרח דס"ל דתנאי וטעות הם שני דינים שונים. מאידך לפי הרשב"א דגם תנאי וגם טעות אינן מבטלין החליצה אין הכרח בספק הנ"ל.

ונראה לבאר את עצם המחלוקת בין הרשב"א והרמב"ם לגבי טעות בחליצה, דפליגי בספק דהעלה הגר"ח זצ"ל (חידושי רבנו חיים הלוי פרק ד מהלכות יבום וחליצה הלט"ז) לגבי הדעת שצריך לחליצה. דהגר"ח זצ"ל נסתפק האם הדעת שצריך לחליצה דומה לדעת

בגיטין וקידושין דהיינו דעת בעלים להחיל את החלות, או"ד דסגי בחליצה בכוונה בעלמא למעשה החליצה כי חלות החליצה חלה ממילא משמים מחמת מעשה החליצה. ונראה דאם יש דין דעת בעלים בחליצה כמו בגו"ק אזי מבואר דאע"פ דאין תנאי מועיל בחליצה, אך טעות הויא חסרון בדעת ומבטלת חליצה. אבל אם אין חלות דין דעת בעלים בחליצה דסגי בכוונה בעלמא דהחולץ אזי מסתבר דמכיון דהוא עשה מעשה חליצה בעלמא ויש לו כוונה להתירה, טעות אפי' בזהות האשה אינה מבטלת חלות החליצה דחלה ממילא משמים. ולפי זה יוצא דהרמב"ם דנקט דטעות מבטלת חליצה סבור דיש דין דעת בעלים בחליצה בדומה לגו"ק. ויש להעיר דהביאור הזה הוא נגד מסקנת הגר"ח זצ"ל דהרמב"ם סבור דחליצה חלוקה מגו"ק, וסגי לה בכוונה בעלמא.[1267]

ע"כ ענין תנאי וטעות

בענין אונס בתנאי בקידושין ובגיטין

א

עיין בריש כתובות (ב:) האם יש אונס או אין אונס בגיטין. כלומר, אם אדם נותן גט לאשתו ואומר "הרי זה גיטך אם לא באתי מכאן ועד י"ב חודש" ואז לא בא מחמת אונס, האם אמרינן דהגירושין חל מכיון דלא בא וקיים התנאי, או"ד דהגירושין אינו חל בגלל דקיום התנאי באונס לא נחשב לקיום התנאי. ומבואר במסקנת הסוגיא שם (ג.) דלכו"ע מעיקר הדין אמרינן יש אונס בגיטין (ולכן הגירושין לא יחולו אם הוא קיים התנאי ולא בא מחמת אונס) וכל הדיון הוא בגלל תקנת חכמים דצנועות ופרוצות.

ויש לעיין מה הטעם לומר מעיקר הדין דקיום התנאי ע"י אונס אינו נחשב לקיום התנאי. ונראה לבאר בב' אופנים:

א) הכל תלוי באומדן דעתו של המגרש דעושה התנאי. דאע"פ דמשמע מדבריו דאם הוא לא בא בכל אופן התנאי מקויים והגירושין חל, באמת דעתו הוא רק אם הוא לא בא מכוחות עצמו. אבל אם הוא לא בא מחמת אונס אין כוונתו שהגירושין יחולו. וכל זה מפורש בדברי הר"ן לקמן (כה. בדפי הרי"ף) וז"ל אינו גומר לגרש אלא אם יעבור על תנאי ברצון אבל באונס לא עכ"ל.

[1267] ויש להעיר דגם בחידושי הגר"ח זצ"ל לש"ס (יבמות קו. בענין חליצה מוטעת) הוא מסביר המ"ד דאין דין טעות בחליצה כמו רבינו זצ"ל וז"ל דהפטור שחל ע"י החליצה אינו תלוי כלל בדעתו, אלא דין כונה בלחוד הוא, דמעשה חליצה לא הוי מעשה עד שיתכון לפוטרה בהחליצה, ובענין כונתו רק שיהא כאן מעשה, אבל הפטור חל ממילא ולא בדעתו תליא מילתא, ומשו"ה לא חל דין טעות בחליצה, דמקח טעות שייך רק היכא דהחלות תלוי ברצונו ובדעתו, אז אמרינן דאדעתא דהכי לא עביד, אבל בחליצה דלא בעינן אלא שיתכוין בכדי שיהיה מעשה החליצה מעשה, ועל ידי הטעות לא יתבטל מעשה החליצה וכונתו, דמעשה החליצה היתה כתיקונה ולכן אין דין טעות בחליצה עכ"ל. אבל הגר"ח זצ"ל שם ביאר דגם הרמב"ם נקט דאין דין טעות בחליצה עיי"ש בדבריו, לעומת רבינו זצ"ל דהבין דהרמב"ם פסק דטעות מבטלת החליצה ורק אין דין תנאי בחליצה, ודו"ק.

ב) י"ל דהטעם דיש אונס בתנאים הוא מדין הגזה"כ דאונס רחמנא פטריה. דהרי יש עוד סוגיא לגבי אונס בתנאים במס' נדרים (כז.) ומשמע מהשו"ט שם דהדין דיש אונס בתנאים מיוסד על גזה"כ, וז"ל ההוא גברא דאתפיס זכוותא בבי דינא, ואמר אי לא אתינא עד תלתין יומין ליבטלון הני זכוותאי, איתניס ולא אתא, אמר רב הונא בטיל זכוותיה. אמר ליה רבא אנוס הוא, ואנוס רחמנא פטריה, דכתיב ולנערה לא תעשה דבר, וכי תימא קטלא שאני, והתנן, נדרי אונסין הדירו חבירו שיאכל אצלו, וחלה הוא או שחלה בנו, או שעיכבו נהר - הרי אלו נדרי אונסין עכ"ל. ומשמע דקיום התנאי ע"י אונס לא הוי קיום ע"פ דין מגזה"כ הכללי דאונס רחמנא פטריה. זוהי גם שיטת רש"י בכתובות (ג. ד"ה דמדאורייתא לא הוי גיטא) וז"ל שמצינו טענת אונס מן התורה שנאמר (דברים כב) ולנערה לא תעשה דבר עכ"ל. ומבואר מזה שאין יסוד הגזה"כ "ולנערה לא תעשה דבר" פטור עונש בעלמא, דא"כ היאך זה שייך לאונס בתנאים. אלא מוכרח דהפסוק ולנערה לא תעשה דבר מלמד דאין חלות שם מעשה חל כלל במעשה דנעשה באונס.[1268]

וא"כ יוצא דשני הביאורים האלו תלויים בגדר הפטור דמעשה באונס. דלפי שיטת רש"י, אונס מפקיע לגמרי החלות שם מעשה, ולכן אונס רחמנא פטריה שייך לאונס בתנאי. ואילו לפי הביאור הראשון, הגזה"כ דולנערה לא תעשה דבר אינו יכול להיות המקור דיש אונס בתנאים כי מעשה באונס עדיין נחשב למעשה אדם, אלא דמגזה"כ יש לו פטור עונש. ולכן צ"ל דהדין דיש אונס בגיטין תלוי באומדנא של מי שעושה התנאי.

והגר"ח צ"ל נקט דהגזה"כ דולנערה לא תעשה דבר מהווה רק פטור עונש אך מעשה באונס עדיין נחשב כמעשה אדם. ויש כמה ראיות דיש חלות שם מעשה עבירה בעבירה דנעשית באונס.[1269]

א) הגר"ח צ"ל הביא ראייה מהרמב"ם (פ"ה מהל' יסודי התורה הל"ד) דפסק בג' העבירות דעליהן נאמר הדין דיהרג ואל יעבור אם עבר על העבירה כדי שלא ייהרג שפטור מעונש בי"ד, וז"ל ואעפ"כ מפני שעבר באונס אין מלקין אותו ואצ"ל שאין ממיתין אותו בי"ד אפילו הרג באונס, שאין מלקין וממיתין אלא לעובר ברצונו ובעדים בהתראה שנא' בנותן מזרעו למולך ונתתי אני את פני באיש ההוא מפי השמועה למדו ההוא לא אנוס וכו' ובעריות הוא אומר ולנערה לא תעשה דבר כו' עכ"ל. ומבואר דלרמב"ם מעשה עבירה

[1268] ועיין בברכת שמואל (כתובות סימן ג) בשם הגר"ח צ"ל דהעלה הצד הזה וז"ל דילפינן מקרא דולנערה לא תעשה דבר דמעשה אונס לא הוי כמו שעשה, מדחזינן דהתורה עשאה אם עשה באונס כאלו לא עשאה, וה"נ אם הצד המקיים הוא שלילת המעשה והוא הצד המקיים כ"ש שלא יהי' כמי שעשה כיון שע"י אונס לא בא הוי כאלו לא עשה צד קיום זה, משו"ה הכא כיון דלא הוה כאילו לא בא ממילא אין כאן קיום עכ"ל.

[1269] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לב"ק (לא. ד"ה מתני' סוגיית שני קדרין).

שנעשה משום פקו"נ חשוב אונס, ולא רק אם אדם כפאו בידים לעבור העבירה. ואע"פ דיש לפיקו"נ שם אונס, עדיין לכתחילה חל עליו הדין דיהרג ואל יעבור. ופשוט דהחיוב דיהרג ואל יעבור חל רק אם הוא היה עובר על מעשה עבירה אם הוא היה עושה את המעשה. וא"כ מוכח דיש למעשה עבירה באונס חלות שם מעשה עבירה, אלא דפטור מעונשין, דאל"כ לא היה חל עליו הדין דיהרג ואל יעבור.[1270]

ב) עוד יש להוכיח דמעשה עבירה באונס מהווה חלות שם מעשה עבירה מנוסח הווידוי דאומרים ביום הכיפורים, וז"ל על חטא שחטאנו לפניך באונס וברצון עכ"ל. ומזה דמתוודים ועושים תשובה על חטא באונס מוכח דיש חלות שם מעשה עבירה באונס אלא דהוא פטור מעונשי ב"ד.[1271]

ויש עוד נ"מ לגבי הדין דקים ליה בדרבה מיניה. דתנא דבי חזקיה (כתובות לה.) חידש דאמרינן קים ליה בדרבה מינה גם כשעבר על איסור מיתה בשוגג, וז"ל הא תנא דבי חזקיה מכה אדם ומכה בהמה, מה מכה בהמה לא חילקת בו בין בשוגג בין במזיד, בין מתכוין לשאין מתכוין, בין דרך ירידה לדרך עלייה, לפוטרו ממון אלא לחייבו ממון, אף מכה אדם לא תחלוק בו בין בשוגג בין במזיד, בין מתכוין לשאין מתכוין, בין דרך ירידה לדרך עלייה, לחייבו ממון אלא לפוטרו ממון עכ"ל. ועיין ברעק"א (כתובות ל: ברש"י ד"ה ואי) דהסתפק האם הדין דתנא דבי חזקיה קיים רק בשוגג או גם כשעבר על איסור מיתה באונס, וז"ל או די"ל דאף אם ח"כ שוגגים פטורים מ"מ באנוס לאו דין איסור מיתה יש בו דאונס מן התורה מותר ולא עבר כלום, ונ"מ לדידן בחייבי מיתות אם עושה באונס וקרע אז שיראי' של חבירו, וצ"ע לדינא עכ"ל. והרי מפורש בדברי הגרעק"א זצ"ל דהצד לומר דאין קלב"מ חל באיסור מיתה באונס הוא משום דאין כאן מעשה עבירה בכלל, וכמש"כ "ולא עבר כלום", אבל לפי"ד הגר"ח זצ"ל דיש מעשה עבירה באונס י"ל דלא כהגרעק"א זצ"ל, וכן נקט הגר"ח זצ"ל דבודאי הדין דתנא דבי חזקיה שייך וחל גם לאיסור מיתה באונס.

ב

אונס דשכיח

[1270] ועיין בכס"מ (שם) דהביא שהרמ"ך חולק על הרמב"ם ונקט דאין פטור דולנערה לא תעשה דבר היכא דהיה חיוב דיהרג ואל יעבור. ולכן אם הוא עבר ולא נהרג הוא חייב לקבל עונש בב"ד. ועיין ברשימות שיעורים לב"ק (כח: ד"ה אנוס הוא) דרבינו זצ"ל האריך במחלוקת בין הרמב"ם והרמ"ך. אמנם ניתן לחלק בין אונס בהיכי תמצי כמו ציור דאונס בגיטין דאולי אינו חלות מעשה כלל, לבין אונס דפקו"נ דנחשב למעשה עבירה שהגברא עשהו אלא שיש פטור עונש.

[1271] אבל יש להעיר מלשון הרמב"ם ריש הלכות תשובה דהשמיט החיוב תשובה על חטא באונס וז"ל כל מצות שבתורה בין עשה בין לא תעשה אם עבר אדם על אחת מהן בין בזדון בין בשגגה כשיעשה תשובה וישוב מחטאו חייב להתודות לפני האל ברוך הוא עכ"ל.

ועיין בסוגיית יש אונס בגיטין ברישׁ כתובות דהגמ' קובעת דהדין דיש אונס בגיטין שייך רק באונס דלא שכיח אבל באונס דשכיח אזי לכו"ע אין אונס בגיטין והגירושין חל. דהגמ' רצתה להביא ראיה דאין אונס בגיטין מהדין דשמואל, וז"ל אלא מהא דההוא דאמר להו אי לא אתינא מיכן ועד תלתין יומין ליהוי גיטא, אתא בסוף תלתין יומין ופסקיה מברא, אמר להו חזו דאתאי חזו דאתאי, אמר שמואל לאו שמיה מתיא, ודלמא אונסא דשכיח שאני, דכיון דאיבעי ליה לאתנויי ולא אתני, איהו דאפסיד אנפשיה עכ"ל. ויש לעיין, דבשלמא אם הדין דיש אונס בגיטין מיוסד על אומדן דעתו דהמתנה, שפיר י"ל כסברת הגמ' דמכיון דאיבעי ליה להזכיר את זה בהדיא ולא הזכירו, אזי יש אומדנא דהוא באמת רוצה בגירושין אם יקרה אונס דשכיח. אבל מאידך אם הדין דיש אונס בגיטין הוי גזה"כ דאונס רחמנא פטריה אזי לכאורה קשה להבין מאי שנא אונס דשכיח מאונס דלא שכיח כי גם אונס דשכיח שפיר י"ל דאין כאן קיום התנאי מכיון דנעשית באונס.

ונראה לבאר דמכיון דהוא ידע על האונס דשכיח מראש והוא הכניס עצמו לספק בלי להזכיר דהוא לא רוצה הגירושין אם הוא לא יגיע מחמת אונס דשכיח, שפיר ניתן לומר דהידיעה שלו מראש מפקיע החלות שם אונס מקיום התנאי. שכדי שיהא חלות שם אונס להפקיע המעשה דקיום התנאי בעינן אונס דהוא לא ידע ממנו בתחילה דהוי אונס גמור. ויש להביא סימוכין ליסוד הזה, דעצם זה דהוה ליה לאסוקי אדעתיה מפקיע את החלות שם אונס, מתוס' בגיטין (לה. ד"ה לא היו). דאיתא בגמ' שם (גיטין לה.) וז"ל מעשה באדם אחד בשני בצורת שהפקיד דינר זהב אצל אלמנה, והניחתו בכד של קמח, ואפאתו בפת ונתנתו לעני, לימים בא בעל הדינר ואמר לה הבי לי דינרי, אמרה ליה יהנה סם המות באחד מבניה של אותה אשה אם נהניתי מדינרך כלום, אמרו לא היו ימים מועטין עד שמת אחד מבניה, וכששמעו חכמים בדבר אמרו מה מי שנשבע באמת כך, הנשבע על שקר על אחת כמה וכמה עכ"ל. והתוס' הקשו דלכאורה הוה ליה לפטור מעונש שמים מכיון דחל בה הדין דהאדם בשבועה פרט לאנוס, וז"ל וא"ת ומאי טעמא איענש הא אמרינן בפ"ג דשבועות (דף כו.) האדם בשבועה פרט לאנוס כדרב כהנא ורב אסי דמר משתבע הכי אמר רב ומר משתבע הכי אמר רב וכי אתו לקמיה דרב ואמר כחד מינייהו אמר ליה אידך ואנא בשקרא אישתבעי ואמר ליה את לבך אנסך עכ"ל. והתוס' תירצו וז"ל וי"ל דהכא גבי פקדון הוה לה להזהר יותר לשמרו היטב והוה לה לאסוקי אדעתא שתבא לידי שבועה עכ"ל. ונראה מתירוץ התוס' דעצם זה דהוה ליה לשומר לאסוקי אדעתא שתבוא לידי שבועה מהווה מפקיע של החלות שם אונס, ונמצא דאין

כאן הפטור דהאדם בשבועה פרט לאנוס. וכמו"כ הכא בסוגיית יש אונס בגיטין, עצם זה דהוה ליה לאסוקי אדעתא באונס דשכיח מפקיע החלות שם אונס, ויוצא דהוא קיים התנאי והגירושין חלין.[1272]

ג

תנאי דמקויים בקו"ע וביטל התנאי באונס

ויש עוד נ"מ בין הב' ביאורים בדין אונס בגיטין בנוגע לתנאי דמקויים בקום ועשה, כמו אם אמר "הרי זה גיטך אם באתי מכאן ועד י"ב חודש" ומחמת אונס הוא לא בא ולא קיים התנאי וביטלו באונס. דעיין בר"ן (כה. בדפי הרי"ף ד"ה ולענין מקדש על תנאי) דהביא מקרה כזה מהירושלמי לגבי קידושין וז"ל ולענין מקדש על תנאי ונאנס ולא קיים התנאי מצאתי שנחלקו בה בירושלמי בפרקין רבי אבהו בשם ר' יוחנן סדר הסמפון כך הוא אנא פלן בר פלן מקדש לך אנת פלונית ברת פלן על מנת ליתן לך מקמת פלן כלומר ממון פלוני שנקרא יקום לפי שמעמיד אדם על רגליו ואכנסיך ליום פלן דאי אתא יום פלן ולא כנסתיך לא יהוי לי עלך כלום אירע לו אונס ר' יוחנן אמר אונסא כמאן דלא עבד רשב"ל אמר אונסא כמאן דעבד עכ"ל. דהיינו, כשאדם מקדש אשה ע"מ דיתן לה סכום מסויים דממון ונאנס ולא נתן, נחלקו בזה רב יוחנן ור"ל. דרב יוחנן נקט דמכיון דהוא לא קיים התנאי, אונס כמאן דלא עבד והקידושין אינן חלין, אבל ריש לקיש סבור דאונס כמאן דעביד דמי וכאילו קיים התנאי והקידושין חלין.

ולכאורה שיטת ריש לקיש מובנת רק אם הטעם דיש אונס בתנאים הוא מצד אומדנא דהמתנה, דא"כ י"ל דכמו דיש אומדנא בתנאי דמקויים בשוא"ת (אם לא באתי) דהוא אינו רוצה בחלות אם הוא קיים התנאי באונס, כמו"כ י"ל דיש אומדנא בתנאי דמקויים בקו"ע (אתן לך כסף) דאם הוא לא קיים התנאי וביטלו מחמת אונס דהוא באמת אמנם רוצה בחלות. מאידך, אם הדין דיש אונס בתנאים מיוסד על גזה"כ דאונס רחמנא פטריה אזי פשיטא דזה שייך רק להפקיע חלות שם קיום התנאי, אבל חלות שם אונס אינו יכול להפוך ביטול התנאי לקיום התנאי.

ולגבי שיטת רבי יוחנן דאונס כמאן דלא עבד והקידושין אינן חלין, ניתן לבאר לפי ב' הביאורים הנ"ל. די"ל דהוא נקט דיש אונס בגיטין הוי מדין אונס רחמנא פטריה דמפקיע המעשה, וכאמור הגזה"כ אינו יכול להפוך ביטול התנאי לקיום התנאי. אבל הר"ן עצמו ביאר גם שיטת רבי יוחנן ע"פ אומדנא וז"ל ור' יוחנן סבר דלא דמי (ליש אונס בגיטין) דהתם שאין הדבר תלוי אלא בו אינו גומר לגרש אלא אם יעבור על תנאי ברצון אבל באונס

[1272] ועיין בשיעורי הרב לגיטין חלק ב (לה. ד"ה האדם בשבועה) שהביא עוד כמה ראיות ליסוד הזה.

לא אבל הכא שהאשה אינה מתקדשת אלא מדעתה הרי אינה מסכמת בקדושיו אא"כ יקיים תנאו אבל כל שלא נתקיים אע"פ שנאנס אינה מתרצה בקדושיו עכ"ל. דהיינו, דבודאי ניתן לומר יש אונס להפוך ביטול התנאי לקיום התנאי מכיון דהכל תלוי באומדן דעתו כמו שיטת ר"ל. אבל האומדנא הזה שייך רק לגירושין היכא דהכל תלוי בדעתו. אבל בקידושין, מכיון דחלות התנאי אינו תלוי רק בדעתו אלא גם בדעתה והיא מתכוונת דהקידושין יחולו רק אם הוא מקיים התנאי בפועל, א"א לומר דהקידושין יחולו אם הוא לא קיים התנאי מחמת אונס.

ועיין בבית שמואל (סימן לח סק"א) דהביא מבעל העטור דאם לא נתקיים התנאי מחמת אונס הרי היא ספק מקודשת, וז"ל והר"ן ס"פ כל הגט והמגיד פ"ט ה"ג כתבו בשם העיטור אם לא נתקיים התנאי בקדושין מחמת אונס הוי ס"ק עכ"ל. ונראה לבאר דהעטור נסתפק לגבי האומדנא בדעת שלה, האם היא רק רוצה בקיום התנאי בפועל, או"ד היא מסכימה איתו דהקידושין יחולו אפי' אם התנאי לא נתקיים מחמת אונס.

ד

האם כופין לקיים התנאי

איתא בשו"ע (אה"ע סימן לח סעיף לח) וז"ל אמר לה התקדשי לי בפרוטה זו על מנת שאתן ליך מנה, ואח"כ אמר שאינו רוצה לקיים תנאו לעולם, אין כופין אותו לקיימו, אלא קידושיו בטלים ואינה צריכה גט. ומ"מ בעל נפש לא ישאנה בלא גט, שמא אח"כ יאמר שרוצה לקיים התנאי, לקלקלה על השני. ואם אמר שעדיין רוצה לקיימו, אין יכולים לכופו כל י"ב חדש, כדין זמן שנותנים לבתולה, ומי"ב חדש ואילך כותבין עליו אגרת מרד וכו' עכ"ל. ולכאורה צריך בירור מה השייכות דאגרת מרד לכאן. דהרי בגמ' כתובות (סד.) איתא דכותבין אגרת מרד על הארוס אם הוא מסרב לכונסה או לגרשה אחר י"ב חודש, אבל שם יש לזה נ"מ בדיני ממונות. דלאחר י"ב חודש המקדש חייב לתת לה מזונות ואם הוא אינו נותנה מדעתו ב"ד לוקחין ממנו המזונות בע"כ. ועוד דאחרי אגרת המרד חל דין דקונסין אותו ומוסיפין על הכתובה, לפי הדעות דיש כתובה לארוסה.[1273] אבל היכא דקידש על התנאי לכאורה אין לאגרת מרד נ"מ בדיני ממונות ומשמע דכל אגרת המרד הוי לשם תוכחה בעלמא.

אמנם נראה לבאר דגם כאן יש לאגרת מרד נ"מ מעל ומעבר לתוכחה בעלמא, דהיינו דלאחר כתיבת אגרת מרד אזי כופין אותו לקיים את התנאי כדי שהקידושין יחולו. וזה חידוש דמסברא היינו חושבים דמעיקר הדין פסקינן דיש אונס בגיטין וקיום התנאי

[1273] עיין בפתיחה למסכת אות ב' ובהערות שם דנחלקו בזה התוס' והרמב"ם.

באונס לא הוי קיום התנאי. אבל כאן דב"ד כופין אותו לקיים את התנאי לאחר י"ב חודש אמרינן דקיום התנאי באונס דכפיית ב"ד הוי קיום והקידושין חלין.[1274]

ע"כ ענין אונס בתנאי

בענין מחילת תנאי

א

עיין בגמ' כתובות (עב:-עג.) דמשמע דהמתנה יכול למחול על התנאי וז"ל איתמר קידשה על תנאי וכנסה סתם רב אמר צריכה הימנו גט, ושמואל אמר אינה צריכה הימנו גט, אמר אביי לא תימא טעמיה דרב, כיון שכנסה סתם אחולי אחליה לתנאיה, אלא טעמא דרב, לפי שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות עכ"ל. ומשמע מדברי אביי דאחוליה אחליה לתנאיה מהני אלא דאינו טעמא דרב בפסק דין שלו הכא. וכן פסק הרמב"ם (פרק ז מהלכות אישות הלכ"ג) וז"ל המקדש על תנאי וחזר אחר כמה ימים וביטל התנאי אע"פ שבטלו בינו לבינה שלא בפני עדים בטל התנאי והרי היא מקודשת סתם. וכן אם היה התנאי מן האשה ובטלה אותו אחר כך בינה לבינו בטל התנאי, לפיכך המקדש על תנאי וכנס סתם או בעל סתם הרי זו צריכה גט אע"פ שלא נתקיים התנאי שמא ביטל התנאי כשבעל או כשכנס עכ"ל. ולכאורה כל הדין הזה צ"ע, דהיאך הקידושין חלין ע"י ביטול התנאי אם כל מעשה הקידושין שלו היה בתנאי דסוף כל סוף אינו מקויים. ומסברא לכאורה הוא צריך לעשות מעשה קידושין חדש כדי לקדשה בלי תנאי.

ועיין ברא"ש (שו"ת הרא"ש כלל לה סימן ט) דהביא הדין דקידושין ע"י ביטול התנאי והקשה הקושיא הנ"ל וז"ל ואע"ג דעיקר מעשה עשה על תנאי ונכפל התנאי שאם לא יתקיים התנאי שיהיה המעשה בטל אפילו הכי יכול לבטל התנאי וישאר המעשה במקומו משום דמתנאי בני גד ובני ראובן ילפינן שיש כח בתנאי לבטל המעשה ואף אם לא יתקיים התנאי יהיה המעשה קיים ואפילו אי כפליה לתנאיה ולהכי בעיא שיהא התנאי לגמרי כתנאי בני גד ובני ראובן תנאי כפול ותנאי קודם למעשה והן קודם ללאו ותנאי ומעשה בדבר א' ושאיפשר לעשותו ע"י שליח, דחידוש הוא ואין לך בו אלא חידושו. וכיון שכן הוא שהמעשה הוא בפני עצמו וראוי להתקיים בלא קיום התנאי אלא דילפינן מתנאי בני גד ובני ראובן אם כן יכול הוא לבטל התנאי שהוא מעשה בפני עצמו ואין קיום המעשה תלוי בו דדיבור בעלמא הוא ואתי דיבור דביטול התנאי ומבטל דיבור של התנאי ונשאר המעשה קיים עכ"ל. כלומר, דכשאדם מקדש אשה בתנאי, יש כאן מעשה קידושין עם דעת לקידושין וראוי שהחלות קידושין תחול, אלא דיש גזה"כ דתנאי

[1274] ולכאורה הוא מטעם מצוה לשמוע דברי חכמים ואינו אנוס כלל וכדביאור הרמב"ם הנ"ל.

עם משפטי התנאים יכול לעכבו. ולכן אם הוא מבטל התנאי דמעכב, מעשה הקידושין הראשון יכול להחיל חלות קידושין.

מאידך עיין ברשב"א (כתובות עג.) דחולק על הרמב"ם והרא"ש ונקט דבדרך כלל מחילת התנאי אינו מהני, וכשאינו מקיים התנאי אז מעשה הקידושין הראשון אינו חל ובעי מעשה קידושין חדש. ואין הביאור בגמ' שם בכתובות דאחולי אחליה לתנאיה דהוא מוחל על התנאי ואז היא מקודשת מפאת מעשה הקידושין הראשון, אלא דהוא מקדשה פעם שנית בלי תנאי וז"ל אלא הכא ה"ק לא תימא טעמא כיון דכנסה סתם ולא הקפיד להזכיר תנאו בשעת כניסה אחולי אחליה לתנאיה הראשון לגמרי וגמר ובעל לשם קדושין גמורים בין ישנן בין אינן ואילו רצה לגרשה כתובה בעי למיתב לה עכ"ל.

עוד חידש הרשב"א דביטול התנאי מהני רק בתנאי שבממון דהוא יכול למחול ע"י אמירת כאילו התקבלתי כי כל התנאי היתה רק אם הוא רוצה הממון וז"ל דמי שמתנה בדבר של ממון משום הרוחתו הוא, ואינו מתנה בדוקא אלא כאלו אמר אם יצטרך והרי לא נצרך עכ"ל.

ב

מחילת תנאי לשעבר

עיין בר"ן (כתובות לג.-לג: בדפי הרי"ף) דנקט דמחילת התנאי מהני מדין אמירת הריני כאילו התקבלתי והקשה על עצמו דהיאך מחילה כזה מהני בתנאי לשעבר כמו ע"מ שאין לך נדרים, דהרי אם יש לה נדרים מעשה הקידושין בטל מיד, וז"ל וא"ת והיכי מצי מחיל לתנאיה בשלמא במתנה באומר ע"מ שתתני לי מאה זהובים מצי מחיל דה"ל כאילו אמר לה הריני כאילו התקבלתי וכאילו נתקיים התנאי דמי אבל הכא כי מחיל מאי הוי והרי אם היו עליה נדרים נתבטלו הקדושין מיד עכ"ל. והר"ן תירץ דבאמת התנאי דאין עליך נדרים אינו תנאי לשעבר, דהיינו אם יש לה נדרים עכשיו, אלא הוי תנאי דיש לה קיום וביטול להבא כי הוא מתכוון לידיעתו בנדרים, וז"ל יש לומר דכיון שלהנאתו התנה אין דעתו שיתבטלו הקידושין מיד אלא הדבר תלוי עד שידע בנדרים או שיראה במומין וכל שלא הקפיד בהם מקודשת עכ"ל. וכן משמע מהתוס' (כתובות עג. ד"ה לא תימא) וז"ל אם תאמר והיכי סלקא דעתין למימר דכנסה בלא בעל דאחולי אחליה לתנאיה וצריכה גט כיון דקידשה על תנאי שאין עליה נדרים והיו עליה נדרים אם כן אינה מקודשת ומה מועיל אפילו ימחול התנאי אח"כ אם לא יחזור ויקדשנה ומיהו אי חופה קונה ניחא ואפילו את"ל דחופה אינה קונה מצינו למימר דבשעת קידושין היה דעתו לכך שאם יכניסנה לבסוף יהא מחול התנאי עכ"ל.

אבל כשפסק הרמב"ם (פרק ז מהלכות אישות הלכ"ג, הובא דבריו לעיל באות א') הדין דהמקדש יכול לבטל התנאי, הוא לא חילק בין תנאי לשעבר לבין תנאי להבא. ומסתימת לשונו וגם מזה דרהיטת לשון הסוגיא מורה דאיירי בתנאי לשעבר, משמע דהרמב"ם חולק על הר"ן והתוס' ונקט דאפי' אם קידשה ע"מ שאין עליה נדרים, ונמצא עליה נדרים דהוא יכול לבטל התנאי והיא מקודשת. והשיטה הזאת טעון בירור כמו שהקשו הר"ן והתוס', דהרי יש לה נדרים וזה מפקיע את המעשה לגמרי.

ונראה לבאר דזה תלוי בגדר תנאי לשעבר, דהבאנו לעיל (סא. בענין משפטי התנאים אות ג') דנחלקו הראשונים האם יש לתנאי לשעבר חלות דין טעות או חלות דין תנאי. דהרי אם תנאי לשעבר הוי חלות טעות אזי אין כאן דעת לקידושין כלל ומחילת התנאי אחרי כן אינו מעלה ואינו מוריד. אבל אם תנאי לשעבר הוי חלות דין תנאי, דהיינו דיש כאן מעשה קידושין עם דעת לקידושין אלא דחלות הקידושין תלוי ועומד בקיום התנאי, אזי יתכן לומר דאפי' אחרי דיש לה נדרים והתנאי אינו מקויים דמחילת התנאי עוקר את התנאי למפרע ונשאר מעשה קידושין כשר ולכן הריהי מקודשת. וכן משמע מסתימת לשון הרמב"ם דע"י ביטול התנאי מקודשת היא למפרע משעת מעשה הקידושין, ואם מחילת התנאי מהני להחיל הקידושין למפרע כמו"כ מחילת התנאי מועיל אפי' אם התנאי לא היה מקויים והתנאי כבר הפקיע את המעשה. דע"י מחילת התנאי הוא עוקר את כל התנאי למפרע.[1275]

אבל עדיין צ"ל דאפי' לפי הרמב"ם אין למתנה היכולת לבטל התנאי לעולם. דהרי פשיטא דאם אחרי דהוא קידש אותה ע"מ שאין עליה נדרים, ונמצא דיש לה נדרים ולכן הקידושין אינן חלין, ואז היא הולכת ומתקדשת לאחר, דהראשון אינו יכול לבטל התנאי דנדרים כדי שהיא תהא מקודשת לו למפרע. ונראה לבאר דלפי הרמב"ם גדר הדברים דיכול למחול התנאי רק כל עוד דהיא עדיין בת קידושין. דבעינן בעלות על מעשה הקידושין והתנאי כדי שהביטול יעקור התנאי למפרע והקידושין יחולו למפרע, ואם היא אינה עוד בת קידושין משום דהיא מקודשת לאחר, אזי אין המקדש הראשון יכול לבטל תנאו כדי שתהא מקודשת לו.

ג

מי יכול לבטל התנאי

[1275] והשווה לדברי הקובץ שיעורים (ב"ב סימן תמ) וז"ל והרא"ש כתב שם דמהני מחילת התנאי גם במקדש ע"מ שאין בה מומין, משום דאתי דיבור ומבטל דיבור, וקשה כיון שכבר נתבטלו הקידושין מפני שהיו עליה מומין, איך תחזור ותתקדש למפרע, וע"כ צ"ל דס"ל דאתי דיבור ומבטל דיבור למפרע, והוי כאילו לא היה כאן תנאי מעולם עכ"ל.

והנה יש כמה שיטות בנוגע למי יכול לבטל תנאי. דהרי מבואר ברמב"ם (פרק ז מהלכות אישות הלכ"ג) דכל מי שהתנה את התנאי יכול לבטלו, וז"ל המקדש על תנאי וחזר אחר כמה ימים וביטל התנאי אע"פ שבטלו בינו לבינה שלא בפני עדים בטל התנאי והרי היא מקודשת סתם. וכן אם היה התנאי מן האשה ובטלה אותו אחר כך בינה לבינו בטל התנאי עכ"ל. ומשמע מהרמב"ם דבכל תנאי מי שהתנה התנאי יכול לבטלו. ולכאורה הביאור הוא דהמתנה הוי הבעלים על התנאי ולכן יש רק לו את הכח לבטל את התנאי. **אבל** עיין בשו"ע (אה"ע סימן לח סעיף לח) דפסק דהמתנה יכול לבטל רק תנאי שהוא לטובתו וז"ל בקדושין, תנאי שהוא לטובתו, כגון על מנת שאין בה מומין או שאין עליה נדרים, יכול לבטלו. אבל אם הוא לטובת האשה, כגון ע"מ שאתן ליך מאתים זוז, נהי שהתנאי יכול לבטל, מ"מ אינה מקודשת אם לא יתן לה מאתים זוז עכ"ל. והוא ע"פ שו"ת הרא"ש (כלל מו סימן ב) דמובא בבית יוסף (שם). ולכאורה פסק הרא"ש והשו"ע צריך בירור, דאם הוא התנה התנאי והוא הוי הבעלים עליו, מאי שנא תנאי לטובתו מתנאי לטובתה. ונראה לבאר דבעצם המחבר סבור כמו הרמב"ם דמי שמתנה התנאי הוי הבעלים ויכול לבטל התנאי. אבל מכיון דהתנאי לטובתה היא גם נעשית כבעלים חלקית על התנאי ויש לה כח לעכב אותו שלא לבטל התנאי. ובזה מובן למה פסק המחבר קאי רק בקידושין, אך לא בגירושין מכיון דהוא יכול לגרשה בע"כ היא אינה יכולה להיות הבעלים על התנאי כדי לעכבו מלבטל התנאי. וכל זה מבואר בבית יוסף (שם) וז"ל אבל הגט בין שהתנאי לטובתו בין שהוא לטובת האשה יכול לבטלו והגט גט אף על פי שלא נתקיים התנאי עכ"ל.

ויוצא לפי הביאור הנ"ל ברא"ש ובשו"ע דאם אדם עושה קידושין בתנאי דאינו לטובתו או לטובתה אלא תלוי באדם או בדבר אחר לגמרי, דהמתנה יכול לבטל את התנאי כדי שהקידושין יחולו אפי' אם היא אינה מסכימה. דהרי לפי הרא"ש בעצם הוא יכול לבטל תנאי שלו אפי' לטובתה אלא דבתנאי לטובתה גם היא הופכת להיות הבעלים על התנאי. אבל בתנאי דהוא עושה דאינה לטובתה היא אינה הופכת להיות הבעלים על התנאי ולכן בידו לבטלו אפי' אם היא אינה מסכימה.

ויש לעיין בדעת הרא"ש מה הוי הדין בתנאי דהוא מתנה לטובתה והיא מסכימה איתו לבטלו. די"ל דמכיון דשני הבעלים על התנאי רוצים לבטלו דהתנאי מבוטל והיא מקודשת. או"ד י"ל דתנאי לטובתה הופכת אותה להיות הבעלים על התנאי רק כדי שהמקדש אינו יכול לבטל את התנאי כדי שהקידושין יחולו. אבל אין לה מספיק בעלות כדי למחול על התנאי, ונמצא דאפי' שניהם ביחד אינם יכולים לבטל התנאי.

ולכאורה משמע מלשון המחבר כהצד השני דהרי המחבר סיים "אינה מקודשת אם לא יתן המאתים זוז", ולא הזכיר אפשרות שצירוף שניהם יכולים לבטל התנאי להחיל את הקידושין בלי קיום התנאי.[1276]

ועיין בר"ן (כתובות לג: בדפי הרי"ף) ומבואר בדבריו דעה שלישית בנידון. דהרי הוא נקט דמתנה התנאי יכול לבטל את התנאי רק היכא דהתנאי הוי להנאתו. אבל אם הוא מתנה תנאי דהוי לטובתה, אזי הוא אינו יכול לבטלו, וז"ל אבל תנאי שהוא להנאתו אין דעתו שיתקיים אלא אם הוא מקפיד אבל כל שאינו מקפיד שיהא המעשה קיים עכ"ל. ולכאורה הביאור הוא דהוא רק הבעלים לבטל התנאי אם הוא התנה התנאי וגם דהתנאי הוי לטובתו. ונמצא דאפי' אם התנאי אינו לטובתו וגם לא לטובתה אלא דתלוי באדם שלישי, עדיין אין לו הכח לבטל את התנאי.

ד

עדי קיום בביטול התנאי

נחלקו הראשונים האם בעינן עדות לקיום הדבר בשעת ביטול התנאי. דהרמב"ם (פרק ז מהלכות אישות הלכ"ג) פסק דאין צורך לעדי קיום, וז"ל המקדש על תנאי וחזר אחר כמה ימים וביטל התנאי אע"פ שבטלו בינו לבינה שלא בפני עדים בטל התנאי והרי היא מקודשת סתם עכ"ל. והראב"ד שם השיג וז"ל אע"פ שבטלו בינו לבינה שלא בפני עדים בטל התנאי והרי היא מקודשת סתם. א"א אינו כן אלא א"כ כנסה סתם בעדים דהוה ליה כמו שביטל תנאו בעדים עכ"ל. וצריך ביאור במאי קמיפלגי.

ונראה לבאר דפליגי בגדר הדין דביטול התנאי גורם שהקידושין יחולו. דלפי הרמב"ם ביטול התנאי הוי כמו הסרת מונע, דהיינו דהביטול גורם שמעשה הקידושין הראשון בעצמו יפעול חלות הקידושין. ומכיון דמעשה הקידושין כבר נעשית, לא צריך עדי קיום עוד פעם בשעת ביטול התנאי וחלות הקידושין. אבל הראב"ד נקט דביטול התנאי גורם שיחול חלות שם מעשה קידושין חדש מכאן ולהבא, אלא דסגי בכסף דנתן במעשה הקידושין הראשון שהיה בתנאי. ומכיון דחל חלות מעשה קידושין חדש בשעת ביטול התנאי בעינן אז עדי קיום.[1277]

[1276] ויש להעיר דהבית שמואל (שם סקס"ז) נקט דאם היא מוחלת, אזי שניהם ביחד יכולים לבטל התנאי. וגם עיין באבנ"מ (סימן לח סקי"ט) דהביא מהר"מ נרבוני חידוש יותר גדול – דכל היכא דהתנאי הוי לטובתה אפי' אם הוא התנה התנאי, היא יכולה למחול על התנאי כדי שהקידושין יחולו אפי' בע"כ דידיה. ורבינו זצ"ל נקט להיפך מהר"מ נרבוני, דאפי' בדעת שניהם אין התנאי ניתן לביטול, ודו"ק.

[1277] וע"ע בברכת שמואל קידושין (סימן כג) בשם הגר"ח זצ"ל, ובשיעורי הרב גיטין (חלק א עמוד י"ג, ור"ח). ויתכן ג"כ לבאר ע"פ הנ"ל בשיעורים שאם תנאי הוי חלק ממעשה הקידושין אזי מחילת התנאי מהוה דבר שבערוה וזקוקה לב' עדים, ואילו אם תנאי אינו חלק מעצם מעשה הקידושין אלא דבר העומד מחוץ למעשה הקידושין אזי ל"צ ב' עדים.

ה

ביטול התנאי או כאילו נתקיים

ויש לעיין האם מחילת התנאי מהני מדין ביטול ועקירת התנאי דנעשית כאילו לא היה תנאי כלל, או"ד י"ל דמהני מדין קיום התנאי, דהיינו דכשהוא מוחל על התנאי הוא בעצם מחשיב את התנאי כמקויים אפי' בלי קיום התנאי בפועל. דהרי הבאנו לעיל שיטת הרשב"א דמחילת התנאי מהני רק בתנאי שבממון דניתן לומר כאילו התקבלתי דהיינו דבכך יש קיום התנאי, ואולי גם הראשונים דנקטו דניתן למחול שאר תנאים בעצם סבורים בדומה לרשב"א דזהו היסוד דמחילת התנאי, דהיינו דאפשר להחשיב כל תנאי כמקויים ע"י המחילה.

ונראה דנחלקו הראב"ד והרמב"ן בחיקרה הזאת. דהרי הבאנו לעיל שיטת הראב"ד דמחילת התנאי בעי ב' עדים לקיום הדבר. אבל לא מצינו דלפי הראב"ד קיום התנאי הוי דבר שבערוה דבעי ב' עדים. ולכאורה יוצא מזה דקיום התנאי ומחילת התנאי הוי ב' דינים שונים. וי"ל דס"ל דמחילת התנאי עוקרת כל התנאי ומשנה את עצם מעשה הקידושין והגירושין ולפיכך הוי דבר שבערוה, משא"כ בקיום התנאי.

ויש להוכיח דהרמב"ן נקט דמחילת התנאי הוי בגדר של כאילו קיימו. דהרי הרמב"ן (גיטין עו: ד"ה וי"מ) חידש דכמו דיכולים למחול על התנאי ולומר דאע"פ דהתנאי לא מקויים עדיין הקידושין חלין, כמו"כ יכולים לומר ההיפך – דאפי' אם נתקיים התנאי כאילו לא נתקיים והקידושין אינן חלין, וז"ל אבל בע"מ שתתני לי מאתים זוז אם קבלה עליהם שלא תקיים התנאי ולא תתגרש באותה נתינה בטל הגט מעתה ואין צריך לומר אם לא נתנה לשם תנאי ונתנה לו לשם מתנה דגט בטל אלא אפי' אמרה אח"כ נותנת אני ומקיימת תנאי כבר נתבטל שכיון שבידם לבטל התנאי שלא תתן מכיון שבטלוהו בטל לגמרי ושוב אין לו קיום עכ"ל. ונראה לבאר דהחידוש של הרמב"ן תלוי בחקירה הנ"ל. דאם נאמר דהגדר של מחילת התנאי הוא עקירת התנאי למפרע, אזי זה רק מהני לסלק התנאי כדי שהקידושין יחולו, ואין טעם לומר דגם יכולים לקבוע ההיפך דקיום התנאי הוי ע"פ דין כאילו לא נתקיים.[1278] אלא נראה דהרמב"ן נקט דמחילת תנאי הרי הוא מחשיב את התנאי למקויים ואפי' אם בפועל לא קיימו את התנאי. וא"כ י"ל דכמו דיש לו הכח על הגדרת קיום התנאי דיכול להחשיב את אי-קיום התנאי לקיום התנאי,

[1278] אולי י"ל דשאני בציור הרמב"ן דשניהם מסכימים שלא יהיה קיום התנאי קיום, ובכך איפוא מתחרטים על עיקר הקנין שעשו ומבטלים אותו והריהו מבוטל.

כמו"כ י"ל להיפך דיכולים לומר דקיום התנאי בפועל לא תהא קיום ע"פ דין, ולעולם החלות אינה חלה.

וגם נראה לבאר ע"פ החקירה הזאת את מחלוקת הראשונים לגבי מחילת התנאי בתנאי לשעבר. דהבאנו לעיל (אות ב') דהר"ן נקט דבתנאי ע"מ שאין עליך נדרים או ע"מ שאני עשיר אין לו הכח לבטל התנאי דהרי ברגע דקידש התנאי כבר בטל ולכן הקידושין אינן חלין. ואילו מהרמב"ם משמע דאפשר למחול אפי' על תנאי כזה ואפי' אחרי דכבר בטל אותה הקידושין. ונראה לבאר דהר"ן נקט כמו הרמב"ן דגדר דמחילת תנאי הוא להחשיב את התנאי למקויים אפי' אם לא קיימו בפועל, ולכן זה שייך רק בתנאי דיש אפשרות לקיים בעתיד. אבל בתנאי דכבר ביטל הקידושין ברגע הראשון א"א לחזור ולומר דכאילו התנאי מקויים. מאידך הרמב"ם נקט כמו הראב"ד דמחילת תנאי הוי עקירת כל חלות התנאי למפרע, וא"כ אפי' לאחר דביטל התנאי את הקידושין עדיין יש אפשרות לחזור ולעקור את התנאי למפרע כדי שהקידושין יחולו.

ונראה דיש עוד נ"מ בחקירה הנ"ל לגבי שעת חלות הקידושין במחילת תנאי ד"אם". דלפי הרמב"ן דמחילת התנאי הוי גדר של קיום התנאי ע"פ דין, אזי הקידושין חלין בשעת המחילה דהרי הוא שעת קיום התנאי. אבל לפי הרמב"ם דמחילת התנאי הוי גדר של עקירת התנאי למפרע אזי הקידושין חלין למפרע משעת מעשה הקידושין, דנתברר דהיתה מעשה קידושין בלי תנאי.[1279]

ע"כ ענין מחילת תנאי

דף סא:

תוד"ה אי. בא"ד. קשה וכי איזו סברא היא שישבו בבתיהם וירשו עם אחיהם שיצאו למלחמה.

נחלקו רש"י והתוס' האם בני גד ובני ראובן היו מקבלים חלק של ארץ כנען אם לא היו משתתפים בכיבוש ארץ כנען. דלפי רש"י (ד"ה ורבי חנינא) היו מקבלים חלק בצד המערבי של הירדן. והתוס' הקשו עליו דהיאך יקבלו חלק בארץ כנען אם לא השתתפו בכיבוש. ונראה לבאר דרש"י סבור דירושת חלק בארץ כנען אינה תלויה בכיבוש של ימי יהושע, אלא דחלה ירושה מהדין דארץ ישראל מוחזקת ביד ישראל מימי האבות דקיים

[1279] ונחלקו בזה המפרשים, דעיין בבית שמואל (סימן לח סקנ"ו) דנקט דאחרי מחילת התנאי הקידושין חלין למפרע, אבל הריטב"א (כתובות עב: ד"ה אתמר) נקט להדיא דהקידושין חלין רק מכאן ולהבא.

אפי' בלי סיוע בכיבוש.[1280] והתוס' נקטו דאע"פ דמוחזקת היא מאבותינו, מ"מ החילוק בשעת כניסה לארץ היה רק למי דנשתתף בקידוש הארץ ע"י הכיבוש. ויתכן דמסברא רש"י היה מודה לתוס' אלא דיש גזה"כ בפסוק "ונאחזו בתוככם בארץ כנען" המחדשת דין חדש דשבט גד וראובן היו מקבלים חלק בארץ כנען אפי' בלי סיוע בכיבוש.

גמ'. תניא אמר רבי חנינא בן גמליאל משל למה הדבר דומה, לאדם שהיה מחלק נכסיו לבניו.

ונראה לבאר את הקשר בין המשל לבין הנמשל, דבדין ירושה האב אינו יכול לסלק בנו מהירושה אלא בתחילה כל הנכסים שייכים לכל הבנים והאב קובע בחייו מאיפה יקח כל בן את חלקו. וכמו"כ בארץ ישראל, לפני הכיבוש והחילוק ארץ ישראל כבר היה שייך לכל עם ישראל ביחד בשותפות. ורק אחרי החילוק קנה כל שבט את חלקו בארץ וכל אדם זכה בקרקע מסוימת עם בעלות פרטית. אמנם, מכיון דאפי' לפני הכיבוש והחילוק כל הארץ היה שייך לכל עם ישראל, משה רבינו לא היה יכול להעביר חלק בארץ ישראל משבט מסוים לגמרי, מכיון דארץ ישראל היה כבר שייך להם כחלק של עם ישראל. והביאור הזה הוא לפי שיטת רש"י לעיל, דאם ראובן וגד לא יעברו, עדיין הם היו מקבלים חלק בארץ ישראל בצד מערב של הירדן.

ובנוגע לקנין של כל שבט ושבט בארצם אחרי החלוקה דביארנו דהחלוקה יוצרת בעלות פרטית של שבט או אדם מסוים על חלק של ארץ ישראל, יש להעיר משיטת ר"ת (גיטין לו. תוד"ה בזמן) דיובל נהג מדאורייתא בזמן בית שני מכיון דחזרו חלק מכל השבטים, וז"ל אבל במסקנא דאמרי' דירמיהו החזירן ויאשיהו מלך עליהן נמצאו דהיו שם מי"ב שבטים ואע"ג שלא עלו כולם חשיב כל יושביה עכ"ל. והרמב"ן הקשה עליו מהגמ' בערכין (לב:) דצריך "בזמן שיושביה כתיקונן ולא בזמן שהן מעורבין", ובבית שני לא היתה חלוקת הארץ וממילא כל השבטים היו מעורבין, וא"כ היאך לפי ר"ת דין יובל היה קיים.

ונראה לבאר דדין דשבטים יושבים כתיקונן היה שייך רק בזמן קדושה ראשונה בבית ראשון דהרי אז דין החלוקה היה בתוקף וכל חלק של ארץ ישראל היה הממון של שבט מסוים וכל שדה היה שייך לאדם אחד. ואז אם השבטים היו מעורבין היה זה מעכב

[1280] וכן איתא בפני יהושע (ד"ה תוד"ה אי לא) וז"ל אין זה ענין לכיבוש אלא שנטלו בתורת ירושה מאבותיהם וא"כ אטו משום שלא סייעו לכיבוש יפסידו ירושת אבותיהם הא ודאי מדינא ליכא למימר הכי דהא אפילו טפלים ובנות יורשות נטלו אע"ג דלאו בני כיבוש נינהו אלא שאם לא יסייעו לכיבוש יש להם עונש בידי שמים כמו שאמר להם משה ואם לא תעשון כן הנה חטאתם לה', כן נראה לי ליישב פרש"י עכ"ל.

בדין היובל דהרי אם אדם משבט יהודה גר מעורב בתוך החלק של זבולון הרי הוא גוזל את הקרקע של שבט זבולון.

אמנם משגלו לבבל ובטלה קדושת הארץ אזי גם בטל דין החלוקה וכל ארץ ישראל חזרה להיות ממון הכללי של עם ישראל. וכשחזרו לארץ בזמן עזרא וקידשו ע"י חזקה, אזי לא היתה שם חלוקה ליצור בעלות פרטית של כל שבט ושבט או של כל יהודי על חלק בארץ, אלא דכל אדם הפך להיות הבעלים על קרקע מסוים כחלק של ממון הציבור. כלומר דארץ ישראל כולה נשארת בבעלות הכללית של עם ישראל וקרקע פרטית הוי החלק של האדם היחיד בתוך הבעלות הכללית.[1281] ומכיון דהבעלות על ארץ ישראל נשארת בעיקר כבעלות של הציבור בלי חלוקה לשבטים וליחידים, אזי בטל הדין דצריך כל שבט להיות בחלק שלו.[1282]

ולפי"ז מבואר למה לפי ר"ת היה קיים דין ביכורים בזמן בית שני. דהרי לכאורה יש להקשות דלפי הר"ת דיובל היה נוהג בבית שני אזי דין שדה אחוזה נמי היה נוהג וכל מי שאינו בשדה אחוזה שלו גוזל את הקרקע ממי שהשדה הזאת נפל לתוך חלקו (עיין בגיטין מח.). וא"כ לפי ר"ת דיובל היה נוהג בזמן בית שני אך לא היתה חלוקה כדי שכל אחד יכיר את מקומו ע"פ דין, וא"כ אף אחד לא היה בשדה אחוזה שלו והיאך הביאו ביכורים וקראו. וצ"ל כנ"ל דהחלוקה הראשונה היתה בטלה ולא היתה חלוקה חדשה בביאה שניה. ולכן כל הארץ נשארת בבעלות הכללית של עם ישראל וכל אדם נטל את חלקו בבעלות הציבורית הזאת ולא היה מצב שאדם אחד היה באמת בשדה אחוזה של אדם אחר.

גמ'. בשלמא לרבי מאיר, היינו דכתיב אם תיטיב שאת ואם לא תיטיב לפתח חטאת רובץ, אלא לר' חנינא, למה לי.

לכאורה קשה דהרי אין כאן עשיית מעשה וחלות דתלוי בקיום התנאי, אלא דהקב"ה מפרט לקין מה יקרה לו אם לא יעשה תשובה. וזה דומה למה שהקשו התוס' לקמן (ד"ה בשלמא) בנוגע לסוטה. ונראה מזה דתשובה הוי תנאי במעשה העבירה. כלומר דבכל עבירה דאדם עושה יש תנאי דאם הוא חוזר בתשובה אזי העבירה נעקרת למפרע וכאילו

[1281] והשווה לרשימות שיעורים לב"מ (מו. בענין הרשאה אות ו) בענין שיטת הגאונים דכל יהודי יכול להשתמש בקנין שלו בד' אמות בארץ ישראל לעשות קנין אגב.

[1282] ועיין בבית הלוי (חלק ג, סימן א, אות ד) דהביא מבנו הגר"ח זצ"ל דהטעם דלפי הרמב"ם אין חיוב תרו"מ בזמן הזה מדאורייתא הוא מפני דלא היתה חלוקת הארץ בתחילת קדושה שניה. אמנם עיין בחידושי הגרי"ז עה"ת (סימן קעט) דהביא מהגר"ח זצ"ל דיש גזה"כ דהטיבך והרבך מאבותיך דקדושה שניה חלה אפי' בלי חלוקה.

לא עשה את המעשה. ולפי"ז מובן למה תשובה על חטא דומה למעשה על תנאי.[1283]
ויוצא מזה דהכפרה של תשובה אינה רק מכאן ולהבא אלא דפועל אפי' למפרע. וזה גם עולה מהגמ' ביומא (פו:) וז"ל אמר ריש לקיש גדולה תשובה שזדונות נעשות לו כשגגות שנאמר שובה ישראל עד ה' אלקיך כי כשלת בעונך וכו' והאמר ר"ל גדולה תשובה שזדונות נעשות לו כזכויות וכו' עכ"ל. אמנם יתכן דזוהי יסוד המחלוקת בדין כהן דרצח וחזר בתשובה. דהרי איתא בגמ' (ברכות לב:) וז"ל אמר רבי יוחנן כל כהן שהרג את הנפש לא ישא את כפיו, שנאמר ידיכם דמים מלאו עכ"ל. ונחלקו הראשונים מה הוי הדין אם עשה תשובה. דהרמב"ם (פרק טו מהלכות תפילה הל"א) פסק דעדיין פסול לנשיאת כפים, וז"ל ששה דברים מונעין נשיאת כפים הלשון, והמומין, והעבירה, והשנים, והיין, וטומאת הידים וכו' העבירה כיצד כהן שהרג את הנפש אע"פ שעשה תשובה לא ישא את כפיו שנאמר ידיכם דמים מלאו עכ"ל. ומסתימת לשונו משמע דפסול לעולם. מאידך ההגהות מיימוני (שם אות א) הביא מהראבי"ה דתשובה בודאי מהניא להכשיר את הכהן שהרג לישא את כפיו.
ונראה דנחלקו האם תשובה מכפרת רק מכאן ולהבא או דעוקרת את מעשה העבירה למפרע. דהיינו, דהראבי"ה סבור כיסוד שביארנו לעיל, דתשובה הוי כמו תנאי במעשה עבירה ולכן אם החוטא חוזר בתשובה הוא מבטל את כל מעשה העבירה. ומשמע מפסק הרמב"ם דתשובה אינה עוקרת את מעשה העבירה לגמרי למפרע ולכן תמיד נשאר בגדר ד"ידיכם דמים מלאו" ופסול לישא כפים. וא"כ צ"ב היאך הרמב"ם הבין את הגמ' בסוגיין והגמ' ביומא דעוונות נעשו לו כזכויות. וי"ל דלרמב"ם הפסול לנשיאת כפים אינו מחמת העבירה אלא עצם העובדא שהרג נפש מחיל עליו חלות שם פסול בגברא גם בדליכא חטא. ולכן פסול גם כשעשה תשובה ואין לו עוד חטא, דהא הרג נפש מ"מ ותשובה אינה מפקיעה את הפסול גברא.[1284]
גמ'. סלקא דעתך אמינא אם תיטיב אגרא אם לא תיטיב לא אגרא ולא דינא, קא משמע לן.
אין לומר דההו"א הוא דאין עונש על חטא דפשיטא דעל כל חטא יש עונש. אלא כוונת הגמ' "ולא דינא" קאי על ביטול מצות עשה דתשובה. דיש הו"א דאדם דעבר על עבירה

[1283] אולי זה דומה לדברי המסילת ישרים (פרק ד) דתשובה דומה להיתר נדרים וז"ל ושהתשובה תנתן לחוטאים בחסד גמור, שתחשב עקירת הרצון כעקירת המעשה, דהיינו שבהיות השב מכיר את חטאו ומודה בו ומתבונן על רעתו ושב ומתחרט עליו חרטה גמורה דמעיקרא כחרטת הנדר ממש, שהוא מתנחם לגמרי והיה חפץ ומשתוקק שמעולם לא היה נעשה הדבר ההוא ומצטער בלבו צער חזק על שכבר נעשה הדבר ועוזב אותו להבא ובורח ממנו, הנה עקירת הדבר מרצונו, יחשב לו כעקירת הנדר ומתכפר לו עכ"ל.

[1284] וע"ע בזה ברשימות שיעורים ליבמות (ט. תוד"ה מה, בא"ד דריש רבי).

ולא עשה תשובה נענש רק על העבירה הראשונה דהוא עשה אבל "לא דינא" בנוגע לזה דלא חזר בתשובה. ולכן הקב"ה הוסיף המלים "ולפתח חטאת רובץ" כדי ללמד דאדם נענש גם על ביטול מצוות עשה דתשובה.

דף סב.

גמ'. אבל היכא דעבד בשלישי ובשמיני דקא מפיש בימי טהרה אימא שפיר דמי. קמ"ל.
מהגמ' עולה דההזאה צריכה להיות דוקא ביום השלישי וביום השביעי ואין לאחר אותו ליום השמיני. אמנם הרמב"ם (פרק יא מהלכות פרה אדומה הל"ב) פסק כנגד הסוגיא שבגמ' ופסק כמו הספרי דאפשר להזות ולטבול אחרי יום השביעי, וז"ל מי שנטמא במת ושהה כמה ימים בלא הזאה כשיבוא להזות מונה בפנינו ג' ימים ומזין עליו בשלישי ובשביעי וטובל בשביעי ומעריב שמשו, בד"א בעם הארץ שבא להזות שאפילו אמר היום שלישי שלי אינו נאמן שמא היום נטמא לפיכך צריך למנות בפנינו אבל חבר שבא להזות מזין עליו או על כליו מיד, מי שהוזה עליו בשלישי ולא הוזה עליו בשביעי ושהה כמה ימים טובל בכל עת שירצה אחר השביעי בין ביום בין בלילה ומזין עליו ביום בין קודם טבילה בין אחר טבילה אפילו טבל בליל תשיעי או בליל עשירי מזין עליו למחר אחר הנץ החמה עכ"ל. והכס"מ ביאר דהרמב"ם סבור דניתן להזות ולטבול אחרי יום שביעי. אמנם ביום השביעי ההזאה צריכה להיות לפני הטבילה ואם איחרו מיום השביעי אזי אפשר להזות אפי' לאחר הטבילה. אמנם הראב"ד השיג על שני החידושים של הרמב"ם וז"ל טובל בכל עת שירצה, א"א אינו כן בגמרא דקידושין לעולם מונה שלישי ושביעי וטובל אחר הזאה עכ"ל.
ובנוגע לשיטת הראב"ד דההזאה צריכה להיות בפני הטבילה נראה לבאר דההזאה וטבילה חלוקים ביסודם. דהטבילה עצמה מטהרת את האדם ולכן לא שייך לומר דמעשה הטבילה עכשיו מחילה את הטהרה לאחר זמן, דהרי אי אפשר להפריד בין עצם המעשה המטהר וחלות הטהרה. אמנם הזאה חלה בתורת סדר מצות הטהרה, דהיינו דקיום מצות הזאה כסדרה מכשירה את הגברא להיות ראוי לטבילה המטהרתו. ומכיון דצריך גם טבילה וגם הזאה כדי להטהר, אי אפשר להקדים את הטבילה להההזאה דאז הטהרה אינה חלה מיד אחרי הטבילה ואין משמעות לטבילה דאינה מחילה טהרה מיד. אלא דההזאה צריכה להיות קודם הטבילה כחלק מסדר הטהרה ואז אחרי הטבילה חלה הטהרה.

מאידך בדעת הרמב"ם אי אפשר לבאר כך, דהרי הוא סבור דאחרי יום שביעי ניתן להזות אחרי הטבילה. וצ"ב בשיטתו, מאי שנא יום השביעי משאר הימים. ויתכן לבאר דהרמב"ם סבור דבעצם ההזאה והטבילה צריכים להיות לאחר יום השביעי. וכשהתורה אומרת דביום השביעי ניתן להזות ולטבול זאת מפני דההזאה פועלת הדין דמקצת היום ככולו ומחלקת את היום לשנים, וממילא משעת ההזאה ואילך נחשב דכבר נגמר יום השביעי. ורק הזאה מחלקת היום ולא טבילה. ויוצא דמצד דין הטהרה לא צריך שההזאה תהיה קודם לטבילה כמו שמצינו בשאר הימים, אלא דביום השביעי צריך את ההזאה בתחילה כדי לפעול את הדין דמקצת היום ככולו.

אמנם יש לדייק מדברי הרמב"ם דאחרי יום השביעי ההזאה והטבילה אפי' לא צריכות להיות באותו יום. ונראה מזה לומר ביאור אחר בדברי הרמב"ם, דהיינו דהזאה ביום השביעי חלוק ביסודו מהזאה ביום השמיני והלאה. דהרי ביום השביעי י"ל דהזאה חלה כדין מטהר כמו הטבילה עצמה ושניהם מצטרפים להיות חלות מטהר אחת. אלא דהטבילה משלים את הטהרה דההזאה ולכן ההזאה צריכה להיות לפני הטבילה. ואילו בשאר הימים אין ההזאה והטבילה מצטרפים להיות חלות מטהר אחת. אלא דהטבילה הוי חלות מטהר לעצמה לעומת ההזאה דהוי קיום מצוה דנצרך כתנאי לחלות הטהרה. ולכן הם יכולים להיות בב' ימים שונים ואין סדר ביניהם דהרי אין הם מצטרפים לחלות מטהר אחת. ואפי' אם נאמר דהזאה בשאר ימים גם כן הוי מטהר, מ"מ הוי חלות מטהר בנפרד מהטבילה ואין צריך לסדר מסוים.

ואם כנים הדברים דיש ב' דינים בהזאה, י"ל דזהו ביאור כוונת הספרי דניתן להזות ולטבול גם אחרי יום השביעי, וז"ל אין לי אלא שביעי, שמיני תשיעי עשירי מניין ת"ל וחטאו ביום השביעי ואח"כ וכבס בגדיו ורחץ במים וטהר בערב עכ"ל. דהיינו, דאם ההזאה והטבילה היו ביום השביעי אזי נעשו לחלות אחת של טהרה ביום השביעי דחל כהמשך של ההזאה דהיתה ביום השלישי. אמנם אם איחר ההזאה מיום השביעי ליום השמיני, אזי חל דין אחר דהזאה דחלה כקיום מצוה או כמטהר לעצמה דאינה מצורפת להזאה דיום השלישי, וגם הדין החדש הזה דהזאת יום שמיני אינה מצטרפת לחלות אחת עם הטבילה לומר דהם צריכים להיות בסדר מסוים.

גמ'. א"ל כל שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי.

התוס' בנזיר (יב. ד"ה מ"ט) הביא דעת ר"ת דאם יש לאדם קמח הוא יכול למנות שליח להפריש חלה לכשנעשה עיסה אע"פ דהוי דבר שלא בא לעולם, וז"ל ואיך נעשה שליח בדבר הזה הא בשעה שעושה אותה שליחות לא היתה יכולה בעצמה להפריש חלה

מקמח זה שאינו בר חיובא שאין מפרישין חלה מקמח ואומר רבינו תם דיש בידה להביא עיסה מגולגלת ולומר עיסה זו תהא חלה על קמח לכשיהיה נילוש ודברים שבידה קיימים דאין זה דבר שלא בא לעולם כיון שבידה ללוש ולגלגל העיסה קרוי שפיר בא לעולם כיון שבידה לעשות כדאמר פרק האומר לחבירו (קדושין דף סב:) פירות ערוגה זו תלושה יהא תרומה על פירות ערוגה זו מחוברת לכשיתלשו ונתלשו דבריו קיימין דכל שבידו לעשות לאו כמחוסר מעשה דמי ובידו לתולשם עכ"ל.

ולכאורה יש לדחות הראייה מסוגייתנו דהרי בתבואה מחוברת יש גמר פרי בעולם אלא דאין מחייב של תרו"מ במחובר ובא הדין דבידו וקובע דהתבואה המחוברת נחשב לדבר הבא בעולם.[1285] אמנם קמח הוי חפצא אחר מעיסה ואין כאן חפצא של דבר שראוי להיות חייב בחלה ומי אמר דבידו מהני באופן כזה.[1286] ורואים מזה דלפי ר"ת כל היכא דבידו אין לחלק בין היכא דהחפצא בעולם לבין היכא דהחפצא אינו בעולם אלא דמ"מ חל דין דכל שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי.

ולפי"ז לכאורה צ"ב מהמשך הגמ' (סג:) דהאומר לשפחה הרי את מקודשת לי לאחר ששתחרריך אינה מקודשת דהרי "מעיקרא בהמה השתא דעת אחרת", ורש"י פירש וז"ל הלכך אין מחוסר מעשה גדול מזה עכ"ל. ולכאורה כוונתו דהחפצא של קידושין אינו בעולם כלל עכשיו ולכן בידו אינו מהני. וזה קשה על ר"ת דס"ל דבידו מהני בדבר שלא בא לעולם אפי' היכא דהחפצא אינו עדיין בעולם כלל.

ונראה דר"ת הבין את דברי הגמ' באופן אחר. דהיינו דהגמ' מדגישה דלאחר השחרור יש לה דעת אחרת דאין לה בשפחה. וכוונת הגמ' היא דאשה צריכה דעת להתקדש ועבד ושפחה מופקעין מדעת קידושין. ומפני ההפקעה הזאת, הקידושין אינן חלין אע"פ דאין צורך שהחפצא של האשה שהיא בת תפיסת קידושין תהא בעולם. ובזה אף מתורצת קושיית הראשונים (רשב"א ד"ה הא דתרצינן) דלמה בנכריה הגמ' לא מתרצת דמעיקרא בהמה השתא דעת אחרת מקנה ולכן קידושין לא מהני אפי' למ"ד דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם. דהרי רק בשפחה אין לה דעת קידושין, ואילו לנכרית יש דעת קידושין[1287]

[1285] ולכאורה יש להוכיח דמחובר הוי חפצא של פרי בנוגע לתרו"מ משיטת רש"י בסוגייתנו (סב. ד"ה ונתלשו) דמשמע מדבריו דלכשיתלשו הפירות הוו תרומה למפרע משעת ההפרשה אע"פ דאז היו מחוברין.

[1286] ועיין בתורת זרעים (תרומות פרק א משנה ה) דנקט דזהו הטעם דהסמ"ג חולק על ר"ת ונקט דלפי החכמים אי אפשר להפריש חלה על קמח לכשיהיה נילוש, דהרי שם אין חפצא של עיסה משא"כ במחובר דהוי חפצא של פרי אלא דיש דין דאין עושין מעשה הפרשה ממחובר.

[1287] צ"ע בביאור החילוק הזה דהא נכרית נמי אינה בת קידושין כמו שפחה. ואולי י"ל דבנכרית חלה אישות דבעולת בעל משא"כ בשפחה דאינה בת אישות כלל. ומשו"ה יתכן שתהיה דעת לקידושין בנכרית אך לא בשפחה.

ולכן לפי ר"ת דלא צריך דהחפצא תהא בעולם הקידושין ראויין לחול כשהיא מתגיירת. ולכן בנכרית הגמ' צריכה דחייה אחרת, דהיינו דהגירות אינה ביד המקדש.

ועיין ברשב"א דתירץ למה "מעיקרא בהמה" שייך רק לשפחה ולא לנכרית באופן אחר, וז"ל וי"ל דלגבי גר לא שייך למימר מעיקרא בהמה דבעבד דוקא הוא דאיכא למימר הכי משום דאיהו איתקש לבהמה דכתיב שבו לכם פה עם החמור אבל גוי לא עכ"ל. כלומר דהטעם דאין תפיסת קידושין בנכרית הוא דמשום דחסרה לה קדושת ישראל אבל אין דין דעכו"ם מופקע מקידושין. מאידך עיין בשיעורים לקמן (סח: ד"ה שפחה כנענית מנלן) דהבאנו בשם הגר"ח זצ"ל דיש בעבד ושפחה קדושת ישראל להתקדש, דהרי לפי כמה דעות בראשונים טבילה שניה הויא מדרבנן בעלמא ואינו נצרכת לעצם הגירות. אלא דאע"פ דיש לשפחה קדושת ישראל להיות בת תפיסת קידושין, מ"מ עצם השם שפחה מפקיע אותה מתורת קידושין. ולפי"ז י"ל דלכן הגמ' רק תירצה בשפחה דמעיקרא בהמה דהרי אין לה חייס והיא מופקעת מתורת קידושין וממילא לא שייך לעשות מעשה קידושין עכשיו לכשתשתחרר. אבל בנכרית הקידושין היה מועיל לאחר שנתגיירה לולי היתה בידה להתגייר מכיון דבנכרית קידושין אינן תופסין בה מחמת חסרון בקדושת ישראל אבל אין חלות דמפקיע אותה מתפיסת קידושין.[1288]

ובזה גם ניתן לבאר את דברי הרמב"ם (פרק ג מהלכות גירושין הלט"ו-הלט"ז) בפסול דעכו"ם ועבד בכתיבת גט, וז"ל הכל כשרין לכתוב את הגט חוץ מחמשה, גוי ועבד וחרש ושוטה וקטן אפילו האשה עצמה כותבת את גיטה, ישראל שנשתמד לע"ז או שהוא מחלל שבת בפרהסיא הרי הוא כגוי לכל דבריו, ולמה אין כותבין אלו החמשה, מפני שצריך הכותב לכתוב לשם האיש המגרש ולשם האשה המתגרשת, והגוי על דעת עצמו הוא כותב, וחרש שוטה וקטן אינן בני דעת, והעבד אינו בתורת גיטין וקידושין לפיכך הוא פסול כגוי לכל דבריו וכו' עכ"ל. הרי בגוי הרמב"ם כתב דאינו כותב בכוונת לשמה ובעבד כתב דאינו בתורת גיטין וקידושין. והביאור בזה הוא דעבד מופקע מתורת גיטין וקידושין מגזה"כ דעם הדומה לחמור ולכן אע"פ דיש לו קדושת ישראל להתקדש מ"מ אינו בתורת גיטין וקידושין דמופקע הוא ע"פ דין מלכתוב גט. מאידך גוי חסרה לו בקדושת ישראל אבל אינו מופקע בגברא ולכן הרמב"ם כתב דגוי פסול כי גוי כותב על דעת עצמו ואינו כותב לשמה, ולא כתב שאינו בתורת גירושין.

[1288] דחלות דין בידה יכול למלא את החסרון דקדושת ישראל דנכרית, ומאידך דין בידו אינו מועיל כנגד המפקיע דקידושין דחל בשפחה.

ויש להעיר דהגר"ח זצ"ל ביאר את דברי הרמב"ם באופן אחר, דהיינו דאה"נ דגם גוי אינו בתורת גיטין וקידושין וזהו הטעם דאינו יכול לכתוב גט לשמה. אלא דהרמב"ם כלל מומר ביחד עם גוי, וישראל מומר הוי בתורת גיטין וקידושין, ולכן הרמב"ם נימק את הפסול דגוי ומומר דעל דעת עצמו הוא כותב.[1289]

תוד"ה אין תורמין.

רש"י נקט דהא דאין תורמין מן התלוש על המחובר הוי מפני דהמחובר אינו חייב בתרומה. והתוס' הקשו עליו דלפי זה קשה מדוע התורם מדבר שנגמרה מלאכתו על דבר שלא נגמרה מלאכתו תרומתו תרומה, הרי גם זה תורם מן החיוב על הפטור. ונראה לתרץ דנחלקו רש"י והתוס' ביחס בין ההפרשה לבין חלות שם טבל וחיוב הפרשה. דהתוס' נקטו דבתלוש לפני גמר מלאכה אע"פ דאין חלות שם טבל וחסרה חיוב הפרשה, מ"מ הפרשה חלה.[1290] ולכן צ"ל דבתלוש על המחובר הטעם דההפרשה אינה חלה בדיעבד הוא מפני דבמחובר יש חסרון בחפצא של התבואה ולא שיש חסרון חובה.

אמנם י"ל דרש"י ס"ל דבלי חלות שם טבל וחיוב הפרשה אין הפרשה חלה כלל. ולפי"ז מסברא היינו אומרים דתלוש לפני גמר מלאכה דומה למחובר, דהיינו דבשניהם אין חלות שם טבל וחיוב הפרשה ולכן ראוי לומר דאין הפרשה חלה כלל. אלא דרש"י חידש דהיכא דאדם מפריש על תלוש לפני גמר מלאכה, אע"פ דלפני ההפרשה לא היתה חלות טבל מ"מ עצם ההפרשה עצמה גורמת לחלות שם טבל בבת אחת עם ההפרשה. דהרי מצינו דיש דברים דקובעים למעשר לפני ראיית פני הבית כמו מקח כדמבואר ברמב"ם (פרק ג מהלכות מעשר הל"ג). וי"ל דהפרשת תרומה עצמה גם מחילה חלות שם טבל בכרי, ואז בבת אחת י"ל דההפרשה חלה מכיון דשם טבל נמי חל. וכל זה איירי בתלוש. אמנם במחובר דהפרי עדיין גדל אי אפשר לומר דהפרשה קובעת למעשר וגורמת לחלות טבל וחיוב הפרשה ולכן הפרשה מן התלוש על המחובר הוי הפרשה בלי חלות טבל ואין הפרשה כזאת חלה.[1291]

[1289] והשווה לחידושי הגר"ח על הרמב"ם (פרק א מהלכות תפילין הלט"ו).

[1290] ולכאורה זה דומה לשיטת הראב"ד (מובא בכפתור ופרח פרק ג), דרק תירוש דגן ויצהר חייבים בתרו"מ מדאורייתא וחל בהם איסור טבל, אמנם אפשר להפריש ברשות על שאר המינים. ועוד עיין במקדש דוד (תרומות סימן כג).

[1291] וע"ע בספר ארץ הצבי להגר"צ שכטר (סימן כ, עמוד קמד) דהביא מרבינו זצ"ל דבעצם משעת התלישה חל שם טבל על התבואה אפי' לפני גמר המלאכה אלא דבעינן מירוח וראיית פני הבית כדי להחשב לאכילת קבע.

דף סב:

תוד"ה גר צריך שלשה. בא"ד. נראה דוקא בקבלת מצות הוא דבעינן ג' אבל בטבילה בחד סגיא אם כבר קיבל עליו המצות.

התוס' סבורים דלטבילת גירות צריך רק אדם אחד ולא צריך אפי' ב' עדים. ומבואר מזה דהתוס' סברי דגירות לא הוי דבר שבערוה דצריך ב' עדים לקיום הדבר דהרי טבילה הוי גמר הגירות וסגי באדם אחד.[1292] והא דנחלקו רבי יהודה והחכמים (יבמות מז.) האם האומר נתגיירתי בב"ד פלוני נאמן או דצריך ב' עדים הוי רק מחלוקת בבירור הדבר. אמנם טבילת הגירות בעצמו לא הוי דבר שבערוה כדי להצריך עדים לקיומי הדבר.

בא"ד. משמע מדנפיק בטבילת קריו משמע דלא בעינן שלשה.

מרהיטת לשון התוס' משמע דלא צריך כוונה לשם גירות בכלל אלא דטבילה לשם מצוה מהני בלי דעת להתגייר. אמנם קשה לומר דגירות חלה בלי כוונה להתגייר. אלא י"ל דישנם ב' דינים: א) דעת בעד הגירות באופן כללי, ב) כוונה למעשה הטבילה הזאת כמעשה מגייר. ונראה דהתוס' מודים דצריך דעת בעד הגירות באופן כללי, דהיינו דהוא צריך לדעת דהוא גוי ורוצה להתגייר, דהרי אל"כ אין כאן גירות כלל. אלא דהתוס' הבינו מהגמ' ביבמות (שם) דבנוגע לדין ב' של דעת, דהיינו כוונה להתגייר במעשה הטבילה הזאת, דאם הוא התכוון לטבול לשם מעשה מצוה סגי גם בזה לגירות.

אמנם מסתבר דהיסוד הזה דצריך דעת להתגייר הוי דין רק בטבילה דהוי גמר הגירות. אבל יש לעיין מה הדין באדם דמל לשם מצות מילה ובסופו של דבר נתברר דאמו לא נתגיירה כראוי והוא לא היה ישראל כלל, האם המילה כשהיה עכו"ם סגי למילת גירות או"ד דצריך הטפת דם ברית כשיש לו דעת להתגייר. ומסתבר דכיון דמילה אינה גמר הגירות, בכוונת מצוה בעלמא סגי ולא צריך כוונה להתגייר כלל. דהרי נחלקו המפרשים האם מילה הוי אחד ממעשי הגירות או דחלות שם ערל מונע את הגירות ולכן צריך מילה לפני הטבילה. ואם נאמר כצד השני דמילה אינה מעיקר מעשי הגירות, אזי מסתבר דלא צריך דעת להתגייר במילה. ואפי' לפי הדעות דמילה צריכה להיות בפני ב"ד והוי מעצם מעשה בגירות עדיין י"ל דמכיון דאינו מחיל את חלות הגירות אזי סגי בזה דיש לו כוונה כללית במילתו להיות ישראל דכלול בתוך כוונה לשם מצוה, אפי' בלי כוונה שהמילה הזאת תהיה מעשה המגייר.[1293]

בא"ד. ויש לומר דודאי למצוה בעינן שלשה אבל לא לעכב.

[1292] וע"ע בזה ברשימות שיעורים ליבמות (מה: קונטרס בענין גירות, סוף אות א' ובהערה שם).
[1293] וע"ע בזה ברשימות שיעורים ליבמות (מה: קונטרס בענין גירות, אות א, ה, ו-ח).

לכאורה צ"ע מה ענין לכתחילה למצוה לחלות גירות, דהיינו דאם טבילה מחילה חלות גירות בלי ב"ד למה יש דין דלכתחילה צריך ג'. והנה עיין נמי ברמב"ם (פ"א מהל' מילה הל"ז) שכתב ז"ל גר שנכנס לקהל ישראל חייב מילה תחלה כו' עכ"ל. ויש להעיר שתי הערות: א) מדוע הביא הרמב"ם דין זה בהל' מילה ולא סגי במש"כ בפי"ג מהל' איסורי ביאה (הל"א - ד) וז"ל בשלשה דברים נכנסו ישראל לברית במילה וטבילה וקרבן, מילה היתה במצרים שנאמר וכל ערל לא יאכל בו, מל אותם משה רבינו שכולם ביטלו ברית מילה חוץ משבט לוי ועל זה נאמר ובריתך ינצורו כו' וכן לדורות כשירצה העכו"ם להכנס לברית ולהסתופף תחת כנפי השכינה ויקבל עליו עול תורה צריך מילה וטבילה והרצאת קרבן עכ"ל, ב) מהי כוונת הרמב"ם בכתבו "חייב מילה תחילה". דלכאורה המילה היא רק הכשר וחלק דמעשה הגירות, דכל זמן שהוא ערל אינו יכול להתגייר, וא"כ צריך ביאור במש"כ הרמב"ם שגר "חייב מילה תחילה", שהרי כל זמן שהוא גוי אין עליו שום חיובים, והמילה היא רק חלק ממעשה הגירות.

ונראה שהרמב"ם סובר שבנוסף לדין מילה כחלק מעצם מעשה וחלות הגירות יש דין שני במילה דהיינו שיש מצוה על הגר למול משום מצוות הגירות. ובהתאם לכך הביא הרמב"ם את הדין דמילת הגר בשני מקומות: בהל' איסורי ביאה כחלק מעצם מעשה הגירות ובהל' מילה כחיוב מצות הגר למול, דהיינו דיש מצוה מצד הגירות דמילה תהא המצוה הראשונה דהוא יקיים.[1294]

ולפי"ז י"ל דגם בטבילת הגר יש ב' דינים: א) מעשה גירות דמחיל חלות הגירות, ב) קיום מצות גירות ע"י טבילה. ונראה לבאר דבנוגע לטבילה כדין בחלות הגירות סגי באחד ואין דין לכתחילה לטבול בפני ג'. מאידך יש קיום מצוה לטבול בפני ג' כי אז קבלת המצוות מצטרפת לגמר הגירות דהיינו הטבילה, ומפני זה יש מצוה לכתחילה שהטבילה תהיה בפני ב"ד.

ויתכן דב' הדינים האלו מסבירים את לשון הברייתא בריש מסכת גרים, וז"ל הרוצה להתגייר אין מקבלין אותו מיד, אלא אומרין לו, מה לך להתגייר, והרי אתה רואה את האומה הזאת נמוכה וסגופה מכל האומות, וחלאים רבים וייסורין באין עליהן, וקוברין בנים ובני בנים, ונהרגין על המילה ועל הטבילה ועל שאר כל המצות עכ"ל. ולכאורה צ"ב מה כוונת הלשון ד"נהרגין על מילה ועל הטבילה ועל שאר המצות". ונראה לבאר דבנוסף לזה דמילה וטבילה הוו מעשי גירות הריהם נמי תחילת קיום המצוות של הגר

[1294] עיין בזה בשיעורים לעיל (קונטרס בענין מילה, מנחת חינוך אות יג בענין הטפת דם ברית, אות ב) ובשיעורים ליבמות (מה: קונטרס בענין גירות אות ד).

מכל המצוות שבתורה, דהיינו דמצד קיום מצות הגירות צריכים שמילה וטבילה תהיינה המצוות הראשונות דהגר מקיימן.

ויש להביא ראייה דמילה וטבילה הוו גם מעשי גירות וגם קיומי מצות הגירות משיטת ר"א (יבמות מו:-מז.) דגירות חלה ע"י מילה לחוד או טבילה לחוד, אלא דלכתחילה צריך שתיהן. ולכאורה צ"ב מה שייך דין לכתחילה אם הגירות חלה ע"י מילה לחוד או טבילה לחוד. וצ"ל דבנוסף לחלות הגירות יש דין דקיום מצות הגירות ולכתחילה צריכים גם מילה וגם טבילה לקיום המצוה בהידורה.

ואף מסתבר דאפי' לפי השיטות דקרבן הגר מעכב בזמן בית המקדש (עיין בשטמ"ק לכריתות ח:)[1295] מ"מ נראה שעיקר חיוב הקרבן נובע מקיום מצוות הגירות, דהיינו דהקיום הזה דקרבן מעכב הגירות דוקא בזמן שניתן לקיימו. ולפי"ז מובן למה כשאין עוד אפשרות להקריב קרבן אזי הגירות חלה בלי הקרבן, דהרי אין הקרבן מהווה אחד מעצם מעשי הגיור, אלא דכשניתן לקיים את מצוות הגיור בשלמותה ע"י הקרבן אזי חסרון בקיום הזה מעכב את חלות הגירות.

ועיין ברי"ף (יבמות טו: בדפי הרי"ף) דנקט כמו התוס' דטבילה חלה בלי ב"ד אמנם יש דין לכתחילה דצריך ג' והוסיף וז"ל והא דר' יוחנן לכתחלה דלא נהגינן ביה מנהג גר ולא מנסבינן ליה בת ישראל עד דטביל בפני ג' עכ"ל. ונראה לבאר ע"פ הנ"ל דהרי"ף נקט כמו התוס' דקיום מצוות גירות צריך ב"ד לטבילה. אלא דלפי התוס' אין נ"מ למעשה אם טבל בפני אחד ולא קיים המצוה בשלמותה. אמנם הרי"ף סבור דחסרון בקיום המצוה מעכב חלות הגירות לענין ביאה בקהל.[1296]

בא"ד. וא"ת משום קבלת מצות נמי אמאי בעינן שלשה והרי הודאות והלואות וכו' דדן אפילו יחידי ויש לומר דיש לנו להשוותן לגזילות וחבלות וכו'.

התוס' נקטו דאפי' לרב אחא בריה דרב איקא (סנהדרין ג.) דמדאורייתא חד נמי כשר לדון, מ"מ בגירות צריך שלושה. ונראה לבאר דלמ"ד דחד כשר לדון היסוד הוא שיש לדיין א' כח להורות כמו דין הוראת חכם באיסור והיתר אך אינה חלות שם פסק ב"ד, דחלות שם ב"ד אינה אלא בג'. וכן משמע מדברי הרמב"ם (פ"ה מהל' סנהדרין הי"ח) וז"ל יחיד שהוא מומחה לרבים אע"פ שהוא דן דיני ממונות יחידי אין ההודאה בפניו הודאה בב"ד ואפילו היה סמוך, אבל השלשה אע"פ שאינן סמוכין והרי הן הדיוטות וכו' הרי ההודאה בפניהם הודאה בב"ד וכן הכופר בפניהם ואח"כ באו עדים הוחזק כפרן ואינו

[1295] וע"ע בזה ברשימות שיעורים ליבמות (מה: קונטרס בענין גירות, אות ג-ד).

[1296] וע"ע בדעת הרי"ף בשיעורים לקמן (סח: בענין עבד ועכו"ם הבא על בת ישראל, אות ד), וברשימות שיעורם ליבמות (מה: קונטרס בענין גירות).

יכול לחזור ולטעון וכו' כללו של דבר הרי הן לענין הודאות והלואות וכיוצא בהן כב"ד הסמוך לכל דבר עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם סובר דאע"פ שדיין א' כשר לדון והוראתו הוראה, מ"מ חלות שם ב"ד ופסק ב"ד חל רק בג', ולכן הכפירה וההודאה בפני א' אינה נחשבת כהודאה וכפירה בב"ד ואפילו אם הוא יחיד מומחה לרבים, ואילו הכפירה והודאה בפני שלשה הוי כפירה והודאה בב"ד, אע"פ שאינם סמוכים.[1297] ועפי"ז נמי מבואר שיטת התוס' (סנהדרין ג. ד"ה לרבא) דאפילו מ"ד דשנים שדנו דיניהם דין מודה דאין קיום שטרות אלא בג', דס"ל דשנים שדנו דיניהם דין הוי בתורת חלות שם הוראת חכם כבאיסור והיתר אבל אין להוראתם חלות שם פסק ב"ד, ולקיום שטרות בעינן חלות שם פסק ב"ד. ונראה דבגירות בעינן ראיית ב"ד לקיום הגירות, והוה חלות שם מעשה ב"ד, וע"כ לכו"ע גירות אינה אלא בשלשה.[1298]

ועל פי זה גם אפשר לבאר את שיטת הרמב"ם למה בגירות לא בעינן ב"ד סמוכין. דהרי הקשו התוס' שאם צריכים לגירות ב"ד של ג' סמוכים הרי הדיוטות אנן והיאך מקבלין גרים בזה"ז. ותירצו בב' אופנים: א) מקבלים גרים בזה"ז מדין שליחותייהו קא עבדינן המכשיר הדיוטות בלי סמיכה לדין בזה"ז. ודין שליחותייהו קא עבדינן חל כדין דאורייתא. ב) מקבלים גרים בזה"ז מגזיה"כ מיוחדת "לדורותיכם" המחדשת שבזמן שחסרים סמוכים אף הדיוטות כשרים לב"ד של גירות.

אמנם אין שני התירוצים הולמים את פשוטם של דברי הרמב"ם שכן כשמזכיר דין שליחותייהו קא עבדינן (פרק ה מהלכות סנהדרין הל"ח), ליכא משמעות שלדעתו הוא דין תורה, ויתכן שסובר שהוא מהוה רק דין דרבנן. אף גזיה"כ של "לדורותיכם" לא נמצאת ברמב"ם בנוגע לבי"ד של גירות. והרמב"ם קבע (פרק יג מהל' אסורי ביאה הל"ו) וז"ל וצריך לטבול בפני שלשה וכו' עכ"ל, בלי חילוק בין זמן לזמן ומשמע שלדעתו ההדיוטות כשרים לב"ד של גירות בכל הזמנים, ולא נשתנה הב"ד של גירות מדיינים סמוכים להדיוטות משבטלה הסמיכה. ועולה השאלה היאך מקבלים אליביה גרים בלי שיהיו סמוכים בב"ד.

ויתכן שהרמב"ם הבחין בין ב"ד המורה הוראה לבין ב"ד העושה מעשה ב"ד בעלמא. וסובר דב"ד המורה הוראה זקוק מדאורייתא לסמיכה בכדי שיכשר. ואילו ב"ד העושה מעשה ב"ד בלבד ואינו מורה הוראה כשר מן התורה גם בדיינים הדיוטות, ומאחר שאין הב"ד של גירות עושה אלא מעשה ב"ד בעלמא בלי הוראה גם ההדיוטות כשרים לו.

[1297] והשווה ללשון הרמב"ם (פרק ב מהלכות סנהדרין הלי"א) וז"ל אחד שהיה מומחה לרבים או נוטל רשות מבי"ד הר"ז מותר לו לדון יחידי אבל אינו חשוב בי"ד עכ"ל. וע"ע ברשימות שיעורים לב"מ (נה. ד"ה אם הוזקקו).

[1298] וע"ע בזה ברשימות שיעורים ליבמות (קונטרס בענין גירות אות א).

ומאידך ב"ד הדן דין תורה בין בעלי דינים ומכריע ומורה, צריכים דייניו להיות סמוכים מן התורה ואין ההדיוטות כשרים בזה"ז אלא משום דין שליחותייהו קעבדינן.[1299]

והנה עד כאן ייסדנו ב' דברים בשיטת הרמב"ם: א) יחיד מומחה דמהני בהודאות והלוואות הוי דין בהוראה ולא בשם ב"ד, ב) סמיכה הוי דין בהוראה. ואם כנים הדברים יוצא ששיטת הרמב"ם בענין יחיד מומחה מבוארת כפתור ופרח. דהרי מדוייק דהרמב"ם סבור דאע"פ דג' הדיוטות דנין דיני הודאות והלוואות, מ"מ יחיד מומחה צריך להיות סמוך. דהרי כתב הרמב"ם (פרק ה מהלכות סנהדרין הל"ח) וז"ל דיני קנסות כגון גזילות וחבלות ותשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה והאונס והמפתה וכיוצא בהן אין דנין אותם אלא שלשה מומחים והם הסמוכין בארץ ישראל, אבל שאר דיני ממונות כגון הודאות והלוואות אינן צריכין מומחה אלא אפילו שלשה הדיוטות ואפילו אחד מומחה דן אותן, לפיכך דנין בהודאות והלוואות וכיוצא בהן בחוצה לארץ, אע"פ שאין בית דין של חוצה לארץ אלהים שליחות בית דין של ארץ ישראל עושין, ואין להן רשות לדון דיני קנסות בשליחותן עכ"ל. והרמ"ך (בכס"מ שם) דייק מלשון הרמב"ם דצריך שליחותייהו כדי לדון הודאות והלוואות בחו"ל והקשה עליו וז"ל תימה כיון שהוא פסק כרב אחא בריה דרב איקא דמן התורה חד נמי כשר דכתיב בצדק תשפוט עמיתך מנין שיהיה סמוך ועוד דאי בסמוך מיירי אפילו בדרבנן כשר ולא גזרינן משום יושבי קרנות ביחיד מומחה אפי' לא יהיה סמוך דן אפי' לכתחלה ותימה היא לפסק שלו אמאי אצטריך למימר בהודאות והלוואות שליחותייהו קא עבדינן בלי שליחותייהו יכולים חכמי בבל שאין סמוכים לדון דינייהו בהודאות והלוואות כיון דגמירי וסבירי וצריך עיון עכ"ל. ונמצא דנחלקו הרמב"ם והרמ"ך בדין יחיד מומחה, דלפי הרמב"ם צריך להיות סמוך ולפי הרמ"ך סגי בהדיוט.[1300]

ולפי דברינו נראה לבאר דהרמב"ם נקט דיחיד מומחה הוי דין בהוראה ולא בשם ב"ד, וסמיכה הוי דין בהוראה ולכן יחיד מומחה צריך להיות סמוך. אמנם י"ל דהרמ"ך נקט דיחיד מומחה אינו צריך סמיכה משום דסמיכה הוי דין בשם ב"ד ולא בהוראה.

והנה התוס' בסוגיין נקטו דלכו"ע ב"ד של גרות צריך שלשה. אמנם עיין בתוס' ביבמות (מה: ד"ה מי לא טבלה לנדותה) דנקטו דלרב אחא בריה דרב איקא חד כשר אפי' לגירות. ומבואר דס"ל דחל חלות שם ב"ד בדיין א' והוראתו הוי מעשה ב"ד ופסק ב"ד. ולשיטתם יש ב' דיני ב"ד: ב"ד דחד וב"ד דשלשה, ואע"פ דגירות בעי מעשה ב"ד ובעינן חלות שם

[1299] ע"ע בזה ברשימות שיעורים ליבמות (קונטרס בענין גירות אות יז).
[1300] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לב"ק (פד: בענין שליחותייהו קעבדינן, אות א).

ב"ד מ"מ גירות כשירה בדיין א' דחל עליו חלות שם ב"ד, ושפיר הוי מעשה ב"ד. ועיין בגמ' (כתובות כא:) שלשה שישבו לקיים את השטר שנים מכירים חתימת ידי עדים ואחד אינו מכיר עד שלא חתמו מעידים בפניו וחותם דקיום שטרות דרבנן ובדרבנן אמרינן דעד נעשה דיין. והקשה הרמב"ן (הובא בשיטה מקובצת כתובות כא: ד"ה והרמב"ן כתב וכו') וז"ל ואני תמה העדות שהעידו בפני אותו שלישי היאך שמה עדות והא צריך שלשה ואין עדות אלא בפני ב"ד. וי"ל כשהיה מומחה וראוי לדון בשאר דיני ממונות עכ"ל. ומשמע דס"ל לרמב"ן דחל שם ב"ד ביחיד מומחה ויכול לקבל עדות, והוראת יחיד מומחה אינה סתם הוראת חכם כבאיסור והיתר אלא הוי חלות שם מעשה ב"ד ופסק ב"ד. ולשיטתו י"ל דיחיד מומחה יכול לקיים שטרות (וכן פסק הרמ"א חו"מ סימן מו סעיף ד'). וי"ל לשיטת הרמב"ן דה"ה דדיין א' כשר למעשה ב"ד דגירות וכדסברי התוס' ביבמות.[1301]

גמ'. נהי דבידו לגרשה, בידו לקדשה.

לכאורה קשה דהרי אע"פ דאינו בידו לקדשה מ"מ זה ביד שניהם ביחד ומכיון דשניהם מסכימים עכשיו להתקדש פעם שנייה לאחר הגירושין למה לא נאמר דכל שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי. ונראה לבאר דבידו אינו דין בעלמא, אלא דאם המעשה בידו לעשות אזי הוא הוי הבעלים על המעשה ויכול להקנות בדבר שלא בא לעולם.[1302] ומכיון שבקידושין יש ב' בעלי דבר וצריך דעת שניהם, אפי' אם שניהם מסכימים אין אחד מהם הופך להיות הבעלים על המעשה ולכן אין להם הכח לעשות מעשה קידושין באופן דלא בא לעולם.

והגדר הזה דדין בידו מבואר גם מדברי התוס' לקמן דחילקו בין עד א' דעלמא לבין בידו היכא דאדם אמר נטמאו טהרותיך והבעלים מכחישו דהם טהורים. דאם אינו בידו של האחר לטמא את הטהרות אזי הוא אינו נאמן. אמנם אם בידו לטמאן הוא נאמן נגד הכחשת הבעלים. וצ"ל דהביאור בזה הוא דכל בידו נאמן מדין בעלים ולא מדין עד אחד דעלמא.

גמ'. אמר רבה לא א"ר אליעזר בן יעקב אלא בשחת אבל באגם לא, רב יוסף אמר אפילו באגם.

מדברי הגמ' יוצא דאע"פ דר' אליעזר בן יעקב ור"מ סבורים דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מ"מ צריך דהחפצא יהיה קצת בעולם. ולכן צריך לכל הפחות אגם ולרוב דעות צריך שחת, וגם בהיכי תמצי של קידושין צריך הוכר עוברה. ולכאורה צ"ב דהרי מבואר

[1301] וע"ע בזה ברשימות שיעורים ליבמות (מה: קונטרס בענין גירות אות א).
[1302] והשווה לדברי רבינו בשיעורים לקמן (סד. ד"ה אלא אמר רב אשי).

דלפי ר"מ אדם יכול למכור פירות דקל דעבידי דאתו לכשיבוא לעולם (ב"מ לג:) אע"פ דאין כאן פירות כלל והחפצא בכלל לא קיימת, וכך הקשה תוס' הרא"ש (ד"ה לא א"ר).

ותירץ וז"ל וי"ל דשחת או אגם לענין תרומה הוי כפירות דקל שלא באו לעולם דלענין קנין כשיבואו כל דהו לעולם יראו לקנין אבל שחת או אגם לא יראו לתרומה עד הבאת שליש עכ"ל. ונראה לבאר דתרומה הוי חלות שם בחפצא ולכן תרומה חלה רק בחפצא דפרי לאחר הבאת שליש וכדי לתרום עכשיו לכשיתלשו צריך שהחפצא תהיה קצת בעולם. אמנם מכירה וקנין אינו חלות שם בחפצא עצמו. ולפי"ז מובן דכדי להקנות לכשיבוא לעולם לא צריך שיהיה עכשיו חפצא כלל, אלא דכל היכא דעבידי דאתו סגי להקנותו לכשיבוא לעולם. וגם קידושין הוי חלות בחפצא ודינו כתרומה.

ועוד יש לתרץ דבין בתרומה ובין במכירה א"א לעשות מעשה הפרשה או מעשה מכירה כשהחפצא אינו בעולם כלל. אמנם במקרה של פירות דקל לכשיבואו לעולם אין כאן מעשה מכירה, אלא דמעשה הקנין חל עכשיו כהתחייבות ושעבוד הגוף לעשות המכירה לכישבוא לעולם. ולפי ר"מ יש חידוש דין דכשיבוא לעולם אזי ההתחייבות הזאת הופכת להיות קנין בפירות. ומובן דכל זה שייך רק במכירה דאפשר להתחייב ולהשתעבד למכור לקונה מסוים. אמנם בתרומה אין משמעות להתחייבות כלל ולכן צריך חפצא כל שהוא להיות בעולם עכשיו כדי שההפרשה תחול לכשיבוא לעולם. וקידושין דומין בזה לתרומה.

ועוד נראה לתרץ באופן שלישי דהמוכר פירות דקל אינו בעצם מוכר הפירות דאינם בעולם. אלא דהמכירה חלה על זכותו בדקל לפירותיו. ומכיון דהמכירה חלה על הדקל עצמו הקנין חל אע"פ דאין חפצא של פרי בעולם. אמנם בתרומה לא שייך לומר דהוא מפריש את חלקו בקרקע דמגדל את הפירות ולכן צריך לחכות עד שיהיה חפצא של פרי בעולם כדי להפריש לעתיד.[1303]

ונ"מ בין התירוץ השני לשאר התירוצים הוא אם לפי ר"מ אדם יכול להקנות פירות דקל שאינן שלו. דהרי לפי תוס' הרא"ש והתירוץ השלישי אע"פ דאין פירות בעולם עכשיו, מ"מ ר"מ עדיין אייר בקנין ומכירה ולכן פשיטא דהדקל צריך להיות שלו. מאידך לפי התירוץ השני דכשאין הפירות בעולם אזי לפי ר"מ אין כאן חלות קנין אלא חלות

[1303] ועיין במהרי"ט (סב: ד"ה וא"ר חנינא) דביאר באופן דומה וז"ל דהוי כמו שמקנה לו הדקל עצמו לפירותיו כיון דעביד דמייתי פירא אבל גבי תרומה לא שייך דמקנה הערוגה עצמה דלא מהני לענין תרומה דלא חל שם תרומה על הערוגה עכ"ל.

התחייבות ושעבוד הגוף על הגברא, אזי אדם יכול להתחייב עצמו בכל מילי.[1304]

גמ'. ואיכא דאמרי אמר רבה לא א"ר אליעזר בן יעקב אלא בשחת דבי כיבשא אבל בשחת דבי שקיא לא, רב יוסף אמר אפילו בשחת דבי שקיא.

לפי הלישנא בתרא בדעת ראב"י הפרשה באגם אינו מהני, אע"פ דהפרשה בשחת מהני, מר כדאית ליה ומר כדאית ליה. ולכאורה צ"ב דהרי לפי ראב"י הטעם דהפרשה באגם לא מהני אע"פ דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם הוא מפני דלכל הפחות בתרומה צריך חפצא של פרי בעולם, כנ"ל, ואגם אינו נחשב שם פרי. אמנם א"כ צריך בירור דלמה הפרשה בשחת מהני, הרי פרי חייב בתרו"מ רק כשהגיע לשליש ולפני כן אפי' הפרשת רשות אינה מהני (פרק ב מהלכות תרומות הל"י). ונראה דהטעם הוא דלפני הבאת שליש אינו נחשב לשם פרי כלל, וא"כ היאך ההפרשה חלה בשחת אפי' לפי ראב"י.

ונראה לבאר דיש חפצא של פרי לפני הבאת שליש. דהרי האיסור דערלה מתחיל בבוסר כמו שדייקנו מהרמב"ם בשיעורים לעיל (ב: בענין נט"ר בחו"ל, אות ב). אלא צ"ל דאע"פ דיש שם פרי לפני הבאת שליש, מ"מ יש דין בהפרשת תרו"מ דההפרשה חלה רק אחרי הבאת שליש.[1305] ולכן ניתן לומר דאגם אינו שם פרי כלל ולכן אי אפשר להפריש מאגם. אמנם בשחת, אע"פ דאינו מחוייב בתרו"מ והפרשה אינה חלה עכשיו מ"מ יש כאן חלות שם פרי ולכן למ"ד אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אפשר להפריש על העתיד.[1306]

גמ'. ואמר רבי חנינא לא שנו אלא שאין אשתו מעוברת, אבל אשתו מעוברת דבריו קיימים, כמאן כשהוכר עוברה ודברי הכל.

לפי רהיטת הסוגיא, אפי' כשהוכר עוברה הקידושין חלין רק לפי המ"ד דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם, אמנם לפי החכמים דסבורים דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אין קידושין חלין כלל בעובר. אמנם הרמב"ם מצד אחד פסק בהלכות מכירה (פרק כב הל"א) דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ומצד שני פסק (פרק ז מהלכות אישות הלט"ז) דקידושין חלין כשהוכר עוברה וז"ל האומר לחבירו אם ילדה אשתך נקבה הרי היא מקודשת לי בזה לא אמר כלום, ואם היתה אשת חבירו מעוברת והוכר העובר הרי זו מקודשת, ויראה לי שצריך לחזור ולקדש אותה מאביה אחר שתיולד כדי שיכניס אותה

[1304] ועיין בשיעורים לעיל (דף כח: בענין אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, אות ג) דלפי החכמים דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, נחלקו הראשונים האם אדם יכול להתחייב על דבר שלא בא לעולם.

[1305] וע"ע בשיעור דבוסר ושל הבאת שליש ברשימות שיעורים לב"ק (צד. בענין שיטת הרמב"ם בפטור הפקר במצוות התלויות בארץ, אות ב).

[1306] ועיין ברש"י (ד"ה אלא בשחת, וד"ה אבל באגם) וי"ל דכך נמי כוונתו וכדמבואר בדבריו, ודו"ק.

בקידושין שאין בהן דופי עכ"ל. והראב"ד הקשה דלכאורה הרמב"ם הולך בשיטת ראב"י דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם.

והגר"ח זצ"ל תירץ דבאמת הרמב"ם פסק דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, אלא דסבור דעובר הוי בעולם. אך כל זה לענין קנין האישות דחל בעובר אפי' לפני הלידה. אמנם הסוגיא דידן דן על קידושין בעובר כדבר שלא בא לעולם איירי בדין איסור שבאישות, וחלות איסור אישות חל רק על אשה גמורה דנולדה ולכן לפי המ"ד דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם חלות האיסור אישות אינה חלה כלל אפי' אחרי הלידה. וזה הביאור בסוף דברי הרמב"ם שצריך לחזור ולקדש אותה אחר שתיולד, דהרי חסר בה חלות איסור אישות. אמנם לפי ראב"י שאדם מקנה דבר שלא בא לעולם, אזי כל חלקי הקידושין חלין כשתיולד.[1307]

והביאור הזה תואם את שיטת הרמב"ם (פרק כב מהלכות מכירה הל"י) בענין המזכה לעובר וז"ל כשם שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, כך אין אדם מקנה למי שלא בא לעולם, ואפילו עובר הרי הוא כמי שלא בא לעולם, והמזכה לעובר לא קנה, ואם היה בנו הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו קנה עכ"ל. ומשמע מדבריו דבעצם עובר נחשב כבעולם כדי לזכות במתנה אלא דבעובר דעלמא אין לאדם דעת מקנה לזכות לעובר. ועיין בתוס' ר"י הזקן (סג.) שהביא את דעת הרמב"ם בדין המקדש עובר, וגם ציין שהרמב"ם פסק שהמזכה לעובר שלו קנה. וכוונתו כנ"ל, דדין זה מלמד דעובר הוי בעולם גם בדיני ממונות וגם בענין אישות אלא דהאיסור של אישות חל רק על אשה דנולדה.[1308]

דף סג.

תוד"ה כגון. בא"ד. וי"ל דר' יוחנן לטעמיה וכו' ומש"ה מוקי לה ר' יוחנן התם בעומדת באגם דראוי למשיכה אבל ברה"ר לא.

ועיין בתוס' ביבמות (צג. תוד"ה קנויה לך מעכשיו קנה) דהתוס' האריכו בדין קנין לאחר ל' לפי ר' יוחנן ושאר האמוראים, וז"ל ודין קנין אחר שלשים פר"י דהכי הוי דבכסף אפילו אינו בעין ובשטר כשהוא בעין ברשות קונה בסוף ל' קני בלא מעכשיו לכ"ע אבל משיכה

[1307] וע"ע בחידושי הגר"ח על הרמב"ם (פרק ז מהלכות אישות הלט"ז) דכתב שם באופן אחר, דהיינו דהחלות שם אישות בעלמא חלה בעובר בלי אישות ממש, אלא דכשתולד תחול חלות אישות ממילא בוולד ותהיה לגמרי מקודשת. ויש לרמב"ם ביאור אחר בגמ'. ורבינו זצ"ל אמר דקיבל הרבה חידו"ת מאביו הגר"מ זצ"ל בשם זקנו הגר"ח זצ"ל שהם לא כדברי הגר"ח זצ"ל בספרו על הרמב"ם. והוסיף רבינו זצ"ל שהגר"ח זצ"ל עבר על ספרו על הרמב"ם ושינה אותו הרבה פעמים ואין להקשות ממ"ש בספרו על מסורת אביו הגר"מ זצ"ל. ורבינו זצ"ל הוסיף שראה בעצמו כת"י של חידושי זקנו הגר"ח זצ"ל ששונות לגמרי ממה שנדפס.

[1308] אך ביאור דרבינו זצ"ל והגר"ח זצ"ל ברמב"ם לא נמצא בתוס' ר"י הזקן.

וחזקה וחליפין ושטר שנקרע לא מהני לכ"ע ואף דאם אמר מעכשיו ולאחר ל' [לא] מהני לכ"ע [ד]שטר הנאבד[1309] וחזקה וחליפין לא מהני לקנות לגמרי לרבי יוחנן כיון דבשעת גמר הקנין אין שטר וחזקה וחליפין אבל משיכה קונה במעכשיו ולאחר ל' כיון דבסוף ל' הפרה עומדת באגם שהוא מקום הראוי לקנין דע"י תחלת משיכה שהותחל קנין נעשה האגם רשותו והוי לה כמשיכה אריכתא ואפילו יצתה מן האגם תוך ל' או אפילו משכה המקנה לחצרו ושוב בתוך שלשים חזרה לאגם קני ולרב דמספקא ליה אי חזרה הוי לא מהני מידי מה שעומדת באגם ולשמואל דפשיטא ליה דתנאה הוי בכולהו קני כיון שלא חזר בו תוך הזמן עכ"ל.

ויוצא מדברי הר"י דלפי ר' יוחנן היכא דאמר מעכשיו ולאחר ל' בסודר ובחזקה הקנין אינו חל. אמנם במשיכה, קנין מעכשיו ולאחר ל' מהני כל עוד דהפרה נמצאת באגם או ברשות הקונה לאחר ל'. והביאור בזה הוא דר' יוחנן נקט דבקנין מעכשיו ולאחר ל', הקנין נמשך משעת מעשה הקנין עד לאחר ל' ואז הקנין נגמר.[1310] וא"כ מסתבר לחלק בין הקניינים. דהרי חזקה וסודר קונין מדין מעשה קנין (סודר מדין מעשה התחייבות וחזקה מדין מעשה דהוראת בעלות) ולכן אמרינן כלתה קניינו דהרי לא יתכן דמעשה קנין יתחיל מעכשיו ורק יגמר לאחר ל'. דהרי מיד לאחר המעשה פרח הקנין ואין לזה המשך. מאידך, משיכה קונה מדין הכנסה לרשות הקונה ולכן ניתן לומר דהקנין מתחיל מעכשיו ונמשך עד לאחר ל' כל עוד דהחפץ נמצא במקום הראוי להיות רשות הקונה, דהרי אז נחשב כמשיכה אריכתא דהוא מכניס החפץ לרשותו לכל הל' יום.

וכל זה לפי ר' יוחנן דמעכשיו ולאחר ל' הוי קנין נמשך. אבל לשמואל דמעכשיו ולאחר ל' הוי תנאי, אז קונה בכל מקרה דהרי יש רק רגע אחד של מעשה וחלות הקנין דהיינו מעכשיו.

גמ'. אמר לך ריש לקיש האי תנא ברא סבר אינה לשכירות אלא לבסוף, ותנא דידן סבר ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף.

לכאורה סברת ריש לקיש הוא דלפי המ"ד ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף אזי כל רגע של עבודה הוי פחות משו"פ וחסר כסף הקידושין. אמנם לכאורה קשה דהרי מצינו לעיל (מו.) דאם אדם נותן לאשה כמה דברים ברצף שכל אחד מהם הוי פחות משו"פ, יש לצרפם ביחד לכסף קידושין. דאיתא במשנה שם וז"ל האומר לאשה התקדשי לי בתמרה זו התקדשי לי בזו, אם יש באחת מהן שוה פרוטה מקודשת, ואם לאו אינה

[1309] זהו גירסת המהרש"א בתוס'.

[1310] כמו שהתוס' פירשו בדעת ר' יוחנן לעיל (ס. תוד"ה אפילו מאה). אמנם עיי"ש בשיעורים דהרשב"א ביאר את דעת ר' יוחנן דקידושי מאה תופסין בה מטעם אחר.

מקודשת, בזו ובזו, אם יש שוה פרוטה בכולן מקודשת, ואם לאו אינה מקודשת, היתה אוכלת ראשונה ראשונה, אינה מקודשת עד שיהא באחת מהן שוה פרוטה עכ"ל. ועיין שם בגמ' (מז.) וז"ל אמר רבא לא שנו אלא דאמר לה בזו ובזו ובזו, אבל אמר לה באלו, אפילו אוכלת נמי מקודשת, כי קא אכלה מדנפשה קאכלה עכ"ל. ומבואר בגמ' דאם אמר "התקדשי לי באלו" ונותן לה הפירות בזה אחר זה ואפי' אם היא אוכלת הפרי הראשון לפני שהוא נותן לה הפרי השני, עדיין הקידושין חל. ומוכרח מזה דלא בעינן נתינת שו"פ בבת אחת כדי דהקידושין יחול. וא"כ מדוע שכירות אינו מהני לפי המ"ד דישנה לשכירות מתחילה ועד סוף.[1311]

ונראה לבאר דהמחלוקת האם ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף או אינה לשכירות אלא לבסוף אינו רק בנוגע לשעת המחייב אלא בעצם יסוד דין דשכירות. דלפי המ"ד דאינה לשכירות אלא לבסוף המחייב הוי הפעולה דהשכיר עושה עבור המשכיר ולכן החיוב חל בגמר הפעולה. וא"כ יוצא דהפועל יכול לקדשה בחפצא של פעולה דהוא עושה בעד המשכיר. אמנם לפי המ"ד דישנה לשכירות מתחילה ועד סוף אין פעולת השכיר המחייב של השכירות אלא המחייב של השכירות הוי עצם זה דהוא נקנה למשכיר לזמן מסויים אע"פ דאינו עושה פעולה בעדו. ולכאורה זה מה שיוצא מהתוס' (יז. ד"ה חלה שלש) דאיירי בדין עבד כנעני ופועל דחלה באמצע הזמן. דהרי בעבד עברי אמרינן דאם חלה שלש ועבד שלש אינו חייב להשלים, לעומת פועל דחייב להשלים. והתוס' ביארו את החילוק בב' אופנים: א) עבד עברי גופו קנוי ולכן הוא מקבל שכרו אפי' בלי לעשות פעולה מסויימת. אמנם פועל בעלמא אין גופו קנוי והוא מקבל שכרו לפי העבודה דהוא עושה. ב) יש גזה"כ בעבד עברי דאינו שייך לפועל דעלמא. וביארנו בשיעורים לעיל דהדעה השניה בתוס' לא ביארה כמו הדעה הראשונה משום דהדעה השניה סבורה דגם בפועל אמרינן דגופו קנוי למשכיר. ונמצא, דלפי הדעה השניה בתוס', אין הפעולה המחייב של שכירות אלא עצם זה דהוא נקנה למשכיר לזמן מסוים.

ולפי"ז אפשר להבין למה לפי המ"ד ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף אין הקידושין חלין. דהרי המחייב של שכירות הוי הא דגופו קנוי לזמן מסוים ואין לפועל היכולת להקנות את זה לאשה כדי לקדשה.[1312]

[1311] ועיין בשיעורים לעיל (ו: בענין חלות קנין במחילת מלוה והנאת מחילת מלוה, אות א) דרבינו זצ"ל תירץ את הקושיא הזאת באופן אחר.

[1312] לכאורה כוונת רבינו זצ"ל היא דלפי המ"ד דאינה לשכירות אלא לבסוף הפועל יכול לקדשה בחפצא של הפעולה דהוא עושה בעדה דהיא שווה כסף. אמנם לפי המ"ד דישנה לשכירות מתחילה ועד סוף הוא רוצה לקדשה עם הקנין שיש לה (המשכיר) על עצמו (הפועל) וזה בלתי אפשרי.

ועוד י"ל באופן אחר דיש לחלק בין חפצים שונים דכולם ביחד הוו שו"פ, לבין היכא דרוצה לצרף פחות משו"פ מב' זמנים שונים.[1313] דהרי י"ל דכל פעם דהוא נותן לה פחות משו"פ יש מעשה נתינה לשם קידושין אלא דחסר השיעור דשו"פ, ולכן ניתן לצרף כל מעשי הנתינה האלו בסוף כשיש שו"פ. מאידך בשכירות לפי המ"ד ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף נוצר התחייבות דפחות משו"פ כל רגע ורגע ואין כאן חלות מעשה נתינה כלל. ולכן לבסוף כשנוצר התחייבות של פרוטה אי אפשר לצרפם ביחד.[1314]

ויש להוכיח דחפצא בעין דפחות משו"פ הוי חפצא של שוויות דגורם לחלות שם מעשה נתינה לשם קידושין מהגמ' בב"מ (מז:) בנוגע להלכות כלי לחליפין וז"ל ביה רב פפא אמר למעוטי מטבע ורב זביד ואיתימא רב אשי אמר למעוטי איסורי הנאה עכ"ל. ויש להקשות דהרי כלי פחות משו"פ מהני לחליפין וא"כ מאי שנא כלי פחות משו"פ דלכאורה אין בו שוויות ע"פ דין לבין כלי דאסור בהנאה. אלא צ"ל דכלי דאסור בהנאה אין לו שוויות כלל ואינו חפצא של ממון. ברם כלי דפחות משו"פ הוי חפצא של ממון אלא דאין בו שיעור דממון. ובחליפין לא צריך שיעור דממון כמו דבעינן בקנין כסף אלא סגי בחפצא של ממון ולכן קונין בכלי פחות משו"פ.

ומכיון דרואים דע"פ דין יש חלות שם חפצא דממון אע"פ דאין בו שיעור פרוטה מסתבר דהיכא דקידש בהרבה חפצים דפחות משו"פ דיש בכל נתינה חלות שם נתינה לשם קידושין ולכן אפשר לצרפם ביחד לגרום לשיעור דפרוטה. אמנם שעבוד דפחות משו"פ אינו חפצא דממון וגם אין בו שיעור שוויות דממון ולכן אי אפשר לצרפם ביחד לפי המ"ד דישנה לשכירות מתחילה ועד סוף.

משנה. על מנת שירצה אבא, רצה האב מקודשת.

עיין ברמב"ן בגיטין (כה: ד"ה תולה) דנקט דהקידושין חלין רק לפי המ"ד דיש ברירה, וז"ל ועדיין אני אומר דשאני ע"מ שירצה שכיון שהדבר מסור ללב אין אומרים כשרצה האב עכשיו הוברר הדבר שרצה משעה ראשונה אלא לדברי האומר יש ברירה וכו' וזה הכלל שאני אומר בברירה כל דבר שתנאו במעשה כשתלה תנאי בדבר אחד ומעשה אחד אע"פ שתנאו במעשה אחרים הרי זה קיים, כגון גטו של שכיב מרע לדברי האומר

[1313] לכאורה זהו גם כוונת הרשב"א דהקשה קושיית רבינו זצ"ל ותירץ וז"ל וי"ל דהתקדשי לי באלו שאני הואיל ואיתנהו כולהו קמן מונה והולך הוא אבל שכירות דבשעה דאיתיה להאי פורתא ליתיה להאי ולא אתי להאי עד דאזיל ליה אידך לא חזו לאצטרופי כלל, והלכך אינה מקודשת עכ"ל.

[1314] ועוד י"ל באופן דומה דאם שכירות אינה אלא לבסוף אזי יש נתינת הפעולה לבסוף לאשה שנחשבת לנתינת כסף הקידושין הזקוק למעשה נתינת חפצא דכסף. משא"כ אי ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף ליכא נתינת פעולה לאשה כי המשכיר מתחייב לפועל עבור מעשה פעולתו בכל רגע ורגע ולא בעד החפצא של הפעולה, וא"כ ליכא נתינת חפצא של כסף ופסול לקידושין.

מגורשת למפרע, וה"ה לכותב גט לשם פלונית אשתו אם תצא בפתח תחילה לחברותיה ואם לאו לא תהא גט שאם נתקיים התנאי הרי זה גט וכו' אבל התולה ברצון אחרים או בשל עצמו אע"פ שלא התנה בשני דברים אין אומרים כשרצה הוברר הדבר וחל משעה ראשונה אלא לדברי האומר יש ברירה עכ"ל. כלומר, דכל היכא דקיום התנאי או ביטול התנאי הוי ברצון לבד דהוי שוא"ת, אזי נחשב כברירה ולא כתנאי.[1315]

דף סג:

משנה. קדשתי את בתי ואיני יודע למי קידשתיה, ובא אחד ואמר אני קידשתיה נאמן.

בענין האומר אני קידשתיה

א

עד א' בדבר שבערוה שלא כנגד החזקה

ועיין בר"ן (כז. בדפי הרי"ף ד"ה אמר רב) דהקשה למה אחד מן השוק נאמן לומר דהוא קידש אותה הרי הסוגיא איירי באיסור אשת איש דהוי דבר שבערוה, וז"ל ואע"פ שאין דבר שבערוה פחות משנים ועד אחד דמהימן לומר מת בעליך היינו טעמא משום דאיהי דייקא ומינסבא ומתוך חומר שהחמרת עליה בסופה והכא ליתיה להאי טעמא התם הוא להוציאה מחזקתה אבל זה שמעמידה בחזקתה אלא שאומר שנתקדשה לו נאמן עכ"ל. כלומר דלפי הר"ן עד א' אינו נאמן בדבר שבערוה רק היכא דאיתחזק איסורא, אבל עד א' נאמן בדבר שבערוה אם הוא אינו מעיד נגד החזקה. וזה תלוי בב' הגירסאות בריש גיטין (ב:), דיש הו"א בגמ' שם דעד אחד נאמן להעיד דהגט נכתב לשמה להתיר אשת איש. והגמ' שם הקשה לפי גירסתנו וז"ל אימור דאמרינן עד אחד נאמן באיסורין, כגון חתיכה ספק של חלב ספק של שומן, דלא איתחזק איסורא, אבל הכא דאיתחזק איסורא דאשת איש הוי דבר שבערוה, ואין דבר שבערוה פחות משנים עכ"ל. לפי גירסתנו הגמ' רק הקשה קושיא אחת, דאיירי באיתחזק איסורא באשת איש. אבל הרבה ראשונים גרסו והוי דבר שבערוה (עם "ו") במקום "הוי דבר שבערוה" ולפי הגירסא הזאת הגמ' הקשה ב' קושיות שונות: א) דאיתחזק איסורא, ב) דהוי דבר שבערוה. ויש בזה נ"מ גדולה בנוגע לעד א' בדבר שבערוה דלא הוי נגד חזקה, דלפי הגירסא הראשונה עד אחד נאמן ולפי הגירסא השניה עד א' אינו נאמן בדבר שבערוה אפי' בלי חזקה נגדו. וא"כ יוצא דהר"ן

[1315] והשווה לדברי רבינו זצ"ל בשיעורים לעיל (סא. בענין תנאי וטעות, אות ד) בשיטת רש"י בחילוק בין תנאי לברירה.

גרס כגירסא הראשונה דיש רק קושיא אחת, ולכן נקט דעד א' נאמן בדבר שבערוה אם אין כאן חזקה נגדו.[1316]

ולפי הראשונים דחולקים על הר"ן וסברי דעד א' אינו נאמן בכל דבר שבערוה לכאורה קשה מסוגייתנו. ונראה לבאר דמי שבא ואמר דהוא קידש אותה אינו נאמן בתורת עד א' אלא בגלל דיש חזקה (אומדנא) דאינו משקר בגלל דהוא מירתת מהאב. דהרי הגמ' עצמה הזכירה את זה בשיטת רב דסבור דהוא נאמן רק ליתן גט ולא לכונסה. והגמ' הקשה מהמשנה דאם ב' הגיעו ושניהם אמרו דהם קידשו אותה אז א' נאמן וז"ל תנן רצו אחד נותן גט ואחד כונס תיובתא דרב, אמר לך רב שאני התם דכיון דאיכא אחר בהדיה אירתותי מירתת עכ"ל. ורואים מזה דלפי רב, האדם השני נאמן יותר ממי שבא לבדו ואמר דהוא קידש אותה, בגלל דהשני אירתותי מירתת. ועיין ברש"י (ד"ה אף נאמן לכנוס) דביאר אף שיטת רב אסי דמי שבא מן השוק נאמן לכנוס ע"פ הטעם דמירתת, וז"ל אף נאמן לכנוס - דלא חציף למימר לפני האב שקבל הקידושין אני הוא דמירתת דלמא מכחיש ליה ואמר ידענא דלאו את יהבת לי קידושין עכ"ל. וא"כ י"ל דהחזקה הזאת דהוא אינו משקר בגלל דאירתת גם מתרץ את קושיית הר"ן, וזה הטעם דהוא נאמן אע"פ דאיירי בדבר שבערוה.[1317]

ב

נאמנות הראשון מן השוק נגד השני מן השוק

ולכאורה יש להביא ראיה לשיטת הר"ן דהוא נאמן בתורת עד א' ולא רק מטעם אומדנא דמירתת מהברייתא המובא לקמן בסוגיא דאחרי דבא אחד מן השוק ואמר אני קדשתיה וכונסה דשני אינו נאמן לאוסרה על הראשון, וז"ל תניא כוותיה דרב אסי, קידשתי את בתי ואיני יודע למי קידשתיה ובא אחד ואמר קידשתיה אף נאמן לכנוס, כנסה ובא אחר ואמר אני קדשתיה לא כל הימנו לאוסרה עליו עכ"ל. ויש לעיין למה השני דאמר אני קדשתיה אינו נאמן כלל. ובשלמא לפי הר"ן דיש להראשון הכח דעד א' וחל הדין דעולא דכל מקום דהאמינה תורה עד א' הרי כאן שנים (כתובות כב:),[1318] אזי שפיר מובן דיש לראשון מן השוק הדין דב' עדים ומי שבא לאחרי זה אינו נאמן נגד הכח דב' עדים. אבל לפי הביאור השני דהבא מן השוק ואמר אני קידשתיה נאמן בגלל החזקה דמירתת,

[1316] עיין בזה ברמב"ן (גיטין ב: ד"ה אבל הכא) ובבית הלוי (חלק ב סימן לז).

[1317] וכן איתא ברשב"א (כתובות כב. ד"ה אמר), דלפי רב אסי הוא נאמן לכנוס בגלל החזקה דמירתת ולא בגלל הנאמנות דעד א' בעלמא וז"ל וי"ל דהתם היינו טעמא משום דאחר חזקה לא משקר דרתותי מירתת דילמא מידכר אב ולא מחפה עליה וכטעמא דאמרי' אליבא דרב דאקשינן עליה מדתנן זה אומר אני קדשתיה וזה אומר אני קדשתיה רצו אחד נותן גט ואחד כונס ופרקינן אמר לך רב שאני התם דכיון דאיכא אחר בהדיה רתותי מירתת עכ"ל.

[1318] א"נ דאחרי שהראשון כונסה איתחזק איסורה באשת איש והשני אינו נאמן במקום דאיתחזק איסורה.

אזי קשה למה הראשון נאמן יותר מהשני דהרי החזקה דמירתת גם שייך לשני. וא"כ כשהשני אמר אני קידשתיה הדין ראוי להיות דהאשה אסורה על שניהם מספק.[1319]

ונראה לבאר ע"פ הסוגיא בכתובות (כב:) וז"ל ת"ר שנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת, שנים אומרים נתגרשה ושנים אומרים לא נתגרשה הרי זו לא תנשא ואם נשאת לא תצא, רבי מנחם בר יוסי אומר תצא, אמר רבי מנחם בר יוסי אימתי אני אומר תצא בזמן שבאו עדים ואח"כ נשאת, אבל נשאת ואח"כ באו עדים לא תצא, מכדי תרי ותרי נינהו הבא עליה באשם תלוי קאי, א"ר ששת כגון שנשאת לאחד מעדיה, היא גופה באשם תלוי קיימא, באומרת ברי לי עכ"ל. דהיינו, דבמקום תרי ותרי, אם היא נישאת לאחד מעדיה וגם היא אומרת ברי לי הדין הוא שלא תצא. וי"ל דהוא הדין הכא בסוגיא דידן, דאע"פ דיש עד א' עם חזקה דמירתת נגד עד א' עם חזקה דמירתת ומסברא היינו חושבים דהיא אסורה להשאר עם בעלה, מכיון דהיא נישאת לאחד מעדיה והיא גם אומרת ברי לי דנתקדשתי לו, הדין הוא לא תצא. וא"כ יוצא דיש נ"מ בין ב' הביאורים ביסוד הנאמנות של הבא מן השוק היכא דהאשה אומרת איני יודעת. דאם הראשון דבא מן השוק נאמן בתורת עד א' נאמן באיסורין והרי דינו כאן כשנים, אזי אין היא צריכה לומר ברי לי, אבל אם הוא נאמן מחמת החזקה דמירתת אזי היכא דיש עד א' אחר דסותר לראשון, הדין הוא לא תצא מן הראשון רק אם היא אומרת ברי לי.[1320]

אבל לכאורה הנחה זו דאם האומר אני קידשתיה נאמן כעד אחד אזי חל עליו הדין דהריהו כשנים, באמת תלוי באשלי רברבי. דהרי הכלל הזה נזכר בגמ' רק בשלושה מקומות: א)לגבי עד א' במיתת הבעל (כתובות כב:), ב) לגבי עד א' בסוטה (סוטה לא:), ג) לגבי עד א' בעגלה ערופה (סוטה מז:). ויש לעיין האם הדין דעולא דעד א' נאמן כב' עדים מוגבל לג' המקומות האלו או"ד דהדין דעולא חל על כל היכא דיש נאמנות לעד א' כמו בעד א' נאמן באיסורין בעלמא. ונחלקו בזה הראשונים. דעיין בנימוקי יוסף (יבמות כח. בדפי הרי"ף ד"ה הרי כאן) דהביא מהריטב"א דהדין דעולא חל רק היכא דמעיקר הדין בעינן ב' עדים ואעפ"כ התורה האמינה עד א', אבל באיסורין דבעינן רק עד א' מעיקר הדין אזי אין טעם לומר דהרי הוא כשנים, וז"ל וכתב הריטב"א ז"ל נראין דברים כדברי ר"י ז"ל שאמר דדוקא בעדות דבר שבערוה דבעינן שנים והאמינוהו לזה כשנים אבל

[1319] ואולי י"ל דלשני ליכא חזקת מירתת דהא השני בא והכחיש את הראשון שהאב לא הכחישו, והראייה מזה דהשני אינו מירתת לא מהראשון ולא מהאב.

[1320] לכאורה אין הדינים שווים כי שם יש נאמנות דעדות של שנים ולכן יש לה להנשא לאחד מעדיה, משא"כ כאן דליכא חלות עדות אלא אומדנא דמירתת בעלמא דמוכחשת מהאומדנא דמירתת של השני. ואולי י"ל אחרת שלאחר שכבר נשאת לראשון חלה אומדנא נוספת דאין אדם עושה בעילתו ביאת זנות לאשה ולראשון ואומדנא זו אלימתא טפי מהאומדנא דמירתת של השני שבזה שוה לראשון דג"כ מירתת ודו"ק.

באיסור דעלמא דסגי בחד כיון שלא האמינוהו אלא כחד כי אתא אחרינא ואכחשיה הויא הכחשה כחד לגבי חד עכ"ל.[1321] אבל מאידך המהרי"ק (שורש לג) נקט דהדין דהרי כאן שנים שייך אפי' בעד א' נאמן באיסורין דעלמא. דהמהרי"ק נשאל היכא דאחד שחט בהמה ואח"כ בא שני ואמר דהשחיטה היתה שלא כהוגן והשוחט עצמו מכחישו ואומר שהוא שחט כהוגן. והוא פסק דהשחיטה כשרה ואנו מאמינים השוחט נגד העד האחר מכמה וכמה טעמים ואחד מהם שייך לענייננו וז"ל עוד נלע"ד דיש להאמין השוחט ולהכשירו מדעולא דבכל מקום שהאמינה תורה עד אחד הרי כאן שנים ואין דבריו של אחד במקום שנים עכ"ל. וכן פסק השו"ע ריש יו"ד (סימן א סעיף יד) וז"ל שוחט, שהעיד עליו עד אחד ששחט שלא כהוגן, והוא מכחישו, עד אחד בהכחשה לאו כלום, והעד עצמו מותר לאכול מכאן ולהבא עכ"ל. ונמצא דפליגי הריטב"א נגד המהרי"ק והמחבר האם הדין דעולא דיש דין ב' עדים לעד א' שייך רק היכא דמעיקר הדין בעינן ב' עדים, או דחל גם בעד א' דנאמן באיסורין בעלמא.[1322]

וא"כ יש להעיר דהביאור הנ"ל בדעת הר"ן תלוי במחלוקת הראשונים. דביארנו דלפי הר"ן דהאומר אני קידשתיה נאמן בתורת עד א', דהאדם השני דאומר אני קידשתיה אינו נאמן בגלל דחל על הראשון הדין דעולא והרי כאן שנים. אך זה נכון רק לפי המהרי"ק דהדין דהרי כאן שנים חל אפי' בעד אחד שנאמן באיסורין דעלמא. אבל לפי הריטב"א דאין עד א' באיסורין נאמן כשנים, אזי עדיין צ"ע בסוגיא דידן, למה לפי הר"ן הראשון דאמר אני קידשתיה נאמן נגד השני המכחישו אם יש לשניהם אותה נאמנות דעד אחד.[1323]

ועוד יש להעיר דלפי הרמב"ם יש עוד טעם למה הדין דעולא דעד א' נאמן כשנים אינו שייך להאומר אני קידשתיה. דהרי הרמב"ם נקט דהדין דעולא חל רק בעד דכשר להעיד בב"ד ולא במי דפסול להעיד, אפי' אם הפסול אינו שייך לעד אחד נאמן באיסורין. ולכן הרמב"ם פסק (פרק ט מהלכות רוצח הלי"ג-הלי"ד) דאע"פ דאשה נאמנת באיסורין, לא חל עליה הדין דהרי כאן שנים, וז"ל עד אחד אומר ראיתי ההורג ועד אחד הכחישו ואמר לו לא ראיתה היו עורפין, במה דברים אמורים בשבאו שניהם כאחת אבל אם אמר אחד אני ראיתי את ההורג הרי זה נאמן כשנים לענין זה ואם בא אחר כך עד אחד והכחישו ואמר לו לא ראיתה אין משגיחין על דברי האחרון ואין עורפין וכו' אשה אומרת ראיתי

[1321] וע"ע בזה בחידושי הגר"ח על הרמב"ם (פרק ט מהלכות רוצח הלי"ד).

[1322] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לשבועות (מז: ד"ה חו"מ סי' לא, ש"ך סק"א) ולב"ק (עב: תוד"ה דאי).

[1323] ואולי י"ל דאע"פ דנאמן מדין עד א' כיון דאינו מכחיש חזקת אשת איש, מ"מ חלה נאמנות שלו בקידושין דהוי דבר שבערוה ובכן חל עליו דין שנים בדבר שבערוה נגד השני, שלא כדין עד א' באיסורין דעלמא.

את ההורג ואשה אחרת מכחשת אותה ואומרת לא ראית היו עורפין, בין שבאו שתיהן כאחת בין שבאו זו אחר זו עכ"ל. והגר"ח זצ"ל (פרק ט מהלכות רוצח הלט"ו) האריך לבאר את החילוק בין עד כשר דנאמן מדין עדות לבין עד פסול דנאמן באיסורין מדין נאמנות בעלמא ולא חל עליו הדין דהרי כאן שנים.[1324] ולכאורה הבא מן השוק ואומר אני קידשתיה בסוגיא דידן דומה לאשה דאומרת ראיתי את ההורג. דהרי, אע"פ דיש לו נאמנות בתורת עד א' נאמן באיסורין, אך לפי דבריו הרי הוא בעל דבר באישות הזאת ופסול לעדות בב"ד. וא"כ לא חל עליו הדין דעולא והוא אינו נאמן כשנים, וחזרה קושיא לדוכתא דלמה הראשון דאמר אני קידשתיה נאמן יותר מהשני דמכחישו. וצ"ל דס"ל לר"ן דדין הריהו כשנים חל בכל עד א' ואפי' מי שפסול לעדות דעלמא אך נאמן באיסורין.

ג

עוד נ"מ ביסוד הנאמנות דהאומר אני קידשתיה

ועוד נראה דיש עוד נ"מ בין ב' השיטות ביסוד הנאמנות של האומר אני קידשתיה, דהיינו בנוגע למתי חל הדין דהראשון מן השוק נאמן נגד השני. דהרי רהיטת לישנא דהגמ' משמע דהראשון נאמן נגד השני רק אם הוא כבר הכניסוה לחופה. אבל עיין ברשב"א (סג: ד"ה כנסה) דלא בעינן כנסה ממש אלא התירוהו לכנסה וז"ל כנסה ובא א' ואמר אני קדשתי' לא כל הימנו לאוסרה עליו. ומסתברא דלא סוף דבר כנסה ממש אלא כיון שהתירוהו לכנסה אע"פ שלא כנסה, וכאותה שאמרו בפרק האשה שנתאלמנה (כתובות כג.) גבי שבויה ואם משנשאת באו עדים לא תצא ואתמר עלה אמר שמואל לא נשאת נשאת ממש אלא כל שהתירוה לינשא אע"פ שלא נשאת ומאי לא תצא לא תצא מהתירה הראשון עכ"ל. וב' הדעות האלו הובאו בשו"ע (אה"ע סימן לז סעיף כג) וז"ל בא אחד וכנסה, ואח"כ בא אחד ואמר אני קדשתיה, אינו נאמן לאוסרה עליו. וי"א דאפילו לא כנסה ממש, אלא כיון שהתירוה ליכנס ככנסה דמי עכ"ל.

ונראה דהמחלוקת הזאת תלויה בב' הביאורים הנ"ל. דאם הראשון מן השוק נאמן בתורת עד א' והוא נאמן נגד השני בגלל הדין דכל מקום שהאמינה התורה עד א' הריהו כשנים, אזי י"ל דהדין הזה חל כשב"ד התירה להנשא לו ומהרגע הזה העד השני אינו נאמן כנגדו. מאידך אם הוא נאמן בגלל החזקה דמירתת אזי הטעם דהשני אינו נאמן לאוסרה עליו הוא משום דהיא אומרת ברי לי כמו דין הסוגיא בתרי ותרי ונישאת לאחד מעדיה בכתובות (כב:). וא"כ היא מותרת להשאר עם הראשון רק אם היא באמת נישאת

[1324] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לשבועות (לב. ד"ה בעד טומאה).

לו בפועל.[1325]

ועיין בשו"ע (אה"ע סימן לז סעיף כא) דאם בא אחד מן השוק ואמר אני קדשתיה אבל האב מכחיש אותו ואומר דהוא לא קידש אותה, דהיא אפי' לא צריכה הימנו גט וז"ל אבל אם האב מכחישו, יש מי שאומר שאינו נאמן אפילו להצריכה גט עכ"ל. ולכאורה י"ל דהדין דהאב מכחישו ג"כ תלוי בשני הצדדים הנ"ל. דאם האומר אני קידשתיה נאמן בתורת עד א' אזי י"ל דאם האב מכחישו יש כאן עד א' נגד עד א', ועד א' בהכחשה לאו כלום הוא. ועוד, היכא דשני עדים מכחישים זה את זה, ואחד מהעדים הוי הבעלים, אזי הבעלים נאמן נגד העד אחד מן השוק. דהנה עיין בסוגיא לקמן (סה:) שכשיש הכחשה בעניני טומאה בין עד אחד מן השוק לבין הבעלים, דהבעלים נאמן נגד העד מן השוק וז"ל ותנא תונא עד אחד אומר נטמאו, והלה אומר לא נטמאו פטור עכ"ל. וא"כ גם כאן מסתבר דלפי הר"ן דהבא מן השוק ואומר אני קדשתיה נאמן בתורת עד א', דהאב דהוי הבעלים נאמן כנגדו להכחישו מדין בעלים.

מאידך אם האומר אני קדשתיה נאמן בגלל החזקה דמירתת אזי לכאורה קשה להבין היש מי שאומר בשו"ע, דהרי החזקה דמירתת עדיין קיימת כשהאב מכחישו. ומצינו דבר דומה בנוגע לאשה נשואה דאומרת דבעלה גירשה והוא מכחישה ואומר דלא נתן לה גט, דהיא עדיין נאמנת מחמת החזקה דאינה מעיזה פניה בפני בעלה, וכדמבואר בגמ' (כתובות כב:) וז"ל והאמר רב המנונא האשה שאמרה לבעלה גרשתני נאמנת, חזקה אין אשה מעיזה פניה בפני בעלה עכ"ל. וא"כ גם הכא, יש להאומר אני קידשתיה חזקה דאינו חציף לשקר בגלל דמירתת מהאב וא"כ למה אינו נאמן בגלל החזקה הזו נגד האב. ונראה לבאר דאם הוא היה נאמן אפי' נגד האב דמכחישו אזי כל החזקה דמירתת אינה קיימת. דהרי י"ל דהוא רק מירתת לומר אני קדשתיה בפני האב בגלל דאם הוא משקר והאב מכחישו דהאב נאמן ולא הוא, ומפני דהוא היה מפסיד נגד הכחשת האב הוא מירתת לשקר. וא"כ כל הנאמנות דהאומר אני קדשתיה בנוי על זה דהוא אינו נאמן נגד האב ואז יש לו החזקה דמירתת כשהאב אומר איני יודע.[1326]

גמ'. איבעיא להו מהו לסקול על ידו רב אמר אין סוקלין ורב אסי אמר סוקלין.

ונראה לבאר דפליגי בגדר נאמנות האב ובגזה"כ דאת בתי נתתי לאיש הזה. דהרי בלי גזה"כ יתכן דהאב לא היה נאמן משום דהוא עד אחד במקום דבר שבערוה הזקוק לשני

[1325] ואם זה משום החזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות כנ"ל, אזי פשיטא שחייבת להנשא לו בפועל.

[1326] ועיין בחידושי הגהות על הבית יוסף (שם) וז"ל ומ"ש רבינו אבל אם האב מכחישו אינו נאמן אפילו להצריכה גט, פשוט הוא דכיון דעיקר טעמא דנאמן משום דמירתת דילמא מכחיש ליה ואם גם במכחישו היה נאמן א"כ מאי מירתת איכא עכ"ל.

עדים. ורב נקט דהגזה"כ דואת בתי נתתי מלמד דבנוגע לעצם הקידושין התורה מאמינה את האב מדין עד אחד שנאמן באיסורין אע"פ דהוא עד אחד המעיד בדבר שבערוה. אבל מכיון דהאב נחשב כעד אחד באיסורין אלא יש גזה"כ דהוא נאמן בקידושין, מסתבר דהוא אינו נאמן לסקול על ידו דהרי אין גזה"כ להאמין אותו ממש כשנים. מאידך, רב אסי סבור דהגזה"כ דואת בתי נתתי מלמד דהאב נאמן כב' עדים בנוגע לקידושי בתו ומכיון דהוא נאמן כב' עדים בדבר שבערוה סוקלין על ידו.[1327]

גמ'. ואמר רב אסי הני שמעתתא דידי מרפסן איגרי, השתא ומה במקום שאם בא לכנוס כונס אמרת סוקלים, מקום שאם בא לכנוס אין כונס אינו דין שסוקלין, ולא היא לאב הימניה רחמנא, לדידה לא הימנה.

ויש להבין את השו"ט דרב אסי, למה קסבר בהו"א דלא מסתבר דסוקלין היכא דהאב אמר קידשתי ולא סוקלין היכא דהיא אמרה נתקדשתי, ובמסקנא נקט דהתורה האמינה לאב. ונראה לבאר ע"פ דברי הירושלמי בגדר נאמנות הבא מן השוק לכנוס לפי רב אסי. דלעיל ביארנו דהוא נאמן או מדין עדות או מדין אומדנא דמירתת. אבל בירושלמי לכאורה עולה גדר חדש, דהיינו דהבא מן השוק מצורף לנאמנות דהאב ונאמן מכח הגזה"כ דאת בתי נתתי. דעיין בירושלמי (פרק ג הל"ז) דהקשה על השיטה דהבא מן השוק נאמן לכנוס, וז"ל מתניתא פליגא על רב המביא גט ממדינת הים ואמר בפני נכתב ובפני נחתם לא ישא את אשתו, תמן הוחזקה אשת איש בפני הכל ברם הכא לא הוחזקה אשת איש אלא בפני שנים, לכשיבואו שנים ויאמרו זהו שקידש עכ"ל. פירושו, דהירושלמי הקשה למה הבא מן השוק נאמן לכונסה אם מי שבא ואמר בפני נכתב ובפני נחתם אינו נאמן לכנוס דהרי בשניהם יש חשש דאולי יצרו תקפו. והירושלמי מבארת דבמשנה דידן היא לא הוחזקה כאשת איש לפני הכל אלא על פי האב (ושני העדים דראו את הקידושין). ועיין בר"ן (כז. בדפי הרי"ף ד"ה ומודה) דביאר את דברי הירושלמי וז"ל ברם הכא לא הוחזקה אשת איש אלא בפני שנים לכשיבאו שנים יאמרו פלוני קדש כלומר אין זה אלא שמברר דבורו של אב דשמא כשיבאו עדי הקידושין יאמר שהוא קדשה עכ"ל. ונראה לבאר דכוונת הר"ן דלפי הירושלמי הבא לכנוס נאמן משום דדבריו הוי השלמה לדברי האב, והוא מצורף לנאמנות של האב דחלה מגזה"כ דאת בתי.

ואם כנים הדברים דהבא לכנוס נאמן כהשלמת נאמנות דהאב, יש לחזור לשו"ט דרב אסי. דהרי הא דסוקלין על ידי האב ולא על ידה הוא מפני דהאב נאמן מגזה"כ דאת בתי

[1327] והשווה לדברי השב שמעתתא (שמעתא ו פרק ח) דגם ביאר דנחלקו האמוראים האם האב נאמן כב' עדים או לא, וקישר את זה למחלוקת הראשונים האם האב יכול לחזור בו באמתלא, דהיינו האם אמרינן כיון דהגיד שוב אינו חוזר ומגיד באב.

והאשה עצמה נאמנת רק מדין עד אחד. ולכן בהו"א רב אסי סבר דאם במקום דהאשה עצמה נאמנת מדין עד אחד אמרינן דאם בא לכנוס אינו כונס, כלומר דאין הבא לכנוס מצורף לנאמנות שלה, אזי לכאורה קו"ח דאי אפשר לצרף הבא לכנוס לנאמנות האב דנלמד מגזה"כ מיוחדת דחלה נאמנות לאב דהוא נחשב כב' עדים. דהרי מסברא אין צירוף כלל בין אדם מן השוק לבין הנאמנות כב' עדים דהתורה העניקה לאב. ואזי רב אסי תירץ דהכל בדיוק הפוך, דהיינו דמכיון דאין לאשה עצמה נאמנות מיוחדת אזי אי אפשר לצרף את האדם מן השוק לנאמנות שלה. אמנם מכיון דהתורה האמינה לאב כב' עדים, י"ל דהגזה"כ הזאת חלה אף לכל מי דמשלים את דברי האב כמו האיש הבא מן השוק ואומר אני קידשתיה.

ולפי הגדר הזה בנאמנות של הבא מן השוק י"ל דאם ב' עדים אמרו דנתקדשה אשה פלונית לפנינו אבל שכחנו מי המקדש ובא אחד מן השוק ואמר אני קידשתיה דאינו נאמן לכנוס. דהרי לפי רב אסי הבא מן השוק נאמן לכנוס רק בגלל דהוא מצורף לגזה"כ דאת בתי נתתי דהרי הוא משלים ומברר את דברי האב. אמנם אין לנו דין כזה דאדם מן השוק יהא נאמן כל זמן דהוא מברר את דברי ב' עדים ולכן י"ל דאפי' לפי רב אסי הבא מן השוק במקום עדים אינו נאמן לכנוס.[1328]

גמ'. ואזדא רב חסדא לטעמיה וכו' נאמן לנדרים, ולחרמים, ולהקדשות, ולערכים, אבל לא למכות ולעונשין.

בענין נאמנות האב לומר דבנו גדול

ויש לעיין דהרי המחלוקת בין רב רב אסי ורב חסדא היתה לגבי נאמנות האב כשאומר קדשתי את בתי, האם הוא נאמן לגבי עונשין או לא. וצ"ע, היאך הגמ' השווה בין נאמנות האב לומר קדשתי את בתי דהויא גזה"כ דהאב נאמן בדבר שבערוה לבין נאמנות האב במילתא דאיסורא דבנו הוא גדול דהרי הם ב' דינים שונים לגמרי.[1329]

א

שיטת התוס'

והתוס' (סד. ד"ה נאמן) נקטו במפורש דהאב נאמן בגדלות בנו מדין עד אחד נאמן באיסורין. וא"כ ע"פ השוואת הגמ' צ"ל אילבם דגם נאמנות האב לומר קידשתי את בתי חל מדין עד אחד נאמן באיסורין. וביארנו לעיל דזהו הטעם דאין סוקלין על ידו, דהיינו דאת בתי נתתי הוי גזה"כ דהאב נאמן בתורת עד א' באיסורין אע"פ דקידושי הבת בעצם

[1328] ועיין בשיטה לא נודע למי (סוף סג:) דנסתפק בזה.

[1329] וכן הקשה הרמב"ן (ד"ה הא דאמרינן) וז"ל לא נהירא לי מאי לטעמיה, דהתם לא הימניה רחמנא לאב אלא שנאמן משום דעד אחד נאמן באיסורים ובקרבן עכ"ל.

מהווה דבר שבערוה, אמנם אין לאב נאמנות כתרי לומר דסוקלין על ידו. ויוצא לפי התוס' דרב חסדא לשיטתו דגם בנוגע לקידושי בתו וגם בנוגע לגדלות בנו ובתו יש לאב נאמנות מדין עד א' באיסורין לדינים מסויימים אבל אינו נאמן לעונשין.

ב

שיטת הרמב"ם

אמנם בדברי הרמב"ם יש לעיין האם הדין דגדלות הוי דין איסור בעלמא וסגי בעד אחד בלבד כשיטת התוס' או"ד דגדלות הוי דבר שבערוה דצריך ב' עדים. ולכאורה מצינו חילוק בדברי הרמב"ם בין הבירור דבעינן לקבוע הסימנין לבין הבירור דבעינן לקבוע השנים. דלגבי סימנים כתב הרמב"ם (פרק ב מהלכות אישות הל"כ) וז"ל כשבודקין הבת בין בתוך הזמן שהוא כל שנת שתים עשרה בין קודם זמן זה בין לאחריו בודקין על פי נשים כשרות ונאמנות, ואפילו אשה אחת בודקת ושומעין ממנה אם הביאה אם לא הביאה עכ"ל. הרי פסק הרמב"ם דאפי' אשה נאנמת לברר דיש לה סימנים ומשמע דגדלות מהווה דין איסור בלבד ולא דבר שבערוה. אבל בהמשך (שם הלכ"ב-הלכ"ג) פסק הרמב"ם דבעינן ב' עדים לקבוע השנים וז"ל כל השנים האמורות בבן ובבת ובערכין ובכל מקום אינן לא שני הלבנה ולא שני החמה אלא שנים של סדר העיבור שהן פשוטות ומעוברות כמו שבית דין קובעין אותן כמו שביארנו בהלכות קידוש החדש, ובאותן השנים מונין לכל דברי הדת. אין סומכין על הנשים במנין השנים ולא על הקרובים אלא על פי שני עדים כשרים להעיד עכ"ל. ומשמע להדיא דקביעת שנים לגדלות מהווה דבר שבערוה ובעינן ב' עדים כשרים. והסתירה הזאת טעונה בירור.

ויש לתרץ דברי הרמב"ם בג' אופנים:[1330]

א) יתכן שהרמב"ם סובר שבין השנים ובין הסימנים הוו דבר שבערוה וזקוקים מעיקר הדין לשני עדים ככל דבר שבערוה, אלא שעד אחד נאמן לסימנים ע"פ הדין ד"כל מילתא דעבידא לאגלויי לא משקרי בה אינשי" (ראש השנה כב:, בכורות לו.) ואף עד א' נאמן. וכן נימק הרמב"ם את נאמנות של עד א' שמת בעלה של אשת איש (פי"ג מהל' גירושין הלכ"ט) וז"ל אל יקשה בעיניך שהתירו חכמים הערוה החמורה בעדות אשה או עבד או שפחה או עכו"ם המסיח לפי תומו ועד מפי עד וכו' שלא הקפידה תורה על העדת שני עדים ושאר משפטי העדות אלא בדבר שאין אתה יכול לעמוד על בוריו אלא מפי העדים ובעדותן כגון שהעידו שזה הרג את זה או הלוה את זה, אבל דבר שאפשר לעמוד על בוריו שלא מפי העד הזה ואין העד יכול להשמט אם אין הדבר אמת כגון זה שהעיד שמת פלוני

[1330] וע"ע בכל זה ברשימות שיעורים לנדרים (סו: בענין גדלות ומופלא סמוך לאיש אות ג').

לא הקפידה תורה עליו, שדבר רחוק הוא שיעיד בו העד בשקר. לפיכך הקילו חכמים בדבר זה והאמינו בו עד אחד וכו' עכ"ל. וכן כתב הרמב"ם בנוגע לשלוחים הנאמנים בקידוש החדש (פ"ג מהל' קה"ח הלי"ד) וז"ל אין השלוחין צריכין להיות שנים אלא אפילו אחד נאמן, ולא שליח בלבד אלא אפילו תגר משאר העם שבא כדרכו ואמר אני שמעתי מפי בית דין שקדשו את החדש ביום פלוני נאמן ומתקנין את המועדות על פיו שדבר זה דבר העשוי להגלות ועד אחד כשר נאמן עליו עכ"ל. אבל כל זה שייך לסימנין דעבידא לגלויי אבל שנים דאינן עבידא לגלויי עדיין צריך ב' עדים.

ב) יתכן דהרמב"ם נקט דקביעת גדלות באדם מהווה דבר שבערוה, אך הוא הבחין בין תפקיד של השנים לבין תפקיד של הסימנים בקביעת הגדלות שבגברא. דהיינו, שעיקר הקובע של גדלות הגברא הוא הגיל ולפיכך בירור השנים לגדלות טעון שני עדים כדבר שבערוה. ואילו סימנים אינם הקובעים של הגדלות אלא דהוי תנאי בעלמא בחלות הגדלות, דהיינו דאין השנים קובעות גדלות אלא אם יש גם סימנים. אמנם, בירור הסימנים איפוא אינו דבר שבערוה אלא דבר שבאיסור ועד אחד נאמן באיסורין.[1331]

ג) יתכן שהרמב"ם נקט דקביעת גדלות אינה בעצם דבר שבערוה ולכן לא בעינן ב' עדים לסימנים. אבל יש טעם אחר למה בעינן ב' עדים לקביעת השנים. דהרי מהרמב"ם בהל' קידוש החדש הנ"ל משמע שמעיקר הדין היינו מצריכים שני עדים להעיד על קביעת הב"ד של החדש אלא שע"א נאמן מדין "מילתא דעבידא לאגלויי". ועלינו להבין ע"פ איזה יסוד זקוקה קביעת הב"ד של ר"ח לשני עדים. וכן יש לעמוד על מש"כ הרמב"ם בהל' אישות (פ"ב הלכ"א - כ"ב) וז"ל כל השנים האמורות בבן ובבת ובערכין ובכל מקום אינן לא שני הלבנה ולא שני החמה אלא שנים של סדר העיבור שהן פשוטות ומעוברות ע"פ ב"ד כמו שהם קבועין אותן וכו' אין סומכין על הנשים במנין השנים ולא על הקרובים

[1331] רבינו זצ"ל העיר שזה שעיקר חלות הגדלות תלוי בשנים ולא בסימנים יוצא משיטת הרמב"ם לגבי מופלא סמוך לאיש. דהרי מבואר ברמב"ם (פרק יא מהלכות נדרים הל"א-ג) דאפי' בלי שערות, בן י"ב שנה הרי הוא מופלא סמוך לאיש דנדרו חל מדאורייתא אם יודע לשם מי נדר, ובן י"ג שנה כבר הגיע לעונת נדרים ונדרו חל מדאורייתא אפי' אם אמר דלא יודע לשם מי נדר וז"ל קטן בן שתים עשרה שנה ויום אחד, וקטנה בת אחת עשרה שנה ויום אחד שנשבעו או נדרו בין נדרי איסר בין נדרי הקדש בודקין אותן ושואלין אותן, אם יודעין לשם מי נדרו ולשם מי הקדישו ונשבעו נדריהן קיימים והקדשן הקדש, וכו' ואחר הזמן הזה שנמצא הבן בן י"ג שנה ויום אחד והבת בת י"ב שנה ויום אחד אע"פ שאמרו אין אנו יודעין לשם מי נדרנו ולשם מי הקדשנו דבריהן קיימין והקדשן הקדש ונדריהן נדרים ואע"פ שלא הביאו שתי שערות, וזו היא עונת נדרים האמורה בכל מקום עכ"ל. ונמצא דלפי הרמב"ם, בן י"ג שנה הרי הוא גדול לענין נדרים אפי' בלי סימנים כלל. וא"כ מסתבר לומר דאפי' לדינין דבעינן סימנים ביחד עם שנים, דהשנים עצמם הוו עיקר הגורם דחלות גדלות. והשוה לדברי הגר"ח זצ"ל (הובאו דבריו בחידושי הגרי"ז לתמורה ב:) דחקר האם עיקר חלות הגדלות תלויה בעיקר בסימנים אלא דבעינן שנים כדי שיהא בשערות חלות סימנים, או בסימנים ובשנים ביחד. וגם עיין ברשימות שיעורים ליבמות (יב: ד"ה בנים הרי הם כסימנים) דרבינו זצ"ל גם דן בחקירת הגר"ח זצ"ל. וגם עיין בשיעורים לקמן (סד. בא"ד עוד פר"י) דרבינו זצ"ל ביאר בדעת הרמב"ם דשנים וסימנים שניהם הוו גורמי הגדלות.

אלא על פי שנים אנשים כשרים להעיד עכ"ל. ומשמעות הרמב"ם שלאו דוקא קביעת גיל הגדלות שבגברא זקוקה לשני עדים, אלא כל בירור שנות אדם ואף בירור שנותיו של אדם לענין ערכין, זקוק לב' עדים. והרי ערכין הו"ל דבר שבאיסורין בעלמא והיה בדין איפוא שיהיה עד א' נאמן בו כשם שנאמן באיסורין בכל התורה כולה. אך נראה מכאן שלפי הרמב"ם יש גזה"כ שכל בירור זמן ושנים בכהת"כ זקוק להעדאת שני עדים. ובהתאם לכך שנות האדם לענין חלות גדלות, שנות האדם לענין ערכין, ובירור זמן קדוש החדש ע"י שלוחי ב"ד וכדומה כולם זקוקים להעדאת שני עדים, ועד א' בעלמא פסול ואינו נאמן. ויתכן שהמקור לכך הוא ראיית הלבנה בקה"ח שצריכה שני עדים (פ"ב מהל' קה"ח הל"א וע"פ הגמרא בר"ה כב.) וסובר הרמב"ם דה"ה לבירור זמן בכהת"כ שזקוק לב' עדים.

ועכשיו נחזור לסוגיא דידן והשוואת הגמ' בין נאמנות האב לומר קדשתי את בתי ובין נאמנות האב לומר דבני זה בן י"ג שנים הוא. דאם חלות גדלות מהווה חלות איסור בעלמא אזי יש להבין השוואת הגמ' כמו דהבינו התוס' דהבאנו לעיל, דהיינו דהתורה האמינה לאב בקידושין כמו עד א' בדבר שבאיסור. אמנם, אם נקטינן דחלות גדלות בגברא מהווה דבר שבערוה כמו חלות קידושין אז יש להבין השוואת הגמ' באופן אחר. דהיינו, דגם קידושי הבת וגם גדלות הבת הריהן דבר שבערוה ומסתבר דיש להן דין שוה בנוגע להנאמנות דהתורה העניקה להאב. וא"כ אם האב נאמן כב' עדים בקידושין בנוגע לעונשין אזי הו"ה דהוא נאמן כב' עדים בנוגע לשנות הגדלות דבנו ובתו לעונשין.[1332] ולכן הברייתא דקובעת דאין לאב נאמנות לקבוע את גדלות הבן לגבי עונשין ראיה היא לשיטת רב חסדא דאין סוקלין על ידו בקידושי בתו.

ויש להעיר דלפי הביאור הזה ברמב"ם יתורץ את קושיית התוס'. דהרי התוס' (ד"ה נאמן) הקשו דאם נאמנות האב הוי מדין עד א' נאמן באיסורין למה הברייתא איירי דוקא היכא דהאב אמר דבנו גדול הרי כל אדם נאמן בתורת עד א' להעיד דהוא גדול. אמנם לפי הביאור השני ברמב"ם פשיטא דרק האב נאמן דהרי צריך ב' עדים לקבוע גדלות והתורה מאמינה לאב כתרי עדים ולא אדם אחר.

ג

הנאמנות דב' עדים וב' עדים בגברא

[1332] ויש להשוות לדברי השלט"ג (לב. בדפי הרי"ף אות א) דהאב נאמן לגבי גדלות בנו מגזה"כ דיכיר. ולפי זה הגמ' השווה הגזה"כ ד"ואת בתי נתתי לאיש הזה" לגזה"כ ד"יכיר", דבשתיהן התורה נותנת אותה נאמנות לאב.

אבל לפי"ז לכאורה צ"ע דהרי אם האב נאמן כתרי עדים למה באמת אין מענישין על ידו כמו דמענישין על פי ב' עדים. ונראה לחלק בין גדר הצורך לב' עדים בדבר שבערוה לבין הצורך לב' עדים בדיני עונשין. דבדבר שבערוה צריך כח הנאמנות דב' עדים ולכן כשהתורה העניקה לאב הנאמנות דב' עדים הריהו נאמן לדברים שבערוה כמו קידושי בתו וגדלות בניו. אמנם כדי להענישו אינו סגי בכח הנאמנות דב' עדים אלא דצריך ב' עדים ממש שיעידו ומשו"ה אין מענישין על ידי האב.

והיסוד הזה גם עולה מדיני עדות מיוחדת. דהרי מפורש בגמ' (מכות ו:) דב"ד אינו ממית מי שהעיד עליו בעדות מיוחדת דרצח. אמנם הכס"מ (פרק ו מהלכות רוצח הל"ה) נקט דהיכא דיש עדות מיוחדת על רציחה, מותר לגואל הדם להרוג אותו. והביאור בזה הוא דיש לעדות מיוחדת כח הנאמנות דב' עדים ולכן גואל הדם יכול להרוג את הרוצח ע"פ עדות כזאת, אמנם כדי שב"ד יענישו צריך ב' עדים ממש לראות ולהעיד ולכן לא סגי בעדות מיוחדת.[1333]

והחילוק הזה הוא לכאורה גם כוונת הריטב"א בסוגיא לקמן (סד. ד"ה נשבית) וז"ל ואיכא למימר דכיון שהאמינה תורה לאב לומר קדשתי בתי הוה ליה בהא כעדים ואין עד נאמן מדין מגו כדכתיבנא באידך פירקא (לעיל מג:), מיהו אע"ג דהוה כעדים אין סוקלין על ידו שאין עונשין אלא בשני עדים ממש, אבל לגבי איסורא דנפשה נאמן כשני עדים שאין דבר שבערוה פחות משנים עכ"ל. הרי נקט להדיא דקידושי הבת מהווה דבר שבערוה והאב נאמן כב' עדים, אלא דבנוגע לעונשין צריך ב' עדים ממש שנצטרפו לכת עדות.

תוד"ה בני זה.

התוס' הביאו שיטת רש"י דהברייתא מיירי היכא דכבר יש לבן ב' שערות והחידוש הוא דאעפ"כ האב אינו נאמן שהוא בן י"ג שנה לגבי עונשין. ונמצא דלפי הפירוש הזה, יש הו"א דהאב נאמן על השנים כשכבר יש ב' שערות והברייתא מחדשת דהאב אינו נאמן על השנים. וצ"ב מה ההו"א ומה הוי חידוש הברייתא. ונראה לבאר דרש"י והתוס' נקטו דגדלות תלוי בסימנים בלבד והא דצריך אף שנים הוא כדי שהסימנים לא יהו שומא בעלמא. וא"כ מובן ההו"א דהאב נאמן מדין עד אחד לקבוע דבנו בן י"ג שנים אפי' לעונשין, דהרי השנים הריהם תנאי בעלמא והאב אינו מעיד על הגדלות עצמה. והברייתא מחדשת דאע"פ דהאב מעיד על תנאי בעלמא מ"מ מכיון דבלי השנים השערות אינן נחשבות לסימני גדלות, משו"ה הו"ל כאילו האב מעיד על הגדלות עצמה ולכן מכיון דהוא עד א' בלבד אינו נאמן להעניש על ידו.

[1333] וע"ע בזה ובגדר עדות מיוחדת ברשימות שיעורים לשבועות (לד. ד"ה ר' אחא).

ובדרך הזאת גם אפשר להבין את הגדר דחזקה דרבא (נדה מו.) וז"ל והאמר רבא קטנה שהגיעה לכלל שנותיה אינה צריכה בדיקה, חזקה הביאה סימנין עכ"ל. ולפי רהיטת הגמ' משמע דזה חזקה במציאות, דהיינו דמי שהגיעה לי"ב שנה יש חזקה דכבר הביאה ב' שערות. ובהמשך הגמ' אומרת דרק סמכינן על חזקה דרבא לחומרא אבל לא לקולא, כלומר דבת י"ב שנה בלי בדיקה נחשבת כגדולה לחומרא ואינה יכולה למאן, אמנם היא אינה יכולה לפטור עצמה מזיקה בחליצה עד דבודקין דיש לה ב' שערות. ומשמע דהחזקה דרבא הויא חזקה במציאות, דאנו חוששין דמי שהגיעה לכלל שנים כבר יש לה סימנים והרי היא גדולה.

אמנם עיין בלשון הרמב"ם (פרק יא מהלכות גירושין הל"ד) וז"ל ועד מתי הבת ממאנת כל זמן שהיא קטנה, עד שתהיה נערה או עד שיודע שהיא אילונית, במה דברים אמורים בשלא בא עליה הבעל אחר שנעשית בת שתים עשרה שנה ויום אחד, אבל אם הגיעה לזמן הזה ונבעלה הואיל והבעילה קונה מן התורה כמו שבארנו הרי זו אינה ממאנת ואינה צריכה בדיקה למיאון שחזקתה שהביאה סימנין עכ"ל. הרי דהרמב"ם כתב דאם בא עליה לאחר דהגיעה לי"ב שנה היא אינה יכולה למאן משום חזקה דרבא דהרי היא גדולה. ולכאורה צ"ב דהרי סמכינן על חזקה דרבא רק לחומרא ולא לקולא כלומר דיש להסתפק האם היא גדולה או קטנה. וא"כ קשה למה הזכיר הרמב"ם את החזקה דרבא, דהרי אפי' בלי החזקה היא ספק גדולה וספק קטנה ומספק אינה יכולה להמאן מדין ספק דאורייתא לחומרא דאולי היא מקדושת לבעלה מדאורייתא. ומה הוסיף הרמב"ם בחזקה דרבא דעדיין משאיר אותה בספק.

ונראה לבאר דאה"נ, דבלי חזקה דרבא היא לא היתה יכולה למאן מדין ספיקא דאורייתא. אמנם דין דחזקה דרבא אינו רק אומדנא דעלמא דחוששין לו, אלא דמכיון דבדרך כלל יש סימנים לבת י"ב שנה, אזי חז"ל קבעו דמדרבנן גדלות תלויה בשנים בלבד מדין ודאי. ולכן הרמב"ם הזכיר את החזקה דרבא דזה יוצר דין ודאי דהיא גדולה ומקדושת, לכל הפחות מדרבנן.

ויוצא מזה דאפי' לפי הצד דמדאורייתא סימנים הוו עיקר חלות הגדלות והשנים הן רק תנאי לקבוע דהשערות אינן שומא, מ"מ חז"ל קבעו דשנים לבדן גורמין גדלות מדרבנן. וכמו"כ י"ל בתוס' דידן, דהאב אינו נאמן בתורת עד א' על השנים ואע"פ דסימנים הם עיקר הקובע דגדלות, דהרי סוף כל סוף השערות אינן מהני לבדן בלי השנים, והשנים איפוא קובעים את הגדלות מדרבנן, ולכן צריך ב' עדים גם על השנים.

דף סד.

גמ'. רבי סבר מה לי לשקר כי עדים דמי ואתו עדים עקרי חזקה, ורבי נתן סבר מה לי לשקר כי חזקה דמי, לא אתי חזקה ועקרה חזקה לגמרי.

ונראה לבאר דלפי רבי כשהבעל אמר בשעת קידושין דיש לו בנים אזי המיגו דבידו מברר את המציאות, דהיינו שהוא נאמן דבאמת יש לו בנים במציאות. ולכן הוא אינו נאמן בשעת מיתה לחזור בו ולומר דאין לו בנים. מאידך, רבי נתן סבור דהמיגו דבידו אינו חל כמברר דבאמת יש לו בנים במציאות, אלא דיש לו חלות נאמנות עפ"י דין לקבוע דהיא אינה זקוקה ליבם נגד החזקה דהיא היתה עומדת להיזקק ליבום. ולכן הוא נאמן לומר בשעת מיתה דאין לו בנים דהרי מעולם הוא לא היה נאמן דבאמת יש לו בנים.

ועיין ברמב"ם (פרק ג מהלכות יבום הל"ג) דנקט דהבעל אינו נאמן לומר בשעת מיתה דאין לו אחין היכא דמוחזק דיש לו אחין וז"ל היה מוחזק שיש לו אחין ואמר בשעת מיתתו אין לי אחין אינו נאמן, וכן אם אמר על מי שהוחזק אחיו אין זה אחי אינו נאמן עכ"ל. אמנם אפי' אם היה מוחזק לנו דאין לו בנים ואמר בשעת מיתה דיש לו בנים הוא נאמן ואשתו פטורה מיבום. והטעם הוא דיש גזה"כ ד"יכיר" דבירושה הוא נאמן לומר זה בני וי"ל דהנאמנות הזאת גם שייכת לפטור את אשתו מיבום.[1334] וגם י"ל דהגזה"כ דכיר גם הוי הטעם דהוא נאמן לומר בני זה בן י"ג שנה כדמבואר לעיל (סג:).[1335] אמנם אין גזה"כ כזאת לקבוע דיש לו או אין לו אחים ולכן אינו נאמן נגד החזקה בשעת מיתה.

וכל זה לגבי גדר גדלות דנערה. אמנם בנוגע לחלות בגרות כתב הרמב"ם (פרק ב מהלכות אישות הל"ב) וז"ל והבאת שתי שערות בזמן הזה נקרא סימן התחתון, ומאחר שתביא סימן התחתון תקרא נערה עד ששה חדשים גמורים, ומתחלת יום תשלום הששה חדשים ומעלה תקרא בוגרת, ואין בין נערות לבגרות אלא ששה חדשים בלבד עכ"ל. הרי דבנוגע לבגרות הרמב"ם הזכיר רק הזמן דששה חדשים ולא שום סימן בגוף שלה.

גמ'. אלא אמר רב אשי רישא רחמנא הימניה כרב הונא דאמר רב הונא אמר רב מנין לאב שנאמן לאסור את בתו מן התורה שנאמר את בתי נתתי לאיש הזה, לאיש אסרה הזה התירה.

ועיין ברמב"ם (פרק יח מהלכות איסורי ביאה הלכ"ד) וז"ל האב שאמר קדשתי את בתי וגירשתיה והרי היא קטנה נאמן, קדשתיה וגירשתיה כשהיתה קטנה והרי היא גדולה

[1334] ועיין בשיעורים לקמן (עד. ד"ה מכאן א"ר יהודה נאמן אדם לומר זה בני בכור, בהערות שם) דרעק"א זצ"ל הקשה למה מבואר בגמ' דצריך מיגו לפטור אותה מיבום אם יש הגזה"כ דיכיר.

[1335] עיין בשיעורים לעיל (סג: ד"ה ואזדא רב חסדא לטעמיה, סוף אות ב) ובהערות שם, דזהו שיטת השלטי גיבורים.

אינו נאמן להחזיקה גרושה וכו' עכ"ל. ויש להעיר ב' דיוקים בלשון הרמב"ם: א) דהיכא דהיא גדולה כתב רק דאינו נאמן על הגירושין ולא הזכיר הקידושין, ב) דנקט אינו נאמן להחזיקה גרושה ולא כתב דאינו נאמן דנתגרשה.

ונראה לבאר דחלוק נאמנות האב לגבי קידושין מנאמנותו לגבי גירושין. דבנוגע לקידושין יש גזה"כ דאת בתי נתתי לאיש הזה והוא נאמן בתורת בעלים על הקידושין. אמנם בנוגע לגירושין אין גזה"כ כזאת ואינו נאמן מדין בעלים. ונראה מזה דבנוגע לקידושין האב נאמן דהיא נתקדשה בפועל, לעומת בנוגע לגירושין הוא אינו נאמן דהיא נתגרשה במציאות אלא דהוא נאמן להחיל עליה דין גרושה ולפוסלה מכהונה.[1336] וזהו הביאור בדיוק לשון הרמב"ם דאינו נאמן להחזיקה גרושה, דהיינו דהאב אף פעם לא נאמן לומר דנתגרשה אלא דכל הדיון הוא להחיל עליה דיני גרושה. וזה הטעם דהרמב"ם הביא את הדין הזה בהלכות איסורי ביאה דאיירי בפסולי כהונה ולא בהלכות גירושין דעוסק בגירושין עצמן.

וזה גם מבאר למה הרמב"ם הזכיר רק גירושין ולא קידושין היכא דהיא גדולה. דהרי פשיטא דאין האב הבעלים על הקידושין שלה מאחר דהיא גדולה ואין בזה חידוש דהוא אינו נאמן על הקידושין. אמנם היה יתכן לומר דמכיון דהוא אינו נאמן על הגירושין מדין בעלות אלא מדיני נאמנות בעלמא, אזי האב נאמן לומר כשהיא גדולה דהוא גירשה כשהיתה קטנה. ולכן בא הרמב"ם להדגיש דאין לו נאמנות כזאת כשהיא גדולה.

דף סו:

משנה. כל מקום שיש קידושין ואין עבירה.

בענין קידושין בעבירה

א

קידושין באיסורי ביאה

עיין ברש"י (ד"ה כל מקום) וז"ל שהקידושין תופסין בה ואין עבירה בנשואין שלא אסרתה תורה עליו עכ"ל. וצ"ב למה רש"י פתח בקידושין וסיים בנישואין, כלומר דבסוף הדגיש דאין איסור בנישואין. ומשמע מדבריו דאפי' היכא דיש קידושין ויש עבירה, דהקידושין עצמן אינן אסורים אלא דהעבירה מתחילה מהנישואין, דהיינו עם הביאה.

[1336] ואולי זה קשור לדיון דרבינו זצ"ל בשיעורים לעיל (דף י. תוד"ה ומקבל את גיטה בא"ד יש להסתפק אם יכול האב לקבל גט לבתו קטנה משנשאת) האם האב הוי הבעלים על הגירושין דבתו או לא.

אך עיין בזה בסוגיא לקמן (עח.) וז"ל אמר אביי קידש לוקה בעל לוקה, קידש לוקה משום לא יקח, בעל לוקה משום לא יחלל, רבא אמר בעל לוקה לא בעל אינו לוקה, משום דכתיב לא יקח ולא יחלל, מה טעם לא יקח משום לא יחלל, ומודה אביי במחזיר גרושתו שאם קידש ולא בעל שאינו לוקה דלקחתה להיות לו לאשה אמר רחמנא והא ליכא, ומודה רבא בכהן גדול באלמנה שאם בעל ולא קידש שלוקה ולא יחלל זרעו בעמיו אמר רחמנא והרי הוא חילל, ושניהם מודים במחזיר גרושתו שאם בעל ולא קידש שאינו לוקה, דרך ליקוחין אסרה תורה עכ"ל. לפי אביי פשיטא דבאיסורי כהונה הקידושין עצמם אסורים אפי' בלי ביאה. אבל לפי רבא לא לקי על הקידושין לחוד אלא אם כן בעל לבסוף כדברי הגמ' מה טעם לא יקח משום לא יחלל. ולפי רבא יש לעיין בגדר הדין דקידש ובעל דלוקה, האם הקידושין הוו רק תנאי מוקדם לאיסור ביאה או דהוו קידושין מעשה איסור שחייב עליו מלקות רק אחרי שבעל.

ובשיטת רש"י נראה דהקידושין עצמן אסורין דהרי רש"י (ד"ה בעל לוקה) נקט דאם קידש ובעל הוא חייב שתים וז"ל בעל אחר קידושין לוקה שתים לא בעל אינו לוקה אפי' אחת עכ"ל. וא"כ מבואר דלפי רש"י באיסורי כהונה יש ב' איסורין שונים: "לא יקח" דחל על האישות ו"לא יחלל" דחל על הביאה. ולפי"ז יש לעיין בשיטת רש"י, דלוקין גם על "לא יקח" לבסוף, דא"כ למה חיוב המלקות חל רק אחרי הביאה. דמצד אחד י"ל דהאיסור לא יקח קאי על הקידושין עצמן אלא דיש תנאי דצריך מעשה קידושין דבסוף מגיע לביאה דהיינו לאיסור לא יחלל. ומאידך י"ל דהאיסור דלא יקח אינו קאי על קידושין לבד, אלא לאישות גמורה, דהיינו אחרי דיש קידושין וגם נישואין דהיינו ביאה. ויש נ"מ בין ב' הביאורים היכא דכהן קידש גרושה ובא עליה בבית חמיו בלי נישואין, האם הוא לוקה על לא יקח. דלפי הצד הראשון כיון דקידש ובעל לוקה על לא יקח, אבל לפי הצד השני מכיון דאין חלות נישואין ואישות גמורה ממילא אין האיסור דלא יקח נגמר ואינו לוקה על לא יקח. אבל בין כך ובין כך, יוצא דלפי רש"י באיסורי כהונה יש איסור קיחה דמתחיל עם הקידושין, שלא כמשמעות דרש"י לפנינו.

ועוד יש להוכיח דאליבא דרבא הקידושין עצמן אסורין מהסוגיא בב"מ (י:) וז"ל אמר רבינא היכא אמרינן דאין שליח לדבר עבירה היכא דשליח בר חיובא הוא כו' רב סמא אמר היכא אמרינן אין שליח לדבר עבירה היכא דאי בעי עביד ואי בעי לא עביד כו' מאי בינייהו איכא בינייהו כהן דאמר לו לישראל צא וקדש לי אשה גרושה כו' להך לישנא דאמר כל היכא דאי בעי עביד אי בעי לא עביד לא מיחייב שולחו ה"נ אי בעי עביד אי בעי לא עביד לא מיחייב שולחו, להך לישנא דאמרת כל היכא דשליח לאו בר

חיובא מיחייב שולחו הכי נמי כיון דלאו בני חיובא נינהו מיחייב שולחו עכ"ל. ועיי"ש בתוס' (ד"ה דאמר) וז"ל וא"ת מאי נ"מ בין למ"ד אי בעי עביד ובין למ"ד שליח בר חיובא לא לקי על הקדושין לרבא דאמר בי' יוחסין (קדושין עח.) קידש אינו לוקה בעל לוקה וי"ל דכי בעל אח"כ לוקה אף על הקדושין כו' א"נ י"ל דאף לרבא נ"מ דאי יש שליחות חלין הקדושין ואי אין שליחות אין חלין הקדושין עכ"ל. ויוצא אליבא דשני תירוצי התוס' שהקדושין עצמן הוו דבר אסור.[1337]

אבל לכאורה יש להקשות על זה מהסוגיא בסוטה (מד.) דאיירי בדין דמי שארש אשה ולא לקחה דחוזר מהמלחמה. והגמ' הביאה ברייתא שיש לימוד מיוחד דמי שקידש אשה באיסור אינו חוזר מהמלחמה וז"ל לא לקח, ולא לקחה, פרט לאלמנה לכהן גדול, גרושה וחלוצה לכהן הדיוט, ממזרת ונתינה לישראל, בת ישראל לממזר ולנתין עכ"ל. ואז הגמ' הקשה דהרי הוא חוטא ולפי רבי יוסי הגלילי בכל מקרה הוא חוזר בגלל החטא שיש בידו וז"ל לימא דלא כרבי יוסי הגלילי, דאי רבי יוסי הגלילי הא אמר הירא ורך הלבב זה מתייירא מעבירות שבידו, אפילו תימא ר' יוסי הגלילי, כדרבה, דאמר רבה לעולם אינו חייב עד שיבעול, מה טעם לא יקח משום לא יחלל, משום הכי אינו לוקה עד שיבעול עכ"ל. ומשמע מדחיית הגמ' דלפי רבא (רבה) אין חטא בקידושין עצמן דאל"כ הוא היה חוזר מהמלחמה אפי' לפני שיבעול.[1338] וצ"ע דהרי משמע מהסוגיא בב"מ דיש עבירה לקדש אשה דאסורה עליו.

ונראה לבאר דיש לחלק בין מעשה העבירה עצמה לבין הגברא דעושה את המעשה. דהיינו, דעל פי הסוגיא בב"מ ודברי רש"י בקידושין (עח.) משמע דקידושי כהן לגרושה מהווה מעשה עבירה ולכן הדין דאין שליח לדבר עבירה חל ואחרי הביאה לוקין על הקידושין. ומ"מ הגברא עצמו אינו נחשב לחוטא ורשע עד שיבעול וחייב מלקות,[1339] ולכן על פי הגמ' בסוטה הוא אינו חוזר מהמלחמה מחמת חטא שיש בידו עד שיבעול. ומשל לחילוק הזה מצינו בגנב שור וטבחו, דהכלל דאין שליח לדבר עבירה היה שייך לחול למעשה הטביחה לולי גזה"כ מיוחדת לרבות את השליח (קדושין מג.). ולכאורה קשה דהרי הגנב בעצמו כשטובח אינו מוסיף לחטוא כגברא עם חלות שם גנב, דהרי הגדרת גניבה הוא להוציא דבר מרשות הבעלים והבהמה כבר אינה ברשות הבעלים

[1337] וע"ע בזה ברשימות ליבמות (יח: בענין דין דר"י בן בתירא, אות ה).

[1338] ולכאורה זה עולה באופן ברור מדברי רש"י שם בסוטה וז"ל כדרבה - דאמר אין עבירה בקידושין עד שיבעול שיביא זרעו או את האשה לידי חילול וממזרת ונתינה אין עבירה בקידושין דלא כתיב ביה לא יקח אלא לא יבא ולא תתחתן וכו' עכ"ל.

[1339] ולכאורה הביאור בזה דנפסל לעדות כגברא דרשע רק אם עבר על עבירה דיש בו מלקות והאיסור דלא יקח לא נגמר לענין מלקות רק בביאה המחייבתו מלקות והוי גברא דרשע דפסול לעדות.

עוד לפני הטביחה. אלא דהמעשה עצמה של טביחה נחשבת לחפצא של מעשה עבירה ולכן שייך בו הכלל דאין שליח לדבר עבירה. וכמו"כ בכהן דקידש גרושה, דאע"פ דחל עליו חלות שם גברא חוטא רק כשבעל, מ"מ מעשה הקידושין נחשב למעשה עבירה ולכן שייך בו הדין דאין שליח לדבר עבירה.

ובזה אפשר לבאר את השו"ט ביבמות (סט.) בנוגע לדין שכהנת דנבעלה לפסול לה נפסלה מלאכול בתרומה מהפסוק (ויקרא פרק כב פסוק יב) וז"ל ובת כהן כי תהיה לאיש זר היא בתרומת הקדשים לא תאכל עכ"ל. והרי יש הו"א בגמ' דאפי' קידושין בלי ביאה פוסלה מלאכול בתרומה, וז"ל ואימא משעת הויה (רש"י - מדאפקה רחמנא בלשון כי תהיה משעת הויה אי קידש פסול את האשה פסולה עולמית ואפי' מת כאילו בא עליה), דומיא דכהן גדול באלמנה, מה כהן גדול באלמנה בביאה אף האי נמי בביאה עכ"ל. ולכאורה צ"ב בביאור ההו"א, מהי הסברא לומר דקידושין עצמן פוסלין את האשה מלאכול בתרומה. ולפי הנ"ל י"ל דהפסול לאכול בתרומה אינו תלוי באם הבת כהן כגברא נחשבת כחוטא דהרי אפי' אם נאנסה היא פסולה לתרומה. ורואים מזה דחפצא של מעשה עבירה עצמה פוסלה מלאכול בתרומה. ולכן יש הו"א דמעשה הקידושין פוסלה מדהוי מעשה עבירה. ולכן צריך גזה"כ מיוחדת דרק ביאה פוסלה מתרומה.

ב

שיטת הרמב"ם

ועיין ברמב"ם (פרק יז מהלכות איסו"ב הל"ב-הל"ג) דהביא את הדינים בנוגע לאיסורי כהונה וז"ל כל כהן שנשא אחת מהשלש נשים אלו בין גדול בין הדיוט ובעל לוקה ואם בא עליה דרך זנות אינו לוקה משום זונה או גרושה או חללה שנאמר לא יקחו עד שיקח ויבעול, אבל כהן גדול שבא על אלמנה לוקה אחת אע"פ שלא קידש שנאמר לא יחלל כיון שבעלה חללה ופסלה לכהונה וכו' עכ"ל. ויוצא דהרמב"ם חולק על רש"י ונקט דכהן דקידש ובעל גרושה או אפי' כה"ג דקידש ובעל אלמנה לוקין רק אחת. ולפי"ז יש לעיין בשיטת הרמב"ם האם הוא מודה לרש"י דקידושין הוו חלק של מעשה העבירה או"ד נקט דרק הביאה אסורה אלא דהתורה קובעת דרק ביאה דאישות אסורה, דהיינו ביאה לאחר קידושין, ולא בעילת זנות. ונראה דמוכח מהגמ' בב"מ המובא לעיל דיש עבירה בקידושין עצמן, אע"פ דלפי הרמב"ם אין לוקין על הקידושין בנפרד.

ובנוגע לאיסורי לאוין עיין ברמב"ם (פרק טו מהלכות איסו"ב הל"ב) דהשווה אותם לאיסורי כהונה דלא לוקין על הביאה לבדה אלא א"כ כבר קידש, וז"ל אחד ממזר שנשא ישראלית או ישראלי שנשא ממזרת כיון שבעלו אחר הקידושין לוקין, קידש ולא בעל אינו לוקה,

בעל ולא קידש אינן לוקין משום ממזרות שאין לך בכל חייבי לאוין מי שלוקה על בעילה בלא קידושין אלא כהן גדול באלמנה כמו שיתבאר, המחזיר גרושתו משנשאת הולד כשר שהרי אינה ערוה עכ"ל.

ואע"פ דלפי הרמב"ם גם באיסורי כהונה וגם באיסורי לאוין לוקין רק על ביאה לאחר קידושין, מ"מ יתכן דחלוקים בדיניהם. דהרי הבאנו לעיל דמהסוגיא בב"מ בדין אין שליח לדבר עבירה דמשמע דבאיסורי כהונה הקידושין עצמן הן חלק מן האיסור. אמנם הסוגיא שם אינו איירי במפורש באיסורי לאווין דעלמא וא"כ י"ל דבאיסור לאוין הקידושין מהווה רק תנאי לאיסור הביאה. וגם מסברא נראה יותר דאיסורי קהל כמו ממזרות הוו איסור ביאה ולא איסור קידושין שהרי באיסורי כהונה לשון התורה הוא "לא יקח" דהיינו קידושין, ואילו באיסורי לאווין דעלמא כתיב "לא יבוא" דמשמע ביאה דהיינו ביאת אישות.[1340]

אבל באמת מלשון הרמב"ם משמע להיפך. דהרי בנוגע לאיסורי כהונה הרמב"ם הזכיר להדיא דאם בא עליה דרך זנות אינו לוקה ומשמע מזה דכל הצורך לקידושין הוא כדי שהביאה לא תהא נחשבת כביאת זנות.[1341] מאידך, בנוגע לאיסורי לאווין הרמב"ם רק דיבר על הצורך דקידושין ולא הזכיר בעילת זנות כלל, ומשמע דהקידושין הוו חלק מן העבירה.[1342]

ונראה להוסיף דיש נ"מ בגדר הקידושין לפי הרמב"ם בנוגע לביאה שניה. כלומר, האם הבעל לוקה על כל ביאה וביאה או"ד רק על ביאה הראשונה דלאחרי הקידושין. דהרי אם לפי הרמב"ם עיקר הלאו הוא מעשה הביאה אלא דצריך שלא תהא בעילת זנות, אזי נראה דלוקה על כל ביאה וביאה. אמנם אם לפי הרמב"ם הקידושין עצמן הוו חלק ממעשה האיסור אזי יתכן דהלאו הוא לגמור את האישות ע"י הביאה ולכן לוקין רק על הביאה הראשונה ולא על כל ביאה וביאה. אבל אפשר לדחות דאפי' אם מעשה הקידושין הוי חלק מן האיסור עדיין לוקין על כל ביאה וביאה. דיתכן דגדר הלאו אינו מעשה הביאה או יצירת חלות האישות, אלא עצם המצב של אישות ביניהם ועוברין על הלאו בכל רגע ורגע. אמנם אין לוקין בכל רגע דיש חלות אישות ביניהם דהרי ליכא מעשה עבירה בפועל ואין לוקין על לאו שאין בו מעשה. ולפי"ז י"ל דלוקין על כל ביאה

[1340] ועיין לקמן בשיעורים (עח. ד"ה אמר אביי) דרבינו זצ"ל נקט דלפי אביי רק לוקין על קידושין לחוד באיסורי כהונה. אמנם באיסור ממזר דהתורה אסרהה בלשון "לא יבוא" גם אביי מודה דאין לוקין על הקידושין לחוד.

[1341] ורבינו זצ"ל הוסיף דכל זה רק בנוגע לגברא החוטא, אמנם כמ"ש לעיל, מהסוגיא בב"מ יוצא דיש חפצא של מעשה עבירה במעשה קידושין של כהן בגרושה.

[1342] והשווה לדברי רבינו זצ"ל ברשימות שיעורים ליבמות (ב. בא"ד ואפילו בנדתה) דנקט דאישות הויא מגופו של האיסור לפי הרמב"ם בין באיסורי כהונה ובין באיסורי לאווין.

וביאה דהרי ביאה מהווה מעשה עבירה בפועל ומקבל מלקות על כל מעשה עבירה בנפרד. ועיין מ"ש בזה רב שלמה איגר (שו"ת רעק"א מהדורא קמא סימן רכא).

וגם יש להעיר מלשון הרמב"ם בספה"מ (ל"ת קסא) דמשמע דצריך לא רק קידושין וביאה אלא נישואין וביאה וז"ל והמצוה הקס"א היא שהזהיר כהן גדול לבד שלא ישא אלמנה והוא אמרו ית' (שם) אלמנה וגרושה וחללה זונה את אלה לא יקח עכ"ל. וכמו"כ בלאו שאחרי זה (ל"ת קסב) וז"ל והמצוה הקס"ב היא שהזהיר כהן גדול שלא לבא על האלמנה ואפילו בלא קידושין והוא אמרו ית' (שם) ולא יחלל זרעו בעמיו. ובאור זה שכהן הדיוט נאסרו עליו הנשואין כמו שאמר (שם) לא יקחו וליקוחין הם הקדושין (עמ"ע ריג) אבל אינו לוקה עד שיבעול כמו שקדם באורו עכ"ל. הרי נקט להדיא דבכהן הדיוט "נאסרו עליו הנשואין", ולכאורה זה נגד לשון הרמב"ם בהלכות איסו"ב דכתב "עד שיקח ויבעול" דמשמע דסגי בקידושין וביאה, וצ"ב בזה. אמנם אם נתפוס לשון ספר המצוות כעיקר אזי יוצא דבאיסורי כהונה האישות הוי חלק מהאיסור ולא רק תנאי בביאה שלא תהא ביאת זנות.[1343]

ג

איסור קידושין באיסורי כרת

ויש לעיין באיסורי כרת האם אסור לעשות מעשה קידושין או"ד הלאו קאי על הביאה לחוד דהרי אין קידושין תופסין בהן. ועיין לקמן (סז:) דהמקור דאין קידושין תופסין בעריות הוא מאחות אשה דכתוב בה לא תקחו. והגמ' הבינה מהפסוק לא תקחו דיש איסור לכתחילה לקדש אחות אשה אבל הקידושין חלין, ואז הגמ' הביאה פסוק שני ללמד דהקידושין לא חלין בכלל, וז"ל לכתחילה מאחות אשה נפקא, ומה אחות אשה בכרת לא תקדש חייבי מיתות בית דין לא כל שכן, ואימא אידי ואידי באחות אשה הא לכתחילה הא דיעבד, אין הכי נמי, אשכחן אחות אשה שאר עריות מנלן, ילפינן מאחות אשה וכו' עכ"ל. וביאר הגר"מ זצ"ל דבהו"א הגמ' נקטה דיש איסור לקדש אחות אשה ולכאורה הו"ה בשאר כל העריות דהוקשו לאחות אשה. וגם במסקנת הגמ' משמע דיש איסור לקדש ערוה, אלא דיש לנו פסוק שני ללמד דאין קידושין תופסין כלל בערוה. אמנם נראה לגר"מ זצ"ל דהדין השני דקידושין אינן תופסין בנוי על הדין הראשון דאסור לקדש הערוה, כלומר דהאיסור לקדש הוא זה דמפקיע את חלות הקידושין. ויוצא דלפי"ז

[1343] וע"ע בזה בשיעורים לקמן (עז. בענין איסור נכרית לכהן, אות ג). ויתכן דביאה אחרי קידושין מחיל נישואין אליבא דהרמב"ם ובכן ליכא סתירה, וצ"ע.

יש איסור לקדש ערוה ושיחול בה חלות קידושין, אמנם אי אפשר לעבור עליו בפועל ממש דהרי יש גזה"כ דהאיסור לקדש ערוה מפקיע את חלות הקידושין.[1344]

ויש לעיין עוד בזה. דהרי הרמב"ם (פרק ח מהלכות מלכים הל"ו) מונה האיסור דמכירת יפת תואר כלאו דאורייתא אע"פ דהמכירה אינה חלה, וז"ל אם לא חפץ בה משלחה לנפשה, ואם מכרה עובר בלא תעשה שנאמר ומכר לא תמכרנה בכסף, [ואם מכרה] אינה מכורה ומחזיר הדמים, וכן אם כבשה אחר שנבעלה לשם שפחה משישתמש בה עובר בלא תעשה, שנאמר לא תתעמר בה שלא ישתמש בה עכ"ל. וכן איתא בספר המצוות (ל"ת רסד). אמנם אינו לוקה בגלל דהמכירה אינה חלה.[1345] וצ"ל דהלאו קאי על מעשה המכירה עצמה אפי' בלי חלות.[1346] וכמו"כ מצינו באיסור לאו לפדות בכור, דהרמב"ם (פרק א מהלכות בכורות הלי"ז) הביא בזה לאו דאורייתא וז"ל הבכור אין פודין אותו שנאמר אך בכור שור או בכור כשב או בכור עז לא תפדה עכ"ל, אע"פ דמבואר בגמ' (תמורה ה:) דלכו"ע הפדיון אינו חל. וכן איתא במעשר שני בנוגע ללאו ד"לא נתתי ממנו למת" דהרמב"ם מנה כל"ת (מצוה קנב) וגם הביא במשנה תורה (פרק ג מהלכות מע"ש ונט"ר הל"י) וז"ל מעשר שני ניתן לאכילה ושתיה שנאמר ואכלת לפני ה' אלקיך וסיכה כשתיה, ואסור להוציאו בשאר צרכיו כגון ליקח בו כלים ובגדים ועבדים שנאמר לא נתתי ממנו למת כלומר לא הוצאתי אותו בדבר שאינו מקיים את הגוף ואם הוציא ממנו בשאר דברים אפילו בדבר מצוה כגון שלקח ממנו ארון ותכריכין למת מצוה ה"ז אוכל כנגדו בתורת מעשר עכ"ל. אמנם מבואר דהמכירה אינה חלה והמוכר צריך להחזיר את המע"ש והלוקח מחזיר את הכסף.[1347] ונמצא דלפי הרמב"ם יש כמה לאווין בתורה

[1344] והשווה לדברי ספר החינוך (מצוה רו) דהמקדש אחות אשתו חייב מלקות אע"פ דאין קידושין תופסין וז"ל אבל מכל מקום מתחייב העושה בהן מעשה הקידושין, שהתורה אמרה לא תקח ומשמע לשון קידושין, ואף על גב דאם עבר ולקח כלומר שקידש, לא מהני ליה כלומר שאינה לקוחתו לשום דבר ואינה צריכה ממנו גט, מכל מקום נתחייב בכך כמו שאמרנו עכ"ל. דהיינו, דמעשה הקידושין עצמו אפי' בלי תפיסת קידושין הוי איסור של לא תקח. והמנ"ח הביא ראיה מהסוגיא בקידושין דף סז כדברי רבינו זצ"ל בפנים.

[1345] לכאורה מקור דברי רבינו זצ"ל דאין לוקין על מכירת יפת תואר הוא מדברי הרמב"ם (פרק ו מהלכות בכורות הל"ה) וז"ל מעשר בהמה אסור למוכרו כשהוא תמים שנאמר בו לא יגאל, מפי השמועה למדו שזה שנאמר לא יגאל אף איסור מכירה במשמע שאין נגאל ואינו נמכר כלל, ויראה לי שהמוכר מעשר לא עשה כלום ולא קנה לוקח, ולפיכך אינו לוקה כמוכר חרמי כהנים שלא קנה לוקח וכמוכר יפת תואר כמו שיתבאר במקומו עכ"ל. הרי הרמב"ם הזכיר במפורש דאינו לוקה על מכירת יפת תואר דהרי לא עשה כלום. אבל עיי"ש במל"מ דהביא גירסא מספר המצוות דהמוכר יפת תואר לוקה ונשאר בצ"ע בסתירת דברי הרמב"ם.

[1346] ומסתבר דרבינו זצ"ל התכוון לומר דהלאו קאי על מעשה המכירה ביחד עם החלות, אלא דמכיון שהתורה אסרתה משו"ה החלות אינה חלה, והוי מעין הדין כל דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני ומשו"ה נשאר מעשה המכירה בלי חלות, והעבירה איפוא אינה גמורה, ומשו"ה אינו לוקה דעשה מעשה עבירה בלי חלות האיסור.

[1347] לכאורה רבינו זצ"ל מתכוון לדברי הרמב"ם בפרק ז מהלכות מע"ש הלט"ז. ועיין בדרך אמונה הלכות מע"ש פרק ג (ציון הלכה אות קט) דנחלקו המפרשים האם לפי הרמב"ם המכר בטל או לא.

דעוברין עליהם ע"י עשיית מעשה בלבד בלי החלות כי התורה הפקיעה את החלות מחמת האיסור ולפיכך אין בהן מלקות. וי"ל דכמו"כ בלאו דלא יקח בעריות, דעצם מעשה הקידושין בערוה מהווה איסור דאורייתא שאינו גמור בלי מלקות כי התורה הפקיעה את חלות הקידושין.[1348]

אבל מ"מ יותר מסתבר לחלק ולומר דאין לאו חל כלל על מעשה הקידושין בקידושי עריות. דהרי בשאר הלאווין דהבאנו מסתבר לומר דהתורה אוסרת עצם הנסיון לעשות אותו מעשה מסוים ולכן עוברין על הלאו אפי' בלי חלות. אבל בלאו דלא יקח בעריות מסתבר דהאיסור הוא רק ליצור את עצם חלות האישות בין הערוית, ואם התורה הפקיעה את חלות האישות הזאת ממילא אי אפשר לעבור על האיסור כלל ע"י קידושין, דאין מעשה הקידושין אסור אלא רק עם החלות בלבד.

משנה. כל מקום שיש קידושין ואין עבירה הולך אחר הזכר.

עיין ברש"י (ד"ה כל מקום) דהביא מקור לדין המשנה וז"ל למשפחותם לבית אבותם כתיב עכ"ל. ויש לעיין בחלות דין משפחת אם, האם אין חלות כזה כלל, או"ד חל דין של משפחת אם אלא דהיכא דיש סתירה בין חלות דין משפחת האב לבין חלות דין משפחת האם, התורה קובעת דהולכין בתר משפחת האב. ועיין בזה בסוגיא בבכורות (מז.) וז"ל אמר רב אדא בר אהבה לוייה שילדה בנה פטור מה' סלעים, דאיעבר ממאן אילימא דאיעבר מכהן ומלוי מאי איריא לוייה אפילו ישראלית נמי, אלא דאיעבר מישראל, למשפחותם לבית אבותם כתיב, אמר רב פפא דאיעבר מעובד כוכבים, ולא תימא אליבא דמאן דאמר אין מזהמין את הולד אלא אפילו למאן דאמר מזהמין את הולד לוי פסול מיקרי, מר בריה דרב יוסף אמר משמיה דרבא לעולם דאיעבר מישראל ושאני התם דאמר קרא פטר רחם, בפטר רחם תלא רחמנא עכ"ל. ויוצא דלפי רב פפא גוי הבא על לויה, הולד נקרא לוי על שם אמו ופטור מפדיון הבן. ועיין ברש"י (ד"ה דאיעבר מעובד כוכבים) דביאר וז"ל דל"ל חייס לגבי ישראל ושייך הבן בתר אם ישראלית טפי מבתר אבוה עובד כוכבים הלכך פטור עכ"ל, ונראה מדבריו דבמקום דאין משפחת אב אזי הולכין בתר משפחת האם.[1349] ועיין לקמן (דף סח: בענין עבד ועכו"ם הבא על בת ישראל) דהארכנו בסוגיא הזה.

[1348] ואולי כוונת רבינו זצ"ל דהוי מעין מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, ומשו"ה אע"פ שהמעשה קידושין בערוה אסור, מ"מ אין לוקין דהא חלות הקידושין לא חלה ועיקר העבירה היא החלות.

[1349] אבל עיין בחידושי הגר"ח (פרק טו מהלכות איסו"ב הל"ט) דנקט להיפך דאין דין משפחת האם כלל וביאר את הסוגיא בבכורות דיש דין לוייה דאינו תלוי בחלות משפחה.

והיסוד הזה גם עולה מדברי הר"ן (ל: בדפי הרי"ף ד"ה ומותר בממזרת) בביאור המ"ד דעכו"ם הבא על בת ישראל הולד ישראל כשר. דהר"ן נקט דרק עכו"ם הבא על בת ישראל הולד כשר כישראל גמור ואסור בממזרת, אבל גר הבא על בת ישראל דין הולד כגר ומותר בממזרת. וביאר וז"ל דאע"ג דעובד כוכבים הבא על בת ישראל הולד ישראל גמור ואסור בממזרת התם היינו טעמא משום לפי שאי אפשר לו להתייחס אחר אביו דלמשפחותם לבית אבותם בישראל הוא דכתיב אבל זה שאביו ישראל גמור למה לא יתיחס אחר אביו ויהא נדון כגר דמותר בממזרת והרי כאן יש (סו:) קידושין ואין עבירה והולד הולך אחר הזכר עכ"ל. הרי הר"ן נקט בהדיא דהיכא דא"א להתייחס בתר האב אזי שדינן בתר האם לגמרי וזוהי השיטה דמ"ד דעכו"ם הבא על בת ישראל הולד כשר. אבל הר"ן הביא דהרמב"ם (פרק טו מהלכות איסו"ב הל"ט) חולק עליו ונקט דגם גר הבא על בת ישראל הולד ישראל כשר ואסור בממזרת.[1350]

ועיין לקמן דהולכין בתר משפחת האם (דף סז. רש"י ד"ה בנה שלישי, אות ג) בשיטת רב יוסף דהיכא משפחת אם יותר פגומה אזי הולכין בתר משפחת האם.

במשנה. וכל מקום שיש קידושין ויש עבירה הולד הולך אחר הפגום, ואיזה זו, זו אלמנה לכהן גדול, גרושה וחלוצה לכהן הדיוט, ממזרת ונתינה לישראל, בת ישראל לממזר ולנתין.

ביסוד הדין דחללות

א

חללות עוברת דרך האם

לכאורה דברי המשנה צ"ב. דהרי לפום ריהטא הדין דהולך אחר הפגום שייך היכא דאחד מההורים כשר ואחד פסול, והמשנה קובעת דהולד הולך אחר ההורה הפגום. ולפי"ז שפיר מובן דממזרת ונתינה לישראל, בת ישראל לממזר ולנתין הוו דין דהולד הולך אחר הפגום. אבל לכאורה אלמנה לכה"ג וגרושה לכהן הדיוט הוו דין אחר, דהרי שני ההורים עצמם כשרים הם אלא דחל איסור ביאה ביניהם והאיסור הזה יוצר את חלות הפסול דחללות בולד. ונראה דכבר הרגיש בזה הרמב"ם בפהמ"ש דחילק את המשנה לב' דינים שונים וז"ל כבר ידעת שאלמנה לכהן גדול גרושה וחלוצה לכהן הדיוט הולד חלל, ואין אומרים בזה הולד הולך אחר הפגום, אלא שמפני שהיא מחייבי לאוין והולד פגום כללה עם חייבי לאוין שאפשר לומר בהם הולד הולך אחר הפגום, לפי שישראל שנשא ממזרת

[1350] ועיי"ש בחידושי הגר"ח (פרק טו מהלכות איסו"ב הל"ט) דביאר דלפי הרמב"ם אע"פ דהאב הוי גר והלד הוי ממשפחת גר, מ"מ ההיתר לכהונה תלוי בדין קהל דהוי דין נפרד ממשפחה.

או ממזר שנשא ישראלית הולד ממזר עכ"ל. יוצא מדברי הרמב"ם דהכלל דהולד הולך אחר הפגום באמת שייך רק לממזר הבא על ישראלית או ישראל הבא על ממזרת ולא באלמנה לכה"ג.

ומאידך עיין ברש"י על המשנה (ד"ה אחר הפגום שבשניהם) וז"ל שנולד מפסולי כהונה הולד פסול וכן בן ממזרת לישראל ממזר וכן בן ממזר מישראלית ממזר וכן בת נתינה לישראל נתין ובן נתין מכשרה נתין עכ"ל. ומשמע מדבריו דגם אלמנה לכה"ג וגם ישראל בממזר הוו אופנים של הדין במשנה דכל מקום דיש קידושין ויש עבירה הולד הולך אחר הפגום. ולכאורה צ"ב בזה כנ"ל, דהרי היאך אפשר לומר דאלמנה לכה"ג מהווה דין דהולך אחר הפגום אם אין פגם בהורים כלל.

ונראה לבאר דלפי רש"י באמת אין חלות חללות נוצרה באופן ישיר ע"י ביאה אסורה. אלא דביאת כה"ג באלמנה או כהן הדיוט בגרושה מחילה חלות חללה על האשה (כדמבואר ברמב"ם פרק יט מהלכות איסורי ביאה הל"א), וממילא בנה הויא חלל. כלומר, דחלות חללות בולד חלה דרך ייחוס מהאם ולא כתוצאה ישירה של הביאה האסורה. ולכן מובן למה לפי רש"י גם אלמנה לכה"ג וגרושה לכהן הדיוט הוו אופנים של הולד הולך אחר הפגום דהרי הביאה הופכת את האם להיות חללה פגומה והפגם דהאם החללה עוברת להולד.

אבל לכאורה קשה לומר דחללות עוברת מהאם אל הולד, דהרי איתא לקמן (עז.) דלכו"ע ישראל הבא על חללה הולד כשר. וא"כ גם הכא, כשהכהן בא על הגרושה והיא נעשית חללה, היאך אפשר לומר דחללות עוברת מהגרושה אל הולד, הרי ישראל הבא על חללה הולד כשר. ולכאורה מוכח מזה דלא כיסוד הנ"ל דחללות עוברת דרך האם, אלא דבגרושה לכהן הביאה האסורה בעצמה גורמת שהולד יהא חלל.

ונראה לבאר ע"פ שיטת רבי דוסתאי בן יהודה דגם חלל שנשא ישראלית בתו כשרה לכהונה וז"ל כשם שבני ישראל מקוה טהרה לחללות, כך בנות ישראל מקוה טהרה לחללים עכ"ל. ויש לדייק בלשונו למה נקט דישראל כשר או ישראלית כשרה הוו מקוה טהרה לחללות. ונראה לבאר דבעצם חללות הוי חלות פסול דשייך למימר דהולך אחר הפגום. וא"כ חלל שנשא ישראלית וישראל שנשא חלל ראוי לומר דהולד חלל מכיון דבדרך כלל חלות פסול עוברת מההורה הפגום אל הולד. אלא דיש דין חדש דאב כשר או אם כשרה יכולים לטהר את הולד להפקיע מהולד את חלות החללות דראוי לחול על הולד מההורה הפגום.[1351]

[1351] ועיין בזה עוד לקמן (עד: ד"ה ר' יוסי אומר כל שזרעו פסול פוסל).

וי"ל דהדין הזה דכשר מטהר את הולד חל רק היכא דהביאה עצמה היא ביאה מותרת כמו בישראל שנשא חללה או בחלל שנשא ישראלית. אבל אם כהן בא על הגרושה אזי היא נעשית חללה ומחילה את חלות הפסול דחלל בולד, ואין האב הכשר יכול לטהר את הולד דהרי הביאה עצמה הויא ביאה פסולה. וא"כ חוזרין לדין דהולך אחר הפגום והאם מחילה את חלות פסול החללות לולד.

והחכמים חולקין על רבי דוסתאי ונקטו דרק ישראל שנשא חללה בתו כשרה לכהונה אבל בת חלל זכר פסולה לכהונה. ויש לבאר את השיטה הזאת בב' אופנים: א) החכמים מודים לכל הנ"ל אלא דנחלקו בפרט אחד בנוגע לטהרה מחלות החללות, דהיינו דנקטו דרק אב כשר מטהר את הולד ולא אם כשרה. ב) החכמים חולקין על היסוד הנ"ל וסבורים דאין חללות שייכת לדין דהולך אחר הפגום כלל, אלא דחלות חללות הוי דין בייחוס דתלוי באב בלבד. ולכן הבן של חלל הוי חלל והבן של ישראל כשר הוי ישראל כשר, ודין האם איפוא אינו מעלה ואינו מוריד.

ויש בזה נ"מ לנידון דידן של גדר הדין דהולד של גרושה וכהן הוי חלל. דאם נקטינן כפירוש הא' בדעת החכמים, אזי שפיר ניתן לומר כיסוד הנ"ל דבגרושה לכהן הולד הוי חלל מדין הולד הולך אחר הפגום, דהיינו דהאם נעשית חללה ואין הביאה מותרת כדי לומר דהאב הכשר מטהר את הולד. אבל לפי הביאור השני דחלות חללות תלוי אך ורק ביחוס האב, אזי מוכרח לומר דזה דהולד של גרושה וכהן הוי חלל הוא דין חדש דביאת איסור דכהונה יוצר חללות ולא שהפסול חללות עוברת מהאם אל הולד. וזה כמו דביארנו בשיטת הרמב"ם לעיל.

ב

ב' דינים בחללות

ביארנו דלפי רש"י הולד של גרושה לכהן הוי חלל משום דהאם נתחללה בביאה וממילא חל הדין דהולד הולך אחר הפגום. אמנם לפי זה קצת קשה להבין את דברי הגמ' לקמן (עח.) בנוגע למספר הלאווין באיסורי כהונה וז"ל אמר רב יהודה כהן גדול באלמנה לוקה שתים, אחת משום אלא יקח ואחת משום בלא יחלל, ולילקי נמי משום לא יחלל זרעו, בשלא גמר ביאתו עכ"ל. ומבואר דאם הכהן גדול גמר ביאתו הוא לוקה גם משום לא יחלל זרעו. וקשה, דהרי לפי הנ"ל אין עצם הביאה גורמת פסול חללות בולד אלא דביאה האסורה גורמת שהאם תהא חללה והיא מעבירה את הפסול לולד. וא"כ הכהן גדול גורם שהולד חלל רק בעקיפין ולמה לוקה על זה.

אמנם הדין הזה דלוקין משום לא יחלל זרעו מובן לפי ביאור הגר"ח זצ"ל ביסוד דחללות.[1352] דהגר"ח זצ"ל ביאר דיש ב' דינים בחללות: א) דין במשפחה, דהיינו דמי דראוי להיות חלק ממשפחת כהונה יכול להיות חלל אם יש חסרון דחללות בחלות משפחת כהונה שלו. ב) דין של חלות פסול ופגם דנגרם ע"י ביאה פסולה וחל בזה הדין דהולך אחר הפגום. והדין הראשון דמשפחת חללות שייך למי שאביו כהן דראוי הולד להיות ממשפחת כהונה אלא דמכיון דהוא חלל אינו נחשב כמשפחת כהונה ודינו כזר לכל דבריו. דהדין הוי דחללות מפקיע חלות שם משפחת כהונה מהולד והוי כזר, כמבואר ברמב"ם (פרק יט מהלכות איסו"ב הל"י) וז"ל חלל של תורה הודאי הרי הוא כזר ונושא גרושה ומטמא למתים שנאמר אמור אל הכהנים בני אהרן אע"פ שהם בני אהרן עד שיהיו בכיהונם עכ"ל.

אמנם, הדין השני של חלות פסול ופגם דחללות נוצר ע"י ביאת איסור ושייך אפי' למי דאינו ממשפחת כהונה דהרי לויה וישראלית דנתגרשו ואז נבעלו לכהן נפסלו בפסול חללות. וזה הפסק ברמב"ם (פרק יט מהלכות איסו"ב הל"א) וז"ל אי זו היא חללה זו שנולדה מאיסור כהונה, וכן אחת מן הנשים האסורות לכהונה שנבעלה לכהן נתחללה, אבל הכהן עצמו שעבר העבירה לא נתחלל עכ"ל. ובנוגע לחלות הפסול הזאת חל הדין דהולד הולך אחר הפגום.

ובזה ביאר הגר"ח זצ"ל את ב' המקורות לדין דישראל שנשא חללה בתו כשרה לכהונה. דהרי הרמב"ם (פרק יט מהלכות איסו"ב הלט"ו) כתב דהוא חל מדין משפחת אב, וז"ל כהנים ולוים וישראלים מותרין לבוא זה בזה והולד הולך אחר הזכר לויים וישראלים וחללים מותרים לבוא זה בזה והולד הולך אחר הזכר שנאמר ויתילדו על משפחותם לבית אבותם בית אביו היא משפחתו ואין בית אמו משפחתו עכ"ל. ומאידך בגמ' (עז.) איתא לימוד אחר וז"ל ישראל שנשא חללה, מנא הני מילי אמר ר' יוחנן משום ר' שמעון נאמר כאן ולא יחלל זרעו בעמיו ונאמר להלן בלא יטמא בעל בעמיו, מה להלן זכרים ולא נקבות אף כאן זכרים ולא נקבות עכ"ל. וצ"ע על הרמב"ם למה צריך ב' מקורות לזה דישראל שנשא חללה בתו כשרה לכהונה. והגר"ח זצ"ל ביאר דיש ב' דינים בחללות: א) חללות דחלה מדין משפחה, ולדין זה הביא הרמב"ם דישראל הבא על חללה בתו כשרה כי משפחת האב כשרה, ב) דין פסול ופגם חללות דשייך לחול אפי' בזרה דפוסלה מכהונה, ובזה היינו אומרים דהולד הולך אחר הפגום אפי' אם אינו ממשפחת כהונה וחללות.

[1352] השווה לחידושי הגר"ח על הרמב"ם (פרק יז מהלכות איסו"ב הל"ב).

ומשום כך הגמ' הביאה גזה"כ דעמיו דהאם החללה אינה פוסלת את בתה כשהאב הוא ישראל כשר.

ולפי"ז מובן למה כה"ג הבא על אלמנה לוקה משום לא יחלל זרעו. דהרי הולד חלל מב' טעמים: א) הולד ראוי להיות ממשפחת כהונה מכיון דאביו כהן, ומכיון דהוא נולד מחללה (דהרי האלמנה נעשית חללה ע"י ביאת הכה"ג כמו דברינו לעיל) היא מחילה את חלות הפסול דחללות על בנה. ב) עצם ביאת האיסור בישירות מחילה חלות פסול בולד דלהוי חלל. ולפי"ז מבואר הגמ' לקמן (עח.) דחל איסור לאו דלא יחלל זרעו על כה"ג. כי אין הכה"ג עובר על הלאו דלא יחלל זרעו מפאת הדין הראשון דהרי הוא רק מחיל חלות שם משפחת כהונה על בנו, ואילו עצם השם פסול חלל חל מחמת האם דנעשית חללה, אך על פי הדין השני מכיון דהכה"ג נמי יוצר חלות פסול בזרעו ע"י ביאת איסור אזי הוא לוקה על הביאה משום לא יחלל זרעו.[1353]

ועל פי זה גם מובן לשון משנתנו דאלמנה לכה"ג גרושה וחלוצה לכהן הדיוט הולד חלל מדין הולך אחר הפגום. דהרי באמת יש ב' טעמים למה הולד חלל בכי האי גוונא: א) מכיון דהאב הוי כהן והולד ראוי להיות ממשפחת כהונה אזי האם מחילה את הפסול חללות שלה בולד מדין הולד הולך אחר הפגום, ב) עצם ביאת האיסור גורם חלות פסול בולד, ומפני הדין הב' מוזכר חללות במשנה.

ויש להעיר דלכאורה לפי דברי הגר"ח זצ"ל קשה להבין את שיטת רבי דוסתאי דבנות ישראל הוו מקוה טהרה לחללים. דבשלמא בת ישראל מהווה מקוה טהרה עבור חלות הפסול דחללות, ברם יש גם הדין השני דמשפחת כהונה וחללות דחלה מחמת האב, ומכיון דהאב הוא ממשפחת חללות הרי ראוי לומר דחללות עובר ממנו לבן שלו, וצ"ב בזה.[1354]

ג

חילוק בין חלל וחללה

ועוד נראה לבאר באופן אחר את הגדר ויסוד דין דחללות, וגם את דברי המשנה באלמנה לכה"ג דהולד חלל מחמת הדין דהולד הולך אחר הפגום. דהרי לפי הגר"ח זצ"ל יש ב' דינים בחללות: א) דין במשפחה, דהחלל אינו ממשפחת כהונה אלא ממשפחת חללות, ב) דין דחלות שם פסול. ויתכן דחלוק בזה דין חלל זכר מחללה נקבה. דהיינו דבן חלל זכר או בן מאיסורי כהונה הוי חלל מדין דחל עליו חלות שם משפחת חלל וחסרו לו

[1353] מ"מ מבואר ברמב"ם דאין לוקין על לאו דלא יחלל זרעו ועיי"ש בסוף דברי הגר"ח זצ"ל לביאור דבריו.

[1354] ועיי"ש בדברי הגר"ח זצ"ל דלפי רב דוסתאי חלל הבא על בת ישראל הולד מותר לישא כהן, אבל עדיין חסר חלות שם משפחת כהונה ולכן הוא אסור בעבודה ובתרומה.

משפחת כהונה והוי כזר, ומאידך בת חלל ובת מאיסורי כהונה הויא חללה רק מפאת חלות שם הפסול. והביאור בזה הוא דאין לבת כהן קדושת כהונה עצמית דחלה מדין משפחת כהונה, אלא דיש לה דינים דבת כהן מפאת זה דהיא בתו של כהן, אך אינה בדין משפחת כהונה.[1355] ולכן הדין דהפקעת קדושת כהונה ע"י חלות שם משפחת חללות אינו שייך לה. ויש להביא כמה ראיות לזה דחללות באשה הויא רק חלות פסול ולא חלה מחלות דין במשפחה.

א) הבאנו לעיל דברי הרמב"ם בפרק יט דאיסורי ביאה (הל"י) וז"ל חלל של תורה הודאי הרי הוא כזר ונושא גרושה ומטמא למתים שנאמר אמור אל הכהנים בני אהרן אע"פ שהם בני אהרן עד שיהיו בכיהונם עכ"ל, והגר"ח זצ"ל נקט דהלשון "הרי הוא כזר" הוי מדין חסרון של משפחת כהונה. אמנם בבת חלל הרמב"ם (פרק יט מהלכות איסו"ב הל"א) השווה אותה ללויה וישראלת דנבעלו באיסור לכהן, וז"ל אי זו היא חללה זו שנולדה מאיסור כהונה, וכן אחת מן הנשים האסורות לכהונה שנבעלה לכהן נתחללה, אבל הכהן עצמו שעבר העבירה לא נתחלל עכ"ל. והבאנו לעיל מהגר"ח זצ"ל דלויה וישראלית דנבעלו לכהן באיסור כהונה חל עליהן רק חלות שם פסול חללה, אבל חסרון במשפחת כהונה ומשפחת חללות בודאי אינו שייך להן, ומהשוואת הרמב"ם לבת דנולדה מאיסורי כהונה משמע דגם לה יש רק חלות שם פסול ולא חסרון במשפחת כהונה וחלות שם משפחת חללות.

ב) גם חלל וגם חללה אסורים לאכול בתרומה ובקדשים. אבל הרמב"ם לא מונה לאו מיוחד דחלל אסור לאכול תרומה, ונראה דהאיסור שלו נכלל בלאו הכללי דזר דאסור לאכול בתרומה (ל"ת קלג).[1356] אמנם יש לאו מיוחד דחללה אסורה בתרומה ובקדשים (רמב"ם ספה"מ ל"ת קלז) וז"ל והמצוה הקל"ז היא שהזהיר החללה מאכול את הקדש שיהיה מותר לה לאכול אותו, כלומר תרומה וחזה ושוק, והוא אמרו יתעלה (ויקרא פרק כב פסוק יב) ובת כהן כי תהיה לאיש זר היא בתרומת הקדשים לא תאכל. ובגמ' יבמות (סח.) אמרו כי תהיה לאיש זר כיון שנבעלה לפסול לה פסלה עכ"ל. ונראה לבאר דחללה אין לה חלות הפקעת קדושת כהונה מדין משפחת חללה ולכן צריכה לאו מיוחד לחדש דחלות שם פסול שלה אוסרת אותה מלאכול בתרומה.[1357]

[1355] ויש להעיר מדברי המנ"ח (ריש מצוה שצ) דנתספק האם בת כהן דעובדת בביהמ"ק עוברת בלאו דזר לא יקרב. ודייק מלשון הרמב"ם (פרק ט מהלכות ביאת המקדש הל"א) דכהנת כזר.

[1356] אמנם יש להעיר דהרדב"ז (פרק ו מהלכות תרומה הל"ט) נקט דאע"פ דחלל אסור לאכול בתרומה מדין זר, מ"מ אין בו עונש דמיתה בידי שמים אלא מלקות בלבד.

[1357] לכאורה הרמב"ם רק כלל מי שנתחללה ע"י ביאה לפסול לה וגם בת כהן שנישאת לישראל בלאו זה, אבל לא חללה מלידה. אך לפי מהלך זה דרבינו זצ"ל אין חילוק. וע"ע בזה בהמשך השיעורים.

ואם כנים הדברים יש לחזור למשנה דקבעה דאלמנה לכה"ג וגרושה לכהן הדיוט הולד חלל מדין הולך אחר הפגום. דיתכן דהדין דהולך אחר הפגום חל היכא דהולד נקבה דאזי חלות הפסול עוברת מהאם (דנפסלה ע"י ביאה פסולה) אל הולד. אמנם בולד זכר לא צריכים הגדר והדין שהולד הולך אחר הפגום דהרי דין דחללות בזכר הוי דין דהפקעת חלות משפחת כהונה ודחלה חלות משפחת חללות וזה אינו הדין דחל בנקבה כי אין לה חלות דין משפחת כהונה או משפחת חללות בכלל, ובכן חלה בה רק את חלות הדין ושם הפסול דחללות בלבד בלי דין דמשפחה.

ד

חילוק בין נולדה כחללה לבין נפסלה ע"י ביאה

ועוד יש לבאר באופן אחר. דהיינו דכל מי דנולד עם חלות שם חללות - בין זכר ובין נקבה - נחשב כזר לכל דבר. אמנם בת כהן דנולדה בהיתר ואז נתחללה הוי דין אחר דחל בה חלות דין פסול דחללות. דהרי לעיל הבאנו דלפי הרמב"ם אין לאו מיוחד בחלל זכר דאסור לאכול בתרומה אבל יש לאו מיוחד בחללה דאסורה בתרומה, והסקנו מזה דחללה הויא חלות פסול ולא הפקעה מקדושת כהונה כזר. אמנם עיין ברמב"ם בהלכות תרומה (פרק ו הל"ז) דמשמע דהלאו המיוחד אינו חל בכל חללה אלא רק במי שהיתה כשרה ונתחללה ע"י ביאה, וז"ל ובת כהן כי תהיה לאיש זר היא בתרומת הקדשים לא תאכל, שני ענינים נכללו בלאו זה, שאם תבעל לאסור לה ותעשה זונה או חללה כמו שבארנו בהלכות איסורי ביאה הרי היא אסורה לאכול בתרומות לעולם כדין כל חלל שהחלל כזר לכל דבר, ואם תנשא לישראל הרי היא אסורה לאכול במורם מן הקדשים שהוא חזה ושוק לעולם אע"פ שגירשה או מת עכ"ל. הרי הרמב"ם הזכיר רק מי שנעשה זונה או חללה ע"י ביאה פסולה ומשמע דחללה מלידה אינה נכללת בלאו דכי תהיה לאיש זר אלא בלאו דזר אסור בתרומה.

אמנם יש להעיר דעד כאן הנחנו דאם חל על אשה הלאו דבת כהן כי תהיה לאיש זר, זאת אומרת דאין בה הלאו דזר בנוגע לאכילת תרומה. ברם יתכן דאע"פ דחללה דנפסלה אסורה לאכול בתרומה מלאו מיוחד דבת כהן כי תהיה לאיש זר, מ"מ היא עדיין נחשבת כזרה גמורה ועוברת על ב' לאווין כשהיא אוכלת בתרומה: א) הלאו דזר, ב) הלאו המיוחד דבת כהן כי תהיה לאיש זר.[1358] וא"כ אין להוכיח מזה דבת כהן דנבעלה לפסול

[1358] עיין בזה במנחת חינוך (מצוה רפ) דצידד לומר דבת כהן דנישאת לישראל אסורה גם מדין זר. ונראה דדברי רבינו זצ"ל מדוייקים בלשון הרמב"ם הובא לעיל וז"ל הרי היא אסורה לאכול בתרומות לעולם כדין כל חלל שהחלל כזר לכל דבר עכ"ל. הרי הרמב"ם השווה בין החללה לבין החלל דהוי כזר לכל דבר. ועוד עיין במנחת חינוך (מצוה רפג אות ג).

לה אסורה לאכול בתרומה מדין בת כהן כי תהיה לאיש זר, דהיא אינה זרה גמורה כמו חללה מלידה.

ונראה להוסיף דיתכן דנחלקו התנאים בדין כהנת דנתחללה האם הויא כזרה גמורה. דאיתא במשנה (תרומות פרק ז משנה ב) וז"ל בת כהן שנשאת לישראל ואחר כך אכלה תרומה משלמת את הקרן ואינה משלמת את החומש ומיתתה בשרפה, נשאת לאחד מכל הפסולין משלמת קרן וחומש ומיתתה בחנק דברי רבי מאיר וחכמים אומרים זו וזו משלמות את הקרן ואינן משלמות את החומש ומיתתן בשרפה עכ"ל. ונמצא דלפי החכמים כהנת דנתחללה ע"י ביאה פסולה עדיין נחשבת כבת כהן בנוגע לזה דהיא פטורה מחומש ומיתתה בשריפה. אמנם רבי מאיר נקט דדינה כישראלית גמורה והיא חייבת בחומש ומיתתה בחנק. ונראה לבאר דהחכמים נקטו כמו דדייקנו לעיל בדעת הרמב"ם דכהנת דנבעלה לפסול לה חל עליה חלות פסול דחללות אבל אינה כזרה גמורה. ובאמת הרמב"ם (פרק י מהלכות תרומות הלי"ב) פסק כחכמים, וז"ל בת כהן שהיתה נשואה לישראל או שנפסלה ואח"כ אכלה תרומה משלמת את הקרן ולא את החומש עכ"ל. ומשמע מדבריו דהפטור מחומש איירי רק בבת כהן דנפסלה ע"י ביאה פסולה, אמנם מי שנולדה כחללה מלידה אפי' אם היא בת כהן, דינה כזרה ומשלמת את החומש. וזה כהחילוק הנ"ל בין חללה מלידה דהויא זרה גמורה לבין בת כהן דנפסלה דאינה כזרה גמורה.[1359] אמנם רבי מאיר סבור דאפי' כהנת דנבעלה לפסול לה הויא זרה גמורה כמו חלל או חללה מלידה ולכן היא משלמת את החומש.

משנה. וכל מי שאין לה לא עליו ולא על אחרים קידושין הולד כמותה.

רש"י פירש (ד"ה והולד כמותה) וז"ל ולד נכרית נכרי ואם גיירוהו הוי גר כשר ואינו ממזר עכ"ל. ומשמע מדבריו דמסברא ראוי שולד מישראל ונכרית יהא ממזר, אלא דהדין דהולד כמותה מפקיע את חלות הממזרות, דהרי אם הולד הוא גוי גמור אי אפשר לחול בו חלות ממזרות. ונראה מזה דבמקרה ההפוך, דהיינו היכא דגוי בא על בת ישראל, דהולד ישראל, דהולד הוי ממזר. ועיין לקמן (סח:) דנחלקו האמוראים בעבד ועכו"ם הבא

[1359] ולכאורה החילוק הזה מפורש בתלמוד ירושלמי (שם) וז"ל מה טעמא דרבנן (ויקרא פרק כא פסוק ט) ובת איש כהן מ"מ, מעתה אפילו חללה מבנה תנא ר' חיננא בר פפא קומי ר' זעירא דר' ישמעאל (ויקרא פרק כא פסוק ט) את אביה היא מחללת את שחילולה מחמת עצמה ולא שחילולה מחמת אביה עכ"ל. ונמצא דלפי החכמים בת כהן דהיא חללה מלידה דינה כזר ומשלמת את החומש. אמנם עיי"ש בירושלמי שיש דעה אחרת וז"ל א"ר חנינה שונה אני על דר' ישמעאל אפילו חללה מבנה עכ"ל, דהיינו דכל בת כהן, אפי' חללה מלידה אינה משלמת את החומש ומיתתה בשריפה. ואולי זה מתאים לדברי רבינו זצ"ל לעיל, דכל חללה, אפי' חללה מלידה, אינה נחשבת כזרה גמורה וצריך פסוק מיוחד לאוסרה בתרומה.

על בת ישראל האם הולד כשר או ממזר. ועיין ברש"י לקמן (ד"ה לימא) דנקט דהסברא של המ"ד דהולד אינו ממזר הוא דשדינן בתר אביו והולד גוי.

גמ'. והרי גר שנשא ממזרת.

מבואר בגמ' דלפי רבי יוסי בגר שנשא ממזרת הולד הולך אחר הפגום אע"פ דיש קידושין ואין עבירה. ולכאורה היה ראוי לומר דהולד הולך אחר הזכר. והסברא דרבי יוסי הוא דהכלל דהולך אחר הזכר הוי דין בחלות שם משפחה לעומת ממזרות המהווה חלות דין פסול בעלמא ולכן גם האם מחילה את הפסול הזה בולד. אמנם משמע מהגמ' דלפי רבי יהודה גר שנשא ממזרת הולד ממזר רק בגלל דגר אסור בממזרת ואמרינן דהולד הולך אחר הפגום, אבל לו יצוייר דגר היה מותר בממזרת אזי הולד היה הולך אחר הזכר. ולכאורה צ"ב בזה דהרי ממ"נ, אם ממזרות הוי דין בחלות שם משפחה אזי ראוי לעולם ללכת בתר האב, בין אם גר מותר בממזרת ובין אם גר אסור בממזרת. ואם ממזרות אינו דין במשפחה אלא חלות פסול, אזי למה אם אין עבירה הולכים אחר הזכר, הרי הפסול דממזרות תמיד ראוי לחול מהאם בולד כמו כל חלות פסול אחר.

ונראה לבאר דבעצם רבי יהודה מודה לרבי יוסי דאין ממזרות דין בחלות שם משפחה, ולכן אפי' אם אין עבירה היה ראוי לומר דהולד ממזר כשהאם ממזרת. אך יש דין אחר דביאת היתר חלה כמכשיר ומטהר של הוולד, ולכן לו יצוייר דגר היה מותר בממזרת היינו אומרים דאין הולד ממזר. ובזה אפשר להבין את דברי התוס' (ד"ה מתני' ר' יהודה היא) דהקשו על הגמ' וז"ל הקשה ה"ר יעקב מקוצי לר' יהודה נמי איכא למיפרך הרי גר מצרי שנשא ממזרת דיש קידושין ואין עבירה כדאמר לקמן (עד:) דמודה הוא בפסולי קהל דהיינו גר מצרי דמותר בממזרת ואפ"ה אמר דהולד הולך אחר הפגום והוי ממזר, ותירץ ר"י בר אברהם דהגמרא לא נחית לאקשויי אא"כ יש אחד מהם כשר כגון גר כשר הראוי לבא בקהל שנשא ממזרת עכ"ל. ולכאורה קשה דאם יש קידושין ואין עבירה, מאי שנא אם הוא ראוי לבוא בקהל או לא. ונראה דלפי רבי יהודה חלות שם ממזר אינה תלויה בדיני משפחה והא דהולכין בתר הזכר הכשר הוי מדין מכשיר ומטהר וזה שייך רק היכא דהאב הוי גר דעלמא דראוי לבוא בקהל.[1360] אבל בגר מצרי שנשא ממזרת אע"פ דיש קידושין ואין עבירה מ"מ אין הולכין בתר הזכר דאין לו דין מכשיר ומטהר אלא אמרינן דהולד ממזר בגלל דממזרות הוי חלות פסול דראוי לעבור מהאם אל הולד.

[1360] והשווה לדברי רבינו בשיעורים לקמן (דף סט. ד"ה ורבנן כל ולד במעי שפחה כנענית, כולד במעי בהמה דמי) דנשא ונתן דאולי ממזרות הוי דין בחלות שם משפחה.

דף סז.

גמ'. וניתנייה תנא כל מקום דסיפא לאתויי.

ולכאורה קשה להבין קושיית הגמ' דהרי לפי רבי יהודה דין גר שנשא ממזרת כלול בדין המשנה דממזרת ונתינה לישראל הולד הולך אחר הפגום. וי"ל דזהו תירוץ הגמ', דגר שנשא ממזרת כלול במלים "כל מקום" דסיפא, דהיינו דהמלים האלו מלמדים דגר שנשא ממזרת כבר כלול בדין המשנה דממזרת לישראל.[1361]

גמ'. ואיבעית אימא לעולם רבי יוסי היא, ותנא איזו זו למעוטי.

ונראה לבאר דהדין במשנה דהוולד הולך אחר הזכר איירי רק לענין דיני יוחסין ומשפחה בלבד כמו בדיני משפחות כהונה ולוייה וישראל. אבל זה דהולד דגר וממזרת הוי ממזר אינו דין ביוחסין ובמשפחה אלא דהוי משום דממזרות מהווה חלות שם פסול דעוברת לולד אפי' דרך האם. ולכן אינו מוזכר במשנה.

גמ'. ואיזו זו ותו לא והרי חלל שנשא בת ישראל דיש קידושין ואין עבירה הולד הולך אחר הזכר, הא לא קשיא כר' דוסתאי בן ר' יהודה ס"ל.

לפי הנ"ל יש לבאר דבהו"א הגמ' נקטה דהדין דחלל שנשא בת ישראל הולד חלל הוא חל מחמת דין משפחה ולכן ראוי להזכירו במשנה. והגמ' דוחה דהמשנה כר' דוסתאי דבת ישראל מכשירה את הולד. ואז הגמ' ממשיכה ומבארת דישראל שנשא חללה הולד הולך אחר הזכר נכללת במשנה במלים "כל מקום", והביאור הוא דהולד הוי חלק ממשפחת האב הישראל ולכן אינו חלל.

ובזה יש לתרץ קושיית הרמב"ן. דכשהגמ' הביאה דין ישראל שנשא חללה הרמב"ן (ד"ה הא דאקשינן) הקשה דאם נקטינן כמו ר' דוסתאי אזי היאך שייך לומר דישראל שנשא חללה הוי דין דהולך אחר הזכר שהרי גם חלל שנשא בת ישראל הולד כשר, וז"ל קשה לי כיון דאוקימנא כרבי דוסתאי דאמר שאף חלל שנשא בת ישראל הולד כשר, היאך אתה אומר בישראל שנשא חללה שהולד הולך אחר הזכר והרי איפכא נמי הולד כשר והולך אחר הנקבה, והוה ליה למתני הולד הולך אחר הכשר מה שאין כן ברישא דמתני' עכ"ל. ועיי"ש מה שתירץ.

אבל לפי הביאור הנ"ל בשו"ט הכל עולה כפתור ופרח. דהרי אפי' לר' דוסתאי אע"פ דבישראל שנשא חללה הולד כשר וגם בחלל דנשא בת ישראל, מ"מ בעצם הריהם ב' דינים שונים. דהיינו, הטעם דישראל שנשא חללה הולד כשר הוא בגלל דחללות הוי חלות דין משפחה דהולך אחר האב. ולכן מסברא היינו אומרים דחלל שנשא בת ישראל

[1361] והשווה לדברי התוס' (ד"ה ונתנייה).

הולד חלל, אלא דיש דין מיוחד דהבת ישראל מהווה מכשיר ומטהר של הולד.[1362] ולפי"ז אין מקום לקושיית הרמב"ן, דלפי רבי דוסתאי יש דין אחד כללי דבחללות הולך בתר הכשר. דהרי לפי דברינו גם רבי דוסתאי מודה דחללות מהווה דין במשפחה דהולכת אחר האב ולכן ראוי להזכירו ברישא דמתניתין, אלא דיש עוד דין דבת ישראל מטהרת את הולד מאב חלל.

אמנם, קצת קשה על הביאור שלנו מלשון הגמ' לקמן (עז.) דהשווה בין ב' הדינים וז"ל דתניא רבי דוסתאי בן יהודה אומר כשם שבני ישראל מקוה טהרה לחללות, כך בנות ישראל מקוה טהרה לחללים עכ"ל. ומשמע מהלשון "כשם" דלפי ר' דוסתאי יש דין אחד דבחללות הולך אחר הכשר, כמו שנקט הרמב"ן, ודו"ק.

רש"י ד"ה בנה שלישי.

בענין מצרי שני שנשא מצרית ראשונה

א

בדין מצרי ראשון ומצרי שני

רש"י כתב דלפי רבה בר בר חנה במצרי שני שנשא מצרית ראשונה בנה הוי מצרי שלישי מפאת הדין דלמשפחותם לבית אבותם, ומאידך הדין דלהם דהולך אחר פסולם שייך בישראל שנשא מצרית וכדומה. וצ"ב מתי הקובע הוא דין משפחה והולכין אחר הזכר, ומתי חל הדין דלהם דהולך אחר הפסול. ונראה דנחלקו התוס' ורש"י בגדר הדברים. דעיין בתוס' (ד"ה בנה שלישי) דהביא בשם הר"מ דהכל תלוי האם שני ההורים הם מאותו עם או מב' עממים שונים, וז"ל ודקדק הר"ם דלא תימא דוקא ישראל שנשא מצרית שייך לומר הלך אחר פסולן לפי שאין שניהם פסולין אבל בשניהם פסולין לא שייך לומר הלך אחר פסולן דשניהם פסולים שהרי עמוני ומצרית שניהם פסולים והולכים אחר הפגום אלא הדבר תלוי בזה כשהם משני עממים שייך לומר כן דקרא בשני עממים איירי וקאמר הלך אחר הפסול שבכל עם ועם אבל כששניהם מעם אחד לא שייך לומר כן עכ"ל. ונראה לבאר בדעת הר"מ דהדין דהולך אחר פסולן שייך כשאין לשניהם אותו שם פסול כמו עמוני ומצרית דהמצרית נחשבת ככשרה כלפי העמוני. אבל במצרי שני ומצרית ראשונה דיש לשניהם אותו שם פסול, לא שייך הדין דהולך אחר פסולן אלא דחל הדין דמשפחה הקובע את דין הולד.

ויל"ע דהא לכאורה גם מצרי ראשון ומצרי שני הריהם ב' פסולים שונים דהרי מצרי ראשון מחיל את חלות שם הפסול שלו לולד שלו ואילו מצרי שני אינו מחיל את חלות

[1362] והשווה לשיעורים לעיל (סו: ביסוד הדין דחללות, אות א-ב).

שם הפסול שלו לולד שלו. ועוד יל"ע שהרי נחלקו בברייתא (יבמות סח.) האם ביאת מצרי שני פוסלת אשה לכהונה כמו ביאת מצרי ראשון, וז"ל גופא בן ט' שנים ויום א', גר עמוני ומואבי, מצרי ואדומי, כותי, נתין, חלל וממזר, שבאו על כהנת לויה וישראלית פסלן, רבי יוסי אומר כל שזרעו פסול פוסל, כל שאין זרעו פסול אינו פוסל עכ"ל, והגמ' (שם סט.) ביאר וז"ל מאי איכא בין ת"ק לרבי יוסי, אמר ר' יוחנן מצרי שני ואדומי שני איכא בינייהו עכ"ל. ומרבי יוסי נראה דיש חלות שם פסול אחר במצרי שני מבמצרי ראשון דהרי יש נ"מ ביניהם לדינא בנוגע לפסול האשה. וכל זה משמע דלא כהר"מ בתוס' דנקט דמצרי ראשון ומצרי שני הריהם חלות שם פסול אחד.[1363]

ונראה דרש"י נמנע מלפרש כהר"מ מפני הנ"ל, דהיינו דבגלל דנקט דמצרי ראשון ומצרי שני הוו ב' פסולים שונים ולכן ראוי לומר דהולך בדיניהם אחר פסולן. אבל רש"י הדגיש ב' נקודות בהסבר למה לא אמרינן דהולד הוי מצרי שני מפאת דהולך אחר פסולן. בתחילת דבריו כתב דאומרים הולך אחר פסולן רק היכא דיש קידושין ויש עבירה אבל כל היכא דיש קידושין ואין עבירה אזי הולכין בתר האב. ברם לכאורה זה קשה מהדין דרבי יוסי דגר מותר בממזרת ואעפ"כ אומרים הולך אחר פסולן.[1364] ולכן רש"י הוסיף נקודה אחרת בנוגע לעצם חלות השם מצרי ומצרית, וז"ל דהא בתרוייהו להם קרינא ביה והוא מצרי והיא מצרית עכ"ל.[1365] ולכאורה צ"ב בכוונתו לפי הביאור שלנו לעיל דרש"י נמנע מלפרש כמו התוס' משום דנקט דמצרי ראשון ומצרי שני הוו ב' חלויות שונות.

ונראה לבאר דברי רש"י אלו ע"פ דברי הרמב"ם (פרק יב מהלכות איסו"ב הלי"ז) וז"ל כל העכו"ם כולם כשיתגיירו ויקבלו עליהן כל המצות שבתורה והעבדים כשישתחררו הרי הן כישראל לכל דבר שנאמר הקהל חוקה אחת יהיה לכם ומותרין להכנס בקהל ה' מיד, והוא שישא הגר או המשוחרר בת ישראל וישא הישראלי גיורת ומשוחררת, חוץ מד' עממין בלבד והם עמון ומואב ומצרים ואדום שהאומות האלו כשיתגייר אחד מהן הרי הוא כישראל לכל דבר אלא לענין ביאה בקהל עכ"ל. ונראה לדייק מסוף דברי הרמב"ם דאין גר מצרי נחשב כישראל גמור עם חלות שם פסול מסויים כמו דמצינו בממזר וכדומה. אלא הלשון "הרי הוא כישראל לכל דבר אלא לענין ביאה בקהל" משמע דלענין

[1363] וי"ל לר"מ דמצרי ראשון ושני מהווים אותו חלות שם פסול מצרי אלא דבראשון הפסול יותר חזק מבמצרי שני.

[1364] עיין בשיעורים לעיל (סו: ד"ה והרי גר), וגם לקמן (עז. ד"ה בת חלל זכר, ובהערות שם).

[1365] בתחילת דבריו רש"י לכאורה נקט דכל היכא דיש קידושין ואין עבירה אזי לא שייך לומר הולך אחר הפסול. ויש אחרונים דנקטו דזה כל כוונת רש"י (עיין בזה בשער המלך להלכות איסו"ב פרק יב הל"כ). אבל רבינו זצ"ל הבין דרש"י הרגיש דלא סגי בזה דהרי פסקינן כרבי יוסי דגר מותר בממזרת ואעפ"כ הולד הולך אחר הפסול. ולכן רש"י הוסיף עוד טעם כמו דביאר רבינו זצ"ל בפנים, דהכלל דהולך אחר הפסול בעצם שייך אפי' כשאין עבירה אבל רק אם הם הוו ב' חלויות פסול שונות בגברא.

זה אין לו חלות שם ישראל גמור ועדיין יש לו שם עכו"ם דמצרי בגברא וממילא אסור לו לבוא בקהל. ובנוגע למצרי השם מצרי ועכו"ם נמשך עד ג' דורות.[1366]

ובזה ניתן לבאר את דברי רש"י. דהרי אפי' אם חלות שם הפסול דמצרי ראשון שונה מחלות שם הפסול דמצרי שני וכמו שהוכחנו למעלה, מ"מ יש להם צד השוה בזה דלשניהם חסרה קצת קדושת ישראל. וממילא לא אמרינן הולך אחר פסולם אע"פ דיש להם ב' חלויות פסולים שונים, דהרי לשניהם יש אותו שם מצרי דהיינו חסרון בקדושת ישראל. וזוהי כוונת רש"י "והוא מצרי והיא מצרית" דהיינו שם נכרי ולכן לא אמרינן הולך אחר פסולן.[1367]

ב

השו"ט דהסוגיא ביבמות בשיטת רבה בר בר חנה

איתא ביבמות (עח.) וז"ל אמר רבה בר בר חנה א"ר יוחנן מצרי שני שנשא מצרית ראשונה בנה שלישי הואי אלמא קסבר בתר דידיה שדינן ליה, מתיב רב יוסף רבי טרפון אומר יכולין ממזרים ליטהר כיצד ממזר נשא שפחה הולד עבד שחררו נמצא בן חורין, אלמא בתר דידה שדינן ליה, שאני התם דאמר קרא האשה וילדיה תהיה לאדוניה עכ"ל. לכאורה קושיית רב יוסף צ"ב, דהרי מה ההו"א לומר דהדין דישראל הבא על השפחה הולד כמותה שייך לדין דמצרי ראשון שנשא מצרית שניה. ונראה דבהו"א רב יוסף הבין דהטעם דהולד של ממזר ושפחה הויא שפחה הוא מפאת הדין הכללי דהולד הולך אחר הפסול. ולכן רב יוסף הקשה דרואים מזה דאפי' היכא דיש קידושין ואין עבירה (עיין בסוגיא לקמן סט. דלפי המשנה ממזר מותר בשפחה לכתחילה) אפ"ה הולכין בתר הפסול ולא אמרינן דין משפחותם לבית אבותם. ואז הגמ' דחתה דבאמת היכא דאין עבירה אזי לא הולכין בתר הפסול, אלא דבולד שפחה יש גזה"כ דהוי שפחה או עבד.

ויש להעיר דכל הביאור הזה בשו"ט שייך לטעם הראשון ברש"י (סז. ד"ה בנה שלישי) דאמרינן הולך אחר הפסול רק היכא דיש ביאת איסור. ולכן שפיר מובנת קושיית הגמ' מממזר ושפחה דיש קידושין ואין עבירה ואפ"ה הולד שפחה.[1368] אבל לפי הביאור השני

[1366] וע"ע בזה ברשימות שיעורים ליבמות (מה: קונטרס הגירות, אות יב).

[1367] ונראה לפי"ז דבגלל החסרון בקדושת ישראל דמצרי דמשפחת מצרי מהווה חלות שם משפחה לעצמה במשפחות בנ"י כמו משפחת כהונה לוייה וישראל, ומשו"ה כשנשא מצרי את מצרית חל דין משפחותם לבית אבותם. ועוד נראה דבמצרי שנשא מואבית אזלינן בתר פסולם ואע"פ דשניהם חסר בקדושת ישראל שלהם, כי מ"מ שונים הם באיכות קדושת ישראל שלהם כי המצרי פסול בם בזכרים ובנקבות אך ורק לב' דורות ואילו מואבי פסול רק בזכרים אך לכל הדורות. ואינו דומה למצרי ראשון עם מצרית שני כי ההבדל בקדושת ישראל שלהם הוא רק בכמות של קדושתו ולא באיכות קדושתם.

[1368] ועיין בזה ברמב"ן (יבמות שם ד"ה הא דאמר) דביאר קושיית הגמ' כמו הצד הראשון דרבינו זצ"ל, דהיינו דבממזר ושפחה אין איסור ואפ"ה שדינן הולד בתר הפגום.

דרש"י וגם לפי שיטת הר"מ בתוס' (ד"ה בנה שלישי), דהדין הולד הולך אחר הפסול שייך אפי' היכא דאין עבירה, וא"כ צריך לפרש את השו"ט באופן אחר.

ונראה דיש לעיין בעצם הדין דישראל הבא על הממזרת הולד ממזר, דלא הולכין בתר האב היכא דהאם פגומה. דמצד אחד י"ל דחלות הפסול דהאם מבטלת את חלות הכשרות דהאב לגמרי, וא"כ אין להולד חלות שם ישראל כשר כלל מהאב, אלא רק חלות שם ישראל ממזר מהאם. ומצד שני י"ל דהולד מקבל ב' חלויות שם מההורים שלו, כלומר דמצד האב יש לו חלות שם ישראל כשר בעלמא ומצד האם יש לו חלות שם ישראל ממזר. ומכיון דחל בו ב' החלויות האלו ויש בו אף חלות שם ממזר, דנין אותו כישראל ממזר.

ולפי הצד השני י"ל דכל זה שייך היכא דאין סתירה גמורה בין ב' החלויות כמו בישראל הבא על הממזרת, דהרי אין סתירה בין חלות שם ישראל מצד האב וחלות שם ממזר דהולד מקבל מהאם, דחלות שם ממזרות חלה על גבי חלות שם ישראל. אבל היכא דיש סתירה גמורה בין ב' החלויות אזי לא אמרינן דהולכין בתר חלות האם הפסולה, אלא דחוזרין לדין דהולכין בתר האב. והרי כבר ביארנו למעלה אליבא דרש"י והרמב"ם דאיסור מצרי אינו חלות איסור ופסול בעלמא אלא דמהווה חסרון בקדושת ישראל. ובכן י"ל דלמצרי ראשון ושני יש שני חסרונות שונים בקדושת ישראל שלהם.

ובכך יש לבאר את השו"ט דהגמ'. דרב יוסף הבין דהדין דר' יוחנן דמצרי שני הבא על מצרית ראשונה הולד שלישי חל משום דיש סתירה גמורה בין חלות שם מצרי שני וחלות שם מצרית ראשונה מפאת קדושת ישראל שלהם וממילא חוזרים לדין דהולכין בתר האב. ולכן הקשה הגמ' דוקא מהדין דממזר הבא על שפחה דהולד שפחה, כלומר דהיכא דיש סתירה גמורה בין חלות ממזרות מהאב וחלות שפחות מהאם הולכין בתר האם ולא בתר האב. והטעם דהחלויות סותרות זו את זו הוא דחלות ממזרות דעלמא חל רק על מי דיש לו קדושת ישראל, ובן של שפחה חסרה לו בקדושת ישראל. ואז הגמ' דחתה דבממזר דנשא שפחה הולד עבד מפאת גזה"כ מיוחדת דהאשה וילדיה. והביאור בזה הוא דחל על הולד שם שפחה מהאם מגזה"כ וזה מהווה סתירה לחלות הממזרות ומונע אותה מלחול. מאידך, במצרי שני דנשא מצרית ראשונה יש סתירה דעלמא בין ב' החלויות שבוולד ואין אחד מהם חל בתחילה ולכן רבה בר בר חנה סבור דהולכין בתר האב.[1369]

[1369] וי"ל שהוא משום דמצרי מהווה חלות שם משפחה לעצמה ובדין משפחה הולכים בתר האב. ועוד יתכן דהביאור הזה דרבינו זצ"ל בשו"ט דהגמ' מתאים לשיטת הריטב"א (סז: ד"ה אלא כל מקום) דלפי רבה בר בר חנה, בישראל הבא על מצרית ראשונה אע"פ דיש עבירה מ"מ יש צד לומר דלא הולכין בתר הפגום אלא בתר דידיה

ג

השו"ט בסוגיא דיבמות בשיטת רב דימי

ובהמשך הסוגיא ביבמות (עח.) הגמ' הביאה דעת רב דימי אמר ר' יוחנן וז"ל כי אתא רב דימי אמר רבי יוחנן מצרי שני שנשא מצרית ראשונה בנה שני הואי, אלמא בתר אימיה שדינן ליה, אמר ליה אביי אלא הא דאמר ר' יוחנן הפריש חטאת מעוברת וילדה רצה מתכפר בה רצה מתכפר בולדה, אי אמרת בשלמא עובר לאו ירך אמו הוא הוה ליה כמפריש שתי חטאות לאחריות ואמר רב אושעיא הפריש שתי חטאות לאחריות מתכפר באחת מהן והשניה תרעה, אלא אי אמרת עובר ירך אמו הוא הוה ליה ולד חטאת וולד חטאת למיתה אזיל, אישתיק, א"ל דלמא שאני התם דכתיב אשר יולדו הכתוב תלאו בלידה עכ"ל. הנה הגמ' הקשה על רב דימי מזה דר' יוחנן סבור דעובר לאו ירך אמו. ולכאורה כל השו"ט צ"ב דהרי מה השייכות של עובר ירך אמו לדין דרב דימי. דלפום ריהטא היה יותר מסתבר להקשות מהדין במשנה דידן דכל מקום דיש קידושין ואין עבירה הולד הולך אחר האב דחל מדין משפחה, וא"כ הכא הולד ראוי להיות מצרי שלישי כיון דהאב הוי מצרי שני.

ונראה לבאר דהגמ' הבינה דלפי רב דימי הסברא דבתר אימיה שדינן ליה חל בעובר אפי' קודם הלידה ומונע את הדין דמשפחה מלחול בשעת לידה. דהיינו דיש דינים דחלין רק בלידה כמו השם דכהן לוי וישראל דהאב מחיל, ולכן אין שייך לומר דהאם קובעת את הדינים האלו לעובר קודם הלידה. אבל יש דינים דאינם תלויים בלידה דוקא ויכולים לחול בעובר. והאם מחילה את הדינים האלו לעובר אפי' לפני הלידה וזה מונע את הדינים דהאב מלחול בשעת לידה. ולכאורה רואים את זה בעליל מהגמ' לעיל ביבמות (עח.) דמסברא היינו אומרים דמצרית דנתגיירה בנה גם כן הוי מצרי ראשון, ורק משום גזה"כ דיולדו קובעים דהוא מצרי שני, וז"ל ואי כתב רחמנא להם, ה"א מצרית מעוברת שנתגיירה היא ובנה חד, כתב רחמנא אשר יולדו עכ"ל. ולכאורה קשה להבין את ההו"א, למה היינו חושבים מסברא דהולד דמצרית ראשונה הוי מצרי ראשון. ונראה לבאר דהאם מחילה את הדינים שלה לולד אפי' לפני הלידה ולכן היה חל על העובר דין דמצרי ראשון בשעה דאמו נתגיירה.[1370]

והולד ישראל כשר וז"ל אבל לדברי רבה בר בר חנה דמכשר במצרי שני שנשא מצרית ראשונה אפשר דהוא הדין דבהא נמי בנה כשר עכ"ל. ונמצא דלפי הריטב"א בדעת רבה בר בר חנה יש דין דהולך בתר דידיה אפי' כשהאם פגומה ואין שניהם מעם אחד.

[1370] והשווה לדברי המנחת חינוך (מצוה תקס"ג סק"ה) דדייק מלשון הגמ' דלא משנה ממי נתעברה, הולד הוי מצרי ראשון וז"ל אבל אם האם נתגיירה בעודה מעוברת דהולד גר כמו דקי"ל נכרית מעוברת שנתגיירה בנה א"צ טבילה הולד הולך אחר האם ל"מ אם אמרינן עובר ירך אמו הולד כאחד מאברי' בודאי הולך אחר האם אלא אפי'

ולכאורה היסוד הנ"ל דמשפחת אב חל רק מלידה ואילך עולה מהמשנה ביבמות לעיל (סז.) וז"ל בת ישראל שניסת לכהן ומת, והניחה מעוברת לא יאכלו עבדיה בתרומה מפני חלקו של עובר, שהעובר פוסל ואינו מאכיל, דברי ר' יוסי עכ"ל. והגמ' נסתפקה בטעם הדבר, וז"ל איבעיא להו טעמא דרבי יוסי משום דקסבר עובר במעי זרה זר הוא, או דלמא ילוד מאכיל שאינו ילוד אינו מאכיל, למאי נפקא מינה לעובר במעי כהנת עכ"ל. ולצד הראשון יוצא דעובר במעי זרה זר הוא דהיינו דעובר מאב כהן אינו מתייחס אחר אביו לפני לידה להיות כהן, דהא דמתייחס אחר אביו וחל עליו דין משפחת כהונה חל רק בשעת לידה.[1371]

ועכשיו נחזור לשו"ט דגמ'. אביי הבין דהדין דבתר אימיה שדינן ליה, דהיינו דהאם מחילה דינים על העובר לפני לידה, הוא תלוי דין דעובר ירך אמו. ולכן הקשה היאך רב דימי בשם ר' יוחנן יכול לומר דבתר אימיה שדינן ליה אם ר' יוחנן סבור דעובר לאו ירך אמו וא"כ אין האם מחילה דינים בעובר לפני לידה, וממילא הדין דמשפחת אב ראוי לקבוע דין הוולד כמצרי בשעת לידה. ואילו הדין שבמשנה דכהן שנשא ישראלית דהולד הוי כהן לא היה קשה על רב דימי דהרי ברור דחלות כהונה תלויה במשפחה ובלידה בלבד, משא"כ החלות שם של מצרי שני או שלישי דחל אפי' לפני הלידה ע"י האם ומונע את חלות דין דהאב מלחול בשעת לידה.

והגמ' דחתה דשאני התם דהכתוב תלאו בלידה. ונחלקו הראשונים בגדר הגזה"כ דיולדו ובהבנת דחיית הגמ'. דהנה כתב הרמב"ם (פרק יב מהלכות איסו"ב הל"כ) וז"ל מצרית מעוברת שנתגיירה בנה שני, מצרי שני שנשא מצרית ראשונה או מצרי ראשון שנשא מצרית שנייה הולד שני שנאמר בנים אשר יולדו להם הכתוב תלאן בלידה עכ"ל. ונמצא דלפי הרמב"ם הולכין תמיד לחומרא, דהיינו דהיכא דאו האב או האם הוי מצרי ראשון אזי הולד הוי מצרי שני ולא מצרי שלישי. והביאור בזה הוא דלפי מסקנת הגמ' הגזה"כ מלמד דדין הולד בנוגע לדורות תלוי בשעת לידה והיכא דדיני האב ודיני האם סותרים זה לזה הדין הוי דהולכין בתר הפגום שבשניהם.

מאידך הרמב"ן (ד"ה והא דרב דימי) חולק על הרמב"ם ונקט דהגזה"כ דיולדו מלמד דתמיד הולכין בתר האם ואפי' לקולא, ולכן אם מצרי ראשון בא על מצרית שניה אזי הולד הוי

לאו ירך אמו מ"מ נ"ל דהיחוס אינו אלא בנולד אבל במעי אמו אינו מתיחס אחריו ואם נתגיירה האם הולד הולך אחרי' עכ"ל. הרי נקט להדיא כמו רבינו זצ"ל דאין דין יחוס בעובר ומ"מ הולד הולך אחריה.

[1371] וכן איתא ברש"ש שם (סז. רש"י במשנה). ויש להעיר משיטת הרוקח (הובא בש"ך יו"ד סימן שעא סק"א) דשייך האיסור דטומאת כהנים לעובר דאביו כהן. וכבר הקשו עליו מזה דעובר אינו מאכיל, עיין בזה בקובץ שיעורים חלק ב' סימן מא. ברם רק לצד א' דאיבעיא העובר זר הוא, ואילו לצד שני משמע דהוי כהן שקבל דין משפחת אביו הכהן גם במעי אמו, דדין משפחה אינו תלוי בלידה אלא רק ביצירת הוולד.

מצרי שלישי. ונראה דלפי הרמב"ן הגזה"כ דיולדו אינו דוחה את ההו"א לגמרי, אלא דהגזה"כ קובעת דאפי' אם לא אמרינן עובר ירך אמו בכהת"כ, מ"מ במצרי שנשא מצרית אמרינן עובר ירך אמו והאם מחילה את הדין שלה לעובר אפי' לפני לידה.

ויש להעיר דלפי הרמב"ן קצת קשה השו"ט בסוגיא דידן, דהרי הגמ' נקטה דהדין דרב דימי יוצא מן הכלל של הרישא דהמשנה דכל מקום דיש קידושין ואין עבירה הולד הולך אחר הזכר, והמלים "איזה זו" דהרישא באו למעוטי מצרי שני שנשא מצרית ראשונה. ולכאורה צ"ב דאין קשר בכלל בין הרישא דהמשנה דהולכין בתר משפחת האב לבין הדין דרב דימי דבמצרי שנשא מצרית יש גזה"כ דאמרינן עובר ירך אמו, וא"כ למה צריך למעט הדין דרב דימי מהמשנה.

דף סז:

גמ'. כדתניא מנין לא' מן האומות שבא על הכנענית והוליד בן שאתה רשאי לקנותו בעבד, תלמוד לומר וגם מבני התושבים הגרים עמכם מהם תקנו.

רש"י (ד"ה מנין לאחד) פירש דהגמ' איירי בדין דלא תחיה כל נשמה דבאומות הולך בתר הזכר. אבל הרמב"ם (פרק ט מהלכות עבדים הל"ג) הבין את כל הסוגיא באופן אחר, וז"ל אחד מן האומות שבא על שפחה כנענית שלנו הרי הבן עבד כנעני שנאמר אשר הולידו בארצכם, אבל העבד שלנו שבא על אחת מן האומות אין הבן עבד שנאמר אשר הולידו בארצכם ועבד אין לו יחס עכ"ל. לפי הרמב"ם הסוגיא איירי בגוי דבא על שפחה כנענית או בעבד כנעני שבא על גויה והדין הוא דתמיד הולכין בתר האם.[1372]

ולכאורה צ"ב בדעת הרמב"ם. דבשלמא לרש"י יש חידוש בגזה"כ בסוגיא דידן דהרי בלי הפסוק לא היינו יודעים דבאומות הולכין בתר הזכר בנוגע לדין דלא תחיה כל נשמה. אבל לפי הרמב"ם הסוגיא בא ללמד דהיכא דיש ביאה בין גוי או עבד עם גויה או שפחה דהולכין בתר האם, ולכאורה הדין דולד שפחה הוי עבד כבר ידוע לנו מהלימוד דהאשה וילדיה תהיה לאדוניה (סח:). ולמה צריך גזה"כ חדש של אשר הולידו בארצכם.

ונראה לבאר דהרמב"ם הבין דהגזה"כ דהאשה וילדיה תהיה לאדוניה אינו מחדש דכל ולד של שפחה הריהו עבד כנעני או שפחה כנענית, אלא דהפסוק מלמד דהולד קנוי לאדון בזכותי ממון, כלומר דיהא עבד לאדון כמו השפחה עצמה. ומכיון דהולד הוי עבד לאדון ממילא ידעינן דהולד אינו ישראל גמור דהרי אי אפשר שיהיה לישראל אחד קנין הגוף דעבד כנעני בישראל אחר. ולפי"ז היינו חושבים דאם גוי בא על שפחה כנענית

[1372] עיי"ש בכס"מ דהיה לרמב"ם גירסא אחרת בגמ'.

דהולד יהא קנוי לאדון בזכותי ממון, אמנם הולד יהיה גוי גמור בלי חלות דמקצת קדושת ישראל דעבד כנעני, דהרי הלימוד דהאשה וילדיה הוא רק בנוגע לזכותי ממון דהאדון. ולכן צריך עוד פסוק של והולידו בארצכם ללמד דכשגוי בא על השפחה דהולד הוי עבד כנעני עם מקצת קדושת ישראל ולא הוי גוי גמור דקנוי לישראל כעבד.

ואם כנים הדברים גם אפשר להסביר סוף דברי הרמב"ם דאם עבד כנעני בא על גויה דהולד גוי ולא עבד "שנאמר אשר הולידו בארצכם ועבד אין לו יחס". ולכאורה צ"ב דלמה צריך גזה"כ והסברא דעבד אין לו יחס, לכאורה פשיטא דולד של עבד וגויה הויא גוי גמור. ולפי הנ"ל י"ל דאה"נ, דפשיטא דהולד של גויה הוי גוי גמור בלי מקצת קדושת ישראל דעבד. אלא דיש הו"א לומר דמכיון דהאבא שלו הוי עבד דהולד יהא קנוי לאדון בקנין ממון. ולכן הרמב"ם ביאר דיש גזה"כ דהולד הוי גוי גמור ובן חורין והסברא הוא דלא הולכין בתר האב כלל דהרי האב הוי עבד ואין לו יחס.

גמ'. במאי אילימא במצרי שנשא עמונית, מאי פגום איכא עמוני ולא עמונית.

יוצא דפשיטא לגמ' דעמונית אינה מחילה את חלות שם האומה דעמון לולד שלה. ולכאורה קשה דהרי אפי' אם היא מותרת לבוא בקהל מ"מ היא עדיין גיורת עמונית וממילא י"ל דהולד שלה הוי גר עמוני דאסור לבוא בקהל. ונראה מזה דכל היכא דאין איסור לגר לבוא בקהל אזי חסר לו את השם של האומה הקודמת שלו ונחשב רק כגר דעלמא בלבד. ולכן עמונית דנתגיירה דמותרת לבוא בקהל, אין לה שום חלות שם של האומה דעמון ופשיטא דהבן שלה אינו נחשב כגר עמוני. וכן משמע מלשון הרמב"ם (פרק יב מהלכות איסו"ב הלי"ז) דהובא לעיל (סז. רש"י ד"ה בנה שלישי אות א) וז"ל ישא הישראלי גיורת ומשוחררת חוץ מד' עממין בלבד והם עמון ומואב ומצרים ואדום שהאומות האלו כשיתגייר אחד מהן הרי הוא כישראל לכל דבר אלא לענין ביאה בקהל עכ"ל. ומשמע מלשונו דלגר יש חלות שם אומה מסויימת רק כשיש בו חלות איסור לבוא בקהל.

גמ'. אשת איש נמי איכא למיפרך מה להנך שכן אין לה היתר בחיי אוסרן, תאמר באשת איש שיש לה היתר בחיי אוסרן.

יש להסתפק בהא דאין קידושין תופסין באשת איש האם הוי מפני דהיא קנויה כבר לבעלה או"ד משום דהיא אסורה באיסור ערוה כשאר העריות. ונראה מקושיית הגמ' כצד השני דהרי הגמ' הקשה דמכיון דיש פירכא על הבנין אב מאחות אשה אזי נאמר

דקידושין תופסין באשת איש.[1373]

ולכאורה נראה להוכיח כצד הזה אף מהא דפשיטא לגמ' דהולד דאשת איש שזינתה הוי ממזר. דהרי בשלמא אם הקידושין אינן תופסין בה מדין ערוה אזי שפיר ניתן לומר דהולד ממזר כמו בשאר עריות. אבל אם קידושין אינן תופסין באשת איש מכיון דהיא קנויה לבעלה, אזי למה פשיטא דהולד ממזר.

אבל הראיה הזאת מבוססת על ההנחה דיש קשר בין חלות שם ערוה והא דהולד ממזר, כלומר דהולד ממזר רק אם הביאה אסורה באיסור ערוה. מאידך י"ל דלא צריך איסור ערוה, אלא כל היכא דאין קידושין תופסין אפי' מטעם אחר הולד ממזר. וכן משמע מרהיטת לשון משנתנו, וז"ל וכל מי שאין לה עליו קידושין אבל יש לה על אחרים קידושין הולד ממזר עכ"ל, דהיינו דהכל תלוי באי-תפיסת קידושין ולא בטעם למה אין קידושין תופסין. ולפי"ז אין להוכיח מהא דביאה עם אשת איש גורם ולד ממזר דאין קידושין תופסין בה בגלל איסור ערוה, דהרי אפי' אם קידושין אינן תופסין בה בגלל קנין הבעל עדיין הולד ממזר.[1374]

ובנוגע לקשר בין איסור ערוה לבין הא דהולד ממזר, עיין ביבמות (מט:) דאביי מספקא ליה אם שומרת יבם לשוק עושה ממזר או לא, וז"ל ואביי שומרת יבם מספקא ליה אי כרב אי כשמואל עכ"ל. ורש"י פירש דנחלקו רב ושמואל לקמן ביבמות (צב:) האם קידושין תופסין בשומרת יבם, דהיינו דלפי רב דקידושין אינן תופסין אזי הולד ממזר ולפי שמואל דמספקא ליה האם היא צריכה גט אזי הולד ספק ממזר. מאידך הרמב"ם חילק בין הדין דתפיסת קידושין לדין דממזרות בנוגע לשומרת יבם.[1375] דהרי מצד אחד הוא פסק דהיא ספק מקודשת (פרק ד מהלכות אישות הל"ד) וז"ל המקדש אחת מן השניות או מאיסורי לאוין או מאיסורי עשה, וכן היבם שקידש צרת יבמה, הרי זו מקודשת קידושין גמורין, חוץ מיבמה שנתקדשה לזר שהיא מקודשת בספק, נסתפק לחכמים אם הקידושין תופסין ביבמה כשאר חייבי לאוין או אין קידושין תופסין בה כערוה, ואע"פ שאסור לו לכנוס אחת מכל אלו הרי זה מגרש בגט עכ"ל. ומצד שני הוא פסק (פרק טו מהלכות איסו"ב הל"א) דרק ביאה עם הערוה יוצרת ממזרות, וז"ל אי זהו ממזר האמור בתורה זה הבא מערוה מן העריות עכ"ל, ומשמע דשומרת יבם דאינה ערוה דהרי היא

[1373] ועיין בזה באבני מילואים (סימן מד סק"ד). אמנם עיין בשיעורים לעיל (ו. בענין שפחה חרופה, אות ה) דרבינו זצ"ל נקט בדעת הרמב"ם דאין קידושין תופסין באשת איש מפני דהיא כבר קנויה לבעלה הראשון ולא מדין ערוה.

[1374] ועיין לקמן בשיעורים (עד: ד"ה אלא אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוה, עה: בתוד"ה ורבי ישמעאל) דרבינו זצ"ל גם נשא ונתן ביסוד דממזרות.

[1375] עיין ביבמות שם דלפני הספק דאביי הגמ' הביאה ברייתא דאין ממזרות ביבמה לשוק.

נאסרה באיסור לאו בעלמא, דאם היא זינתה וולדה אינו ממזר. ויוצא דיש צד ברמב"ם דבשומרת יבם קידושין אינן תופסין ואעפ"כ הולד אינו ממזר.

ובביאור המחלוקת בין רש"י ובין הרמב"ם י"ל דבשומרת יבם אי אפשר לומר דנאסרה באיסור ערוה דהרי עונשה הוא רק מלקות דלאו.[1376] ונמצא דאם אין קידושין תופסין בה זה הוי דין אחר דמקורו בגזה"כ מיוחדת דלא תהא בה הויה לזר (יבמות צב:). ולפי"ז י"ל דנחלקו רש"י והרמב"ם בהבנת הקשר בין אי-תפיסת קידושין לבין ממזרות. דרש"י נקט דכל היכא דאין קידושין תופסין מאיזה טעם שיהיה הולד ממזר, ולכן בשומרת יבם דין הולד תלוי במחלוקת רב ושמואל בנוגע לתפיסת קידושין.[1377] אבל הרמב"ם הבין דממזרות תלויה באיסור ערוה וכלשונו הנ"ל ולכן בשומרת יבם דאין קידושין תופסין בה מגזה"כ מיוחדת, אין הולד ממזר מכיון דאינה איסור ערוה.[1378]

ונראה דרש"י אזיל בזה לשיטתיה לקמן (סח:) דנקט דגוי הבא על בת ישראל מסברא הולד ממזר מפני דאין קידושין תופסין בגוי, וז"ל אלא בתר ישראלית שדינן ליה וכיון שבעבירה נולד הוה ליה ישראל פסול כשאר נולדים ממי שאין עליו קידושין דתנן במתני' (לעיל סו:) שהם ממזרים עכ"ל. והגמ' דוחה את זה משום דיש גזה"כ דממזרות חלה רק כשיש על אחרים קידושין ואילו גוי מופקע לגמרי מתפיסת קידושין. אמנם מלשון דרש"י בהו"א משמע דנקט דכל היכא דאין תפיסת קידושין הולד ממזר, ואע"פ דאינו אסור באיסור ערוה.

וא"כ יש לחזור לנידון דידן באשת איש. דהרי העלינו דאולי יש להוכיח מהא דהולד עם אשת איש הוי ממזר דהטעם דאין קידושין תופסין בה הוי מפני איסור ערוה. אבל באמת י"ל דהראיה הזאת מסתבר רק לפי הרמב"ם דממזרות תלויה באיסור ערוה. אבל לפי רש"י יש לדחות דכמו דבשומרת יבם יש ממזרות מכיון דאין קידושין תופסין בה אפי' בלי חלות איסור ערוה, הו"ה דיש ממזרות מאשת איש אע"פ דאין קידושין תופסין בה מחמת קנין הבעל ולא מחמת השם ערוה.

[1376] ועיין באתוון דאורייתא (כלל ח) דנסתפק האם יבמה לשוק הויא איסור ערוה בנוגע ליהרג ואל יעבור ואין דבר שבערוה פחות משנים וכדומה. וגם עיין בדברי רבינו זצ"ל ברשימות שיעורים ליבמות (יח: ענין דין דר"י בן בתירא, אות ג) דצידד לומר דלפי דעה אחת ברמב"ן המקצת אישות דזיקה יוצרת חלות ערוה במקצת.

[1377] רבינו זצ"ל העיר דלפי רבי יהושע (יבמות מט.) זה בודאי לא נכון דהרי אין קידושין תופסין בחיובי כרת אע"פ דממזרות חלה רק באיסור מיתה, ורבינו זצ"ל ציין לתוס' לקמן (סז: ד"ה מנא הני) דנקטו דלפי רוב התנאים אי-תפיסת קידושין וממזרות תלויים זה בזה, אמנם זה לא נכון לפי רבי יהושע דהרי בחייבי כריתות אין קידושין תופסין אע"פ דאין ממזרות.

[1378] אבל עיין לקמן בשיעורים (סח: בענין עבד ועכו"ם הבא על בת ישראל, אות ז) דרבינו זצ"ל ביאר את הרמב"ם באופן אחר, דהיינו דהרמב"ם נסתפק האם יבמה לשוק הויא איסור ערוה ואעפ"כ בודאי אין ממזרות מפני דכדי ליצור ממזרות צריך ב' דברים: א)איסור ערוה, ב)איסור כרת.

גמ'. תאמר באשת אח שיש לה היתר במקום מצוה.

מסברא ניתן לומר דהיכא דהאח מת בלי בנים והיא עומדת ליבום אזי לא נאמר האיסור דאשת אח מעיקרא דהאיסור הותרה ולא חל בכלל. ולפי"ז היה אפשר לדחות פירכת הגמ' דאין קולא בעצם חלות האיסור דאשת אח, אלא דאשת אח במקום מצוה הויא חלות שם אחרת דהאיסור לא נאמר בזה כלל, וא"כ האיסור דאשת אח שוה לאיסור דאחות אשה. אבל מהא דהגמ' קיבלה את הפירכא לכאורה נראה דהאיסור דאשת אח שייך בכל האופנים, אלא דתורה דחתה את האיסור היכא דאין לו בנים. ולכן היתר יבום נחשב לקולא באיסור אשת אח וא"א ללמוד מאחות אשה לאשת אח.[1379]

גמ'. מה להנך שכן אין לה היתר בחיי אוסרן תאמר באשת איש.

יש להעיר דאחות אשה שאני מכל שאר העריות בזה דאחרי מיתת אשתו הריהו מותר באחותה משא"כ בכל שאר איסורי עריות שאין להם היתר כזה. ולכאורה יש להקשות לפי"ז למה הגמ' לא העלה את הדין הזה דאחות אשה שאני מכל שאר העריות ולכן אין ללמוד ממנה.[1380] והתירוץ הפשוט הוא דהאיסור דאחות אשתו באמת אין לו היתר כלל דכל זמן דהיא אחות אשתו היא אסורה עליו כערוה. אלא דאם מתה אשתו אזי היא לא נחשבת אחות אשתו כי המציאות השתנה ועכשיו חסר החפצא דאחות אשתו וחלות שם ערוה פקעה ממנה ממילא ומשו"ה היא מותרת לו, אבל כל זמן דיש לה חלות שם אחות אשתו אזי האיסור קיים ושוה לכל ערוה אחרת.

ונראה דגם בשאר קרובי אשתו דאסורים גם לאחר מיתת אשתו, מ"מ חלות השם הראשון שלהם פקעה וחל עליהם שם ערוה חדשה. דהרי כתב הרמב"ם (פרק ב מהלכות איסו"ב הל"ז-הל"ח) דהעונש דקרובי אשתו משתנה לאחר מיתת אשתו, וז"ל כיון שקידש אדם אשה נאסרו עליו מקרובותיה שש נשים וכל אחת מהן ערוה עליו לעולם בין כנס בין גירש בין בחיי אשתו בין לאחר מותה, ואלו הן אמה ואם אמה ואם אביה ובתה ובת בתה ובת בנה, ואם בא על אחת מהן בחיי אשתו שניהן נשרפין. בא עליהן לאחר מיתת אשתו הרי אלו בכרת ואין בהן מיתת ב"ד שנאמר באש ישרפו אותו ואתהן בזמן ששתיהן קיימות שהן אשתו וזו שבא עליה הרי הוא והערוה נשרפין, ובזמן שאין שתיהן קיימות אין שם שריפה עכ"ל. וצ"ב בגדר הדברים, למה מיתת אשתו משנה את העונש. ואינו

[1379] וע"ע בגדר דאיסור אשת אח במקום מצות יבום, והאם יבום הותרה או דחויה, ברשימות שיעורים ליבמות (פתיחה למסכת).

[1380] לכאורה קשה להבין את קושיית רבינו זצ"ל דהרי זה קולא באיסור אחות אשה ולא חומרא וממילא עדיין אפשר ללמוד ממנה לשאר העריות.

מסתבר כלל לומר דמיתת אשתו חל כמתיר במקצת של איסורי הקרובות. דהרי לא מצינו דמיתה חל כמתיר במקצת.

אלא נראה דמיתת אשתו משנה את עצם חלות שם הערוה של קרובותיה דעכשיו הן נחשבות כקרובות אשתו שלא בחייה, והעונש של חלות שם האיסור החדש הזה הוי כרת ולא שריפה.[1381] וזה דומה למה דביארנו באחות אשתו לאחר מיתת אשתו דהמיתה הפקיעה את חלות השם של אחות אשתו ממנה אלא דהתורה לא חידשה חלות שם חדשה של אחות אשתו לאחר מיתת אשתו וממילא היא מותרת לו. אמנם בשאר קרובותיה התורה חידשה איסור חדש על חלות שם קרובה החדשה.

אבל לפי הנ"ל קשה להבין את פירכת הגמ' מהא דאשת איש יש לה היתר בחיי אוסרן. דהרי לכאורה מסתבר דגירושין מפקיע את כל האישות ובכן אין חפצא דאשת איש קיימת בעולם כלל, וממילא היא מותרת לשוק. וכמו דאמרנו באיסור אחות אשה דהא דיש לה היתר לאחר מיתת אשתו אינו חלות דין היתר וקולא באיסור אחות אשה, אלא דלאחר מיתת אשתו חסרה כל המציאות וחפצא דאחות אשתו, כמו"כ י"ל דגירושין פועל דאין עוד מציאות וחפצא דאשת איש כלל. ולכן דין זה אינו ראוי להחשב לקולא באיסור אשת איש עצמו, וצ"ע דהגמ' אכן החשיבה להיתר גט כקולא באיסור אשת איש.

ונראה דהגמ' הניחה דיש ב' דינים בגירושין: א) גט חל כמפקיע של חלות האישות בחפצא דהאשה, ב) גט חל כמתיר לאיסור אשת איש. דהיינו, דאע"פ דגט מפקיע את חלות האישות מהאשה, מ"מ האיסור ערוה דאשת איש עדיין היה נמשך לעולם,[1382] ומפני כן צ"ל דהגט נמי חל כמתיר של האיסור אשת איש. וא"כ מובן דזה מהווה קולא בחלות איסור ערוה דאשת איש דהרי בשאר עריות אין היתר כזה בחיי אוסרן.

ונראה דיש להביא סימוכין דגט חל כמתיר דאיסור אשת איש ולא כמפקיע של השם אשת איש מהחפצא דהאשה משיטת רבי אליעזר (גיטין פב.) דהמגרש את אשתו ואמר לה הרי את מותרת לכל אדם חוץ מפלוני דהגט חל אבל היא עדיין אסורה לפלוני. ובשלמא אם גט חל כמתיר אזי יתכן דהמתיר הזה חל לשאר העולם אבל האיסור נשאר

[1381] צע"ק דא"כ למה לא מנה הרמב"ם האיסורים דקרובות אשתו לאחר מיתת אשתו כאיסורים בפני עצמם במנין המצוות. ואולי י"ל דאינן נמנין דנאסרו מדין לאו טפל ולא מדין עיקר הלאו ומונה רק עיקר הלאו ולא איסור טפל.

[1382] צ"ע למה היה נמשך האיסור דאשת איש אחרי הגירושין ואע"פ דחסרה החפצא דאשת איש ולא נמשך האיסור דאחות אשתו אחרי מיתת אשתו משום דחסרה החפצא דאחות אשתו. ואולי י"ל דאיסור אשת איש חל מחמת מעשה הקידושין דחל כאוסר לעולם וכמעשה הקדש, ואילו איסורי קרובות אשתו חלין ממילא מחמת הקורבה לאשתו אך ליכא בהן מעשה אוסר ולכן איסורהן פקעו ממילא במיתת אשתו. אך צ"ע דהא בשיעורים מובא בשם הגר"ח זצ"ל דמעשה הקידושין גם אוסר קרובות אשתו, וצ"ע. ואולי י"ל דאיסור אשת איש הוי חלות איסור הקדש דאסרה על כולי עלמא כהקדש (עיין לעיל ב:), וקדושה לא פקעה בכדי, ומשו"ה זקוקה להיתר גירושין בתורת מתיר, משא"כ קרובות אשתו שאינן איסורי הקדש, פקעו ממילא במיתת אשתו בלי חלות שם מתיר.

לאדם אחד. אבל אם גט חל רק כמפקיע של האישות דאשת איש בלבד וממילא היא מותרת, אזי קשה לומר דיש בה חלות של אישות דאשת איש כלפי אדם אחד ולא כלפי שאר העולם.[1383]

גמ'. אי הכי אפילו נדה.

נראה מרהיטת שו"ט דהסוגיא דרק קשה לגמ' הדין דקידושין תופסין בנדה עכשיו שלומדים אי-תפיסת קידושין דעריות מההיקש דכל אשר יעשה מכל התועבות האלו ונכרתו. אבל בהו"א כשהגמ' חשבה ללמוד אי-תפיסת קידושין מדין מה מצינו מאחות אשה אזי הדין דקידושין תופסין בנדה היה מובן. ונראה דס"ל לגמ' דאין נדה חפצא דאיסור ערוה ולכן אינה בכלל הבנין אב דאחות אשה דמרבה כל איסור ערוה לאי-תפיסת קידושין. אבל עכשיו דיש היקש מהפסוק דמכל התועבות האלה ונכרתו, זה כולל גם נדה מדחייבת כרת כשאר התועבות שבפרשה.[1384]

דף סח.

תוד"ה הכל.

א

ביאור בדעת ה"ר שלמה

התוס' הבינו דלפי רש"י אין גזה"כ דאין ממזרות בסוטה אלא דידעינן זה מסברא דמכיון דאין חלות הקידושין נפקעת מסוטה ממילא אין הולד ממזר. ובתחילה התוס' הקשו דזה שייך רק היכא דהסוטה לא נתגרשה אבל היכא דנתגרשה לפי רש"י יוצא שיש ממזרות וזה נגד דברי הגמ'. ובסוף התוס' הביאו את רבינו שלמה דביאר בדעת רש"י דמכיון דאין ממזרות בתחילת הלאו כשהיא תחתיו ממילא אין ממזרות לעולם.

ונראה לבאר דהדעה הראשונה בתוס' הבינו דלרש"י בעצם ראוי שאיסור סוטה יגרום ממזרות, אלא דמכיון דאיסור סוטה אינו מפקיע חלות הקידושין שחלה כבר ועדיין יש ביניהם חלות אישות ממילא אין הולד שלהם ממזר. אמנם היכא דנתגרשה ואין עוד אישות ביניהם אזי חוזרים לעיקר הדין דאיסור סוטה גורם לממזרות, ולכן התוס'

[1383] וע"ע בשיעורי הרב לגיטין (פב:) דרבינו זצ"ל האריך בסוגיא.

[1384] וכן דייק ר"ת בספר הישר (סימן פ). אמנם עיין בריטב"א (פסחים כה. ד"ה וכתב) דנקט דנדה הויא יהרג ואל יעבור ומשמע דס"ל דנדה הויא ערוה. וע"ע ביו"ד (סימן קצה סעיף טז-יז) במחבר ורמ"א בש"ך ובגר"א בדין יהרג ואל יעבור בנדה. וע"ע ברשימות שיעורים ליבמות (ב. תוד"ה ואחות אשתו, ובהערה 71 שם). וגם עיין לקמן (דף סח. תוד"ה הכל אות ג). אך לפי מש"כ בשיעורים לעיל דיתכן דאשת איש אינה חלות ערוה ומ"מ נכללת בהיקש לאחות אשה, אזי הו"ה לנדה ואע"פ שאינה ערוה דהא מ"מ נאסרה באיסור כרת כמו אחות אשה ואשת איש.

הקשו דנראה מהגמ' דאין ממזרות אפי' לאחר הגירושין. והר"י חידש דיש גזה"כ דלעולם קידושין תופסין בסוטה – אפי' לאחר שנתגרשה – ולכן אין ממזרות.

אבל ה"ר שלמה חידש בדעת רש"י דמכיון דאין ממזרות חלה מיד אחרי שהאיסור סוטה חל, אזי אין סברא דלאחר הגירושין שהולד יהא ממזר. והביאור בזה הוא דלא כל פעם דקידושין אינן תופסין הוי הולד ממזר, אלא רק היכא דהיא אסורה באיסור ערוה.[1385] ומכיון דלפני הגירושין כשהאיסור סוטה חל על בעלה האישות לא נפקעת, מוכח דהאיסור דסוטה לבעלה אינו חלות איסור ערוה אלא דחל כאיסור מיוחד בין בעל לאשתו. וממילא, אפי' לאחר דנתגרשה אין איסור סוטה יוצר ממזרות מכיון דאינו חלות שם איסור ערוה.[1386] וכל זה בנוגע לממזרות. אבל עדיין יתכן היה לומר דמ"מ אין קידושין תופסין לאחר הגירושין לפי רבי עקיבא מכיון דאיסור סוטה הוי איסור לאו. ולכן כתב הר"ש בסוף וז"ל דכיון דכל זמן דלא גרשה לא יהא הולד ממזר כדפי' אין לומר דמשום שגרשה יהא איסור נוסף דמה גריעותא יש בה אחר הגירושין יותר מלפני הגירושין וכיון דסברא הוי לומר דלאחר גירושין נמי אין הולד ממזר הכי נמי איכא למימר דתפסי בה קידושין דהא בהא תליא מילתא עכ"ל, כלומר דמכיון דאין הולד ממזר משום שאין סוטה חלות איסור ערוה אזי גם לאחר גירושין אינה ערוה ותפסי בה קידושין והולד איננו ממזר.[1387]

ובזה ניתן לתרץ את קושיית תוס' הרא"ש כאן (ד"ה הכל מודים) והר"י (תוס' יבמות מט: ד"ה סוטה נמי) על רש"י. דלפי רש"י אין גזה"כ מיוחדת בסוטה אלא דידעינן מסברא דאין הקידושין נפקעין וגם מסברא ידעינן שקידושין תופסין בסוטה לאחר הגירושין ושאין הולד ממזר. והקשה תוס' הרא"ש וז"ל וקשה לפירושו דנדה נמי משום דהויא נדה לא פקעי מינה קידושין אפ"ה איצטריך קרא למקדש נדה, סוטה נמי תיבעי קרא למקדש סוטה אחר שגירשה עכ"ל. כלומר, דגם בנדה מסברא ידעינן דאין האישות נפקעת ועדיין צריך גזה"כ שקידושין תופסין בפנויה נדה, וא"כ גם בסוטה נצטרך גזה"כ. ולפי הנ"ל י"ל דאין להוכיח מנדה לסוטה. דהרי בסוטה לפי רש"י הא דאין קידושין נפקעין בסוטה הוי משום דאין בסוטה לבעלה איסור ערוה אלא איסור לאו מסויים דחל בין

[1385] והשווה למה דביאר רבינו זצ"ל בדעת רש"י לעיל (דף סז: גמ'. אשת איש נמי), דהולד ממזר כל היכא דאין קידושין תופסין אפי' בלי איסור ערוה. וזה דלא כמו דביאר רבינו זצ"ל כאן בדברי ה"ר שלמה בדעת רש"י.

[1386] ויש להעיר דבשיעוריו ליבמות רבינו זצ"ל נשא ונתן באיסור סוטה לבעלה ולפעמים הגדיר סוטה לבעלה כאיסור ערוה. עיין בזה ברשימות שיעורים ליבמות (דף ב. הערה 55, דף ג: בא"ד ועוד אר"י, דף יא. ד"ה אמר רב יהודה אמר רב, דף כד: תוד"ה אמר רבי). ובאופן דומה, עיין במנחת חינוך (מצוה רצו סקכ"א) שנסתפק האם האיסור דסוטה לבעלה הוי יהרג ואל יעבור.

[1387] כי גם לר"ע אי-תפיסת קידושין וממזרות תלויין בחלות שם ערוה דחל בחייבי לאוין דעלמא אך לא באיסור סוטה לבעלה.

בעל לאשתו, וממילא אין לאיסור סוטה דיני ערוה כלל ומסברא ידעינן דאין הולד ממזר ושקידושין תופסין. ומאידך נדה מהווה איסור כרת ודומה יותר לערוה ולכן אע"פ דאין אישות נפקעת בנדה, מ"מ צריכים גזה"כ ללמד דקידושין תופסין בנדה פנויה ושאין הולד ממנה ממזר, דסד"א דנדה פנויה מהווה חלות שם איסור ערוה דאין בה חלות קידושין ושהולד ממזר.[1388]

וכל זה לשיטת ה"ר שלמה בדעת רש"י. ומאידך הר"י הבין דאין ממזרות תלויה באיסור ערוה אלא כל היכא דאין קידושין תופסין מאיזה טעם שיהיה אזי הולד ממזר.[1389] ולכן אם אין גזה"כ, היינו אומרים דבסוטה שנתגרשה מכיון דלפי ר"ע קידושין אינן תופסין באיסור לאו, אזי הולד הוי ממזר.

ב

ביאור שני בדעת ה"ר שלמה

ויתכן לבאר את דברי ה"ר שלמה באופן אחר. דהיינו דאין כוונתו לומר דמכיון דאיסור סוטה לבעלה אינו איסור ערוה דמשו"ה אין הולד ממזר וקידושין תופסין. אלא כוונתו דמכיון דהאיסור סוטה לבעלה הוי איסור דחל בעצם חלות האישות שלהם, והאיסור הזה נמשך אפי' לאחר שנתגרשה אזי צ"ל דעדיין נשאר קצת קשר של אישות ביניהם כדי שהאיסור סוטה ימשיך.[1390] ומכיון דאישות וממזרות הוו תרתי דסתרי, חלות האישות במקצת בנוגע לאיסור סוטה דקיימת בין הסוטה לבעלה דגירשה מהווה סתירה לחלות הממזרות ומונע אותה מלחול. ומכיון דידעינן דאין הולד ממזר בסוטה שנתגרשה אזי איכא למימר דתפסי בה קידושין כנ"ל.[1391]

ולפי"ז י"ל דהר"י, דנקט דצריך גזה"כ דקידושין תופסין בסוטה חולק על הנ"ל וסבור דאינו מסתבר דהאיסור דסוטה לבעלה לאחר הגירושין מוכיח על חלות אישות במקצת דנשארת ביניהם. אלא צ"ל דלאחר הגירושין חל איסור סוטה לאיש הזה דבעבר היה בעלה, אע"פ דעכשיו אין קשר של אישות ביניהם כלל. ולכן צריכא גזה"כ לבוא ולומר דקידושין אכן חלין בסוטה לפי ר"ע ושאין הולד ממזר.

[1388] וע"ע בזה ברשימות שיעורים ליבמות (כט: בהערה 53).

[1389] אך לפי"ז צ"ע מעכו"ם הבא על בת ישראל דאין הולד ממזר והא אין קידושין תופסין ביניהם. וי"ל דממזרות חלה רק כשהבן מתייחס לאביו ולאמו שאין בהן חלות קידושין, ואילו בעכו"ם הבא על בת ישראל אין הבן מתייחס אחרי העכו"ם כלל ומשו"ה אינו ממזר. ועיין לקמן בשיעורים (סח: בענין עבד ועכו"ם הבא על בת ישראל, אות ג).

[1390] ועיין בזה ברשימות שיעורים ליבמות (ג: ד"ה ועוד אר"י).

[1391] ולפי"ז לר"ע דין ממזרות ואי-תפיסת קידושין אינו חל מדין ערוה אלא מדין מסויים בחייבי לאוין ושאינו איפוא חל בסוטה.

ג

ביאור בדעת רש"י שלא כה"ר שלמה

ועוד יתכן לבאר שיטת רש"י באופן אחר קצת מה"ר שלמה. דהיינו דה"ר שלמה הבין דמסברא ידעינן דאיסור סוטה הוי איסור מסויים דחל בין בעל לאשתו ואין איסור סוטה חלות שם איסור ערוה ולכן אין הולד ממזר, ומזה דאין הולד ממזר הוא הוכיח דקידושין תופסין במחזיר סוטתו. אבל באמת ניתן לדלג על הדין דאין ממזרות בסוטה, דהרי יתכן דרש"י ידע דקידושין תופסין בסוטה שנתגרשה מעצם הדין דאין הקידושין הראשונים נפקעין. דהרי מזה דקידושין לא פקעי ידעינן דאין סוטה איסור ערוה. דאילו היתה ערוה היתה האישות דמעיקרא פקעה, וממילא ידעינן דאם קידושין לא פקעי מסוטה דקידושין אף חלין במחזיר סוטתו. ומכיון דקידושין תופסין מחדש אזי ידעינן דאין הולד ממזר.

וכל זה בסוטה. אמנם בנדה אין להוכיח מזה דקידושין לא פקעי דמעשה קידושין מחילה חלות קידושין חדש ולכן צריכה גזה"כ דקידושין תפסי בנדה (ובזה מתורצת קושיית הר"י מובא לעיל אות א). ויתכן לבאר את החילוק בין סוטה לבין נדה בב' אופנים:

א) בסוטה אם קידושין לא פקעי אזי זה סימן שלא מדובר באיסור ערוה דבערוה קידושין פקעי. אמנם בנדה אע"פ דקידושין לא פקעי מ"מ האיסור הוי איסור כרת ויש צד לומר דבעצם נדה הוי סוג של ערוה, אלא דמטעם מסוים הדין ערוה שבה לא מפקיע את חלות האישות. אבל לפי"ז עדיין מובן דמסברא יש לצדד דשם הערוה שבנדה מונע מעשה קידושין חדש מלחול בנדה פנויה. ולכן צריכה גזה"כ דקידושין תופסין בנדה פנויה ושאין הולד ממזר.

ב) מאידך י"ל דהיה פשיטא לרש"י דנדה אינו איסור ערוה אלא הוי איסור ביאה בעלמא. וזה כמו דעת הרמב"ם (פרק יח מהלכות איסו"ב הל"א) וז"ל מפי השמועה למדנו שהזונה האמורה בתורה היא כל שאינה בת ישראל או בת ישראל שנבעלה לאדם שהיא אסורה להנשא לו איסור השוה לכל או שנבעלה לחלל אף על פי שהיא מותרת להנשא לו לפיכך הנרבעת לבהמה אע"פ שהיא בסקילה לא נעשית זונה ולא נפסלה לכהונה שהרי לא נבעלה לאדם והבא על הנדה אף על פי שהיא בכרת לא נעשית זונה ולא נפסלה לכהונה שהרי אינה אסורה להנשא לו עכ"ל. הרי מבואר ברמב"ם דבכל איסורי ביאה שיש בה איסור של אישות אזי הביאה מחילה עליה חלות שם זונה, ואילו נדה שונה מפני דאינה אסורה להנשא לו דאיסור נדה הוי איסור של מעשה ביאה גרידא ואינו איסור אישות עם הנדה.[1392]

[1392] ועיין בזה באריכות ברשימות שיעורים ליבמות (ב. תוד"ה ואחות אשתו, בא"ד ואפילו בנדתה).

ולפי"ז מובן דבנדה צריכה גזה"כ דקידושין תופסין בה. דהרי לגבי סוטה מזה דקידושין לא פקעי יש להוכיח דאינה איסור ערוה ולכן קידושין נמי תופסין בה. אבל בנדה כבר ידעינן דאינה איסור ערוה אלא איסור מעשה ביאה ולכן פשיטא דאין איסור נדה מפקיע את חלות הקידושין. אמנם עדיין יש צד לומר דאע"פ דנדה אינה ערוה מ"מ מכיון דהיא אסורה באיסור כרת האיסור בעצמו מונע קידושין חדשים מלחול. ולכן בעינן גזה"כ ללמד דמכיון דנדה הויא איסור ביאה גרידתא, קידושין תופסין בה אע"פ דהויא איסור כרת.[1393]

גמ'. שפחה כנענית מנלן.

לכאורה צ"ב למה בעינן גזה"כ מיוחדת דאין קידושין תופסין בשפחה כנענית הרי בהמשך הסוגיא יש גזה"כ דלא תתחתן בם דאין קידושין תופסין בעכו"ם, ומסברא יש לכלול שפחה בגזה"כ דלא תתחתן בם, דהרי לכאורה אין לשפחה כנענית קדושת ישראל כמו ישראלית גמורה ודומה איפוא לנכרית.

ונראה לבאר ע"פ מחלוקת הראשונים בנוגע לטבילה שניה דעבד כנעני. דהרי התוס' נקטו דטבילה שניה דעבד כנעני הויא מדרבנן בעלמא[1394] ומוכח מזה דבעצם יש לעבד כנעני קדושת ישראל גמורה ע"י טבילה ראשונה אלא דחלות שם עבד מונע ממנו מקצת דיני ישראל, ומשו"ה אינו צריך טבילה שניה מדאורייתא. ולפי"ז שפיר מובן למה אין שפחה כנענית נכללת בגזה"כ דאיסור נכרית. מאידך הרמב"ם (פרק יג מהלכות איסו"ב הלי"ב) נקט דטבילה שניה היא מדאורייתא. ונראה דסובר דטבילה ראשונה אינה מחילה קדושת ישראל גמורה, וא"כ הדרא קושיא לדוכתא למה שפחה אינה נכללת בגזה"כ דלא תתחתן בם. וצ"ל דגם לפי הרמב"ם הרי יש בשפחה מקצת קדושת ישראל ע"י הטבילה הראשונה ולכן יש הו"א דקידושין תופסין בה. ויש להטעים את זה יותר דלפי הגר"ח זצ"ל בדעת הרמב"ם קידושין תופסין בשפחה מיד אחרי השחרור ולא צריך לחכות עד הטבילה השניה. דהיינו, דהגר"ח זצ"ל נקט דבעצם יש לשפחה קדושת ישראל לקידושין אלא דהשם עבד מונע ממנה תפיסת קידושין ולכן ברגע שהשם עבד נפקע ע"י השחרור קידושין תופסין.[1395]

אמנם, כל זה נכון רק לגבי תפיסת קידושין, אולם בנוגע לחיוב מצוות של העבד מצינו גדר אחר. דהרי בנוגע לחיוב מצוות הסברא ראשונה היתה דעבד פטור מכל המצוות

[1393] ועיין בזה בקיצור ברשימות שיעורים ליבמות (כט: בהערה 53).

[1394] עיין בנימוקי יוסף יבמות (טז: בדפי הרי"ף) בשם תוספות. ועיין בשיעורים לעיל (ו: ד"ה א"ל רבינא לרב אשי) דרבינו זצ"ל נקט דכן איתא בתוס' גיטין (עז. ד"ה דין ודברים).

[1395] והשווה למה שביאר רבינו זצ"ל בשיעורים לעיל (סב. כל שבידו).

וצריכה גזה"כ דלה לה מאשה לחייבו במצוות כאשה. וגם דחיוב מצוות גמורה כאיש ישראל חל על העבד רק ע"י הטבילה השניה ולא ע"י השחרור לבד.[1396] ונראה מכל זה דאע"פ דיש לעבד קדושת ישראל גמורה לענין קידושין (אלא דהשם עבד מונע תפיסת קידושין), בנוגע לחיוב מצוות אין לו קדושת ישראל גמורה.[1397] וצ"ב בגדר החילוק הזה בדין קדושת ישראל דעבד.

ונראה לבאר ע"פ הגמ' ביבמות (עו.) בנוגע לגדר דלא תתחתן בם וז"ל בעו מיניה מרב ששת פצוע דכא כהן, מהו בגיורת ומשוחררת, בקדושתיה קאי ואסיר או דלמא לאו בקדושתיה קאי ושרי, א"ל רב ששת תניתוה פצוע דכא ישראל מותר בנתינה, ואי ס"ד בקדושתיה קאי אקרי כאן לא תתחתן בם, אמר רבא אטו התם משום קדושה ולאו קדושה הוא דלמא מוליד בן ואזיל פלח לעבודת כוכבים, וה"מ בהיותן עובדי כוכבים כי מגיירי בישראל שרו, ורבנן הוא דגזרו בהו, וכי גזרו בהו רבנן בהנך דבני אולודי, אבל האי דלאו בר אולודי לא גזרו ביה רבנן עכ"ל. ונראה מדברי רבא דהפסוק דלא תתחתן בם בא כדי למנוע בן ישראל מללכת ולעבוד ע"ז. ולפי"ז מובן למה עבד אינו נכלל בפסוק דלא תתחתן בם דהרי הוא אינו עובד ע"ז, ולכן ע"י הטבילה הראשונה שלו פקע ממנו חלות שם עובד ע"ז ויש לו קדושת ישראל לענין קידושין. אמנם עדיין מסברא אין לו קדושת ישראל בנוגע לחיוב מצוות ולכן צריך גזה"כ לחייבו במצוות כאשה.

וע"פ הנ"ל גם יש לבאר למה שפחה אינה נכללת בלאו דביאה עם נכרית. דהרי עיין לקמן (סט. ד"ה רבי טרפון לכתחלה) דהבאנו דנחלקו הראשונים האם שפחה אסורה מדין לא יהיה קדש או רק מדרבנן דעלמא, אך לכו"ע אינה אסורה מדין גויה. אמנם, האיסור גויה הוא מהפסוק דלא תתחתן בם או מבתך לא תתן לבנו ובתו לא תקח לבנך. ולכאורה יש להקשות דהרי אין לשפחה קדושת ישראל ולמה היא אינה אסורה מדין גויה.[1398] ולפי הנ"ל י"ל בב' אופנים: א) יש לה מקצת קדושת ישראל, ב) האיסור דלא תתחתן בם

[1396] עיין בזה ברשימות שיעורים ליבמות (מה: קונטרס הגירות אות טו).

[1397] ואם עשה עבד או שפחה מצות עשה שהזמן גרמא אין לו קיום מצוה כלל ואסור לו לברך עליה שלא כאשה שיש לה קיום מצוה ומברכת לכמה ראשונים כי לעבד חסרה קדושת ישראל והוי כעכו"ם במצוות אלו שלא כאשה שיש לה קדושת ישראל גמורה אלא שפטורה מחובת מעשה"ג.

[1398] אמנם עיין בספר החינוך (מצוה רט) וז"ל אבל אפשר לומר שנלמד איסור לשפחה בכלל איסור כל האומות שאינן ישראלים שאסור להידבק בהן, וכמו שדרשו עליהם חכמים מדכתיב כי יסיר את בנך מאחרי, לרבות כל המסירים, וכמו כן שפחה כנענית, מכיון שאינה ישראלית גמורה בכלל מסירין היא, שהרי קצת מצוות יש שהיא אינה חייבת בהן, והן אותן שכתוב בהן בפירוש בפרשה דבר אל בני ישראל, למעוטי כל שאינו מבני ישראל, כמו שמפורש בגמרא במקצת מקומות, ובכלל מסירין הוא בכך עכ"ל. ועיי"ש במנחת חינוך דהעיר דלפי ספר החינוך האיסור דביאה עם שפחה הוא מדאורייתא מהפסוק דכי יסיר וזה נגד שאר הראשונים.

קשור להסרה דע"ז וזה אינו שייך לשפחה דאסורה לעבוד ע"ז וסתם שפחה איפוא אינה עובדת ע"ז.

ועוד נראה לבאר ע"פ הנ"ל למה ממזר מותר בשפחה (לפי מסקנת הגמ' בדעת ר' טרפון לקמן סט.) ואסור בנכרית. דהרי מצד אחד י"ל דיש בשפחה מקצת קדושת ישראל אלא דיש בה חלות פסול דשפחה ולכן ממזר דכמו"כ פסול בגברא מותר בה. אמנם אין להתיר ממזר לישא נכרית דהרי אין בה קדושת ישראל כלל. וגם נראה להוסיף דאם האיסור דלא תתחתן קשור בהסרה לע"ז אזי פשיטא דממזר אסור בה דהרי אסור לו לעבוד ע"ז כמו שאר ישראל.

דף סח:

תוד"ה ולדה כמוה. בא"ד. דהולד הולך אחר הפגום.

ויש להעיר דבדרך כלל הדין דהולך אחר הפגום חל בב' ישראלים. והתוס' כאן חידשו דאפי' בישראל הבא על השפחה חל הדין דהולך אחר הפגום.[1399]

בא"ד. מנא לן שלא יהא קרוי.

יוצא דלפי התוס' יש הו"א דאם ישראל בא על שפחה הולד הוי עבד אבל מתייחס אחר אביו בנוגע לירושה. ולכאורה צ"ב דהיאך יתכן לומר דבלי גזה"כ יש אדם דהוא עבד כנעני דמתייחס אחר ישראל, דהרי לכאורה זהו תרתי דסתרי. ונראה לבאר ע"פ שיטת התוס' דבעצם יש לשפחה קדושת ישראל אלא דחלות העבדות מונעת אותה מלחול באופן שלם. ולפי"ז י"ל דבעצם אין סתירה שיהיה אדם אחד גם עבד וגם מתייחס לישראל דהרי יש בעבד קדושת ישראל גמורה בכח, אלא שנפגמה מחמת חלות השם עבד.[1400]

בא"ד. מנא לן שלא יהא קרוי.

לכאורה הביאור בגזה"כ הוא דחלות שם עבד מפקיע את היחוס אחר האב ונמצא דאין קשר בין הולד לבין האב הישראל. וצ"ב דהרי זה דחלות עבדות מפקיע היחס עם האב הישראל לכאורה הוי היסוד דשיטת רבי טרפון דאין עבד ממזר, ועכשיו התוס' קאי בשיטת רבי אליעזר דיש עבד ממזר. וצ"ל דהתוס' הבינו דהמחלוקת האם יש עבד ממזר או אין עבד ממזר אינו תלוי בדין יחוס אחר האב בנוגע לירושה וטומאה. כלומר דלרבי טרפון הא דאין עבד ממזר הוי דין מסויים דחלות שם עבדות וחלות שם ממזרות הוו

[1399] אולי זה משום דרבינו זצ"ל הביא לעיל דלפי התוס' בעצם יש לעבד קדושת ישראל וטבילה שניה הויא מדרבנן בעלמא.

[1400] אך למסקנא א"א לעבד שיהיה לו יחוס דבר ישראל דהוי תרתי דסתרי. דיחוס דישראל מהווה חלות דין בן חורין דא"א לישראל להיות עבד דמפאת יציאת מצרים יצאו בנ"י לחירות עולם ומופקע מהם חלות שם ודין עבדות (בשם הגר"ח זצ"ל).

תרתי דסתרי ולכן העבדות מפקיע את הממזרות. אבל עדיין יכול להיות דהבן מתייחס אחר אביו בנוגע לירושה וטומאה.[1401]

ובשיטת רבי אליעזר דיש עבד ממזר י"ל דסבור דאין סתירה בין חלות שם עבדות לבין חלות שם ממזרות ולכן הולד מקבל את חלות דין העבדות מהאם וחלות דין ממזרות מהאב. ומסברא היינו אומרים דהולד כמו"כ מתייחס אחר אביו ישראל לשאר דינים כמו ירושה. אבל באה הגזה"כ דהאשה וילדיה ומלמדת דאין הבן מתייחס אחר אביו הישראל לגבי ירושה וטומאה אע"פ דהאב מחיל את חלות דין ממזר על הולד. כלומר, אע"פ דהולד אינו מתייחס אחר אביו מ"מ זה דהאב ממזר פוסל את הולד שגם הוא יהא ממזר.[1402]

תוד"ה בנך הבא מישראלית.

א

שיטות רש"י ותוס' בפסוק כי יסיר

מבואר דנחלקו רש"י ור"ת בפירוש הפסוק דכי יסיר את בנך. דלפי רש"י "כי יסיר" קאי על הגוי דהתחתן עם בתך הישראלית, דהגוי הזה יסיר את הבן שלו ושל הישראלית לעבודה זרה. מאידך ר"ת בפירוש הראשון שלו נקט ד"כי יסיר" קאי היכא דישראל נשא גויה והפסוק אומר דהאבא של הגויה הזאת (החותן של הישראל) יסיר את הישראל ויגרור אותו לעבוד ע"ז. וצ"ב בביאור המחלוקת.

ונראה דרש"י נמנע מלפרש כמו ר"ת מכיון דנקט ד"כי יסיר" אינו רק טעם המצוה, כלומר דהתורה אוסרת להתחתן עם גויה בגלל החשש של ע"ז, אלא דכי יסיר הויא מעצם הגדרת האיסור. דהיינו, דרק עוברים על הפסוק דבתך לא תתן לבנו ובתו לא תקח לבנך אם עצם האישות גורמת להסרה. ורש"י נקט דההסרה של החותן הגוי לישראל דנשא בתו אינה תוצאה ישירה של האישות וממילא אינו יכול להיות ההסרה דהפסוק. ולכן פירש רש"י דההסרה קאי על הבן של הגוי וישראלית, דאז עצם האישות שלהם יוצרת ולד שיעבוד עבודה זרה בגלל האב הגוי. ור"ת חולק על רש"י ונקט דגם הסרת הישראל דנשא גויה על ידי החותן הגוי הויא תוצאה ישירה של החיתון שלו עם הגויה.

ויוצא דלפי רש"י והפירוש הראשון של ר"ת ההסרה הויא גרירה של ישראל (לפי רש"י הולד של גוי וישראלית, ולפי ר"ת הישראל שהתחתן עם גויה) לע"ז. מאידך בלישנא

[1401] והשווה לדברי רבינו לקמן בשיעורים (סט. ד"ה ואי אמרת לכתחילה קאמר).

[1402] ונראה דהסברא בזה הוא ע"פ מה שביאר רבינו זצ"ל בשיעורים לעיל (סו: ד"ה והרי גר), דחלות ממזרות בולד אינו דין דתלוי ביחוס אלא דין מסויים לעצמו שהולד הולך אחר הפגום וחל עליו הדינים של ההורה הפגום. והראייה היא דחלה ממזרות בין מהאב ובין מהאם ואע"פ דעיקר חלות היחוס דמשפחת הולד הוא ממשפחת האב.

בתרא שלו ר"ת פירש דההסרה הויא עצם זה דהולד דישראל וגויה הוי גוי. וי"ל דהדעה הזאת סבורה דרק תוצאה שהולד הוי גוי נחשב כהסרה דנובע ישירה מהאישות עצמה עם הגויה, לעומת היכא דהולד ישראל אלא דאביו הגוי מסיר אותו לע"ז. ולכן אם "כי יסיר" בא להגדיר את הסוג של האישות דאסורה, צ"ל דאיירי באישות דישראל וגויה כי רק שם הסרת הבן לגיות הויא תוצאה ישירה של האישות עצמה.[1403]

ב

שיטת הרמב"ם בכי יסיר

ויש לעיין בשיטת הרמב"ם בנידון. ובתחילה יש להעיר דהרמב"ם (פרק יב מהלכות איסו"ב הל"ז) הבין את הפסוק דכי יסיר כמו הפירוש השני דר"ת דההסרה הויא זה שהולד גוי, וז"ל עון זה אע"פ שאין בו מיתת ב"ד אל יהי קל בעיניך, אלא יש בו הפסד שאין בכל העריות כמותו שהבן מן הערוה בנו הוא לכל דבר ובכלל ישראל נחשב אע"פ שהוא ממזר והבן מן הכותית אינו בנו שנאמר כי יסיר את בנך מאחרי מסיר אותו מלהיות אחרי ה' עכ"ל. ופשיטא דההפסד דהרמב"ם מדגיש בפסוק דכי יסיר שייך רק היכא דישראל בא על נכרית ולא היכא דנכרי בא על בת ישראל דאז הולד הוי ישראל.

וכמו"כ יש הבדל בין היכא דישראל בא על נכרית לבין ישראלית דנבעלת לנכרי בנוגע לדין דקנאין פוגעין בו. דהרי בתחילת הפרק (פרק יב מהלכות איסו"ב הל"א) הרמב"ם פירט דהלאו דלא תתחתן בם שייך גם לישראל וגם לישראלית, וז"ל ישראל שבעל עכו"ם משאר האומות דרך אישות, או ישראלית שנבעלה לעכו"ם דרך אישות הרי אלו לוקין מן התורה שנאמר לא תתחתן בם בתך לא תתן לבנו ובתו לא תקח לבנך עכ"ל. ומ"מ כשהרמב"ם (פרק יב מהלכות איסו"ב הל"ד) פסק את הדין דקנאין פוגעין בו הוא הזכיר אותו רק על ישראל שבא על נכרית ולא על ישראלית שנבעלה לגוי, וז"ל כל הבועל כותית בין דרך חתנות בין דרך זנות אם בעלה בפרהסיא והוא שיבעול לעיני עשרה מישראל או יתר אם פגעו בו קנאין והרגוהו הרי אלו משובחין וזריזין, ודבר זה הל"מ הוא ראיה לדבר זה מעשה פנחס בזמרי עכ"ל. וצ"ע דאם ישראלית הנבעלת לעכו"ם עוברת על לא תתחתן בם למה לא חל דין דקנאין פוגעין בה.[1404]

וי"ל דלפי הרמב"ם יש ב' איסורים שונים: א) "לא תתחתן" דשייך בין לישראל ובין לישראלית (כמו שהבאנו מריש פרק יב), ב) "כי יסיר" דשייך רק לישראל הבא על נכרית

[1403] ובנוגע לגדר דכי יסיר, עיין בשיעורים לקמן (עה: תוד"ה ורבי ישמעאל) דרבינו זצ"ל נקט דאפי' אם יש לאדם קדושת ישראל אלא דחל בו פסול גיות (לחד מ"ד בדין עבד ועכו"ם הבא על בת ישראל) דליכא למיחש כל כך לאיסור דחתנות עם נכרית דהרי כבר חל בו חלות גיות וכבר הוסר במקצת.

[1404] ועיין בקובץ הערות (סימן לו סק"ה) דהביא מהגהות מרדכי (יבמות סימן קח) דבאמת אמרינן קנאין פוגעין בנבעלת לארמי.

דהולד גוי כמו שהבאנו מהלכה ז'. והאיסור הנוסף הזה של כי יסיר, דהיינו להוליד ולד גוי, הויא החומרא דגורם לדין דקנאין פוגעין בו ולכן זה חסר בישראלית הנבעלת לנכרי. **ובזה** ניתן לתרץ עוד קושיא על הרמב"ם. דהרי מבואר בהלכה א' דעוברין על הלאו דלא תתחתן רק אם הביאה היא דרך חתנות. מאידך בהלכה ג' כשהרמב"ם איירי בדין דקנאין פוגעין בו אין זכר לדרך חתנות, ומבואר דהדין חל אפי' היכא דאינו דרך חתנות. ולכאורה זה צ"ע טובא דהרי אם האיסור של ישראל הבא על הגויה שלא בדרך חתנות הוי מדרבנן בעלמא, היאך יתכן שהישראל נהרג עליו.[1405] ולפי הנ"ל שפיר מובן דהרי בהלכה א' הרמב"ם איירי רק בלאו דלא תתחתן בם דשייך רק בדרך חתנות וכלשון הפסוק. אבל ביארנו דדין דקנאין פוגעין בו יוצא מהפסוק דכי יסיר דשייך בין בדרך חתנות בין שלא בדרך חתנות. ויוצא דלפי הרמב"ם ישראל הבא על הנכרית שלא בדרך חתנות עובר על האיסור דאורייתא דכי יסיר אבל אינו עובר על האיסור דלא תתחתן.[1406]

וכל זה לשיטת הרמב"ם. אבל יש להוכיח דרש"י חולק על זה ונקט דכי יסיר אינו דין נוסף מעל ומעבר ללא תתחתן בם. דהרי לפי רש"י הפסוק דכי יסיר קאי על ישראלית הנבעלת לנכרי וא"כ היה יוצא דזה יותר חמור מישראל הבא על הנכרית והוא דבר שלא מצינו ולא מסתבר כלל. אלא נראה דלרש"י מקור האיסור הוי מהפסוק לא תתחתן בם, וזה דכי יסיר קאי רק על נבעלת לנכרי ולא לישראל הבא על הנכרית אינו מעלה או מוריד את חומרת האיסור.

אמנם צ"ע לפי רש"י דאם באמת ישראל וישראלית עוברין על אותו לאו דלא תתחתן בם אזי קשה למה אמרינן דקנאין פוגעין בו דוקא בישראל הבא על הנכרית ולא בישראלית הנבעלת לנכרי. וי"ל דאע"פ דעוברין על אותו איסור, מכיון דהישראל עובר בקו"ע והישראלית עוברת בשוא"ת כקרקע עולם עונשו גדול מעונשה והקנאין פוגעין רק בו

[1405] לכאורה רהיטת לשון הגמ' בע"ז (לו:) משמע דיש הל"מ מיוחד לאסור ביאה עם נכרית שלא בדרך אישות בפרהסיא וז"ל דכי אתא רב אחא בר אדא א"ר יצחק גזרו על פיתן משום שמנן וכו' ועל בנותיהן משום דבר אחר, ועל דבר אחר משום ד"א. בנותיהן, דאורייתא היא, דכתיב לא תתחתן בם וכו' אלא דאורייתא אישות דרך חתנות, ואתו אינהו גזור אפילו דרך זנות, וכו' ישראל הבא על העובדת כוכבים הלכה למשה מסיני היא, דאמר מר הבועל ארמית קנאין פוגעין בו, אלא דאורייתא בפרהסיא וכמעשה שהיה, ואתו אינהו גזור אפילו בצינעא עכ"ל. וכן עיין במגיד משנה על אתר דכשהרמב"ם הזכיר "ודבר זה הל"מ" לא קאי רק על הדין דקנאין פוגעין בו אלא גם על עצם האיסור דביאה עם נכרית שלא בדרך אישות.

[1406] וע"ע בזה ברשימות שיעורים ליבמות (לז. ד"ה ראשון, אות ג') דרבינו זצ"ל נשאר בצ"ע בדעת הרמב"ם האם באמת ביאת ישראל עם גויה שלא בדרך חתנות הויא איסור דאורייתא או איסור מדרבנן. ובנוגע לדיון האם יש איסור דאורייתא בביאה עם נכרית בלי חתנות, עיין בשיעורים לקמן (ריש פרק עשרה יוחסין וגם בדף עה: תוד"ה ורבי ישמעאל) דרבינו זצ"ל דייק מהתוס' שם דאין איסור לאו בביאה עם נכרית בכלל.

ולא בה.[1407]

גמ'. נימא קסבר רבינא עובד כוכבים ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר נהי דכשר לא הוי, ממזר לא הוי פסול מיקרי.

בענין עבד ועכו"ם הבא על בת ישראל

א

הגדר ד"ממזר לא הוי פסול מיקרי" בנוגע ליחוס אחר האב

לכאורה הדין דממזר לא הוי פסול מיקרי צ"ב, דהרי אם הולד מתייחס בתר אביו הגוי אזי מסתבר דהולד הוי או גוי גמור או ממזר מפני דהאב אינו בר קידושין. ואם הוא אינו מתייחס בתר אביו אלא בתר אמו הישראלית בלבד, אזי הוא צריך להיות ישראל כשר, וא"כ צ"ב מה גדר הדין שהולד פסול אבל אינו ממזר.

ונראה לבאר על פי הסוגיא בבכורות (מז.) וז"ל אמר רב אדא בר אהבה לוייה שילדה בנה פטור מה' סלעים, דאיעבר ממאן אילימא דאיעבר מכהן ומלוי מאי איריא לוייה אפילו ישראלית נמי, אלא דאיעבר מישראל למשפחותם לבית אבותם כתיב, אמר רב פפא דאיעבר מעובד כוכבים ולא תימא אליבא דמאן דאמר אין מזהמין את הולד, אלא אפילו למאן דאמר מזהמין את הולד לוי פסול מיקרי עכ"ל.

ועיין ברש"י דהמ"ד אין מזהמין את הולד סבור דהולד אינו מתייחס לאביו הגוי כלל אלא רק הולך בתר אמו ומשו"ה ישראל כשר הוא וז"ל (ד"ה ולא תימא) דאיכא למ"ד עובד כוכבים הבא על בת ישראל הוולד כשר דבתר אימיה שדינן ליה עכ"ל. והמ"ד דמזהמין את הולד סבור דהולד הוי פסול או ממזר מכיון דאביו גוי הוי כמ"ש רש"י וז"ל דשדינן ליה בתר עובד כוכבים עכ"ל. ויש הו"א בגמ' דאם מזהמין את הולד מכיון דאביו גוי אזי אין לולד שם לוי כלל, אבל למסקנא יש לולד שם לוי מפאת אמו אלא דהוי לוי פסול ואין לו כל דיני לוייה.[1408]

ויוצא מזה דהגמ' נקטה כדבר פשוט דאם הולד מתייחס במקצת בתר אביו הגוי הריהו פסול. אלא דבהו"א הולד גם אינו לוי כלל ולכן הוא חייב בפדיון הבן, ולמסקנא הוי לוי פסול ופטור מפדיון הבן. ולכאורה צ"ע בזה דהרי החלות שם של ממזר או פסול נוצר מאיסור ביאה מסוים ולמה זה מגרע מחלות שם לוי של הולד לומר בהו"א דאינו לוי כלל או למסקנא דנחשב כלוי פסול. ולמשל, אם לוי בא על איסור כרת ונולד בן, דינו

[1407] עוד יתכן דקנאין פוגעין בו הוא מהלל"מ בלי טעם. א"נ דפוגעין בו מפני שהוולד עכו"ם ויש בביאה זו חילול קדושת ישראל יותר מהיכא דהעכו"ם בא על ישראלית. וקנאין פוגעין בו הוא מצד חילול ה'.

[1408] עיין בחידושי הגרי"ז (בכורות שם ד"ה והנה בגמ' איתא) דאין נותנין לו מעשר ראשון.

כלוי גמור וממזר.[1409] ולכאורה גם הכא היה יתכן לומר דהולד ממזר מכיון דאין תפיסת קידושין חלה בין הגוי והלוייה, ומ"מ יש לולד חלות שם של לוי גמור.

ונראה מזה דאין סתירה בין חלות שם ממזר לבין חלות שם לוי ויכול להיות גם לוי גמור וגם ממזר. אך זה נכון רק כשהממזרות חלה בולד מפאת ביאת איסור כמו לוי הבא על אחותו, דהולד הוי גם לוי גמור וגם ממזר.[1410] אמנם בנוגע לגוי הבא על בת ישראל למ"ד דהולד ממזר, אין הממזרות חלה מפאת מעשה ביאה איסור, אלא מפני דהולד מתייחס בתר האב הגוי שאין לו תפיסת קידושין, וממילא לולד אין קדושת לויה גמורה דהרי אביו הוא גוי. ולכן לפי המ"ד דמזהמין את הולד היה פשיטא לגמ' דהולד אינו יכול להיות לוי כשר, אלא או שאינו לוי כלל או דהוי לוי פסול.

ולפי"ז יש לחזור לסוגיא דידן. דהגמ' נקטה בתחילה דאם הולד של גוי וישראלית הוי ישראל אז הריהו ממזר. והביאור בזה הוא כנ"ל למ"ד מזהמין את הולד, דהיינו דהולד מתייחס גם בתר אמו הישראלית וגם בתר אביו הגוי ולכן ראוי להיות ישראל וממזר. ואז הגמ' דוחה דממזר לא הוי ופסול מיקרי. והביאור בזה הוא דאע"פ דהולד מתייחס בתר אביו וראוי להיות ממזר, מ"מ יש לחלות ממזר דעלמא דינים מיוחדים וכדמבואר ביבמות (מה:) וחל שם ממזר רק היכא דבא על ערוה דקידושין לא תפסי בה אבל תפסי באחרים ולא בעכו"ם הבא על בת ישראל דאינו ערוה. ומ"מ הולד מתייחס במקצת גם בתר אביו הגוי ולכן פסול מיקרי.[1411]

ב

הפסול דגיות מפקיע את הממזרות

ונראה דיש לבאר את הגדר דממזר לא הוי פסול מיקרי באופן אחר. דהיינו דרש"י (ד"ה לימא) ביאר דהמ"ד דגוי הבא על בת ישראל הולד כשר סבור דהולד אינו ממזר בגלל דהוא מתייחס לגמרי בתר אביו והריהו גוי וכשהוא מתגייר הוי ישראל כשר מפני דחלות ממזרות אינה חלה בגוי. וי"ל דזה גם הוי היסוד אליבא דהמ"ד דפסול מיקרי. כלומר,

[1409] ועיין בזה בדרך אמונה (פרק יג מהלכות שמיטה ויובל הל"ח) בביאור הלכה.

[1410] ובנוגע ללוי דנשא ממזרת עיין בגיטין (נט:) דהבן של לוי וממזרת אינו עולה לתורה אחרי כהן. ועיי"ש ברש"י (ד"ה ופרכינן) דביאר "ואחליה מקדושת לוייה והוי ישראל פסול עכ"ל. אמנם עיין בדבר אברהם (חלק ב סימן כג:א) דזה רק לענין עלייה לתורה אמנם לא מצינו דממזרות מפקיע קדושת לוייה.

[1411] ונראה לבאר דהא דהולד מתייחס בתר אביו הגוי גורם דאין לולד קדושת ישראל גמורה וזוהי הגדר דפסול מיקרי. וזה גם הטעם דאינו נחשב ללוי גמור דהרי אי אפשר להיות לוי גמור בלי קדושת ישראל גמורה. וי"ל בדין פסול זה דחל מחמת חסרון קדושת ישראל דהולד, האם שייך להשלים הקדושה שחסרה. ואולי טבילת הולד במקוה לשם קדושת ישראל גמורה תועיל כמו טבילת גר. אך בנוגע לקדושת לויה שבו, אינו מסתבר כלל דיש דרך להשלים מה שחסרה בקדושת לויה דהולד. וגם יש לעיין בדין ולד הולד, דהיינו דעכו"ם הבא על בת לוי לפי דחיית הגמ' דהולד הוי לוי פסול, מה הדין כשהולד הזה נשא בת לוי כשרה ונולדו להם ולד, האם ולד הולד הוי לוי כשר דהרי אביו הוי לוי או"ד הפסול דאביו מחמת האב שלו הגוי עובר לולד.

דבעצם כל תערובת של ישראל וגוי ראוי ליצור ולד ממזר, אלא דיש עוד דין דחלות הגיות מפקיע את חלות הממזרות מלחול. והמ"ד פסול מקרי סבור דאע"פ דבנוגע לקדושת ישראל הוא מתייחס בתר אמו והוי ישראל וראוי להיות ממזר מכיון דאין קידושין תופסין בהורים שלו, מ"מ הולד גם מתייחס בתר אביו הגוי ולכן חל בו פסול דגיות, וחלות הפסול דגיות מפקיע את חלות הממזרות מלחול. וזה הוי החידוש של השיטה הזאת דפסול מקרי, דאפי' בולד דיש בו קדושת ישראל, כל עוד דחל בו חלות גיות במקצת, הרי זה מפקיע חלות דין ממזרות מלחול ונקרא ישראל פסול ולא ממזר.[1412]

ויש להעיר דלכאורה רש"י לא הבין את הדין דפסול מיקרי דהשם פסול דגוי מפקיע את הממזרות. דהרי רש"י (ד"ה פסול מיקרי) כתב וז"ל כשאר נולדים בעבירה מחייבי לאוין או עשה שאינן ממזרים עכ"ל. ומדרש"י השווה את חלות הפסול בשאר נולדים בעבירה לחלות הפסול של ולד דגוי ובת ישראל, משמע דאין הביאור שממזרות ראויה לחול אלא דחלות הגיות שבו מפקיע את הממזרות. דהרי בשאר נולדים בעבירה אין שם מפקיע של הממזרות אלא דאין הממזרות חלה כלל. ומשמע מרש"י דאף בגוי הבא על בת ישראל אין טעם מעיקרא שהולד יהא ממזר.

ג

פסול בגלל דע"פ דין אין לו אב

ועיין ביבמות (מה:) דנחלקו האמוראים האם המ"ד דעבד ונכרי הבא על בת ישראל הולד כשר קאי רק כשהיא פנויה אבל באשת איש הולד ממזר, או הולד כשר אפי' באשת איש. ומסקנת הגמ' דאפי' באשת איש הולד כשר. ונראה לבאר ע"פ הכלל דרחמנא אפקריה לזרעיה דגוי (עיין בסוגיא ביבמות צח.) וכשגוי בא על בת ישראל הוי כאילו אין כאן אב כלל. וממזרות חלה רק כשיש גם אב וגם אם ויש יחס פסול ביניהם.[1413] ולפי זה הדין בעכו"ם הבא על בת ישראל הוא דהולד כשר לגמרי בלי פסול דהרי ע"פ דין אין לו אב גוי כלל, ואם אמו כהנת אזי יש בו קדושת כהונה מצד האם. ובאמת ככה פסק הרמב"ם (פרק טו מהלכות איסו"ב הל"ג-ד) וז"ל עכו"ם ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר בין פנויה בין באשת איש בין באונס בין ברצון וכו' זה הכלל בן הבא מן העבד או מן העכו"ם או מן השפחה או מן בת עכו"ם הרי הוא כאמו ואין משגיחין על האב, לפי דבר זה התירו

[1412] וע"ע בזה בדברי רבינו זצ"ל לקמן (עה: תוד"ה ורבי ישמעאל).

[1413] ועיין בזה בסוגיא שם (יבמות מה:) לפי גירסת רב האי גאון (הובא ברשב"א שם ד"ה הכין) וז"ל אבל לרב האיי גאון ז"ל נמצא בתשובה אנחנא הכין גריסנא מאן דמכשר סבר כאשת אב מה אשת אב שזרעו מיוחס אחריו הולד ממזר לאפוקי האי שאין זרעו מיוחס אחריו והולד כשר והאי לישנא הוא ברירא טעמיה ע"כ עכ"ל. דהיינו, דהולד אינו ממזר מכיון דאינו מיוחס אחר אביו הגוי.

לממזר לישא שפחה כדי לטהר את בניו שהרי הוא משחרר אותם ונמצאו בני חורין, ולא גזרו על השפחה לממזר מפני תקנת הבנים עכ"ל. ומשמע מדבריו דאין משגיחין באב כלל אלא אפילו אם האם כהנת אזי הבן הוי כהן כשר.[1414]

ולפי"ז י"ל ביאור חדש בגדר דפסול מיקרי. דהיינו דעד כאן ביארנו את המ"ד הזאת מצד דהולד מתייחס בתר אביו הגוי ולכן נחשב לפסול. אבל לפי הנ"ל, י"ל דאין לומר דהגוי מחיל בו חלות פסול דגיות אלא דגם המ"ד הזה סבור דהולד מתייחס רק בתר האם ולא בתר האב כלל. אלא דמכיון דע"פ דין יש לולד הזה רק אם ולא אב, אע"פ דהוא ישראל מחמת אמו, מ"מ חסר לו במקצת מקדושת ישראל דמקבל דרך האב ומפאת זה הוא נקרא פסול. אבל הרמב"ם הבין דמכיון דאמו ישראלית או כהנת ואין לו אב, הוא ישראל או כהן כשר לגמרי מפאת האם לבדה, וזה דאין לו אב אינו פוגם כלל בקדושת הולד.

ד

מחלוקת הראשונים במ"ד הולד כשר

יעויין ברש"י (ד"ה לימא כו'), ובתוס' במס' יבמות (כג. ד"ה קסבר), ובתוס' בכורות (מז. ד"ה ולא כו'). ויוצא שקיימת מחלוקת גדולה בין הראשונים בהבנת מ"ד עכו"ם הבא על בת ישראל הולד כשר. אליבא דרש"י ביבמות (כג. ד"ה לימא וכו') הולד כשר ר"ל דהוי ישראל ואינו ממזר, ואילו לרש"י בסוגיא דידן (עיין לעיל אות ב) הולד עכו"ם וכשנתגייר אח"כ הרי הוא ישראל כשר ולא ממזר. אמנם יעויין בסוגיא ביבמות (מה.) דשקלו וטרו האם הולד פגום לכהונה ק"ו מולד אלמנה לכ"ג שבנה חלל. ובפשטות ס"ל לגמרא שהולד ישראל ולא עכו"ם שלא כפרש"י לפנינו במס' קידושין, וצ"ע לרש"י דס"ל שהולד עכו"ם היאך יפרש את הגמרא הנ"ל שהולד פגום לכהונה. ועוד צ"ע על פרש"י דס"ל דהולד עכו"ם דבמס' בכורות (מז.) איתא שעכו"ם הבא על לויה הולד פטור ממצות פדיון הבן, וז"ל ולא תימא אליבא דמ"ד אין מזהמין את הולד אלא אפילו למ"ד מזהמין את הולד לוי פסול מקרי עכ"ל. ואליבא דפרש"י בסוגיא דידן דס"ל דעכו"ם הבא על בת ישראל הולד עכו"ם צ"ל דמ"ד אין מזהמין את הולד ס"ל שהולד עכו"ם. וכן משמע בתוס' שם (ד"ה ולא כו') שכתבו וז"ל ומ"ד עכו"ם ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר שדי ליה בתר דעובד כוכבים עכ"ל. אך יפלא שאם ס"ל שהולד עכו"ם, למה אמר רב אדא בר אהבה שהולד פטור מפדיון הבן דוקא משום שאמו לויה, הרי הולד נחשב כגוי שנתגייר, ואפילו כשאמו ישראלית פטור מפדיון שהרי גר פטור מפדיון הבן.[1415]

[1414] וכן הבין המגיד משנה בדעת הרמב"ם. אבל הביא דיש ראשונים דסבורים דמ"מ הולד פגום לכהונה ע"פ הגמ' דמובא לקמן (אות ז).

[1415] וכך הקשה המהרי"ט אלגזי (סימן סה סק"ב).

ונראה לבאר את פרש"י בסוגיא דידן והתוס' בבכורות באופן אחר, דהיינו דמש"כ שהולד הוי עכו"ם אין כוונתם לומר דהוי עכו"ם גמור לכל דיני התורה, אלא דהוי עכו"ם לענין ביאה בקהל בלבד, ואילו לשאר דיני התורה הרי הוא כישראל. ולפיכך אם נולד מישראלית הרי הוא חייב במצות פדיון הבן כי ישראל הוא לענין שאר מצוות התורה כולל מצות פדיון הבן, ורק כשאמו לויה פטור כי אזי הוי לוי דפטור ממצות פדיון הבן. ופירוש זה מדויק בלשון רש"י אצלנו (ד"ה לימא) וז"ל עובד כוכבים הוא ואם נתגייר יהא מותר לבא בקהל עכ"ל, ר"ל דהוי כעכו"ם לענין ביאה בקהל בלבד, ואילו לשאר מצוות התורה הרי הוא כישראל. ועפי"ז נמי מבואר לרש"י מ"ד ביבמות (מה.) דעכו"ם הבא על בת ישראל שהולד פגום לכהונה, משום דמכיון דצריכה להתגייר כדי לבא בקהל הרי היא נמי פגומה לכהונה כמו נכרית וגיורת.[1416]

והנה במעשה דאגריפס המלך, שהחכמים אמרו לו אחינו אתה, כתב רש"י בסוטה (מא. ד"ה אחינו אתה) וז"ל שאמו מישראל עכ"ל, יוצא דס"ל לרש"י שאע"פ שאביו של אגריפס היה עבד - שהיה מצאצאי המלך הורדוס, והורדוס וזרעו היו עבדים (כדאיתא בב"ב ג:) - מ"מ אגריפס שאמו היתה מישראל כשר היה משום דעבד הבא על בת ישראל הולד כשר.[1417] וק"ק מ"ש דין עבד הבא על בת ישראל שמותר לולד לבוא בקהל ממש"כ רש"י בדין עכו"ם הבא על בת ישראל שהולד הוי כעכו"ם לענין ביאה בקהל ושחייב להתגייר לבא בקהל.

ונראה דשאני עבד מעכו"ם כי עבד אין לו חייס ואילו לעכו"ם יש לו חייס (יבמות כג.), ולכן בעבד הבא על בת ישראל מאחר שהוולד אינו מתייחס אחרי העבד לגמרי הוולד כשר וגם לבוא בקהל. מאידך בעכו"ם הבא על בת ישראל שהולד מתייחס אחרי אביו העכו"ם, הולד הוי כעכו"ם שאסור לו לבא בקהל. והביאור הוא שיש לולד קדושת ישראל מצד אמו אלא שמתייחס נמי אחרי אביו העכו"ם ולכן אסור לו לבא בקהל כמו עכו"ם, כי מקצת גויות שיש לו מצד יחוס אביו אוסרתו לבא בקהל. ואילו בעבד הבא על בת ישראל שהולד אינו מתייחס אחרי העבד כלל מותר לו לולד לבא בקהל.

ונראה שיש סמוכין למש"כ לפי פרש"י בדין עכו"ם הבא על בת ישראל שאסור לו לבוא בקהל. והוא מדין גר שלא הקריב קרבן הגר בזמן בית המקדש שחלה גירותו כגירות

[1416] ועיין בכל זה ברשימות שיעורים ליבמות (כג. בענין עכו"ם ועבד הבא על בת ישראל, ודף מה: קונטרס הגירות אות ב-ג).

[1417] ועיי"ש בגמ' (מא:) דהחכמים טעו באמירה שלהם וז"ל תנא משמיה דרבי נתן באותה שעה נתחייבו שונאי ישראל כלייה, שהחניפו לו לאגריפס עכ"ל. ונראה דאגריפס לא היה כשר ע"פ דין להיות מלך אע"פ דאמו מישראל. אמנם רש"י שם (ד"ה אגרופה) נקט דמעיקר הדין אגריפס היה כשר למלכות וז"ל דאע"ג דאמו מישראל אין ראוי למלכות דעבד היה וזילא מילתא עכ"ל.

לשאר דיני התורה אך לא לענין ביאה בקהל, וכדאיתא במס' כריתות (ח:) וז"ל ארבעה מחוסרי כפרה כו' הזב והזבה והיולדת והמצורע, ראב"י אומר גר מחוסר כפרה עד שיזרוק עליו הדם כו' ות"ק מ"ט לא תני גר, כי קתני מדעם דמשרי למיכל בקדשים, גר כי קא מייתי קרבן לאכשורי נפשיה למיעל בקהל עכ"ל, ובפשטות הגמרא איתא דגר אסור לבא בקהל כל זמן שלא הביא קרבן הגר. וכן פירשו שם רש"י ורבינו גרשום. וע"ע שם בשיטה מקובצת (השמטות אות ג') וז"ל גר מחוסר כפרה, פ' ואסור לאכול בקדשים ופוסל אשתו בביאתו לכהונה עכ"ל. וסובר השיטמ"ק שביאת גר שלא הביא קרבן פוסלת אשה לכהונה כביאת עכו"ם. ומוכרח שקרבן הגר משלים את גירות הגר דכ"ז שלא הביא את קרבנו הרי הוא נכרי לענין ביאה בקהל, ולכן אסור לו לבא בקהל כעכו"ם ואם בעל אשה פסלה לכהונה כמו עכו"ם הבא על בת ישראל הפוסלתה לכהונה.[1418]

ברם שיטת הרמב"ם שלא כשיטה הנ"ל דהרי כתב בפ"א מהל' מחוסרי כפרה (הל"ב) וז"ל גר שמל וטבל ועדיין לא הביא קרבנו אע"פ שהוא אסור לאכול בקדשים עד שיביא קרבנו אינו ממחוסרי כפרה, שקרבנו עכבו להיות גר גמור ולהיות ככל כשרי ישראל ומפני זה אינו אוכל בקדשים שעדיין לא נעשה ככשרי ישראל. וכיון שיביא קרבנו ויעשה ישראל כשר אוכל בקדשים כו' עכ"ל. ונראה לדייק דהרמב"ם סובר שקרבן הגר מעכבו רק מלאכול בקדשים, דבפי"ג מהל' איסורי ביאה לא פסק שהקרבן מעכבו מלבא בקהל, ובפשטות ס"ל לרמב"ם שמותר לו לבא בקהל בלי קרבן. ומ"מ מבואר ברמב"ם שבעצם יסוד הדברים הוא מסכים עם יתר המפרשים דהיינו שבלי קרבן יש חסרון בחלות הגירות ואינו ישראל גמור, אלא דלשאר המפרשים הו"ל עכו"ם אף לענין ביאה בקהל, ואילו לרמב"ם לענין ביאה בקהל הו"ל ישראל אלא דלענין אכילת קדשים הרי הוא כעכו"ם. ולפיכך כתב הרמב"ם שאינו נמנה בתוך שאר מחוסרי כפרה, מכיון דישראלים גמורים הם אלא שמדין טומאה נאסרו בקדשים, ואילו גר בלי קרבן אסור בקדשים משום שאינו ישראל גמור. ונמצא דלכל המפרשים כולל הרמב"ם קרבן הגר משלים גירותו, ובלי הקרבן הגירות שלו אינה גמורה וקדושת ישראל שלו פגומה והו"ל רק מקצת גר. ובדומה לכך ס"ל לרש"י בעכו"ם הבא על בת ישראל דלענין ביאה בקהל הרי הוא כעכו"ם ולשאר דיני התורה הרי הוא כישראל.[1419]

ובזה יתכן לבאר את שיטת הר"ח המובא בר"ן (שבת נד. בדפי הרי"ף) בענין גר שנתגייר כשהוא מהול וז"ל דגר שנתגייר כשהוא מהול אין לו תקנה אבל בניו נמולין לח' ונכנסים

[1418] והשווה לשיעורים לעיל (דף סז. רש"י ד"ה בנה שלישי) בנוגע לגר מצרי וכדומה.

[1419] ועיין בכל זה ברשימות שיעורים ליבמות (כג. בענין עכו"ם ועבד הבא על בת ישראל, ודף מה: קונטרס בענין גירות אות ב-ג).

לקהל דהא אתגייר בטבילה והגר חשוב להכשיר את זרעו אבל בעצמו לא עכ"ל. ולכאורה צ"ב בגדר הדברים, מה פשר הדבר שאין תקנה לגר הנולד מהול שלא נכנס לקהל, אבל מכיון דהוא מ"מ טבל אזי בנו הוי ישראל גמור ונימול לח' ונכנס לקהל. ונראה לבאר דהגרות של האב מהני לעצמו רק בנוגע לקדושת ישראל שלו לענין חיוב מצוות דבזה מהני עצם הטבילה לבדה. אמנם מכיון דאינו יכול להמול ולא מל אין לו קדושת ישראל גמורה בנוגע לכניסה לקהל. ומאידך בנו מישראלית נחשב כישראל גמור ונכנס לקהל. דמה שחסרה בקדושת ישראל דהבן מהאב שלא מל נשלמת ע"י קדושת ישראל דהאם הישראלית, כמו בעכו"ם הבא על בת ישראל דעלמא דהאם מקדשת את הולד, דה"ה כאן.[1420]

ומצינו עוד היכי תמצי דהגירות חלה לענין קדושת ישראל למצוות, אמנם חסרה קדושת ישראל לענין לבוא בקהל. דעיין ברי"ף (יבמות טו: בדפי הרי"ף) דנקט דהצורך לב"ד לגירות הוי דין לכתחילה אמנם הגר אינו נושא בת ישראל עד דטביל בפני ג' וז"ל ההוא דהוו קרו ליה בר ארמייתא אמר רב אסי מי לא טבלה לנדתה ההוא דהוו קרו ליה בר ארמאי אמר רבי יהושע בן לוי מי לא טבל לשם קריו סוגיא דשמעתא הכין הוא ואי קשיא לך ההיא דרבי יוחנן דאמר גר צריך שלשה מ"ט משפט כתיב ביה וקי"ל דהלכתא היא לא קשיא הא דרב אסי ודרבי יהושע בן לוי דיעבד הוא דלא פסלינן לבריה הואיל וטבל לשם קריו דאי לאו גיורא הוא לא הוה טבל לשם קריו והא דר' יוחנן לכתחלה דלא נהגינן ביה מנהג גר ולא מנסבינן ליה בת ישראל עד דטביל בפני ג' עכ"ל. ונראה לבאר דהמנהג דלא מנסבינן ליה בת ישראל מבוסס על היסוד הנ"ל דהגירות חלה רק לגבי חיוב מצוות אבל לא בנוגע לכניסה לקהל.[1421]

ה

ממזרות ביבמה לשוק ובעכו"ם הבא על בת ישראל

ויש לעיין בענין ממזרות ביבמה לשוק. דהרי אם היא קיבלה קידושין מאחר נחלקו האמוראים (יבמות צב:) האם היא צריכה גט מספק או שאין קידושין תופסין בה. והבאנו לעיל (סז: ד"ה אשת איש) דנחלקו הראשונים מה הדין בממזרות. דרש"י נקט דממזרות הולך בתר תפיסת קידושין, דהיינו דלפי רב דאין קידושין תופסין בה אזי הולד ממזר,

[1420] והשווה לדברי רבינו ברשימות שיעורים ליבמות (מה: קונטרס בענין גירות, אות ד) דביאר את שיטת הר"ח באופן אחר.

[1421] וע"ע בזה ברשימות שיעורים ליבמות (מה: קונטרס בענין גירות, סוף אות יב), אמנם עיין בקונטרס בענין גירות שם (אות ה) דרבינו זצ"ל ביאר את הרי"ף באופן אחר. וע"ע באות יב (שם) דרבינו זצ"ל האריך לבאר את שיטת הרמב"ם בנוגע לגירות בפני ב"ד של הדיוטות בימי דוד ושלמה על פי הב' דינים הנ"ל.

ולפי שמואל דהיא צריכה גט מספק אזי ולדה ספק ממזר. אבל הרמב"ם נקט דלכו"ע אין ולדה ממזר בגלל דאינה איסור ערוה.

והנה ר"ת (תוס' יבמות מט: ד"ה הכל מודים) הבין דאפי' לרב הסובר דאין קידושין תופסין ביבמה לשוק, אפ"ה אין ולדה ממזר וביאר את השיטה הזאת בהשוואה לדין עכו"ם הבא על בת ישראל, וז"ל וי"ל דאליבא דרב דאמר אין קידושין תופסין ביבמה איצטריך לאשמועינן שפיר דלא הוי ממזר וטעמא אר"ת דהוי כעובד כוכבים ועבד שאין בה קידושין לשום אדם וליבם נמי לאו בת קידושין היא אלא ביאה הוא דאית בה עכ"ל. כלומר, דמזה דפסקינן דבעכו"ם הבא על בת ישראל דהולד אינו ממזר רואים דאם אין קידושין תופסין בה כלל אזי אין ממזרות. והביאור בזה הוא כנ"ל, דהאיסור לכו"ע מורה שלא מדובר באיסור ערוה. אבל ר"ת העיר דלכאורה יבמה לשוק אינו זהה לגמרי לעבד ועכו"ם דהרי יש לה תפיסת אישות עם היבם. ואז דחה דבעצם היבמה אינה בת תפיסת קידושין לכו"ע ואפי' ליבם "אלא ביאה הוא דאית בה", כלומר דיש גזה"כ דביאת יבום יוצר אישות.

ולפי"ז דברי ר"ת קשורים לחקירה בגדר ביאת יבום הקונה ביבמה - האם מעיקרא חלה כקיום מצות "יבמה יבא עליה" וקנין היבום חל ממילא מן שמים או"ד דהביאה קונה את היבמה מדין מעשה קנין בדומה למעשה קידושין. ומדברי ר"ת כאן מוכח דס"ל דביאת יבום מהווה בעיקר מעשה מצוה ולא מעשה קנין, ומשו"ה יבמה דומה לעכו"ם ששניהם בעצם אינם בני קנין קידושין.[1422]

ואז ר"ת המשיך ודן לפי המ"ד דעכו"ם הבא על בת ישראל הולד ממזר, דא"כ מאי שנא התם מיבמה לשוק דאין הולד ממזר, וז"ל ואפי' למ"ד דהוי ממזר מעובד כוכבים ועבד מ"מ אין ממזר מיבמה דכיון דיבמה עומדת לחלוץ כמו ליבם חשיבא בת תפיסת קידושין עכ"ל.

והביאור בזה הוא דלפי ר"ת לו יצוייר דהזיקה היתה רק ליבום ולא לחליצה אזי שומרת יבם לשוק היתה דומה לעכו"ם הבא על בת ישראל מכיון דהיא אינה בת תפיסת קידושין לכו"ע והולד ממזר. אלא דמכיון דבנוסף לזיקה ליבום יש לה כמו"כ זיקה לחליצה ואחרי החליצה הריהי מותרת לשוק ויכולה לקבל קידושין, אזי הזיקה הזו הופכת אותה לבת תפיסת קידושין ודינה שונה מעכו"ם הבא על בת ישראל לפי המ"ד דהולד ממזר. ויוצא מזה דלפי ר"ת הא דאין קידושין תופסין ביבמה לשוק הוי מפאת הזיקה ליבום ולא

[1422] וע"ע בחקירה הזאת ברשימות שיעורים ליבמות (פתיחה למסכת).

משום האיסור עצמו של לא תהיה אשת המת החוצה לאיש זר.[1423]

ולכאורה יש לבאר החילוק בין יבמה לשוק לבין עבד ועכו"ם הבא על בת ישראל באופן אחר. דהיינו, דעכו"ם לאו בר תפיסת קידושין כלל ולכן הולד שלו עם ישראלית הוי ממזר. מאידך, הא דאין קידושין תופסין ביבמה לשוק אינו מפני דהויא גברא דמופקע מתורת קידושין, אלא דקידושין עם אחד בשוק אינן תופסין בה בגלל הזיקה שלה ליבם. דהיינו דקנין היבם ביבמתו מחמת הזיקה שיש לו מונע חלות קנין קידושין דאחר מלחול בה, אך אין זה מחמת דהגברא דיבמה אינה בת קידושין כמו עכו"ם וערוה. דבעצם שומרת יבם הויא בת תפיסת קידושין אלא דא"א בפועל לעשות מעשה וחלות קידושין עמה, ולכן דינה חלוק מעבד ועכו"ם הבא על ישראלית דהוולד ממזר.

ו

שיטת הרמב"ם ביבמה לשוק

הרמב"ם (פרק ד מהלכות אישות הלי"ד) פסק דיבמה לשוק המתקדשת לאחר צריכה גט מספק וז"ל המקדש אחת מן השניות או מאיסורי לאוין או מאיסורי עשה, וכן היבם שקידש צרת יבמה, הרי זו מקודשת קידושין גמורין, חוץ מיבמה שנתקדשה לזר שהיא מקודשת בספק, נסתפק לחכמים אם הקידושין תופסין ביבמה כשאר חייבי לאוין או אין קידושין תופסין בה כערוה, ואע"פ שאסור לו לכנוס אחת מכל אלו הרי זה מגרש בגט עכ"ל. וצ"ב בצדדי הספק לפי הרמב"ם.

יש לדייק מלשון הרמב"ם דהצד לומר דאין קידושין תופסין בה הוא מפני דהיא כערוה, ומשמע דיש לה דין ערוה כאשת איש. והביאור בזה הוא דאע"פ דהאיסור לשוק הוא איסור לאו בעלמא ולא איסור כרת, מ"מ יש לזיקה שלה חלות אישות ולכן יש לצדד דאין קידושין תופסין בה מדין אשת איש וערוה.

וזה דלפי הרמב"ם הזיקה הויא חלות אישות מעין אישות דעלמא גם עולה מדבריו בנוגע להלכה דאין הערוה נופלת ליבום, (פרק ו' מהל' יבום וחליצה הל"ח – הל"יג) וז"ל ואלו שהן פטורות מן החליצה ומן היבום כו' ומי שהיא ערוה שנא' כו' ולקחה לו לאשה פרט לערוה שאין לו בה ליקוחין, כיצד יבמה שהיא ערוה על יבמה כגון שהיתה אחות אשתו או אמה או בתה הרי זו פטורה מן החליצה ומן היבום ואין לו עליה זיקה כלל שנא' ולקחה לו לאשה ויבמה, מי שראויה ללקוחין וקידושין תופסין בה היא שהיא זקוקה ליבם. היתה

[1423] לכאורה כוונת רבינו דאם היסוד דאי-תפיסת קידושין ביבמה לשוק הוא האיסור לאו, אזי הזיקה לחליצה לא היתה משנה את דינה להיות בת תפיסת קידושין. אבל מכיון דהזיקה ליבום מונעת קידושין עם השוק אזי שפיר י"ל דמכיון דגם יש לה זיקה לחליצה היא מוגדרת כבעצם בת תפיסת קידושין ולכן אין ולדה ממזר לפי המ"ד דעכו"ם הבא על בת ישראל הולד ממזר, אע"פ דקידושין אינן תופסין כעת מפני הזיקה ליבום.

היבמה אסורה על יבמה איסור לאו או איסור עשה כו' הרי זו חולצת ולא מתייבמת. ומפני מה צריכה חליצה מפני שיש בה ליקוחין הואיל וקידושין תופסין בהן הרי הן זקוקות ליבם כו' עכ"ל. וחזינן ברמב"ם דהנ"מ בין ערוה לבין חייבי לאוין ועשה בפטור ערוה מיבום ומחליצה הוא משום שערוה אינה ראויה לקידושין ואילו חייבי לאוין ועשה ראוין לקידושין. ונראה שמקור לדבריו הוא בסוגיא ביבמות (כ.) וז"ל ומה ראית מסתברא, חייבי לאוין תפסי בהו קדושין, חייבי כריתות לא תפסי בהו קדושין עכ"ל, וכן בתוספתא (לריש מסכת יבמות) וז"ל בד"א באשה שאין לו בה קידושין אבל באשה שיש לו בה קידושין צרותיהן חולצות ולא מתיבמות עכ"ל. ומוכח שסובר הרמב"ם שעיקר חלות דין ערוה שפטורה מיבום ומחליצה הוא משום שאינה בת קידושין. והביאור בזה הוא דהזיקה מהוה חלות אישות בין היבם ליבמתו, ומכיון שערוה אינה בת אישות אינה בת זיקה, ולכן פטורה ערוה מן היבום ומן החליצה, וזהו יסוד של הכלל בערוה דכל שאינו עולה ליבום אינו עולה לחליצה. ואילו אלמנה לכ"ג וחייבי עשה הויין בנות קידושין, ולפיכך ראויות הן לחלות אישות דזיקה, ואע"פ שאסור לייבמן, מ"מ נופלות לפני היבם בזיקת אישות, וחייבות בחליצה כדי להפקיע את הזיקה שחלה בינן לבין היבם.[1424]

ויוצא מכל זה דלפי הרמב"ם יש חלות אישות דזיקה בין היבמה והיבם ולכן האיסור דיבמה לשוק הוי מעין איסור אשת איש לשוק אך בלי העונש דכרת. ומכיון דהרמב"ם נסתפק האם קידושין תופסין ביבמה לשוק, נראה דנקודת הספק היא מה מונע תפיסת קידושין באשת איש. דהרי אם האיסור כרת באשת איש דעלמא מונע תפיסת קידושין א"כ קידושין תופסין ביבמה לשוק מכיון דהויא רק איסור לאו. מאידך אם אין קידושין תופסין באשת איש דעלמא מפאת החלות השם אשת איש – או מדין חלות שם ערוה בגברא או מדין דהיא קנויה לבעלה – א"כ גם ביבמה לשוק אין קידושין תופסין בה אע"פ דאין בה איסור כרת שהרי חלין בה חלות אישות דזיקה ושם אשת איש.

אבל לכאורה הביאור הזה בספיקת הרמב"ם ביבמה לשוק קשה מפסק הרמב"ם בשפחה חרופה. דהרי כתב (פרק ד מהלכות אישות הלט"ז) וז"ל המקדש אשה שחציה שפחה וחציה בת חורין אינה מקודשת קידושין גמורין עד שתשתחרר וכיון שנשתחררה גמרו קידושיה כקידושי קטנה שגדלה ואינו צריך לקדשה קידושין אחרים, בא אחר וקידשה אחר שנשתחררה הרי זה ספק קידושין לשניהם עכ"ל. ודברי הרמב"ם צ"ב דהרי היאך כתב מצד אחד דכיון שנשתחררה גמרו קידושיה ומצד שני דאם בא אחר וקידשה הרי זה ספק קידושין לשניהם. ועיין בשיעורים לעיל (דף ו. בענין שפחה חרופה אות ג-ה) דביארנו

[1424] עיין בכל זה ברשימות שיעורים ליבמות (ב. במשנה, חמש עשרה נשים).

באריכות דלאחר שנשתחררה קידושי הראשון גמרי באיכות אבל לא בכמות, כלומר דעכשיו היא אשת איש גמורה אבל רק לחציה. ומכיון דהחצי השניה שלה פנויה לגמרי, קידושי השני חלין ויוצרים היכי תמצא של ב' חלויות אישות דסותרות זו את זו דהרמב"ם מגדיר כספק.

אבל יוצא מהנ"ל דהרמב"ם נקט שאע"פ דשפחה חרופה הויא אשת איש גמורה בחציה, מ"מ קידושין תופסין בחצי השני שלה באופן ודאי. ולכאורה הביאור הוא שלפי הרמב"ם האיסור כרת שבאשת איש בעצמו אינו מונע תפיסת קידושין, דהרי לכאורה אסור לבוא על שפחה חרופה שנשתחררה באיסור כרת ואעפ"כ קידושין תופסין בה. אלא משמע דבאשת איש דעלמא אין קידושין תופסין בה מפאת החלות שם ערוה. אך בשפחה חרופה, השם ערוה חל רק על חציה והחצי השני שלה הויא פנויה בלי חלות שם ערוה וממילא קידושין תופסין בחציה הפנויה. וגם אם דנינן מצד קנין הבעל, כמו"כ י"ל דקידושין תופסין בחצי השני מכיון דהחצי הזה אינו קנוי לבעל. ולכאורה כל זה צ"ב ממה שדייקנו מהדין דיבמה לשוק, דהתם אין איסור כרת אבל יש חלות אישות והרמב"ם נסתפק האם קידושין תופסין. וביארנו דהרמב"ם נסתפק האם האיסור כרת דאשת איש מונע תפיסת קידושין דאחר או"ד החלות שם ערוה. וא"כ, לכאורה כמו"כ בשפחה חרופה יש להסתפק האם קידושין תופסין בה מכיון דחל בה איסור כרת, וצ"ע למה הרמב"ם פסק דבודאי קידושין תופסין בחציה השני שלה.

ונראה לבאר דבאמת הרמב"ם נקט דאי-תפיסת קידושין באשת איש תלוי בחלות אישות ולא באיסור כרת, ולכן קידושין תופסין בחציה הפנויה של החצי שפחה. אבל מ"מ הרמב"ם נסתפק ביבמה לשוק. דהרי אע"פ דהזיקה הויא חלות אישות עם היבם מ"מ אין זה חלות אישות גמורה והיא איננה קנויה ליבם כמו אשת איש דעלמא. ומשו"ה נסתפק לו לרמב"ם דלמא יבמה בת תפיסת קידושין לאדם אחר מאחר דחסר בה קנין גמור דאשת איש וחסרה בה חלות שם ערוה גמורה או"ד שאינה בת קידושין משום הזיקה דהיינו הקנין במקצת וחלות שם ערוה במקצת דיש בה.

אבל לפי זה צ"ב בפסק הרמב"ם דאין ממזרות ביבמה לשוק. דהרי אם הצד לומר דאין קידושין תופסין בה הוא מפאת דהיא כאשת איש, אזי ראוי לומר כמו"כ דהולד של יבמה לשוק הויא ממזר. וצ"ל דלפי הרמב"ם חלוק אי-תפיסת קידושין מממזרות, כלומר דאי-תפיסת קידושין תלוי בחלות אישות דאשת איש ושם ערוה ולכן נסתפק הרמב"ם האם קידושין תופסין ביבמה לשוק. מאידך בממזרות, בנוסף לחלות דין ערוה, לפי הרמב"ם צריך איסור חמור דהיינו איסור כרת, ולכן פשיטא לרמב"ם דאין ממזרות

ביבמה לשוק. ומשל לזה הוי שיטת רבי יהושע דממזר נוצר רק באיסור דיש בו מיתת ב"ד אע"פ דבודאי יש חלות שם ערוה ואי-תפיסת קידושין ועוד דינים באיסור כרת בלבד. ורואים מזה דיש לממזרות תנאי נוסף דחומרת האיסור.[1425]

ז

הולד פגום לכהונה

ואיתא ביבמות (מה.) דלכו"ע הולד של עכו"ם ובת ישראל פגום לכהונה וז"ל דכי אתא רב דימי, אמר רבי יצחק בר אבודימי, משום רבינו אמרו עובד כוכבים ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר, רבי יהושע בן לוי אומר הולד מקולקל, למאן אילימא לקהל, הא אמר רבי יהושע הולד כשר, אלא לכהונה, דכולהו אמוראי דמכשרי מודו שהולד פגום לכהונה, מק"ו מאלמנה מה אלמנה לכהן גדול שאין איסורה שוה בכל בנה פגום, זו שאיסורה שוה בכל אינו דין שבנה פגום עכ"ל.[1426] ונחלקו הראשונים בגדר הדין דולד פגום לכהונה. דרש"י (ד"ה שבנה פגום) כתב דהפסול שייך רק לבת ולא לבן וז"ל בנה פגום לאו דוקא דהא פשיטא בן העובד כוכבים לאו כהן הוא ואי משום דלא ישא כהנת כיון דמותר בישראלית מותר נמי בכהנת שאין קדושה בנשים דאפילו כשרות מותרות לפסולים דקיימא לן (קדושין עג.) לא הוזהרו כשרות מלינשא לפסולים אלא משום בתה נקט דאם תלד בת פסולה לכהונה עכ"ל. ומשמע מדבריו דבן של עכו"ם הבא על ישראלית כשר לגמרי ובתו כשרה לכהונה. אבל הרמב"ן (ד"ה וכולהו) חולק על זה וז"ל נראה לי כיון דגמר ק"ו מאלמנה כאלמנה מה אלמנה יש לה דורות אף זה הפגום, ואם בא על הכהנת ועל הלויה וישראלית בתו פסולה לכהונה כבת חלל זכר, ואף זה בכלל משנתנו כל מקום שיש קדושין ואין עבירה הולד הולך אחר הזכר וזהו בנה פגום דקאמרינן בגמרא, ורש"י שאמר בנקבה לאו דוקא נקט לה עכ"ל. יוצא דלפי הרמב"ן הפסול דולד של עכו"ם הבא על בת ישראל שייך גם לבן וגם לבת, דהיינו דהבת עצמה פסולה לכהונה והבן אינו פסול בעצמו אבל בת הבן פסול לכהונה כדין בת חלל זכר. וצ"ב במאי קמיפליגי.

והנה יש לעיין בגדר הפסול לכהונה של הבת דעכו"ם וישראלית. דמצד אחד הפסול נלמד מקו"ח דאלמנה לכה"ג ומשמע מזה דהוי חלות שם פסול לכהונה כמו דחל בבת אלמנה. אבל מצד שני, הפסול נובע מזה דהאבא הוי גוי וי"ל דהבת אסורה לכהן בגלל חסרון במקצת בקדושת ישראל. ונראה דשני הטעמים האלו שייכים גם לבן של עכו"ם

[1425] ועיין לעיל בשיעורים (דף סז: גמ'. אשת איש נמי) לביאור אחר בדברי הרמב"ם.
[1426] אבל עיין לעיל (אות ד) דרבינו זצ"ל הבין בדעת הרמב"ם דהולד כשר לכהונה.

וישראלית, כלומר דיתכן דיש לו חלות שם פסול לכהונה וגם יתכן דהקדושת ישראל שלו חסרה במקצת. אבל אין נ"מ לבן עצמו מכיון דאיש פסול מותר בכהנת. אבל יתכן דיש נ"מ בשני הטעמים האלו בנוגע לדור הבא. דהרי חלות פסול עובר מדור לדור כמו פסול חללות כדברי הרמב"ן למעלה וז"ל מה אלמנה יש לה דורות אף הפגום עכ"ל. וא"כ הפסול עובר מהבן של העכו"ם לבת שלו כמו פסול חללות. מאידך אם הולד של עכו"ם אסורה לכהונה מפאת חסרון קדושה אזי אם הבן של עכו"ם נשא בת ישראל אזי מסתבר דיש לבת שלהם קדושת ישראל גמורה וממילא הבת של הבן של העכו"ם כשרה לכהונה וכדמשמע מרש"י.[1427]

ח

בענין כהנת שנבעלה לגוי

איתא בגמ' (בכורות מז.) דכהנת דנתעברה מעכו"ם בנה חייב בפדיון הבן, וז"ל בדיק לן רבה כהנת שנתעברה מעובד כוכבים מהו, ואמינא ליה לאו היינו דרב אדא בר אהבה, דאמר לויה שילדה בנה פטור מחמש סלעים, ואמר לי הכי השתא בשלמא לויה בקדושתה קיימא דתניא לויה שנשבית או שנבעלה בעילת זנות נותנין לה מן המעשר ואוכלת, אלא כהנת כיון דאי בעיל לה הויא זרה עכ"ל. ויש חידוש במלים האחרונים דהגמ' – "הויא זרה". דהרי בלי הסוגיא הזאת יתכן היה לומר דכהנת דנבעלה לגוי חל עליה שם זונה ולכן היא אסורה לאכול בתרומה וכדומה ומ"מ היא נשארת ככהנת ובקדושתה. ולפי"ז הבן שלה היה כהן גמור דהרי השם זונה שייך רק לה בלבד ולא לבנה. ואילו מהגמ' רואים חידוש דין, דהנבעלת לעכו"ם חל עליה שם זונה ומפקיע קדושת כהונה שבה והויא זרה, בדומה לחלות חללות. ולפי"ז מובן למה בנה אינה כהן וחייב בפדיון הבן.

והגדר הזה דזונה גם מדוייק בדברי הרמב"ם (פרק ו מהלכות תרומות הל"ז) וז"ל ובת כהן כי תהיה לאיש זר היא בתרומת הקדשים לא תאכל, שני ענינים נכללו בלאו זה, שאם תבעל לאסור לה ותעשה זונה או חללה כמו שבארנו בהלכות איסורי ביאה הרי היא אסורה לאכול בתרומות לעולם כדין כל חלל שהחלל כזר לכל דבר, ואם תנשא לישראל הרי היא אסורה לאכול במורם מן הקדשים שהוא חזה ושוק לעולם אע"פ שגירשה או מת עכ"ל. ומבואר בלשונו דזונה וחללה אסורים לאכול בתרומה משום דהוו כזר לכל דבר. ונראה דמקור הרמב"ם הוא מהסוגיא בבכורות הנ"ל דהנבעלה לגויה הויא זרה ואין לה

[1427] ובגדר הדין דולד דאינו ממזר או חלל פסול לכהונה, עיין בשיעורים לקמן (עז. ד"ה אמר רב יהודה).

קדושת כהונה.[1428]

ויל"ע בזה שהרי הגמ' בבכורות איירי בכהנת דנבעלה לעכו"ם ולא בשאר ביאות אסורות כמו בכהנת הנבעלת לחייבי לאוין דג"כ פסלה לתרומה ועשאוה זונה (כדמבואר ברמב"ם). ולפי פסק הרמב"ם בהל' תרומות דזונה כזר לכאורה בפדיון הבן נמי אין לחלק.[1429] אך מפשטות הגמ' נראה דניתן לחלק ביניהם, דהיינו דרק ביאת עכו"ם מפקיעה ממנה קדושת כהונה לגמרי והויא זרה ובנה חייב בפדיון, אמנם ביאת נתין וממזר מחיל עליה חלות שם פסול ומ"מ אינה מפקיעה ממנה קדושת כהונה, ובכן בנה פטור מפדיון. ויעויין בסוגיא ביבמות (מה.) דדין ביאת עכו"ם הפוסלת אשה נלמד מפסוק דאלמנה וגרושה ואילו הנבעלת לפסול לה דעלמא נלמד מפסוק דאיש זר, וי"ל דשני דינים הם, דבביאת עכו"ם פקעה קדושתה ולא בביאת חייבי לאוין דעלמא דרק מטילה בה חלות שם פסול אך בלי הפקעת קדושתה.[1430]

גמ'. ההוא בשבעה גוים כתיב, שאר אומות מנלן.

לכאורה קשה להבין קושיית הגמ', דהרי בשלמא אם איירי באיסור לאו דחתנות עם גויה אזי שפיר יתכן לחלק בין ז' האומות לבין שאר הגויים. אבל הגמ' נושא ונותן בענין תפיסת קידושין דתלוי בחלות שם של הגברא האם יש בה קדושת ישראל או לא. וא"כ צ"ב מה ההו"א לחלק בין כנענית לבין גוי בעלמא. ונראה מזה דהגמ' הבינה דהיסוד דאי-תפיסת קידושין בגויה אינה מפני דלגברא חסרה קדושת ישראל אלא מפני חלות האיסור.[1431]

דף סט.

גמ'. רבי טרפון לכתחלה קאמר או דיעבד קאמר.

[1428] ועיין בשיעורים לקמן (עד: ד"ה תנו רבנן בן תשע) דלפי הרמב"ם חלות חללה וחלות זונה דומות זו לזו ולכן אפשר ללמוד מזה דאלמנה הנבעלת לכה"ג נעשית חללה דישראלית הנבעלת לאיסור לאו הוי זונה.

[1429] ועיין במנחת חינוך (מצוה שצב סק"ה) דגם הוכיח מהרמב"ם דכהנת דנתעברה מנתין וממזר כמו"כ בנה חייב בפדיון.

[1430] ע"ע בזה ברשימות שיעורים ליבמות (מד: ד"ה שהולד פגום לכהונה).

[1431] ולכאורה זה קשור לדיון בראשונים למקור דאין קידושין בין גוי לבת ישראל. דעיין ברמב"ן ביבמות (מה. ד"ה והא דאמרינן) דהביא מדברי רש"י דצריך גזה"כ מיוחדת דאין תפיסת קידושין בין גוי לבת ישראל וז"ל כתב [רש"י] מדכתיב אשת רעהו פרט לאשת אחרים עכ"ל. ואז הקשה וז"ל ואם תאמר דילמא בנשי דידהו דלא תפסי בהו קדושין, ההיא לא צריכא האי קרא דהא נפקא לן מדוכתא אחריתי כדמפרש בקדושין מאחר כן תבא אליה, ועוד דלגבי ישראל איכא למימר משום איסורא לא תפסי בגויה קדושין משום איסורא, אבל לגבי גוי אי ס"ד בני קדושין נינהו לגבי בת ישראל בגויה כיוצא בו אמאי אין קדושין תופסין לו בה עכ"ל. הרי מבואר דיש הו"א דקידושין לא תפסי בין ישראל לגויה בגלל האיסור שבו אבל יש קידושין בין גוי לגויה בגלל דאין בו איסור.

יש לעיין מה מקור האיסור לישראל לישא שפחה. רש"י כאן (ד"ה או דיעבד) ואונקלוס (דברים פרק כג פסוק יח) נקטו דזה בכלל לא יהיה קדש בבני ישראל. אבל הרמב"ם (פרק יב מהלכות אסו"ב הלי"א) חולק על זה וסבור דאינו בכלל לא יהיה קדש ורק מלקין הבא על השפחה במלקות מרדות מדרבנן, וז"ל והבא על השפחה מכין אותו מכת מרדות מדברי סופרים, שהרי מפורש בתורה שהאדון נותן שפחה כנענית לעבדו העברי והיא מותרת לו שנאמר אם אדוניו יתן לו אשה עכ"ל. ועיין בזה בשיעורים לעיל (פתיחה למסכת אות ד, ודף כא: ד"ה חידוש הוא). ולפי הרמב"ם מובן למה במסקנא ממזר נושא שפחה לכתחילה, דהרי אין איסור דאורייתא כלל ולא גזרו לאסור ממזר לישא שפחה כדי לטהר את הולד. וזה מפורש בדברי הרמב"ם לקמן (פרק טו מהלכות איסו"ב הל"ד) וז"ל זה הכלל בן הבא מן העבד או מן העכו"ם או מן השפחה או מן בת עכו"ם הרי הוא כאמו ואין משגיחין על האב, לפי דבר זה התירו לממזר לישא שפחה כדי לטהר את בניו שהרי הוא משחרר אותם ונמצאו בני חורין, ולא גזרו על השפחה לממזר מפני תקנת הבנים עכ"ל. ולפי"ז גם מובן למה במסקנא הדין דר' טרפון שייך רק בממזר שנשא שפחה ולא בעבד שנשא ממזרת, דהרי שם אין טהרה לולד ואין טעם שחז"ל יפקיעו את האיסור דרבנן בין עבד לממזרת.[1432]

אבל יש להעיר דמדברי הרמב"ם במקום אחר (פרק יב מהלכות איסו"ב הל"ז) משמע דהבא על השפחה עובר על הפסוק כי יסיר את בנך, וז"ל אל יהי עון זה קל בעיניך מפני שאין בו מלקות מן התורה שגם זה גורם לבן לסור מאחרי י"י שהבן מן השפחה הוא עבד ואינו מישראל ונמצא גורם לזרע הקדש להתחלל ולהיותם עבדים עכ"ל. וא"כ משמע דגם לרמב"ם יש איסור דאורייתא בישראל הבא על השפחה, ויש סתירה בדברי הרמב"ם, וצ"ע.[1433]

גמ'. ואי אמרת לכתחילה קאמר, ממזרת נמי תינסיב לעבדא.

לכאורה קשה להבין קושיית הגמ', דמהי סברת ההו"א דעבד דנשא ממזרת הולד עבד ולא ממזר. הרי בשלמא ממזר הבא על השפחה י"ל דיש גזה"כ דהאשה וילדיה או כי תהיין לאיש דהולד כמותה וחלות הממזרות אינה יכולה לחול על עבד ולכן הולד הויא

[1432] ובנוגע לשיטת רש"י דישראל אסור בשפחה מדאורייתא עיין ברמב"ן (ד"ה שמע מינה) דהביא מר"ת וז"ל ואומר ר"ת ז"ל דכל היכא דאמר רחמנא לאו גרידא, ממזר אסור, אבל הכא שאני דלא אמר רחמנא לא תנסוב שפחה, אלא לא יהיה קדש, פרט לזה שהוא קדש ועומד שהרי יצירתו בעבירה עכ"ל.

[1433] ורבינו זצ"ל הולך לשיטתו בשיעורים לעיל (סח: תוד"ה בנך הבא מישראלית, אות ב) דכי יסיר הוי איסור נוסף על הלאו דלא תתחתן בם. ועיין ברשימות שיעורים ליבמות (לז. ד"ה ראשון, אות ג) דרבינו זצ"ל ג"כ נשאר בצ"ע בסתירה בדברי הרמב"ם האם האיסור דשפחה לישראל הוי דאורייתא או דרבנן. אמנם יש מפרשים דנקטו להדיא בדעת הרמב"ם דהוי מדרבנן בעלמא. עיין בבית שמואל (סימן ד סקל"ב). וגם רבינו זצ"ל בפתיחה למסכת נקט דהאיסור לישא שפחה לפי הרמב"ם הוי איסור מדרבנן בעלמא.

עבד ולא ממזר. אבל בעבד הבא על ממזרת אין גזה"כ כזה ולמה בהו"א הולד הויא עבד ולא ממזר.[1434] ואולי יש לבאר דהגמ' נקטה כמ"ד דעכו"ם ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר, כלומר דשדינן בתר האב לגמרי והוא גוי או עבד ואינו ממזר. אבל לא משמע דהגמ' עכשיו נכנסת למחלוקת האמוראים בנוגע לעבד ועכו"ם הבא על בת ישראל.

ונראה לבאר דבהו"א הגמ' קס"ד דהיסוד דרבי טרפון הוא דראוי דהולד יתייחס אחר גם אביו וגם אמו ויהא גם עבד וגם ממזר. אבל יש תרתי דסתרי בין חלות עבד לבין חלות ממזר דהרי חלות ממזרות רק חלה על ישראל ולא על עבד. ומכיון דיש לנו סתירה בין ב' החלויות דראויין לחול בולד, רבי טרפון נקט דהולך אחר הפגום יותר דהיינו אחר החלות שם עבד ולא אחר החלות שם ממזר. ואם זוהי סברת רבי טרפון אזי אין טעם לחלק בין ממזר הבא על השפחה לבין עבד הבא על ממזרת, דהרי בשני המקרים שתי החלויות ראויין לחול בולד ויש תרתי דתסרי והלכין בתר הפגום.[1435] ולפי"ז יוצא דאפי' לפי ההו"א הזאת דהולד של עבד וממזרת הוי עבד ולא ממזר, זה רק לגבי הפגם, דהיינו חלות הפסול של העבד. אבל אין הו"א דהולד של עבד וממזרת יהא קנוי לאדון בקנין עבדות. ואז הגמ' מתרצת דעבד אין לו חייס וא"כ לא שייך בכלל לומר דהולך בתר הפגום.

גמ'. ורבנן כל ולד במעי שפחה כנענית, כולד במעי בהמה דמי.

הנה הרמב"ם ורש"י פליגי בדין קרובי עבדים (עיין בסנהדרין נח:), דלפי הרמב"ם (פרק יד מהלכות איסו"ב הלי"ז) עבד כנעני מותר בבתו ובאמו. ומאידך לפי רש"י (בסנהדרין נח: ד"ה ולכלל ישראל) עבד כנעני אסור בהן. ויוצא לפי רש"י דחלות דין קורבה של שאר בשר מצד האם חלה בעבד, ומאידך לפי הרמב"ם אין לעבד חלות קורבת שאר בשר כלל.

ולפי"ז יל"ע בדין ממזר שבא על שפחה שהוולד עבד ולא ממזר. דבשלמא לפי הרמב"ם דס"ל דאין לעבד חלות קורבה ומותר בבתו, אזי מובן דהולד של שפחה דהוא עבד אין לו שום יחוס לאביו הממזר ולכן לא חל בו הפסול דממזר מאביו דהרי ממזר רק מחיל את הפסול דממזרות לבנו כשהוא מתייחס אחריו. אך אליבא דרש"י דס"ל דיש לעבד יחוס וקורבת שאר בשר לאמו צ"ע למה אין הוולד נחשב לשאר בשר של הממזר אביו ולכן יחול חלות שם ממזר על הבן.[1436]

ונראה שיש כמה אנפי לתרץ את קושייתנו:

[1434] ועיין בשיטה לא נודע למי (ד"ה ממזרת נמי) דתירץ בשם הראב"ד דבהו"א הגמ' חושבת דהגזה"כ דהאשה וילדיה תהיה לאדוניה שייך נמי לעבד דכל היכי דיש צד עבדות הולד עבד", ולכן ולד של עבד הוי עבד ולא ממזר.

[1435] והשווה לדברי רבינו זצ"ל בשיעורים לעיל (דף סח: תוד"ה ולדה כמוה).

[1436] וע"ע בזה ברשימות שיעורים ליבמות (לז. ד"ה ראשון, אות ב).

א) י"ל דלרש"י חלות שאר בשר חלה בעבד רק מצד אמו ולא מצד אביו, ומשו"ה אין הוולד נחשב לבנו של הממזר.

ב) א"נ י"ל דחל חלות דין שאר בשר בעבד רק אם אמו ואביו הם עבדים כמוהו, אך אין חלות קורבת שאר בשר חלה בין עבד לבין ישראל, ומשו"ה הוולד אינו שאר בשרו של הממזר מדהוי ישראל.

ג) עוד י"ל דהדין דהוולד הולך אחרי הפגום (פרק טו מהלכות איסו"ב הל"ז) אינו תלוי בקורבת שאר בשר אלא בקורבת משפחה, אלא דלענין לפסול את הוולד משפחת האם נמי נקראת משפחה. ואילו בוולד עבד נהי דקורבת שאר בשר חלה בינו לבין אביו ואמו, אך לא חלה קורבת משפחה ביניהם, דרק קורבת משפחה פוסלת את הוולד ולא קורבת שאר בשר בלבד.[1437]

ויש להעיר דמלשון הגמ' משמע כביאורים א' וב' ולא כביאור הג'. דהרי מסקנת הגמ' היא "כל ולד במעי שפחה כנענית כולד במעי בהמה דמי", כלומר שאין לולד יחוס לאביו הממזר וכמו וולד במעי בהמה דמי, והגמרא עולה יפה לפי הרמב"ם הסובר שאין לעבד יחוס שאר בשר כלל. ולפי רש"י משמע כביאורים הראשונים ולא כביאור האחרון.

ובדעת רבי אליעזר דס"ל דהוולד הוי עבד ממזר הגמ' מבארת, וז"ל אע"ג דכתיב האשה וילדיה תהיה לאדוניה אתא לו אפקיה עכ"ל, כלומר דאע"פ דאין לעבד יחוס לאביו דעלמא היינו בנוגע ליתר דיני התורה, אך לענין חלות פסול מתיחס אחרי הממזר אביו מגזיה"כ "לו הלך אחר פסולו", דיחוס דפסול דין יחוס בפני עצמו הוא שחל אפילו בעבד.

משנה. עשרה יוחסים עלו מבבל וכו' נתיני.

נחלקו הראשונים בדין נתין.

א) הרמב"ם (פרק יב מהלכות איסו"ב הלכ"ב-כ"ד) נקט דהם אסורים רק מדרבנן מכיון דנתגיירו בזמן יהושע וז"ל מי שנתגייר משבעה עממין אינן אסורין מן התורה לבוא בקהל, והדבר ידוע שלא נתגיירו מהן אלא הגבעונים ויהושע גזר עליהם שיהיו אסורים לבא בקהל אחד זכרים ואחד נקבות, ולא אסר אותם אלא בזמן שיש מקדש שנאמר וחוטבי עצים ושואבי מים לבית אלהי, תלה הרחקתם במקדש. והם הנקראים נתינים לפי שנתנם לעבודת המקדש, בא דוד וגזר עליהם שלא יכנסו בקהל לעולם ואפילו בזמן

[1437] ועיין בשיעורים לעיל (דף סו: גמ'. והרי גר שנשא ממזרת) דרבינו זצ"ל נקט דממזרות אינו דין בחלות שם משפחה אלא דהוי חלות פסול ופגם. אמנם עיין בלשון הירושלמי קידושין (פרק ד הלכה ג) וז"ל רבי ירמיה אמר כללא פצוע דכא ישראל מותר לו לישא ממזרת. אמר רבי יוסי ובלבד פסול משפחה. הא פסול גוף לא עכ"ל. כלומר, דלפי רבי יוסי פצוע דכא אסור לממזרת משום דהוי רק פסול הגוף ולא פסול משפחה (עיין בדברי רבינו זצ"ל לקמן עב: רש"י ד"ה חמשה קהלי). הרי הירושלמי השתמש בלשון "פסול משפחה" בנוגע לממזר, וצ"ב עד כמה לדייק בדברי הירושלמי.

שאין מקדש עכ"ל. נמצא דלפי הרמב"ם בין בז' עמים ובין בשאר אומות העולם האיסור דלא תתחתן בם פקע ע"י גירות ולכן הנתינים אינם אסורים מדאורייתא. וכן איתא ברש"י (ד"ה נתיני).[1438]

וכמו דהרמב"ם סבור דאין הבדל מדאורייתא בין ז' העמים לבין שאר גויים לאחר גירות, כמו"כ פסק דאין הבדל ביניהם בגיותם, (פרק יב מהלכות איסו"ב הל"א) וז"ל ישראל שבעל עכו"ם משאר האומות דרך אישות, או ישראלית שנבעלה לעכו"ם דרך אישות הרי אלו לוקין מן התורה שנאמר לא תתחתן בם בתך לא תתן לבנו ובתו לא תקח לבנך, אחד שבעה עממין ואחד כל אומות באיסור זה, וכן מפורש על ידי עזרא ואשר לא נתן בנותינו לעמי הארץ ואת בנותיהם לא נקח לבנינו עכ"ל. יוצא לפי הרמב"ם דבנוגע לאיסור לבוא בקהל אין חילוק בין ז' עמים לבין שאר הגויים.

ויש לעיין בהראיה של הרמב"ם דיש איסור דאורייתא בגיותן בכל העמים מהפסוק בעזרא "ואשר לא נתן בנותינו לעמי הארץ ואת בנותיהם לא נקח לבנינו" (נחמיה פרק י פסוק לא), דהרי איפה רואים בפסוק הזה דיש איסור דאורייתא בשאר העמים. ונראה דבאמת ההוכחה הוא גם מהפסוק דלפני כן (נחמיה פרק י פסוק ל) וז"ל מחזיקים על אחיהם אדיריהם ובאים באלה ובשבועה ללכת בתורת האלוקים, אשר ניתנה ביד משה עבד האלוקים ולשמור ולעשות את כל מצוות ה' אדונינו ומשפטיו וחוקיו עכ"ל. הרי משמע מלשון הפסוק דהאיסור להתחתן עם בנות עמי הארץ דמוזכר בפסוק אחריו הוי מתורת אלוקים דהיינו דאורייתא. אמנם יש להעיר דהירושלמי בשביעית (פרק ו הל"א) הביא פסוק מתחילת פרק י' דנחמיה כהוכחה דמעשרות בזמן בית שני היו מדרבנן, וז"ל א"ר אלעזר מאליהן קיבלו עליהן את המעשרות מה טעם (נחמיה פרק י פסוק א) בכל זאת אנו כורתים אמנה וכותבים ועל החתום שרינו לויינו וכהנינו עכ"ל. ועיי"ש שר' יוסי בר' חנינא חולק על ר' אלעזר וסובר דתרומות ומעשרות בבית שני היו מן התורה. ופסק הרמב"ם בהלכות תרומות (פרק א הלכ"ו) כר"א. וא"כ לכאורה יש סתירה בדברי הרמב"ם האם הדברים הנכללים בברית של נחמיה הם דאורייתא או דרבנן. ועיי"ש בפסוקים ובירושלמי ודו"ק.

ב) ר"ת (כתובות כט. תוד"ה הבא על הנתינה) נקט דהלאו דלא תתחתן בם חל רק במי שנתגייר מז' העמים ולכן נתין אסור מדאורייתא לבוא בקהל. והא דאיתא בגמ' דדוד גזר עליהם קאי רק על גזירת השעבוד ולא על האיסור לבוא בקהל. אבל אין איסור דאורייתא דלא

[1438] אבל עיין ברש"י מכות (יג. ד"ה נתינה) וז"ל מן הגבעונין היא ומלקות משום לא תתחתן בם עכ"ל.

תתחתן חל בגיותן כלל.[1439]

ג) הרמב"ן (יבמות עח: ד"ה נתינים) נקט כמו ר"ת דחל איסור דאורייתא דלא תתחתן במי דנתגייר מז' האומות, אבל לפי הרמב"ן האיסור דאורייתא שייך רק לדור הראשון שנתגיירו בעצמם. מאידך, הבנים שלהם דינם כבני גרים דעלמא דמותרים לבוא בקהל. ואח"כ בא דוד וגזר עליהם איסור עולם, כלומר דכל מי דנולד לגר מז' עמים אסור מדרבנן לעולם.

וכל זה בגירותן. אבל הרמב"ן הוסיף דבגיותן, אע"פ דאין בהן חלות חתנות ולא שייך לאוסרן מהפסוק דלא תתחתן, מ"מ יש איסור דאורייתא מסיפא דקרא – "בתך לא תתן לבנו ובתו לא תקח לבנך" (כל עוד שהביאה הוי דרך חתנות ולא דרך זנות). וצ"ב בדעת הרמב"ן האם האיסור דאורייתא דדרך חתנות בגיותן חל רק בז' עמים כמו האיסור דאורייתא דלא תתחתן בם דחל בגירותן או"ד יש איסור דאורייתא אפי' בשאר עמים.[1440]

ולפי השיטות דנתין אסור מדרבנן צ"ל דלא גזרו רק איסור ביאה בעלמא. דהרי איתא במשנה לעיל (סו:) דהדין דהולך אחר הפגום שייך גם לנתין, ומבואר מזה דגזרו על נתין חלות פסול גברא דחל גם על זרעו.

רש"י ד"ה לויי וישראלי וכו'.

וז"ל וגיורת ומשוחררת בחזקת זונה עכ"ל. מרש"י משמע דגיורת אסורה לכהן רק בגלל החזקה דהיא באמת נבעלה לגוי כשהיתה גויה. וכן משמע מרש"י לקמן (עד: ד"ה הכי קאמר) בדעת רשב"י. דהרי נחלקו התנאים (לקמן עח.) האם מי דנתגיירה פחותה מבת ג' אסורה או מותרת לכהן, וז"ל תניא רבי שמעון בן יוחי אומר גיורת פחותה מבת שלש שנים ויום אחד כשרה לכהונה, שנאמר וכל הטף בנשים החיו לכם והלא פינחס היה עמהם, ורבנן החיו לכם לעבדים ולשפחות עכ"ל. ורש"י (עד: ד"ה הכי קאמר) ביאר בדעת החכמים, וז"ל דכהן אסור בגיורת ואפי' פחותה מבת ג' שנים דלאו בת ביאה היא ואין שם משום חשש זנות דכתיב (יחזקאל מד) כי אם בתולות מזרע בית ישראל עכ"ל. ומדכתב רש"י בשיטת החכמים דגיורת אסורה אפי' בלי חשש זנות משמע דלשיטת רשב"י האיסור הוא רק מפני חזקת ביאה בפועל.[1441]

[1439] אבל עיין בסוף דברי ר"ת בתוס' כתובות שם דאע"פ דלא תתחתן בם שייך רק בגירותן, מ"מ סוף הפסוק – "ובתו לא תקח לבניך" – אייירי בגיותן. וכן איתא בתוס' בכמה מקומות (סח: תוד"ה אמר קרא, ע"ז לו: תוד"ה דכתיב וכו'). וזה כמו הרמב"ן בהמשך. וא"כ גם בגיותן יש איסור דאורייתא.

[1440] לכאורה נחלקו המפרשים בספיקת רבינו זצ"ל. דהספר החינוך (מצוה תכז) נקט דבגיותן האיסור שייך לכל גוי וז"ל במה שחזר הכתוב בתך לא תתן לבנו ובתו לא תקח לבנך ירבה שבעה עממים וכל שאר האומות לאיסור אף בגיותן, אבל שבעה עממין נאסרו אף בגרותן, לפי שהיו עיקר עבודה זרה ויסודה הראשון, ושאר עממים מותרין בגרות עכ"ל. מאידך משמע מהבית שמואל (סימן טז סק"א) דגם האיסור דלא תקח בגיותן מוגבל לז' אומות.

[1441] וכן עיין ברש"י (יבמות סא. ד"ה אלא הגיורת והמשוחררת) וז"ל דביאת עכו"ם ועבד פסלה עכ"ל.

ויש להעיר דיש חידוש בדברי רש"י בדעת רשב"י, דהרי מסברא היה יתכן לומר דאי אפשר לדון גיורת כזונה. דהרי מצינו לעיל (עיין ברש"י סח: ד"ה לימא, ובשעורים לעיל בענין עבד ועכו"ם הבא על בת ישראל אות ב') דהיכא דולד ראוי להיות גם נכרי וגם ממזר (כמו בעבד ועכו"ם הבא על בת ישראל לפי מ"ד אחת) אמרינן דהגיות שבו מפקיע את השם ממזר ומונע אותה מלחול דהרי חלות שם ממזר יכולה לחול רק על מי שנתקדש בקדושת ישראל. ומכיון דדינו כמו ולד גוי בעלמא, אזי כשהוא מתגייר נעשה ישראל כשר. וכמו"כ הכא יתכן היה לומר דחלות שם פסול זונה אינה יכולה לחול על גויה וא"כ כשהיא נתגיירה נעשית ישראלית כשרה ומותרת לכהן. ברם רואים משיטת הרשב"י לפי רש"י דלא כנ"ל, אלא דחלות שם פסול זונה יכולה לחול גם על גויה דנבעלה לגוי ופוסלתה אפי' לאחר גירותה.

אבל לכאורה צ"ב ברש"י דהרי למה פירש את מתניתין כדעת רשב"י אם החכמים חולקים עליו וסבורים דאפי' גיורת פחותה מבת ג' אסורה לכהן ומוכרח דאין האיסור מפאת חשש ביאת פסול כמו שכתב רש"י. וצ"ל דרש"י נקט דאפי' לחכמים יש לחלק בין האיסור דגיורת פחותה מבת ג' לבין האיסור דגיורת למעלה מבת ג'. דהיינו, דהחכמים סבורין דמי דנתגיירה למעלה מבת ג' אסורה מדאורייתא מדין זונה מחשש מעשה זנות בפועל. מאידך, מי דנתגיירה פחותה מבת ג' שנים אסורה מפאת איסור עשה מדברי סופרים מהפסוק ביחזקאל (פרק מד פסוק כב) כי אם בתולות מזרע בית ישראל כמו דאיתא לקמן (עח.). ולכן, פירש רש"י את משנתינו דאירי באיסור לאו דאורייתא דגיורת לכהן דלכו"ע חל רק בנתגיירה למעלה מבת ג' מחשש זנות.

אמנם הרמב"ם (פרק יח מהלכות איסו"ב הל"א-הל"ג) חולק על רש"י וסבור דחל איסור דאורייתא דזונה על כל גיורת אפי' פחותה מבת ג', וז"ל מפי השמועה למדנו שהזונה האמורה בתורה היא כל שאינה בת ישראל, או בת ישראל שנבעלה לאדם שהיא אסורה וכו' וכן הגיורת והמשוחררת אפילו נתגיירה ונשתחררה פחותה מבת שלש שנים הואיל ואינה בת ישראל הרי זו זונה ואסורה לכהן, מכאן אמרו עכו"ם או נתין או ממזר או גר עמוני ומואבי או מצרי ואדומי ראשון ושני או פצוע דכא וכרות שפכה או חלל שבאו על היהודית עשו אותה זונה ונפסלה לכהונה ואם היתה כהנת פסלוה מן התרומה, וכן יבמה שבא עליה זר עשאה זונה, והאילונית מותרת לכהן ואינה זונה עכ"ל. הרי הרמב"ם נקט דכל גויה וגם כל גיורת אסורה לכהן מלאו דזונה, אע"פ דאף פעם לא נבעלה ואפי' פחותה מבת ג'.

ויוצא מדברי הרמב"ם דיש ב' דינים בזונה: א) נבעלה לפסול לה, ב) גויה וגיורת. ולכאורה קשה דהרי בשלמא נבעלה לפסול לה הוי זונה כדאיתא ביבמות (סא:), אמנם מה פשר הדבר דכל גויה וכל גיורת הריהי זונה ואסורה מדאורייתא לכהן. ונראה דיש דין מיוחד בחלות שם זונה דחלה על כל מי שאין לה קדושת ישראל, כלומר דהשם זונה חלה בגלל עצם הגיות שבה ולא מפני דנבעלה לפסול. ואפי' לאחר דנתגיירה מ"מ עדיין חסרה לה קדושת ישראל גמורה דהרי היא מקהל גרים ולא מקהל דישראל, ומשו"ה חל בה איסור זונה כמו דחל בנכרית.[1442]

מאידך הראב"ד השיג על הרמב"ם וז"ל וכן הגיורת וכו' כתב הראב"ד ז"ל אינה משום זונה אלא משום דכתיב בתולות מזרע בית ישראל והכי איתא בקידושין עכ"ל. דהיינו דגיורת אסורה לכהן רק מדברי סופרים וזונה היא רק בישראלית הנבעלת לאיסור כרת או לעכו"ם.[1443]

רש"י ד"ה ואינו מכיר.

יש להעיר דרש"י הדגיש דכשהשתוקי קורא לפלוני אביו, האמא שלו משתקתו ולא רק שהיא שותקת בעצמה. ונראה דאם היא אינה משתקתו אזי יתכן דיש לפרש את השתיקה שלה כהודאה לדברי בנה דזהו באמת האבא, וא"כ הדין תלוי במחלוקת בין התנאים במשנה (כתובות יג.) האם היא נאמנת כשהיא אומרת לכשר נבעלתי, וז"ל ראוה מדברת עם אחד ואמרו לה מה טיבו של איש זה, איש פלוני וכהן הוא, רבן גמליאל ורבי אליעזר אומרים נאמנת, ור' יהושע אומר לא מפיה אנו חיין אלא הרי זו בחזקת בעולה לנתין ולממזר עד שתביא ראיה לדבריה עכ"ל. ולכן רש"י כתב דהאם משתקת את בנה והיא אינה מזהה מי היה האבא של הילד ולא להכנס במחלוקת התנאים.

דף עב.

גמ'. קהל גרים לא איקרי קהל.

לכאורה צ"ב בכל הסוגיא דהרי לא צריך מקור מיוחד דגר חייב בכל מצוה ומצוה אלא פשיטא דמכיון דהוא נתגייר יש לו קדושת ישראל גמורה וחייב בכל המצות כישראל מלידה. וא"כ למה צריך גזה"כ מיוחדת כדי לאסור גר בממזרת. ונראה לבאר דאין האיסור דממזר תלוי בקדושת ישראל בלבד אלא גם בחלות שם קהל ומשפחה. דהיינו, דיש חלות שם משפחת כהונה, משפחת לויה, ומשפחת ישראל וחלות שם המשפחה

[1442] ע"ע בזה בשיעורים לקמן (עז. בענין איסור נכרית לכהן מדין זונה) וברשימות שיעורים ליבמות (לז. בענין ספק ממזר, אות ז).

[1443] וכן איתא במנחת חינוך (מצוה רסז) דלפי הראב"ד כל האיסור דגיורת לכהן הריהו מדברי קבלה.

הזאת קשורה לשם קהל בתורה ולאיסור דלא יבא ממזר בקהל ה'. ולפי רבי יוסי אין לגר חלות שם משפחה ולכן לא נכלל במלת "קהל" בפסוק דלא יבוא ממזר בקהל ה' וממילא גר נושא ממזרת.

גמ'. ורבי יהודה וכו' אייתר ליה לקהל גרים.

יש לבאר את המושג דקהל גרים בב' אנפי: א) רבי יהודה חידש דיש חלות שם מיוחדת של משפחת גרים. כלומר, אע"פ דאין קורבה בין גר אחד לגר אחר, מ"מ כולם נכללים בחלות שם קהל ומשפחת גרים וחל על הגרים האיסור דלא יבוא ממזר בקהל ה'. ב) הא דגרים איקרי קהל מלמד דהם כלולם במשפחת וקהל ישראל. ויש להביא סמך לצד השני משיטת הרמב"ם (פרק ד מהלכות ביכורים הל"ג) דגר מביא ביכורים וקורא, וז"ל הגר מביא וקורא שנאמר לאברהם אב המון גוים נתתיך הרי הוא אב כל העולם כולו שנכנסין תחת כנפי שכינה, ולאברהם היתה השבועה תחלה שיירשו בניו את הארץ עכ"ל. וכן איתא בתשובות הרמב"ם (סימן רצג) דגר יכול להתפלל בלשון דאלוקינו ואלוקי אבותינו. ומשמע מכל זה דגר נכנס למשפחת וקהל ישראל.

ונראה דהצד הזה בודאי עולה מדברי הגמ' באיבעית אימא, וז"ל וטעמיה דרבי יהודה מהכא הקהל חוקה אחת לכם ולגר הגר עכ"ל. כלומר דאין "קהל" מיוחד לרבות קהל גרים אלא דגרים נכללים בפסוק "הקהל חוקה אחת לכם ולגר הגר". ולפי"ז יוצא דהסברא דרבי יהודה הוא דגרים כלולים בקהל ומשפחת ישראל.

גמ'. ורבי יהודה כהנים ולוים מחד קהל נפקי.

נמצא דנחלקו התנאים האם כהנים ולוים נלמדים מחד קהל או מתרי קהלי. ונראה לבאר דיסוד המחלוקת הוא האם חלות כהונה וחלות לוייה הוו ב' חלויות שונות לגמרי וא"כ צריכי ב' קהלי, או"ד דיש לכהן חלות שם לוייה אלא דיש לו קדושה נוספת של כהונה, וא"כ יתכן דחד קהל סגי לשניהם.[1444]

ובענין הזה עיין בבכורות (מז.) דחילק בנוגע לפדיון הבן בין בת לוי דנתעברה מגוי לבין בת כהן דנתעברה מגוי, וז"ל אמר רב אדא בר אהבה לוייה שילדה בנה פטור מה' סלעים וכו' דאיעבר מעובד כוכבים וכו' אלא כהנת כיון דאי בעיל לה הויא זרה עכ"ל. דהיינו, דלויה דנבעלה לגוי לא נתחללה מקדושת לויה לעומת כהנת דנבעלה לגוי הויא לה זרה ולכן בנה חייב בפדיון הבן. ומשמע מהגמ' דאין בכהנת קדושת לויה. אמנם עיין בתוס' (ד"ה אלא כהנת כיון דאיבעילה ליה הויא לה זרה) דנתקשו בזה וביארו וז"ל ואפי' קדושת

[1444] והנה בתורה הכהנים נתקדשו לעצמם מח' ימי המילואים, והלווים נתקדשו לעצמם בפדיון הבכורות. ולכאורה משמע מזה דכהונה ולוויה שתי קדושות שונות הן.

לויה פקעה מינה וגרעה מלויה אשת כהן שנשבית דאע"ג דמיפסלא מתרומה לא פקעה מינה קדושתה לענין ה' סלעים אבל כהנת דקדושתה מגופה אתיא כשמתחללת פקעה קדושתה לגמרי עכ"ל. כלומר, דאע"פ דיש לכל כהנת קדושת לויה, מ"מ כשחל מפקיע של קדושת הכהונה אזי גם קדושת הלוייה פקע. הרי דהתוס' נקטו דיש לכהנת קדושת לויה, אלא דקדושת כהונה וקדושת לויה שבה תלויים זה בזה ואין חילול לחצאין.[1445] **ועוד** יש לעיין בזה בנוגע לדין דעזרא קנס את הלוים לתת מעשר ראשון לכהנים, דנחלקו הראשונים בגדר הקנס הזה האם הוא לדורות או לא. דכתב הרמב"ם (פרק א מהלכות מעשר הל"ד) וז"ל ועזרא קנס את הלוים בזמנו שלא יתנו להן מעשר ראשון אלא ינתן לכהנים לפי שלא עלו עמו לירושלים עכ"ל, כלומר דהקנס חל רק בזמן עזרא. אבל נראה מדברי התוס' (יבמות פו: תוד"ה מר סבר) דהקנס הוא לעולם.[1446] ויתכן דהרמב"ם מוכרח היה לומר דהקנס היה רק לזמן מוגבל דאל"כ הקנס היה נחשב כעקירת דבר מן התורה בקו"ע. ולפי"ז י"ל דהתוס' נקטו דמכיון דכל כהן כולל בתוכו חלות קדושת לויה אזי אין הקנס נחשב כעקירת דבר מן התורה ועזרא היה יכול לתקן לתת מעשר ראשון לכהן לדורות.[1447] **וכמו"כ** נחלקו הראשונים בכהן דעבד עבודת הלויים בבית המקדש. דכתב הרמב"ם (פרק ג מהלכות כלי המקדש הל"י-הלי"א) וז"ל וכשם שהלוים מוזהרין שלא לעבוד עבודת הכהנים, כך הכהנים מוזהרין שלא לעבוד עבודת הלוים שנאמר גם הם גם אתם, וכן הלוים עצמם מוזהרים שלא יעשה אחד מלאכת חבירו, שלא יסייע המשורר לשוער ולא השוער למשורר שנאמר איש איש על עבודתו ואל משאו. לוים שעבדו עבודת הכהנים

[1445] ויש להעיר מדברי הגר"ח זצ"ל על הרמב"ם (פרק טו מהלכות איסו"ב הל"ט) דביאר דלפי התוס' יש לכל כהן קדושת לויה אבל הכהן אינו חלק ממשפחת לויה וז"ל אלא ודאי נראה מוכח מזה, דאף דכהנים איקרו לויים, מ"מ דין הכהונה מבטל ומפקיע דין לוייה מיניה, דכהנים לויים וישראלים שלשה שמות ותלתא קהלי מיוחדים נינהו, וכל משפחת כהונה אינה בדין משפחת לויים עכ"ל. ונראה דרבינו זצ"ל לא חילק בין חלות הקדושה לבין חלות המשפחת דהרי הדיון בסוגיא דידן הוא האם כהנים ולויים נכללים באותו "קהל" דלפי רבינו זצ"ל תלוי בדין משפחה, ואעפ"כ הביא ראיה מהתוס' הזה דאיירי בדיני קדושה (אמנם עיין בסוף דברי רבינו כאן דבביאור השני שלו הוא אכן חילק בין חלות קדושה לבין חלות משפחה). ולכאורה יש מחלוקת דומה בין רבינו זצ"ל לבין הגר"ח זצ"ל בנוגע לבת גר דעיין בשיעורים לקמן (עח. בענין ולד דגר וגיורת, אות א) ובהערות שם, דהגר"ח זצ"ל חילק בין דין משפחת גר דחל דרך האב, לבין דין קהל דחל אפי' דרך האם, ורבינו זצ"ל לא נחית לחילוק הזה. ולכאורה קשה על דברי רבינו זצ"ל דאמר בתחילה דאם משפחת כהונה ולויה הן אותה חלות שם משפחה תלויה היא במחלוקת בין ר"מ ור"י, ולבסוף רבינו זצ"ל דהביא מהתוס' דלכו"ע כהונה ולוויה מהוות אותה חלות שם א' של קדושה ומשמע שהן נמי משפחה אחת לכו"ע, וצ"ע.

[1446] רבינו זצ"ל לא ביאר את הדיוק שלו, אבל לכאורה הוא מפני דהתוס' הקשו מכמה סוגיות דמעשר ראשון ניתן ללוי, ולא תירצו כמ"ש הרמב"ם דהקנס היה רק לזמן עזרא בלבד.

[1447] וגם יש להעיר דלפי רוב הראשונים נחלקו התנאים אם מדאורייתא מעשר ראשון ניתן רק ללוים או ניתן גם לכהנים. דעיי"ש ביבמות (פו.) וז"ל תנו רבנן תרומה לכהן, ומעשר ראשון ללוי דברי רבי עקיבא, רבי אלעזר בן עזריה אומר לכהן, לכהן ולא ללוי אימא אף לכהן עכ"ל. ויתכן דזה גם קשור לחקירת רבינו זצ"ל האם יש לכהן קדושת לויה או לא.

או שסייע לוי במלאכה שאינה מלאכתו חייבין מיתה בידי שמים שנאמר ולא ימותו, אבל כהן שעבד עבודת לוי אינו במיתה אלא בלא תעשה עכ"ל. הרי דלפי הרמב"ם לוי דעבד עבודת כהנים חייב מיתה בידי שמים, אבל כהן שעבד עבודת לוי עבר באיסור לאו בעלמא בלי העונש דמיתה בידי שמים. והשיג עליו הראב"ד דגם כהן דעבד עבודת הלוי חייב מיתה בידי שמים, וז"ל אבל כהן שעבד עבודת לוי, א"א והלא כבר נאמר ולא ימותו גם הם גם אתם ובספרי נמי הכי דריש ליה לעונש ואזהרה עכ"ל. ויתכן דנחלקו האם קדושת כהונה כוללת בתוכו קדושת לויה. דלפי הרמב"ם כהן אינו נחשב כזר בנוגע לעבודת הלוים דהרי הכהן כולל בתוכו קדושת הלויה,[1448] אבל לפי הראב"ד כמו דלוי אינו שייך לעבודת הכהן כמו"כ כהן אינו שייך לעבודת הלוי ולכן עונשם שוה.

ועוד יש להביא ראייה דכהנים הוו לויים עם קדושה נוספת מהילקוט שמעוני. דהתורה אומרת (דברים פרק יח פסוק א) וז"ל לא יהיה לכהנים הלוים כל שבט לוי חלק ונחלה עם ישראל אשי ה' ונחלתו יאכלון עכ"ל. ואיתא בילקוט (שם) וז"ל לא יהיה לכהנים הלוים, בארבעה ועשרים מקומות נקראו כהנים לוים צפה משה ברוח הקדש שעזרא עולה מבבל לירושלים והוא מבקש לוים שיאמרו שירה ולא ימצאם שנאמר ומבני לוי לא מצאתי שם, והוא מעמיד כהנים ואומרים שירה, אמרו לו מדעתך עשית כך א"ל משה למדני לא יהיה וגו' עכ"ל. ומזה דלפי המדרש עזרא הביא ראייה דכהן יכול לשיר מהפסוק דכהנים איקרי לויים יוצא דכל כהן כולל בתוכו חלות קדושת לוייה.[1449]

עד כאן ביארנו דהמחלוקת בגמ' האם כהנים ולויים הוו חד קהל או תרי קהלים שונים תלויה בשאלה האם יש לכהן קדושת לוייה או לא. אמנם יתכן דאפי' אם אין לכהן קדושת לוייה וכהן נחשב כזר בנוגע לעבודת הלוי, מ"מ עדיין יש להם חלות דין משפחה וקהל אחת. דהרי יש להם אותה נחלה בארץ ישראל, דהיינו מ"ח ערי הלויים. וגם יש להם אותו אבן אחת בחושן שכתוב עליו "לוי". וי"ל דאע"פ דחלוקים הם בענייני קדושה מ"מ הוו חלק מאותו שבט ומאותה משפחה ולכן סגי בקהל אחד לשניהם.

ולפי"ז י"ל דבדיוק בנקודה הזאת נחלקו ב' הדעות בגמ'. דרבי יהודה דנקט דכהנים ולוים מחד קהל נפקא סבור דהאיסור לבוא בקהל תלוי בחלות דין משפחה, ומכיון דיש לכהן

[1448] לכאורה צריך לדחות א' משני הפירושים של רבינו זצ"ל בשיטת הרמב"ם דהרי כאן רבינו זצ"ל ביאר את שיטת הרמב"ם לפי הצד דכהן הוי ג"כ חלות שם לוי, ולעיל בנוגע לקנס דעזרא רבינו זצ"ל ביאר דהרמב"ם סבור דכהן הוי חפצא אחר מלוי ולכן הקנס דעזרא הוי עקירת דבר מן התורה. ואולי י"ל דבגבולין בנוגע למעשר ראשון אין לכהן קדושת לוי ושתי קדושות הן, משא"כ במקדש י"ל דגם לוי וגם כהן נתקדשו בקדושה לעבודה, וקדושת כהונה כוללת בתוכה גם קדושת לויה.

[1449] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לסוכה (נה: ברש"י ד"ה ובא בכל). וגם עיין ברשימות שיעורים לברכות (לה. ד"ה בתוד"ה שאין אומרים שירה, אות ב) דרבינו זצ"ל נקט דהכהנים רק שרו בקידושי החומות והעזרות ולא במזבח.

ולוי חלות דין משפחה אחת צריך רק חד קהל. אמנם רבי יוסי דסבור דתרי קהלי נינהו נקט דהאיסור לבוא בקהל תלוי בחלות שם קדושה ומכיון דיש לכהן ולוי ב' חלויות קדושה שונות, אזי צריכים פסוק מיוחד לכל אחד.

גמ'. ואיבעית אימא ה"נ תרי קהלי נינהו, ממזר בשתוקי ושתוקי בישראל מחד קהל נפקא וכו' ואיבעית אימא הני נמי תרי קהלי נינהו.

בענין ממזר וספק ממזר

א

בהיתר ספק ממזר לממזרת וישראלית

יש ב' דעות בגמ' האם יש פסוק אחד המלמד דממזר מותר בשתוקי וגם דשתוקי מותר בישראלית, או"ד צריכי ב' פסוקים. וי"ל בביאור המחלוקת.

ונראה שבתחילה צריך לבאר את עצם הדין דספק ממזר מותר גם בממזרת ודאי וגם בישראלית. דהרי לכאורה י"ל דממ"נ, אם ספק ממזר דינו כממזר אזי ראוי להיות אסור לישראלית ואם דינו כישראל אזי ראוי להיות אסור בממזרת. והיאך מקילין בדין ספק ממזר באופן דתרתי דסתרי. והנה יש להעיר דהמגיד משנה (פרק טו מהלכות איסורי ביאה הלי"ב) נקט אליבא דהרמב"ם דמדאורייתא ספק ממזר מותר בקהל ישראל אך אסור בממזרת אפי' מדאורייתא. והסברא הוא כנ"ל, דמכיון דספק ממזר מותר לישראלית רואים דדינו כישראל ולכן אסור בממזרת. אך רוב הראשונים נקטו כרהיטת לשון הגמ' דספק ממזר מותר גם לישראלית וגם לממזרת וצ"ע בזה כנ"ל.

ונראה דהתשובה לקושיא הזאת תלויה במחלוקת הראשונים בדין ספק דאורייתא דעלמא. דהרי ידוע שיטת הרמב"ם דספק דאורייתא לקולא מדאורייתא (עיין למשל פרק ט מהלכות טומאת מת הלי"ב), והרשב"א (כאן ד"ה ממזר ודאי) ביאר דהמקור של הרמב"ם הוא מהסוגיא שלנו דספק ממזר מותר. יוצא דלפי הרמב"ם הדין של ספק ממזר לקולא חל מדין הכללי דהולכין לקולא בספיקות דאורייתא. ולפי"ז לכאורה יוצא דאף הדין דעלמא דספק דאורייתא לקולא חל גם באופן דתרתי דסתרי כמו הדין בספק ממזר. וצ"ל דספק דאורייתא לקולא חל מדין הכרעה והנהגה ולא מדין בירור. כלומר דהדין דספק דאורייתא לקולא אינו מגדיר את החפצא כחפצא דהתירא, אלא דהחפצא נשאר בחלות שם ספק, אלא דיש גזה"כ דמכריעין ונוהגין לקולא כל פעם דיש שאלת ספק. ומכיון דההכרעה הזאת אינה מגדירה ומבררת את עצם החפצא כמותר משו"ה ניתן לנהוג כל פעם לקולא אפי' אם ההכרעה הראשונה לקולא סותרת את ההכרעה השניה. ולכן ספק

ממזר נשאר כחלות שם ספק ממזר אבל כל פעם דהוא רוצה להתחתן בין עם ישראלית ובין עם ממזרת אנו מכריעין דינו לקולא בתורת הנהגה בעלמא.[1450]

ובנוגע לשאר הראשונים דנקטו דבדרך כלל הדין דספק דאורייתא לחומרא הוי לחומרא מדאורייתא, אזי צ"ל דיש גזה"כ מיוחדת דספק ממזר לקולא. ויש לבאר את הגזה"כ הזו בב' אנפי:

א) כמו שכתבנו לעיל בדעת הרמב"ם. כלומר, דלפי הרמב"ם יש דין כללי דמכריעין ונוהגין לקולא בכל ספק דאורייתא, ומאידך לפי הרשב"א והר"ן יש גזה"כ מיוחדת דמכריעין ונוהגין לקולא בספק ממזר.

ב) יש לחלק בין ב' דינים בממזר: א) דין האיסור לבוא בקהל, ב) דין חלות שם הפסול גברא דממזר. דבנוסף לאיסור ביאה בישראלית יש דינים אחרים בממזר דתלויים בחלות שם פסול ממזר דחל בגברא. למשל, הדין דממזר פסול לדון דיני נפשות (סנהדרין לו:) אינו מפאת האיסור ביאה אלא בגלל חלות שם פסול דחל בגברא. ויתכן דגם הדין דממזר מותר בממזרת אינו קשור לזה דממזר אסור בישראלית, אלא דממזר מותר בממזרת מפאת חלות השם הפסול דממזר שבגברא. וי"ל דשני הדינים האלו מסבירים למה ספק ממזר מותר גם בממזרת וגם בישראלית. דהרי הגזה"כ מלמדת דספק ממזר מותר לבוא בקהל דהיינו דהוא מותר בישראלית.[1451] ומאידך מ"מ חל בספק ממזר חלות שם פסול גברא דממזר, ומשום כך הוא אינו מוגדר כקהל ה' ומותר לו לישא ממזרת. וכמו"כ נראה לפי"ז דאע"פ דספק ממזר מותר לישא ישראלית, מ"מ עדיין פסול הוא לדון דיני נפשות.[1452]

וי"ל דב' הפירושים האלו תלויים בב' דעות בגמ' האם יש מקור אחד דספק ממזר מותר בישראלית ובממזרת או"ד צריכים ב' פסוקים שונים. דלפי הדעה בגמ' דיש רק פסוק אחד, אזי מסתבר כמו הפירוש הראשון, דהיינו דבספק ממזר יש רק דין אחד של הכרעה והנהגה לקולא, ונמצא דספק ממזר מותר בממזרת ובישראלית מאותו טעם של הכרעה והנהגה לקולא. מאידך אם יש ב' פסוקים שונים אזי מסתבר יותר כמו הפירוש השני דההיתר בבת ישראל וההיתר בממזרת הוו ב' דינים שונים לגמרי. דפסוק אחד מלמד דבנוגע לאיסור לבוא בקהל אמרינן ספק ממזר לקולא, ומהפסוק השני לומדים דיש לספק ממזר חלות שם פסול דממזר בגברא להתירו בממזרת.

[1450] והשווה לדברי המהרי"ט (מובא בשב שמעתתא א:א) דאפי' לפי הרמב"ם צריך גזה"כ מיוחדת לספק ממזר כדי להתירו בתרתי דסתרי.

[1451] וע"ע בזה בדעת רבי אליעזר דספיקן בודאן אסור, בשיעורים לקמן (עה. ד"ה דאיתמר ארוסה שעיברה).

[1452] עיין בספר אמרי שפר לכתובות (דף יג: אות ב) דדן בזה באריכות.

ולפי"ז יש להבין את שיטת אביי בדעת רבי אליעזר בן יעקב. דאיתא בגמ' (יבמות לז.) בנוגע לספק ממזר וז"ל ת"ר ראשון ראוי להיות כהן גדול (מרש"י יבמות ק: ד"ה ראשון - היכא שמייבם אשת אחיו בתוך ג' וילדה ספק בן ט' לראשון ספק בן שבעה לאחרון) **ושני ממזר** מספק, רבי אליעזר בן יעקב אומר אין ממזר מספק, מאי קאמר, אמר אביי הכי קאמר ראשון ראוי להיות כהן גדול ושני ספק ממזר ואסור בממזרת, ר' אליעזר אומר אינו ספק ממזר אלא ודאי ממזר ומותר בממזרת עכ"ל. ויוצא דלפי אביי בדעת ר' אליעזר בן יעקב ספק ממזר מותר בישראלית מדאורייתא אבל עדיין דינו כודאי ממזר בזה שהוא מותר בממזרת. ומהלשון "אינו ספק ממזר אלא ודאי ממזר", משמע כפירוש הנ"ל, דבנוגע לחלות שם פסול דממזר אמרינן דספק ממזר דינו כודאי ממזר ולכן הוא מותר בממזרת ופסול לדון דיני נפשות.

ולכאורה זה גם עולה מהלשון דאביי בהמשך הסוגיא (לז:) וז"ל אמר אביי מנא אמינא לה דכל ספיקא לר' אליעזר בן יעקב כודאי משוי ליה, דתניא ר' אליעזר בן יעקב אומר הרי שבא על נשים הרבה ואין יודע על איזהו מהן בא, וכן היא שבאו עליה אנשים הרבה ואינה יודעת מאיזה מהן קבלה, נמצא אב נושא את בתו ואח נושא את אחותו ונתמלא כל העולם כולו ממזרין ועל זה נאמר ומלאה הארץ זמה עכ"ל. ורש"י ביאר את הראייה דאביי וז"ל מספק קרו להו ממזרים עכ"ל. ויוצא, דאע"פ דאביי בדעת רבי אליעזר בן יעקב מודה דמדאורייתא ספק ממזר מותר לישראלית, מ"מ קרו להם ממזרים. וי"ל דהביאור בזה הוא כנ"ל דבנוגע לחלות פסול דממזר דמתירו לממזרת, ספק ממזר דינו כממזר ודאי, כנ"ל.

ונראה דיש עוד נ"מ לפי הביאור הזה בנוגע לספק ממזר כהן. דהרי המנחת חינוך (מצוה רסד סקי"א) הביא דנחלקו האחרונים בדין כהן הבא על אשת איש ונולד לו בן ממזר, האם הבן הוי כהן ממזר והוא אוכל בתרומה או"ד דחלות הממזרות מפקיע את קדושת כהונה ודינו כישראל. ולפי הצד דאין לממזר קדושת כהונה כלל יש להסתפק מהו הדין בספק ממזר כהן. ויש להקדים דמסתבר דלפי הצד דממזר אין בו קדושת כהונה, המפקיע דקדושת כהונה הוי חלות הפסול דממזרות ולא האיסור לבוא בקהל. דהרי פצוע דכא אסור לבוא בקהל ואעפ"כ פצוע דכא כהן יש בו מקצת קדושת כהונה.[1453] ולפי"ז הדין דספק ממזר כהן תלוי בב' הביאורים הנ"ל. דלפי הביאור הראשון דספק ממזר מותר מפני הכרעה לקולא אזי מסתבר דדין דהכרעה לקולא אינו מפקיע את קדושת הכהונה

[1453] עיין בשיעורים לעיל (דף עב: רש"י ד"ה חמשה קהלי) דפצוע דכא הוי איסור ביאה בעלמא ולא חלות פסול גברא. ובנוגע לקדושת כהונה עיין במשנה יבמות (ע.) דפצוע דכא כהן אוכל בתרומה הוא ועבדיו.

שלו בתורת ודאי. אמנם לפי הצד השני שיש לספק ממזר דין ודאי של חלות שם פסול ממזר דחל בגברא, ולכן כמו שממזר ודאי שהוא כהן אסור בתרומה מפני דיש לו פסול גברא, גם ספק ממזר שהוא כהן אסור בתרומה מדין חלות שם פסול ודאי.[1454]

ויש עוד נ"מ בין ב' הביאורים הנ"ל בספק ממזר בענין ממזרת דנתערבה בין ישראליות. דהרי אם ספק ממזר מותר לישראל בגלל דיש הכרעה והנהגה לקולא, אזי זה שייך בין בספק בגוף ובין בספק בתעורבת. אמנם לפי הביאור הב' שכתבנו לעיל דיש גזה"כ דבספק ממזר לא חל האיסור לבוא בקהל אמנם חל בו חלות שם פסול דממזר, י"ל דכל זה שייך לדיני הגברא בעצמו. אבל היכא דממזר נתערב בין כשרים אין דין זה שייך.

ב

ביאור הגר"מ זצ"ל בספק ממזר

עד עכשיו ביארנו את שיטת הרמב"ם לפי דברי הרשב"א דספק ממזר מותר מדין ספק דאורייתא לקולא. אך דיעה אחרת היתה להגר"מ זצ"ל. דהרי כבר הבאנו לעיל (דף עב: רש"י ד"ה חמשה קהלי) דלפי הרמב"ם פצוע דכא אסור בממזרת אבל מותר בספק ממזרת (פרק טז מהלכות איסו"ב הל"ב) וז"ל הואיל ופצוע דכא אסור לבוא בקהל לא גזרו בו על הנתינים ולא על הספיקות, אבל פצוע דכא וכרות שפכה אסור בממזרת ודאית שהרי אסורה מן התורה עכ"ל. והאחרונים הקשו על הרמב"ם דהיאך פצוע דכא מותר בספק ממזרת, הרי ממ"נ, שאם באמת היא ממזרת הרי לרמב"ם פצוע דכא אסור בה, ואם אינה ממזרת פשיטא דאסור בה, דפצוע דכא אסור לבא בקהל ישראל.

וביאר הגר"מ זצ"ל[1455] דמכאן מוכח דלרמב"ם ההיתר דספק ממזר הוי חלות דין בפני עצמו דחל מעצם הדין דספק ממזר ואינו חל משום דמכריעין את הספק דידיה לקולא מדין ספק דאורייתא לקולא, דהא אין צד כלל להקל ולהתיר פצוע דכא בספק ממזר מדין ספקו לקולא. אלא ספק ממזר מותר בפסולים מפני דמהווה קהל בפני עצמו - "קהל ספק" ולא "קהל ודאי" (כלשון הגמ' דידן). והדין הוי ד"קהל ספק" מותר בכל הפסולים וגם מותר בכשרים. וס"ל לרמב"ם דמכיון דהתורה הקילה בספק ממזר להתירו בהיתר מיוחד בין בפסולים ובין בכשרים ולא משום שמכריעין את ספקו לקולא, התורה התירה נמי ספק ממזר אף בפצוע דכא, ומשום דפצוע דכא מאיסורי קהל הוא, ואע"פ שאינו מפסולי הקהל, דההיתר דספק ממזר אינו חל מדין כל הפסולים מותרים לבא זה בזה,

[1454] וע"ע בכל זה ברשימות שיעורים ליבמות (לז. בענין ספק ממזר אות א'). ובנוגע לחילוק בין חלות הפסול דממזר דהוי דין ביוחסין לבין האיסור לבוא בקהל דהוי דין באיסור ע"ע לקמן (דף עג. ד"ה רוב כשרים אצלה אות א' ודף עה. ד"ה איתמר ארוסה שעיברה).

[1455] וע"ע בזה ברשימות שיעורים ליבמות (לז. בענין ספק ממזר, אות ב).

אלא מחמת היתר מיוחד דספק ממזר מותר בכל איסורי ביאה בקהל. ומוכרח דספק ממזר מותר בפצוע דכא, שהרי ספק ממזר מותר בכל פסולי קהל ואפילו בממזר ודאי, ומותר נמי בכשרים, ופשיטא איפוא דמותר נמי בפצוע דכא, דהיאך יהא דין פ"ד חמור יותר מממזר ומכשרים, ששניהם מותרים בספק ממזר. ולכן מק"ו פסק הרמב"ם דפ"ד מותר בספק ממזר. ויוצא איפוא דאע"פ דהרמב"ם סובר דספק דאורייתא לקולא היינו בספק דעלמא, אך ההיתר דספק ממזר אינו חל מדין ספק דאורייתא לקולא אלא מחלות היתר מיוחד.[1456]

ג

שיטת המגיד משנה בפצוע דכא וספק ממזרת

הבאנו לעיל (אות א) דעת המגיד משנה דאליבא דהרמב"ם ספק ממזר אסור מדאורייתא בממזרת. ולכאורה לפי המגיד משנה הדרא קושיא לדוכתא דלמה פצוע דכא מותר בספק ממזרת, דלכאורה דינה כישראלית גמורה. ונראה דאף לפי המגיד משנה ספק ממזר מהווה "קהל ספק" וחלות דין בפני עצמו. דכלפי ממזר נחשב ספק ממזר ככשר, שהרי ממזר ודאי אסור לבא בקהל, ואילו ספק ממזר מותר לבא בקהל. ולכן ספק ממזר אסור בממזרת כמו כשר שאסור בפסול. ובדומה לזה פצוע דכא אסור בממזרת, דאע"פ דפצוע דכא אסור לו לבא בקהל, מ"מ לית ליה חלות שם פסול בגברא. ומאידך בממזרת חל גם איסור לבא בקהל וגם פסול גברא, ולכן פצוע דכא אסור בממזרת, דהוי ככשר שאסור בפסול, דממזרת נפסלת בפסול גברא יותר מפצוע דכא.

ומאידך פ"ד מותר בספק ממזר. והביאור משום ששניהם דומים זה לזה, כי שניהם אינם שווים לממזר ודאי אלא פחותים בפסוליהם ממנו. דספק ממזר מותר לבא בקהל אך חל בו שם פסול גברא,[1457] ואילו פצוע דכא אסור לבא בקהל ולא חל בו שם פסול גברא. ומאידך בממזר חל גם איסור לבא בקהל וגם שם פסול גברא. ומאחר שאינם שווים לממזר ודאי אלא פחותים ממנו, משו"ה שניהם אסורים לבא בממזר כמו כשר דאסור לו לבא בפסול. אך מותרים הם זה בזה, דהא שניהם אינם דומים לכשרים, שהרי בפצוע דכא חל איסור לבא בקהל, ובספק ממזר חל פסול גברא. ומאחר שאינם שווים בדיניהם לא לממזר ולא לכשר דומים הם זה לזה, ונחשבים איפוא זה עם זה כפסול עם פסול שמותרים לבוא זה בזה.[1458]

[1456] ולפי"ז יש לעיין בדין ספק ממזר כהן מה דינו אליבא דהאחרונים דס"ל דממזר ודאי כהן אינו קדוש בקדושת כהונה ופסול לאכילת תרומה וכדומה.

[1457] ונ"מ לענין דיני נפשות דספק ממזר פסול לדין.

[1458] ע"ע בזה ברשימות שיעורים ליבמות (לז. בענין ספק ממזר, אות ג).

ד

בענין נתין לממזר

כתב הרמב"ם (פרק טו מהלכות איסו"ב הלל"ג) וז"ל אבל ממזרים ודאים ונתינים מותרים לבא זה בזה והולד ממזר עכ"ל. ודבריו מרפסין איגרי דהא פסק (בפרק יב מהלכות איסו"ב הלכ"ב) דנתינים אסורים רק מדרבנן, דלאו דלא תתחתן בם חל רק בנכריותן (עי' בפרק יב מאיסו"ב הל"א) וא"כ למה נתין מותר בממזרת. דבשלמא נתין מדור הראשון דנתינים כשנתגיירו מותר בממזרת מדין גר, אך אין זו לכאורה כוונת הרמב"ם, דא"כ מותרים מדין גרים ולא מדין נתינים ומלשון הרמב"ם משמע שמתיר ממזרים בנתינים מדין פסולים ואפילו כשהנתין אינו גר וכגון שאביו או אמו הם מישראל (עיין ברמב"ם פרק טו מהלכות איסו"ב הל"ח – הל"ט). ואע"פ דמסתמא רוב הנתינים במשך הדורות היו גרים משום שנולדו משני נתינים, מ"מ פשטות הרמב"ם מורה שהמתיר דנתינים בממזר אינו מחמת גרותם אלא מחמת פסולם.

ולולי דמסתפינא נראה לבאר שהרמב"ם סובר שאף נתין שאינו גר (וכגון שנולד מאב או מאם ישראל) מותר בממזרת מדאורייתא. ואע"פ שנתין מותר מדאורייתא לבא בקהל הרי הוא מותר אף בממזרת מדאורייתא משום שמתייחס לז' עממין, דחל בו שם פסול גברא ואפילו בלי איסור ביאה בקהל. ואע"פ שהנתינים נתגיירו וגר שנתגייר כקטן שנולד דמי, מ"מ שאני ז' העממין דחל בהם שם פסול אפילו משנתגיירו ואע"פ שמותרים לבא בקהל. ויש לדייק קצת כזה הדין מלשון הרמב"ם שכתב (בפרק יב מהלכות איסו"ב הלכ"ה) וז"ל מי שנתגייר משבעה עממין אינן אסורין לבוא בקהל כו' עכ"ל, ומשמע קצת שאף לאחר שנתגיירו עדיין נקראים מן התורה בשם ז' עממין אלא שהגירות מתירתם, ומ"מ שם פסול חל בגר נתין, ואע"פ שמותר לו לבוא בקהל. ולכן נתין מותר בממזרת, משום שנפסל בשם פסול, ושם פסול בגברא דנתין מתירו לבא בממזרת, משום שכל הפסולים מותרים לבא זה בזה, שההיתר אינו תלוי בחלות איסור לבא בקהל אלא בחלות שם פסול בגברא. ודין הנתין דומה לדין ספק ממזר, שאף הדין של ספק ממזר שמותר בממזרת חל מחמת חלות שם פסול שחל בו בגברא, ואע"פ שמותר לו לבא בקהל (עיין לעיל אות א). וה"ה בנתין דחל חלות שם פסול בגברא ואע"פ שמותר לו לבא בקהל, ומשו"ה נתין מותר בממזרת.

ה

שתוקי בנתינה

ויעויין עוד ברמב"ם (פרק טו מהלכות איסו"ב הלכ"א - הלכ"ד והל' ל"ג) שכתב וז"ל דין תורה שספק ממזר מותר לבא בקהל כו' אבל חכמים עשו מעלה ביוחסין ואסרו גם הספיקות לבא בקהל, לפיכך ממזר ודאי מותר לישא ממזרת ודאית אבל ממזר ספק או שתוקי או אסופי אסור לישא בת ישראל, ואסור לישא ממזרת ואפילו ממזרת מספק אסורה לו שמא אחד מהן אינו ממזר והשני ממזר ודאי כו' כיצד שתוקים ואסופים וספק ממזרים אסורים לבא זה עם זה כו' דבר ברור שהשתוקי אסור לישא שתוקית, אבל ממזרים ודאים ונתינים מותרים לבא זה בזה והולד ממזר. ושתוקי ואסופי מותרים בנתינים ובשאר הגרים והולד ספק עכ"ל.

הרמב"ם התיר שתוקי בנתינה. ויעויין במגיד משנה (הל' ל"ג) שרש"י חולק עליו וס"ל דאסור. וטעם רש"י דדלמא השתוקי באמת כשר והנתינה אסורה לו. והנה הרמב"ם הדגיש בהלכותיו שהשתוקי נאסר מדרבנן בתורת ספק לחומרא, וא"כ קשה למה לרמב"ם שתוקי מותר בנתינה הרי נתינה אסורה על כשר, ודילמא השתוקי כשר הוא והנתינה אסורה עליו.

ויתכן דמכיון דנתינה אינה אסורה אלא מדרבנן הקילו להתירה בשתוקי, שהרי שתוקי אסור מדרבנן בכל הנשים, בין בכשרות ובין בפסולות חוץ מגיורת, ומשו"ה מדרבנן הקילו לו לבא בנתינה כדי שיוכל להתחתן עם נשים אחרות בנוסף לגיורת. ועוד שרוב הנתינים הם נמי גרים[1460] המותרים בשתוקי, ועל מיעוט הנתינים שאינם גרים[1459] הקילו נמי להתירם כמו רובם.

ועוד יתכן לומר בדרך חידוש דשאני שתוקי מספק ממזר דעלמא. דעל שתוקי הטילו החכמים שם פסול ודאי, ומשו"ה מותר בנתינה מדין כל הפסולים מותרים זה בזה. וכן מדויק בלשון הרמב"ם (הל' ל"ג) שהתיר רק שתוקי ואסופי בנתינים ולא התיר ספק ממזר דעלמא (שהזכירו בהל"י שם כגון מי שנולד מספק קידושין או מספק גירושין) משום ששתוקי ואסופי נפסלו בשם פסול ודאי מדרבנן וזה מתירם בנתינה, אך ספק ממזר דאין בו חלות שם פסול ודאי אלא רק דין ספק פסול אסור בנתינה.

ונראה דכך נמי מדוייק בלשון הרמב"ם (ריש הלל"ג) שכתב וז"ל דבר ברור שהשתוקי אסור לישא שתוקית כו' עכ"ל. וקשה מה ר"ל במלים "דבר ברור" דאיזה צד יש לומר אחרת, הרי הרמב"ם כבר פסק (בהלכה כ"ג) שה"שתוקים אסופים וספק ממזרים אסורים לבא זה בזה".

[1459] כשבא נתין על בת ישראל והוליד בת, דדין הבת להפסל בפסול נתינה אך אין לה דין גיורת.
[1460] באופן שהאב והאם שניהם נתינים שנולדו משני נתינים עד לדור הראשון של נתינים.

ונראה, שהרמב"ם (בהל' ל"ג) התיר שתוקי בנתינה מדין כל הפסולים מותרים לבא זה בזה, דמדרבנן חל בשתוקי שם פסול ודאי כמו דחל בנתינה. ולכן הרמב"ם התקשה, למה שתוקי אינו מותר נמי בשתוקי מדין כל הפסולים וכו'. וע"ז כ' "דבר ברור" שאסור, כלומר דבשתוקי בשתוקית לא חל ההיתר דכל הפסולים כו' אלא חל איסור מדין ספק ממזר, דרק בנוגע לנתינה חל בשתוקי חלות שם פסול ודאי להתירו אך לא בנוגע לשתוקי אחר והוא "דבר ברור".

ועכשיו צ"ע למה אסור שתוקי בשתוקית ובממזרת ודאי, והרי כל הפסולים מותרים לבא זה בזה, ומ"ש מנתינה דשתוקי מותר בה.

ונראה, דחלין שני דינים דרבנן בשתוקי: א) דין שתוקי שהוא פסול ודאי, ב) דין שתוקי שהוא פסול ספק.[1461] שתוקי מותר בנתינה משום חלות שם פסול ודאי שחל בשתוקי, וכל הפסולים שנפסלו בפסול ודאי מותרים לבא זה בזה. מאידך שתוקי אסור בשתוקי מדין ספק פסול, דילמא א' מהם פסול והשני כשר. ונראה בביאור דבר זה, דחל תרתי דסתרי בין הדין והשם פסול ודאי שחל בשתוקי לבין הדין והשם פסול ספק שחל בו. ובנוגע לנתינה, דהוי פסול דרבנן בעלמא, קבעו החכמים את הדין דשתוקי כפי חלות השם פסול ודאי שחל בו והתירום זה בזה, ואילו בביאת שתוקי עם שתוקי, קבעו החכמים את דינם כפי חלות דין הספק שחל בם ואסרום.

ובביאור החילוק יתכן שהוא משום דהאיסור דנתינה מהווה חלות שם איסור חדש מדרבנן, דהרי נתינים מותרים מדאורייתא, ומכיון דנתין הוי חלות שם איסור חדש מדרבנן לפיכך הקילו בו והתירו בשתוקי מדין כל הפסולים מותרים לבא זה בזה והפקיעו את האיסור דשתוקי מצד שהוא ספק. ומאידך שתוקי ואסופי אינם שמות דאיסורים מחודשים מדרבנן אלא איסורי ספק ממזר שהחמירו חז"ל בדין ספקם. ועיקר תקנתם היתה להחמיר בדיניהם דשתוקי ואסופי מצד הספק, דלמא ממזרים הם דלמא כשרים הם, ולא ללכת אחרי הדין דאורייתא דקבע שמותרים הם לבא זה בזה ואף לבא בממזר ודאי. ומאחר שכך התקינו הרבנן ללכת אחרי חלות דין ספקם ולהחמיר עליהם ולא ללכת אחרי שם הפסול שחל בהם מן התורה להקל, משו"ה שתוקי אסור בשתוקי ובאסופי ושניהם אסורים בממזר ודאי משום שאסורים מדרבנן מדין ספק ממזר ולא הותרו מדין כל הפסולים המותרים לבא זה בזה.

גמ'. דרש ר' זירא במחוזא גר מותר בממזרת, רנמוהו כולי עלמא באתרוגייהו.

[1461] ע"ע בזה בשיעורים לקמן (עד. ד"ה ספיקן בספיקן).

ונראה לבאר ע"פ מש"כ לעיל (דף עג. ד"ה קהל גרים לא איקרי קהל) דהביאור בזה דגר מותר בממזרת הוא דגירות הוי מתיר לבוא בקהל אבל הגר עדיין אינו חלק ממשפחת ישראל. ומשו"ה כעסו הגרים ורגמוהו באתרוגים.[1462]

גמ'. רוב כשרים אצלה ומיעוט פסולין אצלה, ואי אזלי אינהו לגבה כל דפריש מרובא פריש.

א

אין הולכין ביוחסין אחר הרוב

משמע מהגמ' דרוב מכריע ביוחסין. ולכאורה קשה דהרי ביוחסין בעלמא פסקינן דאין רוב מכריע לקולא. דהנה פסק הרמב"ם (פרק טו מהלכות איסו"ב הלכ"ה) וז"ל האסופי שנמצא בעיר שיש בה עכו"ם בין שהיה רוב עכו"ם או רוב ישראל ה"ז ספק עכו"ם לענין יחוסין, קידש אשה צריכה גט מספק, מי שהרגו לא היה נהרג עליו עכ"ל. הרי אע"פ דיש רוב דהוא מישראל זה אינו מכריע דהוא ישראל ודאי אלא דנשאר בספק.[1463] וא"כ לכאורה גם בסוגיא דידן בנוגע לשתוקי למה רבא נקט דאם רוב כשרין אצלה ואזלי אינהו לגבה דהולד מותר מדאורייתא מדין כל דפריש מרובא פריש.[1464]

ונראה לחלק בין הדין דקביעת יוחסין בגברא לבין האיסור לבוא בקהל. דבנוגע לקביעת יוחסין האם הולד ישראל או עכו"ם אזי לא הולכין בתר רוב לקבוע דהוא מישראל. אבל בנוגע לשאלה האם הולד מותר לבוא בקהל או לא, אזי שפיר הולכין בתר הרוב כמו בכל שאר איסורי תורה. וזה גם עולה מפסק הרמב"ם (פרק יח מהלכות איסו"ב הלי"ג) בנוגע לדין פנויה דנבעלה, וז"ל פנויה שראוה שנבעלה לאחד והלך לו, ואמרו לה מי הוא זה שבא עליך ואמרה אדם כשר הרי זו נאמנת, ולא עוד אלא אפילו ראוה מעוברת ואמרו לה ממי נתעברת ואמרה מאדם כשר הרי זו נאמנת ותהיה מותרת לכהן, בד"א בשיהיה המקום שנבעלה בו פרשת דרכים או בקרנות שבשדות שהכל עוברין שם, והיו רוב העוברים שם כשרים, ורוב העיר שפרשו אלו העוברין ממנה כשרים, שהחכמים עשו מעלה ביוחסין והצריכו שני רובות, אבל אם היו רוב העוברים פוסלים אותה כגון

[1462] ולפי"ז נראה דמשו"ה רגמוהו דוקא באתרוגים כי הד' מינים מסמלים האחדות דעם ישראל ביחד עם כל מיני יהודים, גם כשרים וגם פסולים, עם טעם וריח ובלי טעם וריח. ובכן הגרים נמי חשבו שחלק ממשפחת עם ישראל הם כשאר בנ"י דכולם שווים הם במצוות.

[1463] אמנם רבינו זצ"ל הזכיר פעם דיתכן דדין הרמב"ם דלא הולכין ביוחסין בתר הרוב הוי רק חומרא מדרבנן. וא"כ אין מקום להקשות מסוגיא דידן או מהרמב"ם בפרק יח מהלכות איסו"ב (עיין בהמשך השיעורים). אבל בהמשך השיעורים בפנים רבינו זצ"ל נקט דלפי הרמב"ם אסופי הוי ספק ישראל וספק עכו"ם מדאורייתא אע"פ דיש רוב ישראל.

[1464] עיין במגיד משנה דביאר דהרוב אינו נחשב מכיון דהמקצת עכו"ם או המקצת ישראל הוו קבועים בעיר. אבל רבינו זצ"ל הבין בדעת הרמב"ם דאע"פ דיש רוב ע"פ דין, מ"מ רוב אינו מהני במקרה דידן.

עכו"ם או ממזרים וכיוצא בהם אע"פ שרוב המקום שבאו ממנה כשרים או שהיו רוב אנשי המקום פסולין אע"פ שרוב העוברין שם כשרים חוששין לה שמא למי שפוסל אותה נבעלה ולא תינשא לכהן לכתחלה ואם נשאת (לא) תצא עכ"ל. הרי הרמב"ם כתב דמפני חומרא ביוחסין הצריכו ב' רובי לקולא, אבל משמע דמעיקר הדין הולכין בתר אפי' רוב אחד כדי להכשירה לכהן. והביאור הוא דגם הכא אין הדיון בנוגע לקביעת יוחסין וכדומה אלא בשאלה דאיסור והיתר ולכן מעיקר הדין הולכין בתר רוב אחד.

ויוצא מכל זה דבשתוקי בציור דרוב כשרין אצלה יתכן לחלק בין האיסור לבוא בקהל לבין קביעת היוחסין דהולד. דהיינו דמצד אחד הולד מותר לבוא בקהל (אפי' בלי הגזה"כ דממזר ודאי ולא ממזר ספק) דהרי יש רוב דמכריע לקולא. מאידך י"ל דבנוגע לקביעת יוחסין עדיין יש לולד הזה חלות שם פסול גברא של ספק ממזר דהרי רוב אינו מכריע ביוחסין,[1465] וממילא חל עליו פסול גברא בנוגע לפסול להיות בסנהדרין וההיתר לישא ממזרת. ונמצא דהחילוק דהעלנו לעיל בנוגע לספק ממזר (דף עג. בענין ממזר וספק ממזר אות א') שייך גם היכא דרוב כשרים אצלה.

ב

מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בענין רוב ביוחסין

ע"פ היסוד הנ"ל דלא אזלינן בתר רוב ביוחסין אפשר לבאר גם דברי הרמב"ם בהמשך פרק טו מאיסורי ביאה (הלכ"ז) וז"ל יראה לי שכל מדינה שיש בה שפחה או עכו"ם הראויה לילד הואיל והאסופי הנמצא שם ספק עכו"ם או ספק עבד כשישא הגיורת כמו שביארנו הרי זו ספק אשת איש והבא עליה פטור שאין הורגין על ספק, וכן יראה לי שהשתוקי שנשא אשה שאפשר שהיא ערוה עליו והרי היא ספק אשת איש שאין קידושין תופסין בעריות עכ"ל. הרי דאם יש עכו"ם אחד בעיר אזי קידושיו חלין רק מספק ואין הורגין על הספק. והביאור הוא כנ"ל דלא אזלינן בתר רוב לקבוע דהולד ישראל.

והראב"ד השיג דבודאי הורגין במצב כזה, וז"ל מצאנו במס' סנהדרין שהולכין בדיני נפשות אחר הרוב וכו' עכ"ל. הראב"ד התכוון לסוגיא בסנהדרין (סט.) באופן דיש ב' עדים דהעידו בדיני נפשות וז"ל אחד אומר בשנים בחדש, ואחד אומר בג' עדותן קיימת שזה יודע בעיבורו של חודש וזה אינו יודע בעיבורו של חודש וכו' אלא לאו משום דאמרינן זיל בתר רובא ורובא דאינשי עבדי דטעו בעיבורא דירחא עכ"ל. ולפי"ז הראב"ד הסיק דגם בספק גוי ספק ישראל דקידש, דהיכא דיש רוב דהוא מישראל קידושיו קידושין

[1465] וע"ע בזה לקמן (עג: בסוגיא דחיה) דרבינו זצ"ל נקט דהרמב"ם הולך בזה לשיטתו דענייני יוחסין הוו דבר שבערוה וצריך ב' עדים.

והורגין את אשתו אם זינתה. ובדעת הרמב"ם י"ל כנ"ל דבדיני נפשות הולכין בתר רוב, אבל בנידון דידן נקודת הספק הוי בקביעת יוחסין ולא הולכין בזה בתר הרוב, ואז הספק בדיני נפשות נתגלגל מהספק ביוחסין דלא הוכרע ע"י הרוב.

ולכאורה הרמב"ם והראב"ד הלכו לשיטתם גם בדין אסופי דנמצא בעיר שרובו עכו"ם ואז נתגייר. דהרמב"ם פסק (פרק טו מהלכות איסו"ב הלט"ו-הלט"ז) וז"ל האסופי שנמצא בעיר שיש בה עכו"ם בין שהיה רוב עכו"ם או רוב ישראל ה"ז ספק עכו"ם לענין יחוסין קידש אשה צריכה גט מספק, מי שהרגו לא היה נהרג עליו, הטבילוהו בית דין לשם גרות או שטבל משהגדיל הרי הוא כשאר אסופים הנמצאים בערי ישראל עכ"ל. דהיינו, דלפי הרמב"ם אחרי הגירות האסופי אסור לבוא לקהל מפני ספק דהיה ישראל אסופי מלידה. והרמב"ם אזיל לשיטתו דאפי' בעיר דרוב עכו"ם עדיין הולד נחשב כספק ישראל דאין הולכין ביוחסין בתר הרוב. אמנם הראב"ד (שם הלט"ו) כתב וז"ל אם רוב עכו"ם ונתגייר קרוב אני להכשיר עכו"ם הוא ונתגייר עכ"ל. ונמצא דלפי הראב"ד היכא דיש רוב עכו"ם בעיר אזי הגירות מתירו בבת ישראל כשרה. ונראה דהראב"ד לשיטתו ופליג על היסוד דהרמב"ם דאין הולכין ביוחסין בתר רוב. אלא הראב"ד סבור דאם יש רוב גויים בעיר אזי מעיקר הדין הולכין בתר הרוב ודין הולד כגוי ולכן אם נתגייר דינו כגר דעלמא דמותר בבת ישראל כשרה. אלא דהראב"ד נסתפק דאולי יש חומרא מדרבנן לחשוש למיעוט דהוא ישראל אסופי ועדיין אסור בבת ישראל גם אחרי הגירות.

אמנם יתכן דהרמב"ם מודה במקצת להראב"ד. דהרי הראב"ד הוכיח מזה דרובא דאינשי עבדי דטעו בעיבורא דירחא דבנפשות הולכין בתר הרוב. והרוב הזה הוי רובא דליתא קמן. וי"ל דהרמב"ם מודה דרוב כזה מהני גם ביוחסין דהרי נחשב כאילו אין מיעוט כלל. אבל בנוגע לעיר שרובו ישראל ומיעוטו עכו"ם זה הוי רובא דאיתא קמן וברוב כזה דהמיעוט בפנינו אזי הרמב"ם נקט דלא הולכין בתר רוב זה בקביעת יוחסין.[1466]

ולכאורה היסוד דלפי הרמב"ם הולכין בתר רובא דליתא קמן ביוחסין הוי הביאור בדבריו בהמשך פרק ט"ו דהלכות איסו"ב (הלכ"ט), בנוגע לטעם דאין שתוקי ואסופי אסורין מדאורייתא מפני חשש ערוה וז"ל ומנין אני אומר שאין השתוקי והאסופי אסור בכל אשה שאפשר שתהיה ערוה עליו שהרי הכשר שנבדקה אמו אינו אסור בכל אשה שאפשר שתהיה ערוה עליו, והרי נאמר בתורה אל תחלל את בתך להזנותה, ואמרו חכמים שאם יעשה זה נמצא אב נושא בתו ואח נושא אחותו, ואילו היה הדין שכל מי

[1466] וכן איתא בשב שמעתתא (שמעתא ב פרק טו) דרובא דאיתא קמן עדיין נחשב כספק אלא דהתורה כל דפריש מגזה"כ לעומת רובא דליתא קמן דחל מסברא כמברר ואינו נחשב כספק כלל.

שאינו יודע אביו בודאי אסור בכל אשה שאפשר שתהיה ערוה עליו, לא היינו באים למדה הזאת לעולם ולא תהיה הארץ מלאה זמה, הא למדת שאין אוסרין עריות ומחזיקין אותן בשאר בשר בספק עד שיודע בודאי שזו ערוה עליו, שאם אתה אומר כן כל היתומים שבעולם שלא הכירו אבותיהם היו אסורין להנשא בכל מקום שמא יפגעו בערוה עכ"ל. הרי הרמב"ם הוכיח דאין אוסרין שתוקי מפני ספק ערוה אבל לא ביאר את טעם הדבר. ולכאורה קשה, דלפי שיטת הרמב"ם אין הולכין ביוחסין בתר הרוב כנ"ל, וא"כ מדוע כאן לא חוששין לספק ערוה. ונראה לבאר דמכיון דבהלכה כ"ט הספק כולל כל העולם כולו יש רובא דליתא קמן דהאשה אינה ערוה עליו ולכן אין סבה לאסור שתוקי מטעם זה. אמנם כשיש אסופי שנמצא בעיר מסוים ורוצים לדעת האם הוא ישראל או עכו"ם, זה הוי רובא דאיתא קמן ולכן לא הולכין ביוחסין בתר הרוב.

ועוד נראה לבאר דהיה להרמב"ם חילוק אחר בדיני רוב. דהיינו דהרמב"ן בחולין (מלחמות ה' דף ג:-ד. בדפי הרי"ף) חילק בין היכא דהמיעוט אינו מצוי דאז הולכין בתר הרוב לגמרי ולא צריך לחשוש ולבדוק דאולי המקרה הזה מן המיעוט, לבין היכא דיש מיעוט המצוי דאזי אע"פ דסומכין על הרוב צריך לבדוק.[1467] ויתכן דבהלכה כ"ה כשהרמב"ם פסק דלא קובעין שהאסופי ישראל או גוי על פי רוב, איירי ברוב שאינו גמור ומיעוט המצוי ולכן הרוב אינו מברר לגמרי. אמנם בהלכה כ"ט דהספק הוא האם האסופי הוא האחות של אשה מסויימת, אזי אין כאן מיעוט המצוי ורוב גמור חל כבירור דמועיל גם לקבוע יוחסין.

אמנם לכאורה לפי"ז צ"ע בפסק הרמב"ם בהלכה כ"ז דנקט דמדינה דיש בה שפחה אחת הקידושין של אסופי באותה מדינה חל רק מספק ואין הורגין את אשתו. דהרי שם איירי ברוב גמור ומיעוט שאינו מצוי (שפחה אחת) ועדיין הרמב"ם נקט דלא הולכין בתר הרוב. ויתכן דזהו בדיוק הוי השגת הראב"ד דהקשה מזה דהורגין על פי עדות דמוכשר ברובא דליתא קמן. כלומר, דהראב"ד הקשה דאם הולכין בנפשות בתר רובא דליתא קמן אזי זה אומר דברוב דחל כמברר אין מקום לחשוש למיעוט, וא"כ גם בדין האסופי הזה, אע"פ דאיירי ברובא דאיתא קמן הרי אין מיעוט מצוי והרוב חל כמברר וראוי לומר דהאסופי הוי ישראל בודאי וקידושין הוי קידושי ודאי.

גמ'. ומה טעם אמרו שתוקי פסול גזירה שמא ישא אחותו מאביו.

בתחילה הגמ' ביארה את החומרא דרבנן דשתוקי מפני חשש ערוה אבל לפי מסקנת הגמ' האיסור דרבנן מפאת מעלה ביוחסין. ונראה לבאר דלפי הטעם דשמא ישא אחותו

[1467] ובגדר הדין דבדיקה עיין בשיעורי הרב – שחיטה, מליחה, בב"ח, תערובת (סימן ב).

מאביו אין בשתוקי חלות פסול אפי' מדרבנן, אלא דהוא נחשב כישראל כשר עם איסור ביאה מפני חשש דהוא ישא ערוה. אמנם לפי הטעם דמעלה עשו ביוחסין אזי י"ל דחז"ל גזרו דהשתוקי עצמו נחשב כפסול מדרבנן.

ולפי"ז יש לבאר למה הגמ' בתחילה רצתה לבאר את האיסור דשתוקי ע"פ חשש ערוה ולא משום מעלה עשו ביוחסין. דהרי כדי להחמיר מהטעם דשמא ישא אחותו מאביו חז"ל רק נצרכו להחמיר נגד רוב אחד, דהיינו דרוב כשרים אצלה. אבל כדי להחמיר במעלה עשו ביוחסין ולהחיל חלות פסול דרבנן בשתוקי עצמו, אזי צריכים להחמיר נגד ב' טעמים דיש להתיר שתוקי לשוק: א) דרוב כשרים אצלה,[1468] ב) גם בלי זה דרוב כשרים אצלה דין שתוקי כספק ממזר דעדיין כשר לבוא בקהל. ורק כשמחמירים נגד ב' הטעמים האלו שייך לפסול את השתוקי מדרבנן. ולכן הגמ' העדיפה שטעם החומרא מדרבנן יהא משום שמא ישא אחותו מאביו ורק בהכרח הסיקה דמעלה עשו ביוחסין.

גמ'. אמר רבא בר רב הונא מצאו מהול אין בו משום אסופי, משלטי הדמיה אין בו משום אסופי.

נראה דהיסוד דכל הסוגיא הוא דאם יש דבר שגורם לרובא דליתא קמן דהולד כשר אזי מקילינן ומכשירים את הולד. וכל זה ברובא דליתא קמן. אבל חז"ל החמירו דאסופי אסור לבוא בקהל אפי' היכא דיש רובא דאיתא קמן דהולד כשר.

דף עב:

רש"י ד"ה חמשה קהלי.

בסוף דבריו כתב רש"י, וז"ל וקהל דגבי פצוע דכא לא חשיב דלאו מן פסולי יוחסין קא משתעי עכ"ל. וצ"ב בגדר האיסור דפצוע דכא לפי רש"י. ונראה לבאר ע"פ הגמ' ביבמות (עו.) דנסתפקה האם פצוע דכא כהן מותר באיסורי כהונה והאם פצוע דכא ישראל מותר בקהל פסולים. ובביאור הספק יתכן דהגמ' מסתפקת האם פצוע דכא הוי איסור ביאה בקהל בעלמא דאינו מפקיע את קדושת הישראל שלו או"ד דמהווה חלות פסול בדומה לממזרות שפוגמת את הקדושה שלו ומתירו בנשים האסורות לבוא בקהל ישראל.

ויש לעיין בפסקי הרמב"ם (פרק טז מהלכות איסו"ב הל"א-הל"ב) דלכאורה יש סתירה בדבריו וז"ל פצוע דכא וכרות שפכה שנשאו בת ישראל ובעלו לוקין שנאמר לא יבוא פצוע דכא

[1468] לכאורה רבינו זצ"ל אזיל לפי פירוש הרמב"ן דגם למסקנא הטעם דרוב כשרים אצלה שייך. דפירש הרמב"ן וז"ל הא דאמר רבא דבר תורה שתוקי כשר מאי טעמא דרוב כשרים אצלה משום דרובא דעלמא כשרים - ודאמרינן מאי אמרת דלמא אזלא איהי לגבייהו הוה ליה קבוע והתורה אמרה לא יבוא ממזר, לרווחא דמלתא קאמר, כלומר אפי' תחוש לזה יותר מן הדין ותאמר בודאי באה אצלם, כשר מגזירת הכתוב, אבל בדין הוא דמשום רובא כשר, שכיון שאם הלך הוא אצלה יש בה רוב, ואם היא באה אצלם, מחצה על מחצה, הרי יש בה רוב להכשיר עכ"ל.

וכרות שפכה בקהל ה' ומותרין לישא גיורת ומשוחררת ואפי' כהן שהוא פצוע דכא מותר לישא גיורת ומשוחררת לפי שאינו בקדושתו ואפילו נתינה או אחד מן הספיקות מותרת לו. הואיל ופצוע דכא אסור לבוא בקהל לא גזרו בו על הנתינים ולא על הספיקות אבל פצוע דכא וכרות שפכה אסור בממזרת ודאית שהרי אסורה מן התורה עכ"ל. מצד אחד הרמב"ם פסק דפצוע דכא כהן מותר בגיורת אע"פ דהיא אסורה מדאורייתא לכהן דעלמא ומשמע מזה דפצוע דכא מהווה חלות פסול דפוגם קדושתו ככהן. ומצד שני הרמב"ם פסק דפצוע דכא ישראל אסור בממזרת, כלומר דהוא עומד בקדושתו כישראל ואסור לבוא בקהל פסולים. וככה השיג הראב"ד וז"ל ועוד פצוע דכא כהן שמותר בגיורת דרב ששת הכי פשט להו והלא גיורת לכהן אסורה מדאורייתא היא ושריא ליה דלאו בקדושתיה קאי וה"ה לישראל פסול בממזרת עכ"ל.

ובביאור שיטת הרמב"ם נראה דס"ל דאין בפצוע דכא חלות שם פסול גברא אלא דמהווה איסור בעלמא לבוא בקהל ולכן אינו מותר בקהל דפסולי יוחסין. דהיינו, רק אדם עם חלות שם פסול בגברא כמו ממזר מותר לבוא בקהל דפסולי יוחסין, משא"כ פצוע דכא דאינו מפסולי היוחסין, אלא דאיסורא דעלמא חל עליו.[1469] והא ראייה מפצוע דכא שנתרפא (עיין חולין מח.) שמותר לבוא בקהל. ובשלמא אם פצוע דכא הוי איסור בעלמא בלי חלות שם פסול בגברא, מובן למה כשנתרפא האיסור נסתלק. אמנם אם חל בפצוע דכא חלות שם פסול בגברא, אזי לא מסתבר דכשנתרפא דהאיסור פקע דהרי לכאורה חלות שם פסול בגברא נשאר על האדם לעולם. והראייה שפסולי קהל פוסלים דורותיהם ואע"פ דלדורותם חסרה סיבת הפסול. ובכן פצוע אינו פסול גברא ורק הוי איסור ביאה בעלמא. ומפני זה פצוע דכא אסור בממזרת. ומאידך פצוע דכא כהן מותר בגיורת, דהרי י"ל דאיסורי כהונה תלויים בהיתר בפועל לבוא בקהל. כלומר דרק כהן דמותר לו לבוא בקהל בפועל נחשב בקדושתיה בנוגע לאיסורי כהונה. אך פצוע דכא מאחר שאסור לו לבוא בקהל חסרה לו קדושת כהונה שלימה. ולכן בפצוע דכא מכיון דלמעשה אסור לו לבוא בקהל, אין לו איסורי כהונה ופצוע דכא כהן איפוא מותר בגיורת.[1470]

[1469] ועיין מש"כ בהערה בשיעורים לעיל (סט. גמ'. ורבנן כל ולד במעי שפחה כנענית).

[1470] ועיין בכל זה ביתר אריכות ברשימות ליבמות (לז. בענין ספק ממזר, אות ב'). ועיי"ש ברשימות שיעורים ליבמות דרבינו זצ"ל הבחין בין איסור גיורת דמותר לפצוע דכא כהן לבין שאר איסורי כהונה שאסורים לו לכמה אחרונים. ולפי"ז פשיטא דלפצוע דכא יש קדושת כהונה לשאר דברים כגון אכילת תרומה ומתנות כהונה, ועיין בזה במשנה יבמות (ע.).

וע"פ זה יש לבאר גם דברי הרש"י בסוגיין. די"ל דכוונת רש"י דאין פצוע דכא נפסל בפסול גברא אלא באיסור ביאה בלבד, ומשו"ה לא נמנה בחמשה קהלי, דמיירי בקהלי פסולים ולא באיסורים בעלמא.

דף עג:

גמ'. אהא דאמר רב יהודה אמר רבי אבא אמר רבי יהודה בר זבדי אמר רב כל זמן שבשוק אביו ואמו נאמנים עליו וכו' ובשני רעבון, אע"פ שנאסף מן השוק אביו ואמו נאמנים עליו.

יש לעיין מדוע בשנה רגילה האב והאם נאמנים כל זמן שהוא בשוק אבל אין נאמנים אחרי שיצא עליו שם אסופי. ויש לבאר בב' אופנים: א) יתכן דכל הנאמנות דהאב והאם הוי רק לפני שהוא נאסף מן השוק אבל אין להם נאמנות כלל לאחר שנאסף, ב) בעצם יש לאב ואם נאמנות לגבי הולד בכל מצב אפי' כשהוא נאסף מן השוק, אבל יש כח בנאמנות שלהם רק כדי למנוע ממנו שם אסופי. אמנם לאחר שהולד נאסף וחל בו שם אסופי ונוצר בו חזקה דמעיקרא, אין הנאמנות שלהם יכולה להוציא מן החזקה דמעיקרא.

ונראה דבזה ניתן לבאר את המחלוקת דרש"י והרמב"ם בהבנת הקולא דשני רעבון. דרש"י (ד"ה בשני רעבון) כתב וז"ל שהרבה נשלכין לא רצו חכמים לפוסלם מחמת יציאת קול עכ"ל. כלומר, דכל הדין דאסופי הוי חומרא מדרבנן וחז"ל לא רצו להחמיר בשני רעבון דהרבה תינוקים נשלכים לרחוב. אמנם עיין ברמב"ם (פרק טו מהלכות איסו"ב הל"ל) וז"ל הולד שהיה מושלך בדרך ובא אחד ואמר בני הוא ואני השלכתיו נאמן וכן אמו נאמנת, נאסף מן השוק ובאו אביו ואמר אחר כן ואמרו בננו הוא אין נאמנין, הואיל ויצא עליו שם אסופי, ובשני רעבון נאמנין שמפני רעב השליכוהו והן רוצין שיזונו אותם אחרים ולפיכך שתקו עד שנאסף עכ"ל. ומשמע מדבריו דבשני רעבון נאמנים האב או האם להעיד דהם השליכו אותו לרחוב כדי שיזונו אותו ונאמנים מכיון דיש אומנדא דזה מה שקרה.

ונראה דהרמב"ם נקט כצד הראשון לעיל דבעצם אין לאב ואם נאמנות כלל אחרי שכבר יצא עליו שם אסופי. ולכן הרמב"ם הבין דבשני רעבון הם נאמנים לאחר שנאסף מן השוק מפני דבאופן כזה יש אומדנא להאמינם כאילו העידו לפני שנאסף מן השוק. מאידך רש"י יכול ללמוד כצד השני, דהיינו דבעצם האב והאם נאמנים אפי' לאחר שנאסף מן השוק אלא דבעלמא חז"ל החמירו לומר דהנאמנות שלהם אינה מהניא נגד החזקה דשם

אסופי. אמנם בשני רעבון חז"ל הקילו לומר דהאב והאם שפיר נאמנים אפי' כנגד החזקה של חלות שם דאסופי דכבר חלה.

גמ'. אמר רב חסדא שלשה נאמנים לאלתר, אלו הן אסופי, חיה, ופוטרת חברותיה.

יש לעיין ביסוד הנאמנות דאב, אם וחיה בנוגע לדין הולד. דהרי לכאורה דין הולד הוי דבר שבערוה דצריך ב' עדים כמו דאיתא לעיל (סו:) דצריך ב' עדים לקבוע דאדם הוי בן גרושה או בן חלוצה, וז"ל התחיל רבי עקיבא לדון מקוה פסולו ביחיד ובעל מום פסולו ביחיד, ואל יוכיח בן גרושה ובן חלוצה שפסולו בשנים עכ"ל. וכמו"כ איתא בתחילת הסוגיא שם (סו.) בנוגע לזנות, וז"ל איבעיא להו אשתו זינתה בעד אחד ושותק מהו, אמר אביי נאמן, רבא אמר אינו נאמן הוי דבר שבערוה, ואין דבר שבערוה פחות משנים עכ"ל. ובהמשך של הגמ' שם מבואר דגם דין הולד תלוי במחלוקת אביי ורבא. ומכיון דפסקינן כרבא רואים דדין הולד ביוחסין הוי דבר שבערוה דצריך ב' עדים. וא"כ קשה סוגיא דידן דהיאך האב, האם או החיה נאמנים, אם כל אחד רק הוי עד א'.

ובפשטות י"ל דנאמנות האב, האם או החיה מבוססים על דינים מיוחדים. דבנוגע לאב ואם י"ל דנאמנותם ביוחסין דהולד שלהם נלמד מגזה"כ דיכיר דמובא לקמן בסוגיא (עד.).[1471] ובנוגע לחיה יש אומדנא דמידק דייק ובגלל זה יש לה יותר נאמנות מעד א' דעלמא. וכן מבואר מדברי הרמב"ם (פרק טו מהלכות איסו"ב הל' ל"ב) וז"ל נאמנת חיה לומר זה הבן כהן הוא או לוי או נתין או ממזר מפני שלא הוחזק ואין אנו יודעין יחוסן, בד"א בשהוחזקה בנאמנות ולא ערער עליה אדם, אבל אם ערער עליה אפילו אחד ואמר בשקר מעידה אינה נאמנת והרי הבן בחזקת כשר ואין לו ייחוס עכ"ל. הרי הרמב"ם דייק וכתב דהחיה נאמנת רק היכא דהוחזקה בנאמנות ומשמע דיש לה יותר נאמנות מאדם בעלמא.[1472]

אמנם לכאורה יתכן לבאר את הסוגיא דידן באופן אחר. דהרי הוכחנו מהסוגיא לעיל (סו.-סו:) דקביעת יוחסין הוי דבר שבערוה וצריך ב' עדים. ויש להעיר דבסוגיא לעיל העדים באים לפסול את הולד בפסול יוחסין ומבואר בגמ' דבעי ב' עדים. אבל יתכן דרק לפסול בעי ב' עדים אבל לקבוע דהתינוק הוא בן של אב ואם כשרים או שהוא כהן

[1471] יש להעיר דנחלקו הראשונים בנוגע לדין יכיר האם שייך לאם. דהרי הרשב"א (ד"ה ת"ר) נקט דהאם נאמנת מדין תקנת חכמים. אמנם עיין בתוס' הרא"ש (עד. ד"ה חיה לאלתר ואמו כל שבעה) דגם האם וגם החיה נאמנים מדין יכיר וז"ל כולהו ילפינן להו מדחזינן שהאמינה תורה לאב להעיד על בנו ובכור אע"פ שהוא קרוב לפי שרגיל האב להכיר בבניו יותר מאחר ילפינן נמי מיניה להאמין חיה לאלתר ואמו כל שבעה לפי שאין רגיל לידע אחר שהוא לשם עכ"ל.

[1472] ואולי דנאמנת משום דאומן לא מרע אומנתיה.

זה אינו נחשב כדבר שבערוה וצריך רק עד א' בלבד.[1473] וא"כ בסוגיא דידן יתכן דחיה נאמנת בעלמא מדין עד א' נאמן באיסורין ורק כשהיא בא לפסול ולומר דבן זה נתין וממזר אזי היא צריכה דין מיוחד דנאמנות כדי להיות נאמן.[1474]

אמנם אע"פ דמסברא יתכן לומר דחיה נאמנת מדין עד אחד, פירוש זה קשה. דהרי בהמשך הסוגיא (עד.) רב נחמן חידש דחיה ג"כ נאמנת לומר דולד זה הוא הבכור. ובקביעת הבכור יש נ"מ לדיני ממונות ופשיטא דאינו דין איסור בעלמא ולכאורה מוכח מזה דחיה נאמנת יותר מעד א' דעלמא. וכמו"כ משמעות לשון הרמב"ם הוא דכל נאמנות החיה נובעת מזה דהוחזקה בנאמנותה, ומשמע דהיא צריכה יותר נאמנות מעד א' דעלמא.

ונראה לבאר את שיטת הרמב"ם דצריך נאמנות מיוחדת לכל דיני יוחסין ולא סגי בעד א' נאמן באיסורין ע"פ מה שהבאנו לעיל בדעת הרמב"ם (דף עג. ד"ה רוב כשרים אצלה) דאין הולכין ביוחסין בתר הרוב מפני דדיני יוחסין הוו דבר שבערוה דצריך ב' עדים. ויוצא דלפי הרמב"ם כל דיני יוחסין, בין לקבוע דאדם הוא מישראל, בין לקבוע דהוא ממזר ובין לקבוע דהוא כהן, הוו דבר שבערוה וצריך ב' עדים.[1475]

גמ'. תנו רבנן נאמנת חיה לומר זה כהן וזה לוי, זה נתין וזה ממזר.

נחלקו רש"י והרמב"ם בהיכי תמצי דהגמ'. דרש"י (ד"ה זה כהן וזה לוי) פירש וז"ל נשים שילדו בבית אחת אשת כהן ולוי נתין וממזר עכ"ל. דהיינו, דהברייתא איירי רק היכא דנשים רבות ילדו בבית אחד והחיה נאמנת לומר דהולד הזה נולד מהאשה הזאת. אבל אם יש תינוק אחד ולא ידעינן את הייחוס שלו, אזי אין החיה נאמנת לייחס אותו. ונראה לבאר דרש"י הבין דאין החיה נאמנת לקבוע ייחוס הולד באופן ישיר, דא"כ היא היתה יכולה לפסול את הולד אפי' אם לא הוחזק דיש תינוק כזה בבית. אלא דגדר נאמנות החיה הוא דהיא נאמנת בנוגע למציאות הלידה דמה אירע בפועל, כלומר דהיכא דיש

[1473] והשווה לדברי הפני יהושע (ד"ה ת"ר) דבאמת נקט דעד א' נאמן באיסורין מהני לקבוע ייחוס הולד – בין להכשיר ובין לפסול – היכא דאין לולד חזקה מעיקרא. וזה דרק חיה נאמנת ולא סתם עד א' בעלמא הוא מפני מעלה עשו ביוחסין ורק האמינו את החיה דדייקא טפי.

[1474] עיין בשו"ת רעק"א (קמא סימן קכד – בסוף) דהוכיח מדברי הר"ן בסוגייתנו דאפי' להכשיר נחשב כדבר שבערוה דצריך ב' עדים וז"ל אולם העומדים לנגדי דברי הר"ן והה"מ דנתנו טעם דהאם נאמנת לומר לכשר נבעלתי להתיר בנה לקהל משום דד"ת ספק ממזר מותר בקהל, משמע אלו היה דאורייתא לא היתה נאמנת הרי דעד אחד אינו נאמן בהיתר דממזר אף במקום שלא אתחזק איסורא עכ"ל.

[1475] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לשבועות (לג: ד"ה שאני כהן) דהגר"ח זצ"ל הבין מהרמב"ם (פרק כ מהלכות איסו"ב הל"ב) דצריך ב' עדים להעיד דפלוני כהן כדי שיהיה כהן מיוחס משום דלהחזיק גברא ככהן הוי דבר שבערוה. והשווה לדברי האבני נזר (חו"מ סימן מ) דהביא מדברי הריטב"א וז"ל שלא אמרינן ע"א נאמן באיסורין אלא במעיד על גוף האיסור ולא במעיד על האדם עכ"ל. ונראה מדבריו דכל פעם דהנידון הוא גברא, אזי צריך ב' עדים ולא סגי בעד אחד נאמן באיסורין.

ספק איזה תינוק נולד מאיזה אשה אזי החיה נאמנת לומר דתינוק זה נולד מאשה זאת. וממילא, מכיון דהיא נאמנת בנוגע למציאות הלידה, ממילא דיני יוחסין של האם חלין על הולד. וזה מסתבר דהרי קשה להבין שורש הנאמנות דחיה דהרי מדוע היא נאמנת בענייני יוחסין. ולפי הנ"ל יוצא דבאמת אין לה נאמנות לקבוע יוחסין באופן ישיר, אלא דהיא נאמנת לגבי מה קרה בפועל תחת היד והפיקוח שלה בשעת הלידה וזה קובע היוחסין.[1476]

אמנם עיין ברמב"ם (פרק טו מהלכות איסו"ב הל' ל"ב) דלכאורה הבין את הגמ' באופן אחר, וז"ל נאמנת חיה לומר זה הבן כהן הוא או לוי או נתין או ממזר מפני שלא הוחזק ואין אנו יודעין יחוסן עכ"ל. ומשמע מדבריו דלא איירי רק היכא דהרבה נשים ילדו בבית אחד והחיה מספרת מי האם של כל ולד, אלא דיש אשה אחת בבית דילדה וברור מי היא אם הולד, והחיה נאמנת לקבוע הייחוס של הולד, דהיינו שתעיד על יחוס הוולד בעלמא. ולכאורה זה תמוה דהרי מדוע יש לה נאמנות כזאת. ואולי צריך לדחוק בלשון הרמב"ם דאע"פ דיש רק אשה אחת בבית דילדה ולד אחד, מ"מ הרמב"ם איירי היכא דיש ספק מי היא באמת האם של הולד והחיה נאמנת לספר דהאשה הזאת היא אם הולד, דהיינו נמי להעיד על המציאות דהלידה. אבל זה לא משמע מדברי הרמב"ם. אלא נראה כמו שביארנו למעלה (דף עג: גמ'. אמר רב חסדא שלשה נאמנים לאלתר) דלפי הרמב"ם החיה נאמנת בגלל "שהוחזקה בנאמנות" והיא נאמנת ביוחסין יותר מאדם דעלמא משום דמידק דייקא יותר מעד א' דעלמא, ולכן אפי' נאמנת היא להעיד על יחוס של הוולד שאיננו תלוי במציאות של הלידה.

גמ'. אבל קרא עליה ערער אינה נאמנת, ערער דמאי וכו' אלא ערער תרי, ואיבעית אימא וכו' אבל היכא דליכא חזקה דכשרות חד נמי מהימן.

נחלקו ב' התירוצים בגמ' האם חיה נאמנת נגד ערעור דחד אפי' היכא דליכא חזקת כשרות לולד. דלפי התירוץ הראשון רק ב' עדים נאמנים נגד החיה, ולפי התירוץ השני אפי' עד א' נאמן נגד החיה. ונראה לבאר את התירוץ הראשון דיש לחיה דין נאמנות מיוחדת ולכן היא נאמנת יותר מעד א' דעלמא דרוצה לערער על הולד. אבל לכאורה קצת צ"ע בתירוץ השני דהרי למה חיה אינה נאמנת נגד עד א' אם לכאורה כו"ע מודו דיש דין נאמנות מיוחדת וראוי להאמין לה יותר מעד א' דעלמא. וצ"ל דאע"פ דהיא נאמנת

[1476] והשווה לדברי הר"ן (ל: בדפי הרי"ף) דנאמנות דהחיה הוי מתקנת חכמים בעלמא מפני "דעל פי הרוב אי אפשר בענין אחר." וא"כ פשיטא דנתנו לה רק את הנאמנות הנצרכת ולא שהיא ראוי להיות נאמן ע"פ דין בענייני יוחסין.

יותר מעד א' דעלמא, מ"מ יש כח לעד המכחישה לערער על הנאמנות שלה.[1477]
רש"י ד"ה שלא קרא עליה ערער.
א
מחלוקת רש"י והרמב"ם בגדר הערעור
רש"י ביאר דהערעור הוא דהולד הזה הוי ממזר. ולכאורה צ"ב דהרי הברייתא מיירי בנאמנות החיה בנוגע לייחוס דכהן, לוי, נתין וממזר ולמה רש"י בחר דהערעור הוי דוקא דהולד ממזר. ונראה לבאר דבהמשך הסוגיא הגמ' אומרת דאין לולד חזקת כשרות. ורש"י דייק מזה דהגמ' איירי דוקא היכא דהערעור בא לפסול את הולד כמו שהעד א' טוען דהוא ממזר. כלומר, דב' הדעות בגמ' האם החיה נאמנת נגד עד א' או לא, הוא דוקא היכא דהחיה טוענת דהולד כשר והעד א' מכחיש אותה וטוען דהולד פסול. אבל הגמ' לא איירי כלל היכא דשניהם טוענים דהולד כשר אלא דהחיה טוענת דהוא כהן והעד א' מכחיש אותה וטוען דהוא לוי.
ונראה לבאר דבאופן זה פשיטא לגמ' דהערעור מהני והחיה אינה נאמנת לקבוע דהוא כהן. ויוצא דלפי התירוץ הראשון בגמ' אע"פ דחיה נאמנת נגד עד א' היכא דהעד בא לפסול את הולד, מ"מ היא אינה נאמנת לקבוע דהוא כהן אם יש עד א' דמכחיש אותה. והסברא בזה הוא כנ"ל בשיעורים (עג: ד"ה אמר רב חסדא) דאולי צריך יותר נאמנות לפסול גברא מלהכשיר גברא. דהרי מהגמ' לעיל מוכח דכדי לקבוע דכהן הוי בן גרושה צריך ב' עדים וצדדנו לעיל דיתכן דכדי להכשיר צריך רק עד א'. ואולי כמו"כ הכא בערעור דחד. דאם העד א' בא לפסול את הולד אזי הוא אינו נאמן נגד החיה דבא להכשיר דהרי עד א' לפסול אינו נחשב לעדות ביוחסין וכן לא לערער על החיה. ואילו אם שניהם באים להכשיר אלא דהחיה טוענת דהולד כהן והעד טוען דהולד לוי, אזי העד נאמן להכחישה ולמנוע את קביעת הולד ככהן.
ונראה דהרמב"ם חלוק עם רש"י בכמה נקודות ונבאר את שיטתו. דביארנו לעיל בדעת הרמב"ם דאף לקבוע דהולד כהן או לוי ג"כ הוי דבר שבערוה וצריך ב' עדים, אלא דיש לחיה כח נאמנות מיוחדת והיא נאמנת כב' עדים. ובנוגע לערעור הרמב"ם גם לא חילק בין ערעור לפסול ובין ערעור לקבוע דהתינוק כהן אלא דפסק (פרק טו מהלכות איסו"ב הל' ל"ב) כלישנא בתרא דערעור דעד אחד מהני נגד החיה, וז"ל נאמנת חיה לומר זה הבן כהן

[1477] והשווה לדברי הר"ן (ל: בדפי הרי"ף) וז"ל ואע"ג דהימנוה רבנן ואמרי' (יבמות דף פח:) דכל מקום שהאמינה תורה עד אחד הרי כאן שנים היינו כשהדבר בענין שראוי להאמין בו עד אחד במילתא דעבידא לאנלויי אבל הכא אין החיה נאמנת אלא מפני שעל הרוב אי אפשר בלאו הכי הלכך כל שבא עד אחד ומכחישה אפילו לאחר שהעידה אינה נאמנת עכ"ל.

הוא או לוי או נתין או ממזר מפני שלא הוחזק ואין אנו יודעין יחוסן, בד"א בשהוחזקה בנאמנות ולא ערער עליה אדם, אבל אם ערער עליה אפילו אחד ואמר בשקר מעידה אינה נאמנת והרי הבן בחזקת כשר ואין לו ייחוס עכ"ל. ולכאורה פסקי הרמב"ם צ"ב. דהרי אם יש לחיה נאמנות כתרי עדים למה ערעור דחד מהני כנגדה, הרי אין מקום לערעור דחד במקום שתים. ואילו היה הרמב"ם פוסק כלישנא קמא דצריך ערעור דתרי היה מובן דאז יש הכחשה בין החיה דדינה כב' עדים לבין ב' עדים ממש. אבל צ"ע למה ערעור דחד מהני נגד החיה דנאמנת כתרי.

ונראה לבאר ע"פ דיוק אחר ברמב"ם, דהיינו דהוא חולק על רש"י בנוגע לתוכן הערעור. דלפי רש"י העד מכחיש את החיה ומעיד דהולד הוי ממזר. אמנם מדברי הרמב"ם (פרק טו מהלכות איסו"ב הל' ל"ב) וז"ל נאמנת חיה לומר זה הבן כהן הוא או לוי או נתין או ממזר מפני שלא הוחזק ואין אנו יודעין יחוסן, בד"א בשהוחזקה בנאמנות ולא ערער עליה אדם, אבל אם ערער עליה אפילו אחד ואמר בשקר מעידה אינה נאמנת והרי הבן בחזקת כשר ואין לו ייחוס עכ"ל, נראה דאין העד מכחיש אותה בנוגע לולד זה אלא דמערער נגד החיה בתורת גברא דהיא שקרנית באופן כללי.[1478] ונמצא דהעד א' מערער על הנאמנות המיוחדת דהתורה נתנת לחיה שמעיד העד שלא שייך לחיה הזו נאמנות מכיון שהיא שקרנית, ומשו"ה היא חוזרת להיות כעד א' בעלמא ואינה נאמנת בדיני יוחסין.

ויש להעיר דהמגיד משנה הבין בדעת הרמב"ם כמו רש"י דהערעור הוי בנוגע לייחוס דהולד הזה. ולפי דבריו צ"ב כנ"ל, למה עד אחד המערער נאמן נגד החיה דנאמנת כתרי. אבל לכאורה לפי הפירוש שלנו ברמב"ם קשה מהתירוץ השני בגמ' דחילק בין היכא דיש לולד חזקת כשרות להיכא דאין לו חזקת כשרות. דבשלמא אם הערעור הוי נגד הולד אזי שפיר מובן למה חזקת הכשרות דהולד מהני כדי לדחות את הערעור דהעד. אבל אם הערעור הוי נגד החיה עצמה, למה הדין דערעור דעד א' תלוי בחזקת כשרות דהולד, הרי העד בא לערער נגד נאמנות החיה באופן כללי. ואולי מפני זה ביאר המגיד משנה את הרמב"ם שלא כפשוטו ונקט דגם לפי הרמב"ם הערעור הוי נגד כשרות דהולד.

ב

כשר ואין לו ייחוס

ובסוף דבריו הרמב"ם פסק דהיכא דיש ערעור אזי הולד בחזקת כשר ואין לו ייחוס. ולכאורה צ"ב דהרי בלי הנאמנות דהחיה הולד ראוי להיות ספק ממזר או ספק פסול אחר ולמה כתב הרמב"ם דהולד בחזקת כשר. ובמיוחד זה קשה לפי המגיד משנה דהעד

[1478] ועיין במאירי (עג: ד"ה נשים) דנקט דבגמ' כתוב "ערער עליו" אמנם הרמב"ם גרס "ערער עליה".

א' מערער על כשרות הולד וטוען דהולד פסול, דאזי יש לנו חד כנגד חד וראוי לומר דהולד הוי ספק כשר ספק פסול.[1479]

וי"ל דהרמב"ם מיירי בולד בעלמא דנולד מאשה בעלמא, דמלכתחילה יש לו חזקת כשרות בעלמא בלי שנדע את ייחוס הולד בפרט. וכבר קבענו לעיל (עג: ד"ה אמר רב חסדא) דלפי הרמב"ם בדרך כלל קביעת יוחסין הוי דבר שבערוה דצריך ב' עדים אלא דבלי הערעור יש דין נאמנות מיוחדת לחיה. וא"כ י"ל דהכחשת חד נגד חד אינו גורם חלות שם ספק כלל כדי דהולד יהיה ספק פסול, אלא דהערעור מהני רק לגרוע את הכח הנאמנות המיוחדת של החיה ונשאר כחד כנגד חד שאינו ספק כלל בדיני יוחסין. ונמצא שאין לאחד מהן נאמנות – דהרי הערעור מגרע את הנאמנות דהחיה, והעד א' בעצמו אינו נאמן לבדו בהלכות יוחסין מדהוי דבר שבערוה דצריך ב' עדים. ולכן הולד נשאר כשר, אבל בלי דין יחוס מסוים וכמצבו מלכתחילה לפני נאמנות דהחיה. משא"כ אילו היה מצב של תרי ותרי, דב' עדים היו מעידים דהולד כשר וב' עדים היו מעידים דהולד פסול, דאזי נוצר חלות שם ספק ביוחסין והולד באמת הוי ספק ממזר. אך חד כנגד חד אינו ספק כלל ליוחסין.

דף עד.

גמ'. אמר רב נחמן שלשה נאמנין על הבכור, אלו הן חיה אביו ואמו, חיה לאלתר, אמו כל שבעה.

לכאורה צ"ב למה אמו נאמנת לז' ימים בלבד ותו לא. ונראה לבאר ע"פ מחלוקת הראשונים בנוגע לשורש נאמנותה. דכתב רש"י (ד"ה כל שבעה) וז"ל שעדיין אין אביו מכיר בו שלא יצא מתחת ידי אמו ליכנס לברית מכאן ואילך מוטל על אביו להכירו כדכתיב יכיר עכ"ל. ומשמע מדבריו דהגזה"כ דיכיר חל לאב רק לאחר ז' ימים אבל לפני ברית המילה התורה מעניקה לאם נאמנות.[1480] ולפי"ז מובן למה האם נאמת רק לשבעה, דהרי הגזה"כ דיכיר מלמד דכל מי שאחראי על הילד נאמן עליו מדאורייתא, ובנוגע לבן זאת אומרת דאמו נאמנת לשבעת הימים הראשונים של חייו ואח"כ אביו נאמן. אמנם לפי מה שביארנו בדעת הרמב"ם דהחיה נאמנת משום שהוחזקה בכשרותה ויש אומדנא

[1479] וכן הקשה המאירי ולכן הסיק שלא כהרמב"ם וז"ל והדברים מתמיהים הן לענין פירוש הן לענין פסק שאם אין לו יחוס למה הוא כשר והרי יש כאן ספק ממזרות עכ"ל.

[1480] אמנם מהרמב"ם (פרק ד מהלכות נחלות הלי"ד) משמע דהאב נאמן גם תוך ז' וז"ל שלשה נאמנין על הבכור, חיה ואמו ואביו, חיה מיד שאם אמרה זה יצא ראשון נאמנת, אמו כל שבעת ימי הלידה נאמנת לומר זהו הבכור, אביו לעולם עכ"ל. ועיי"ש בלחם משנה דהעיר דנחלקו הרמב"ם ורש"י בדין נאמנות האב תוך ז' ימים דלידה.

דהיא נאמנת, אזי י"ל דכמו"כ האם נאמנת מאותו טעם. אבל לפי זה קצת צ"ב למה האם נאמנת דוקא לשבעה ימים ולא יותר.[1481]

גמ'. מכאן א"ר יהודה נאמן אדם לומר זה בני בכור וכשם שנאמן לומר זה בני בכור כך נאמן לומר זה בן גרושה וזה בן חלוצה, וחכמים אומרים אינו נאמן.

נחלקו החכמים ורבי יהודה האם האב נאמן לומר זה בני בן גרושה ולפסול את בנו. וכמו"כ נחלקו לקמן (עח:) האם האב נאמן לומר זה בני ממזר. ונחלקו הראשונים להלכה באיזה אופן נאמן האב לפסול. דעיין ברמב"ם (פרק טו מהלכות איסו"ב הלט"ז) דפסק כרבי יהודה דהאב נאמן לפסול את בניו באופן ישיר, וז"ל וכשם שנאמן לומר בני זה בכור כך נאמן לומר בני זה ממזר או בן גרושה או בן חלוצה, וכן אם היתה אשתו מעוברת נאמן לומר עובר זה אינו בני וממזר הוא ויהיה ממזר ודאי עכ"ל. אמנם הרא"ש (בבא בתרא פרק ח סימן כא) הביא דעת הבה"ג דאע"פ דרבי יהודה עצמו סבור דהאב נאמן לפסול את בנו, מ"מ אנו פסקינן כוותיה רק היכא דהפסול בא מחמת קביעת בכור, דהיינו דע"י דהאב קובע דבן קטן הוי הבכור אזי נתברר ממילא דהבנים הגדולים הוו ממזרים, וז"ל וגם מלשון ה"ג משמע דר' יהודה אית ליה דבכל ענין מהימן אלא דלא קי"ל כוותיה אלא על ידי הכרת בכורה עכ"ל.[1482]

ונראה לבאר דנחלקו בגדר הנאנמנות דיכיר. דלפי הרמב"ם יכיר הוי גזה"כ דהאב (או מי שהוחזק כהאב) נאמן בדיני יוחסין דבנו או במי שהוחזק כבנו. ולכן האב או מי שהוחזק כאב נאמן לפסול כמו דנאמן לקבוע דבן בין הבנים הוי בכור. מאידך לדעת הבה"ג בעצם יכיר הוי דין נאמנות בדיני ממונות, דהיינו דהאב נאמן בנוגע לפי שנים של הבכור. והנאמנות דהאב בדיני ממונות ממילא גורר עמו דיני היוחסין דבנים האחרים, ולכן כשהאב קובע דבן קטן הוי הבכור ממילא הבנים הגדולים הוו ממזרים. ויסוד הדין דהאב נאמן על בנו בעיקר חל בנוגע לפי שנים דבכור מפני דהאב הוי הבעלים על ממונו והוא נאמן בנוגע לדיני נחלה מדין בעלים, וממילא ע"י נאמנות זו נאמן נמי לגבי שאר דיני יחוס דבניו האחרים.

ונראה דיש עוד נ"מ בזה האם הדין דיכיר גם מועיל לעניני יבום. דהרי לפי כמה ראשונים (עיין בבית יוסף חו"מ ריש סימן רעט) הנאמנות דיכיר חל גם היכא דאדם בא לאחד מן השוק ואומר זה בני. ונראה דלפי מה שביארנו בדעת הרמב"ם דהגדר דיכיר הוא דיש לאב

[1481] ואולי י"ל דמכיון דהאם טמאה טומאת יולדת רק לשבעת ימים משו"ה נאמנת דוקא בתורת יולדת דהיינו תוך שבעה בלבד על יחוס בנה.

[1482] וכן הובא בתוס' הרא"ש אצלנו (ד"ה ור"ת והלכות גדולות).

נאמנות בדיני יוחסין, אזי כשהאב קובע "זה בני" הבן הזה פוטר את אמו מזיקה וגם יכול לייבם לשאר אחין.[1483]

וי"ל דאע"פ דהרמב"ם סבור דיכיר קאי באופן ישיר על דיני יוחסין ולא רק כפועל יוצא דפי שנים דבכור, מ"מ יש ב' דינים בנאמנות האב. דהרי בהלכות איסו"ב משמע דהרמב"ם פסק דהאב נאמן לפסול רק מי שהוא בנו או מוחזק כבנו. אמנם מלשונו בהלכות נחלות (פרק ב הלי"ד) נראה דבנוגע לקביעת בכור ובניו לנחלה האב נאמן לקבוע אפי' לאדם מן השוק כבנו בכור, וז"ל שלשה נאמנין על הבכור, חיה ואמו ואביו וכו' אביו לעולם אפילו אמר האב על מי שלא הוחזק בנו כלל הוא בני ובכורי הוא נאמן, וכן אם אמר על המוחזק לנו שהוא בכורו אינו בכור נאמן עכ"ל. ונראה לבאר דבהלכות נחלה האב נאמן מדין בעלים על ממונו ולכן הוא נאמן אפי' לקבוע דאדם מן השוק הוי בנו הבכור כדי לקבל פי שנים. אמנם בהלכות איסו"ב הרמב"ם אייר בנאמנות האב ליוחסין דהאב נאמן מגזה"כ מיוחדת דיכיר ולכן חל רק למי דהוי בנו או מוחזק כבנו.

גמ'. דתנן היתה מעוברת ואמרו לה מה טיבו של עובר זה אמרה להם מאיש פלוני וכהן הוא, רבן גמליאל ור' אליעזר אומרים נאמנת, ורבי יהושע אומר לא מפיה אנו חיין.

בסוגיא דכתובות יג.-יד.

כתובות יג.

גמ'. **א"ל רב פפא לאביי, לזעירי דאמר מאי מדברת נסתרה, וא"ר יהושע לא מהימנא, האמר רב מלקין על היחוד ואין אוסרין על היחוד, לימא דלא כר"י, אפי' תימא ר' יהושע מעלה עשו ביוחסין.**

נראה לבאר את השו"ט בדעת רבי יהושע דהכל קאי על חזקת הכשרות של האשה. דהרי הסברא דרבן גמליאל דהיא נאמנת הוי בגלל החזקת כשרות שלה כדמבואר בהמשך הסוגיא (יג:). אמנם בהו"א לפי זעירי בדעת רבי יהושע הגמ' הבינה דעצם זה דהיא נסתרה הויא ריעותא בחזקת כשרות שלה ומגרע את כח החזקה. ולכן הגמ' הקשה מהא דאין אוסרין על היחוד, כלומר דאם באמת סתירה עם איש מגרע את חזקת כשרות שלה, למה אשת איש דנסתרה אינה אסורה על בעלה דהרי יש לנו ספק איסור דאורייתא בלי חזקת כשרות. ואז הגמ' דוחה דבאמת גם זעירי בדעת רבי יהושע מודה דעצם הסתירה אינה מגרע את החזקה שלה, אלא דמעלה עשו ביוחסין.

דף יג:

[1483] אבל עיין בשו"ת רעק"א (קמא סימן קי) דהקשה דלפי השיטות האלו יכיר אמור להועיל לפטור את האשה מיבום, אבל מהגמ' בב"ב (קלד:) מבואר דהאומר זה בני פוטר את אשתו מיבום ממיגו דהיה בידו לפטרה בגט. ואולי י"ל שהגמ' אינה הולכת כפי שיטת רבי יהודה.

גמ'. דאמר רבי יהושע בן לוי לדברי המכשיר מכשיר אפילו ברוב פסולין, לדברי הפוסל פוסל אפילו ברוב כשרים.

יש להבין למה לפי רבן גמליאל היא כשרה אפי' היכא דרוב פסולין, ועוד צ"ב למה לפי רבי יהושע היא פסולה לכהונה אפי' היכא דרוב כשרים אצלה. ונראה לבאר דכו"ע לא פליגי דיש לה חזקת כשרות וגם דהיא מעידה על עצמה דהיא כשרה. ונחלקו התנאים בדינה.

ובביאור שיטת רבי יהושע דהיא פסולה אע"פ דרוב כשרים אצלה, ויש לה חזקת כשרות, והיא טוענת דלכשר נבעלתי, נראה לבאר ע"פ מה דייסדנו לעיל (עג. ד"ה רוב כשרים אצלה) דביוחסין לא סגי בדין הכרעה והנהגה אלא דצריך חלות בירור. וי"ל דלפי רבי יהושע, כל הדינים האלו חלין כמכריעין ולא כמבררים. דהרי כתבנו לעיל (עג: ד"ה אמר רב חסדא שלשה נאמנים לאלתר) דלפי הרמב"ם ע"א אינו נאמן ביוחסין מפני דחל כמכריע ולא כמברר. וגם י"ל דחזקה מעיקרא נמי חל כמכריע ולא כמברר. וגם נראה דרוב אחד מועיל בתורת מכריע ולא כמברר ולכן אינו מהני בעניני יוחסין.[1484] ורק כשיש תרי רובי היא כשרה (עיין לקמן בכתובות טו.) מכיון דב' רובי חלין בתורת חלות מברר ולא בתורת הכרעה בלבד.

ועוד נראה לבאר באופן אחר, דאפי' אם בדרך כלל עד א' נאמן ביוחסין, מ"מ לפי רבי יהושע היא פסולה כאן. דהרי י"ל דהדין דעד א' נאמן באיסורין חל רק היכא דעד א' מעיד על דבר אחר, כמו דבשר זה כשר, או על יוחסין דאחר. אבל היכא דאדם מעיד על עצמו, דהיינו על דין היוחסין שלו, אזי אין נאמנות לעד א' כלל. ואין להקשות דאשה נאמנת על עצמה דהיא נדה או טהורה לבעלה, דהרי אין זה דין נאמנות בנוגע לדין שלה כגברא כמו בדיני יוחסין, אלא דיש לה נאמנות בנוגע לדין איסור בעלמא האם היא מותרת לבעלה או לא.[1485] ולכן לפי רבי יהושע אפי' אם בדרך כלל עד א' נאמן ביוחסין, כאן היא לא נאמנת על עצמה. וממילא יש לה רק חזקת כשרות ורוב כשרים אצלה דלא מהני ביוחסין מפני דחלין כמכריע ולא כמברר כנ"ל.

וכל זה לשיטת רבי יהושע. אבל החכמים נקטו דאדם נאמן בתורת עד א' גם על עצמו ולכן העדות שלה לעצמה דהיא כשרה חלה בתורת עד א'. אבל עדות דעד א' מהוה רק חלות דין הכרעה ולא חלות דין בירור ולכן עדותה על עצמה בלבד לא מהניא. והחכמים ס"ל דגם חזקה מעיקרא בלבד הויא רק חלות דין הכרעה ולא חלות דין בירור ומשו"ה

[1484] אמנם עיין בשיעורים לעיל (עג. ד"ה רוב כשרים אצלה, אות ב) דיתכן דזה רק ברובא דאיתא קמן. אמנם רובא דליתא קמן חל כמברר ומהני ביוחסין.

[1485] עיין בשיעורי הרב לניטין (דף ב:).

חזקה דמעיקרא בלבד ג"כ לא מהני בעניני יוחסין. אלא דאם יש לה גם חזקה מעיקרא וגם הכח דעד א' דמעידה על עצמה, אזי שניהם מצטרפים ביחד להיות חלות מברר דמהני ביוחסין ולכן היא כשרה.

ועוד יש לבאר שיטת החכמים באופן אחר, דהיינו דאפי' החכמים מודים דאין עד א' נאמן לגבי עצמו ולכן אין לאשה הנאמנות דעד א'. אלא דעדיין יש לה חזקת כשרות. וי"ל דאע"פ דכשהיא אומרת לכשר נבעלתי אין לה הנאמנות דעד א', מ"מ יש באמירה שלה הכח לחזק את החזקת כשרות ולהפוך אותה מחלות דין הכרעה לבירור. וא"כ היא כשרה מפאת דיש לה חזקת כשרות דחלה כמברר.[1486]

דף יג:

גמ'. א"ר יוחנן לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה, לדברי הפוסל בה פוסל בבתה, ורבי אלעזר אומר לדברי המכשיר בה פוסל בבתה.

צ"ע במאי קמיפלגי. וי"ל דכו"ע מודו לב' דברים: א) דיש חזקת כשרות לאם ולא לבת, ב) בפועל דין האם ודין הבת תלויים באותו מעשה. אבל עדיין יש להסתפק ע"פ דין אם דין האם ודין הבת הוו ספק אחד או ב' ספיקות בפנ"ע. ונראה לבאר דהמ"ד דמכשיר בה מכשיר בבתה סבור דהאם והבת הוו חלות ספק אחד ע"פ דין, ולכן החזקה והנאמנות דהאם כוללות את הבת.[1487] אמנם המ"ד דמכשיר בה פוסל בבתה סבור דחלין כאן ב' ספיקות שונים ע"פ דין, והאם כשרה מכיון דיש לה חזקה מעיקרא ועדות דעד א', ואילו הבת פסולה משום דחסרה לה חזקת כשרות.

אמנם יש להעיר דלכאורה הרמב"ם לא ס"ל הכי. דהרי מצד אחד הרמב"ם פסק כמ"ד דמכשיר בה ומכשיר בבתה כדמבואר בדבריו (פרק טו מהלכות איסו"ב הלי"א) וז"ל פנויה שנתעברה מזנות אמרו לה מהו העובר הזה או הילוד הזה אם אמרה בן כשר הוא ולישראל נבעלתי הרי זו נאמנת והבן כשר, ואף ע"פ שרוב העיר שזנתה בה פסולים עכ"ל. אמנם בדין אלמנת עיסה משמע דהרמב"ם (פרק יט מהלכות איסו"ב הלכ"ג) סבור דרק באשה עצמה אמרינן דאם נישאת לא תצא, אבל בבתה אמרינן אם נישאת תצא,

[1486] אמנם עיין בתוס' (יג: ד"ה השבתנו) דנקטו דלפי ר"ג היא נאמנת אפי' כשרוב פסולין אצלה מפני דיש חזקה דאשה מזנה בודקת ומזנה. אבל רש"י (יג: ד"ה מכשיר אפי' ברוב פסולין) ביאר דהיא נאמנת ברוב פסולין מפני ד"אוקמה אחזקה" ואולי כוונתו לביאור רבינו זצ"ל דהחזקת כשרות שלה מצטרף לעדות שלה לגבור על הרוב נגדה.

[1487] ואולי זה כוונת השב שמעתתא (שמעתא ד פרק ד) וז"ל והרי התם הספק שנסתפקנו אם נבעלה לנתין ולממזר הוי הולד ממזר והאם נפסלה לכהונה, וא"כ הספק העצמית ממילא באם ובולד, ופסול הולד לאו מחמת פסול האם בא אלא כשנבעלה לפסול לנתין ולממזר הולד הולך אחר הפגום שבשניהם והוי ספק עצמית לבן ולאם, וחזינן דמהני חזקת האם לבת, ואמרינן כיון דהאם בחזקת כשרות שלא נבעלה לפסול עכ"ל. הרי דכתב דיש "ספק עצמית לבן ולאם".

וז"ל משפחה שנתערב בה ספק חלל כל אלמנה מאותה משפחה אסורה לכהן לכתחלה, ואם נשאת לא תצא מפני שהן שתי ספיקות, שמא זו אלמנת אותו חלל שמא אינה אלמנתו, ואם נאמר שהיא אלמנתו שמא חלל הוא שמא אינו חלל וכו' עכ"ל. ועיין בכס"מ דדייק וז"ל ומשמע מדברי רבינו דע"כ לא קאמר דמשפחה שנתערב בה ספק חלל דאם נשאת לא תצא אלא באלמנה דאית לה חזקת כשרות דגופה אבל בבת דלית לה חזקת כשרות דגופה תצא וכמ"ש התוס' ודייק לישניה דסבר הכי דברישא גבי ספק נקט אלמנה ובסיפא גבי ודאי דאפי' אם נשאת תצא כתב כל אשה מהם אסורה כדי לכלול גם הבת דבכלל אשה בין אלמנה בין בת עכ"ל. ונמצא דהרמב"ם חילק בין ספק אחד ונאמנות דידה דאמרינן המכשיר בה מכשיר בבתה לבין אלמנת עיסה דבדעיבד כשרה מפני ב' ספקות, אבל בבתה פסק דאם נשאת תצא מפני דאין בה חזקת כשרות. וצ"ע למה הרמב"ם חילק בין דין הבת היכא דיש ספק עם מי נבעלה לבין היכי תמצי דאלמנת עיסה. ועוד יש להקשות דלפי הביאור שלנו לעיל במ"ד דמכשיר בתה יוצא דהאם והבת הוו חלות שם ספק א' ע"פ דין, ולכאורה לפי"ז אי אפשר לחלק כלל ביניהם, וצ"ע בשיטת הרמב"ם.

ולכן נראה לבאר את המחלוקת האם המכשיר בה מכשיר בבתה או לא באופן אחר. די"ל דכו"ע מודו דהאם והבת הריהן ב' ספיקות בפני עצמן ע"פ דין. והמ"ד דמכשיר בה אינו מכשיר בבתה סבורה דהחזקת כשרות דהאם חלה בתורת הכרעה ולא בתורת בירור. ולכן ההכרעה מועילה להאם אבל אין לזה קשר לדין הבת דנשארת במצב של ספק בלי חזקה להכריע דינה לקולא. והמ"ד דהמכשיר בה מכשיר בבתה סבור דהצירוף של חזקה מעיקרא וההגדה שלה מועיל בתורת בירור, ולכן יש בירור דהאם נבעלה לכשר. ומכיון דחל חלות בירור דהיא נבעלה לכשר זה גם מברר את הספק לגבי הבת וגם היא כשרה. אמנם כל זה נכון היכא דיש צירוף של חזקה מעיקרא וההגדה שלה דפועל בתורת בירור, אבל במקרה של אלמנת עיסה יש חזקה מעיקרא וספק ספיקא דלא מצטרפין יחד ליצור בירור ולכן הדין הוא שאם נשאת הבת תצא.

ועוד נראה דיתכן לבאר את פסקי הרמב"ם בדין הבת באופן אחר. דהיינו דע"פ דין לכתחילה דין האם ודין הבת הריהן כב' ספיקות שונות ולכן החזקה דמועילה לאם לאו דוקא מועילה לבת. אמנם ראוה מדברת שאני דכשהאם מעידה על עצמה באותה עדות היא בעצם גם מעידה על כשרות בתה דהרי תוכן העדות שלה, לכשר נבעלתי, שייך באופן ישיר לכשרות בתה. וא"כ עצם העדות של האם מחברת את דין הבת לדינה וגורם

שיהיו נחשבים לספק אחד. מאידך באלמנת עיסה אין עדות לחבר את דין האם לדין הבת ולכן הויין ב' ספיקות שונות בפנ"ע.

אמנם שיטת הרמב"ם בבת אלמנת עיסה עדיין קצת קשה. דהרי כבר ביארנו (דף יג: ד"ה דאמר רבי יהושע בן לוי לדברי המכשיר) דבדיני יוחסין לא סגי בהכרעה בעלמא אלא דצריך חלות דין בירור ולכן לא סגי ברוב בעלמא. וא"כ אם אמרינן דהספק ספיקא מעיקר הדין מכשיר את האלמנה עצמה, לכאורה זאת אומרת דספק ספיקא חל מדין בירור ואין נשאר ספק.[1488] ולפי"ז צ"ב למה הבת של אלמנת עיסה אסורה אפי' בדיעבד, דהרי אם אין לידת הספק והאלמנה אסורה לכתחילה רק מפני דמעלה עשו ביוחסין בעלמא, אזי מסברא גם הבת ראויה להיות כשרה מעיקר הדין, וצ"ע.

דף יד.

גמ'. אלא מאי איכא למימר הא לכתחלה הא דיעבד.

ולענין פסק הלכה עיין ברמב"ם דחילק בין לכתחילה לבין בדיעבד. דלכתחילה היא כשרה לכהונה רק אם היא מעידה על עצמה דנבעלה לכשר לה וגם יש תרי רובי. וזה מבואר בלשון הרמב"ם (פרק יח מהלכות איסו"ב הל' י"ג - הל' י"ד) וז"ל פנויה שראוה שנבעלה לאחד והלך לו, ואמרו לה מי הוא זה שבא עליך ואמרה אדם כשר הרי זו נאמנת, ולא עוד אלא אפילו ראוה מעוברת ואמרו לה ממי נתעברת ואמרה מאדם כשר הרי זו נאמנת ותהיה מותרת לכהן, בד"א בשיהיה המקום שנבעלה בו פרשת דרכים או בקרנות שבשדות שהכל עוברין שם, והיו רוב העוברים שם כשרים, ורוב העיר שפרשו אלו העוברין ממנה כשרים, שהחכמים עשו מעלה ביוחסין והצריכו שני רובות עכ"ל. אמנם אם אין תרי רובי אזי היא אסורה לכתחילה לכהן אבל אם נשאת לא תצא, דכתב הרמב"ם (שם הל' י"ד) וז"ל אבל אם היו רוב העוברים פוסלים אותה כגון עכו"ם או ממזרים וכיוצא בהם אע"פ שרוב המקום שבאו ממנה כשרים או שהיו רוב אנשי המקום פסולין אע"פ שרוב העוברין שם כשרים חוששין לה שמא למי שפוסל אותה נבעלה ולא תינשא לכהן לכתחלה ואם נשאת (לא) תצא עכ"ל. וכמו"כ הרמב"ם (שם הל' ט"ז) פסק דאם יש תרי רובי אבל היא אינה מעידה על עצמה אזי היא אסורה לכהן לכתחילה, וז"ל היתה אלמת או חרשת או שאמרה איני יודעת למי נבעלתי, או שהיתה קטנה שאינה מכרת בין כשר לפסול הרי זו ספק זונה, ואם נשאת לכהן תצא אלא אם כן היו שני הרובין המצויין אצלה כשרים עכ"ל.

[1488] ובענין ספק ספיקא האם חל כבירור או כמכריע, עיין ברשימות שיעורים לב"מ (כג. תוד"ה והא, ובהערות שם), וברשימות שיעורים ליו"ד הל' תערובת.

אמנם הרמב"ן (ד"ה חדא) חולק על הרמב"ם בענין הדין לכתחילה ונקט דלא צריך ב' רובי כדי להתירה לכתחילה, וז"ל אלא ה"ק אנן קיי"ל כר"ג ולכתחילה לא עבדינן בה עובדא עד דאיכא רוב כשרין אצלה ומיהו דיעבד אפילו ברוב פסולין עבדינן בה עובדא עכ"ל. וצ"ע במאי קמיפלגי הרמב"ם והרמב"ן האם צריך ב' רובי או רוב אחד בנוסף לעדות שלה כדי שתנשא לכתחילה לכהן.

ונראה לבאר דנחלקו בגדר הדין דלכתחילה. דהרמב"ם נקט דהדין לכתחילה הוא לנהוג כמעט כאילו האשה לא העידה דלכשר נבעלתי. ולכן לא סגי לן ברוב אחד אלא צריך כח יותר חזק דהיינו תרי רובי. אבל הרמב"ן הבין דגם בדין הלכתחילה אנו סומכין על הנאמנות שלה, אלא דיש חומרא שלא לסמוך על העדות שלה היכא דיש רוב כנגדה. ולכן כשיש רוב כשרים אצלה אזי אפשר לסמוך על העדות שלה לכתחילה והיא כשרה.

אבל לכאורה קשה דאם כנים הדברים דלפי הרמב"ן צריך רק את הרוב האחד כדי שלא יהיה רוב פסול נגד העדות שלה, אזי מסברא גם מחצה על מחצה היה סגי כדי להתיר אותה לכתחילה לכהן. אמנם מלשון הרמב"ן משמע דבעינן רוב כשרים כדי להתירה לכתחילה. וא"כ משמע דגדר הדין לכתחילה גם לרמב"ן הוא דהרוב כשרים עצמו מהווה הדבר דגורם ההיתר לכתחילה. ולפי"ז הדרא קושיא לדוכתא, שאם גם הרמב"ם וגם הרמב"ן סבורים דלא סומכין על הנאמנות שלה לכתחילה היכא דאין רוב כשרים, מהי נקודת המחלוקת האם צריך רוב אחד או ב' רובי.

ונראה לבאר באופן אחר. דהרמב"ם סובר דהדין לכתחילה הזה הוי דין בהלכות יוחסין ולכן רוב אחד אינו מהני כדביארנו לעיל וצריך תרי רובי כדי שיחול חלות בירור ולא חלות דין הכרעה דעלמא. אמנם הרמב"ן הבין דבדיני יוחסין סגי בצירוף של חזקת כשרות וההגדה שלה, ולכן הדין דלכתחילה אינו להחמיר בדיני יוחסין אלא להחמיר דצריך עוד גורם אחד דמהני כמתיר בכל התורה כולה. ולכן סגי ברוב אחד כמו בשאר דיני התורה.

אמנם עדיין ניתן לפרש שיטת הרמב"ן דצריך רוב אחד רק כדי שלא יהיה רוב פסולין אצלה. ולגבי מה דהקשינו על זה מדברי הרמב"ן דהא מחצה על מחצה לא מהני, י"ל דמחצה על מחצה אינו יוצר מצב שאין רוב בכלל אלא דע"פ דין יש ב' רובי דסתרי אהדדי דחלין בבת אחת.[1489] דהרי מצינו שבהלכות שחיטה הגמ' (חולין כט.) נסתפקה בדין שחיטת חצי הסימן, וז"ל אתמר רב אמר מחצה על מחצה כרוב, רב כהנא אמר

[1489] ולעוד מקרים דב' דינים חלין בבת אחת ליצור מצב של תרתי דסתרי עיין בשיעורים לעיל (ו. בענין שפחה חרופה, אות ה).

מחצה על מחצה אינו כרוב, רב אמר מחצה על מחצה כרוב, הכי אמר ליה רחמנא למשה לא תשייר רובא, רב כהנא אמר מחצה על מחצה אינו כרוב, הכי אמר ליה רחמנא למשה שחוט רובא עכ"ל. ומלשון הגמ' דמחצה על מחצה כרוב משמע דלפעמים יש למחצה על מחצה דין של רוב. ולפי"ז י"ל דמחצה כשרים ומחצה פסולין הוי כמו דיש רוב פסולין וגם רוב כשרים אצלה. וא"כ מובן למה לפי הרמב"ן לא סגי במחצה על מחצה להתירה לכתחילה דהרי יש רוב פסולין המכחיש את החזקה ואת ההגדה שלה. עד כאן הסוגיא בכתובות יג.-יד.

משנה. וספיקן בספיקן אסור.

ולכאורה הדין דרבי אליעזר צ"ב. דהרי מדאורייתא שתוקי כשר גם בישראל וגם בממזרת ומדרבנן גזרו דשתוקי פסול. וא"כ למה שתוקי אסור לישא שתוקית, הרי מדאורייתא שניהם כשרים, ומדרבנן שניהם פסולים מדין ודאי מאותה גזירה. ונראה לבאר דכשגזרו פסול מדרבנן על שתוקי לא גזרו איסור ודאי אלא איסור ספק. וזהו הביאור בדברי רש"י (ד"ה אסור) וז"ל שמא זה כשר וזה פסול עכ"ל. דהיינו, דאע"פ דשניהם כלולים תחת אותה גזירה מדרבנן, ע"פ דין גם השתוקי וגם השתוקית אסורים מדרבנן מספק ולכן שתוקי אסור לישא שתוקית.

ועיין בשיעורים לקמן (עה. בענין אלמנת עיסה, אות א) דביארנו דלפי הראב"ד ספק ממזר אסור מדרבנן מדין ודאי ולכן אין דין ספק ספיקא בספק שתוקי. ולפי"ז צ"ל דיש ב' דינים לחומרא בתקנת חכמים לפסול שתוקי: א) איסור ספק כדמוכח במשנה, ב) איסור ודאי דמפקיע את הדין דספק ספיקא.[1490]

דף עד:

גמ'. הכי קאמר כל האסורים לבא בקהל כהונה.

לפי ההו"א הזאת המשנה מקשרת בין האיסור גיורת לכהן לבין הא דגר מותר בממזרת. ויש לעיין בגדר הקשר הזה. ונראה לבאר אותו בב' אופנים: א) האיסור גיורת לכהן יסודו בזה דגיורת חסרה במקצת קדושת ישראל שלה. והחסרון הזה גם מונע מגרים חלות שם קהל ה' ולפיכך גר מותר בממזרת בגלל דאינו קהל ה'. ב) יש לגר קדושת ישראל גמורה, אלא דחל בו חלות שם פסול ולכן לא איקרי קהל ה'. ומפאת חלות הפסול הזה כהן אסור בגיורת וגר מותר בממזרת.

[1490] וע"ע בזה בשיעורים לעיל (עג. בענין ממזר וספק ממזר אות ה).

ומהמשך השו"ט בגמ' נראה להוכיח כצד השני. דהרי הגמ' הקשה מהא דאלמנה וגרושה אסורות לכהונה ועדיין אסורות לממזר. ולפי הביאור השני שפיר מובן דהגמ' הוכיחה מאלמנה וגרושה דחלות פסול לכהונה לא תמיד מורה דיש היתר לממזר. אמנם לפי הביאור הראשון קושיית הגמ' אינה מובנת כלל, דהרי היאך אפשר להקשות מאלמנה וגרושה דבודאי יש להן קדושת ישראל גמורה ולכן פשיטא דאסורות לממזר, על דברי המשנה בגר דאיירי באיסור כהונה הנובע מחסרון קדושת ישראל.

אבל אם נימא כצד השני – דגר יש לו קדושת ישראל גמורה אלא דחל בו חלות שם פסול בגברא הפוסל גיורת לכהן ומתיר גר בממזרת – לכאורה קשה דהגמ' נקטה כדבר פשוט דאפי' לפי רשב"י הסובר דגיורת פחותה מבת ג' מותרת לכהן דהיא עדיין מותרת לממזר. ולכאורה צ"ע דהרי אם יש חלות שם פסול אחד דאוסר גיורת לכהונה ומתירה לממזר, מדוע פשיטא לגמ' דגיורת פחותה מבת ג' מותרת לממזר, דהרי יתכן דלפי רשב"י מכיון דאין בה חלות פסול לכהונה אזי אין בה חלות שם פסול כלל וראויה להיות אסורה לממזר.[1491]

תוד"ה והרי גר.

התוס' הקשו דהיתר גר בכהנת אינו משום הכשר הגר אלא משום דלא הוזהרו כשרות להנשא לפסולים. ויתכן לתרץ, דקושיית התוס' מובנת אם האיסור דכהן בגיורת הוי דין בגברא כהן דאסור לישא אשה שחל בה חלות שם גיורת, דהרי אז יש להקשות כמו התוס' דאין קשר בין גברא דכהן לבין גברא דכהנת. אמנם יתכן דהאיסור דכהן בגיורת אינו דין בגברא דכהן אלא בקהל כהונה, כלומר דקהל כהונה אסור להכניס בתוכה גיורת. ואם זה גדר האיסור אזי שפיר מובן דמסברא האיסור שייך גם לכהנת לישא גר דהרי גם כהנת הויא חלק של קהל כהונה. וזה דומה לאיסור לא יבוא ממזר בקהל ה' דחל בין בממזר לישראלית ובין בישראל לממזרת. וא"כ הדין דכהנת מותרת לישא גר הוי משום "הכשר גר", ושפיר מובן קושיית הגמ'.

אמנם הביאור הזה לא יתכן בשיטת הרמב"ם דהרי הוא סבור דגיורת אסורה לכהן מדין זונה (פרק יח מהלכות איסו"ב הל"ג). ולכאורה ברור דזה שייך רק בגיורת לכהן ולא בגר לכהנת, וא"כ הדרא קושיית התוס' לדוכתא דהרי היאך הגמ' יכולה להקשות מההיתר דגר לכהנת על האיסור דגיורת לכהן. וצ"ל דלפי הרמב"ם האיסור זונה לכהן שייך לא רק בנקבה זונה אלא דחלות שם זונה שייך לחול גם בזכרים, ולכן הקשו דהאיסור זונה לכהן שייך גם בגר לכהנת.

[1491] והשווה לדברי המהרי"ט דביאר דלפי רשב"י באמת אין קשר ישיר בין האיסור לכהן לבין ההיתר לממזרת.

ולכאורה החידוש הזה בדין זונה מבואר גם מדברי הרמב"ם (פרק ז מהלכות תרומה הלט"ז) בנוגע לאנדרוגינוס כהן, וז"ל אנדרוגינוס שנבעל לפסול מן התרומה בין דרך זכרותו בין דרך נקבותו נפסל מלאכול בתרומה כנשים, ואין עבדיו אוכלין, וכן אם נבעל לאנדרוגינוס אחר שהוא פוסל בביאתו לאשה נפסל ואינו אוכל ולא מאכיל עבדיו, והוא שיבעול אותו דרך נקבותו אבל דרך זכרותו אין זכר פוסל זכר מן הכהונה עכ"ל. ומשמע מדבריו דכל כולו דהאנדרוגינוס נפסל לתרומה ע"י ביאה הפוסלת ולא רק דצד הנקבה שבו אסור לאכול בתרומה.[1492] וא"כ רואים דאם יש היכי תמצא של זכר דנבעל לפסול, חל שם זונה עליו ונאסר מלאכול בתרומה מדין זונה כמו נקבה דנבעלה לפסול (כדמבואר בפרק יח מהלכות איסו"ב הל"ג). ולפי"ז שפיר מוכח דחלות שם זונה שייך גם לזכר, וא"כ מובן למה הגמ' מקשה מהיתיר דגר בכהנת על האיסור דגיורת לכהן.[1493]

גמ'. ה"ק כל שכהן אסור לישא את בתו, ומאי ניהו, גר שנשא גיורת, וכר' אליעזר בן יעקב מותרין לבא זה בזה.

יש להבין מה גדר הקשר בין האיסור של בת גר וגיורת לכהן לבין הא דגר מותר בממזרת. ויש לבאר בב' אופנים כמו לעיל: א) האיסור של בת גר וגיורת לכהן מלמד דיש בגר וגיורת חסרון קדושת ישראל במקצת, דהרי חסרון חלות קדושת ישראל בולד נובע מזה דגם היתה חסרון בקדושת ישראל אצל ההורים, שהרי הם יכולים להעביר לולד רק את מקצת קדושת ישראל דיש להם. ובגלל החסרון במקצת קדושת ישראל משו"ה הולד של גר וגיורת אסורה לכהן וגר מותר בממזרת. ב) האיסור של בת גר וגיורת לכהן מלמד דיש בגר חלות שם פסול בגברא דמפקיע חלות שם קהל ה' וממילא גר מותר בממזרת.

ולכאורה יש להוכיח מהמשך השו"ט כמו הצד השני. דהרי הגמ' הקשה דבת חלל וחללה אסורה לכהן אע"פ דחללה אסורה לממזר. ולפי הצד הראשון קושיית הגמ' אינה מובנת דהרי בודאי יש לחלל קדושת ישראל גמורה ובגלל זה הוא אסור בממזרת, וחלל חלוק לגמרי מולד גר וגיורת דחסרה בקדושת ישראל דהולד ולכן הוא מותר בממזרת. אלא מסתבר כמו הצד השני דיש לגר קדושת ישראל גמורה אלא דחל בו שם פסול, ולכן הגמ' הקשה דכמו"כ חלות שם הפסול דחל על החלל ראוי להפקיע חלות שם קהל ה' ממנו ולהתירו בממזרת.

[1492] עיין בכס"מ דביאר את הרמב"ם באופן אחר.

[1493] אמנם, עיין בחידושי הגר"מ הלוי מהדורא תנייא (פרק א מהלכות מעשר ה"ב) דדייק כמו רבינו זצ"ל מדברי הרמב"ם באנדרוגינוס דגם זכר דנבעל באיסור נפסל מאכילת תרומה, אבל הסיק מזה דמוכרח דלפי הרמב"ם זה לא השם זונה דאוסרה מלאכול בתרומה אלא דיש פסול מיוחד דחל ע"י ביאת איסור דהרי חלות שם זונה אינה שייכת כלל לזכר. אמנם רבינו זצ"ל הבין דמוכח מדברי הרמב"ם דחלות שם זונה שייך גם לזכר, ודו"ק. וע"ע ברשימות שיעורים ליבמות (מד: ד"ה שהולד).

גמ'. אלא אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוה הכא ממזר מאחותו וממזר מאשת איש איכא בינייהו.

נחלקו רש"י והתוס' בפירוש המלים דהמשנה לפי רב נחמן אמר רבה בר רב הונא. דלפי רש"י (ד"ה איכא בינייהו) "כל האסורין לבא בקהל", פירושו כל הנולדים מאיסורי ערוה דהוו ממזרים, "מותרים לבא זה בזה" פירושו דמותרים לישא אחד את השני דהרי כולם ממזרים לפי הת"ק דכל איסור ערוה גורם לממזרות. אמנם התוס' (ד"ה דת"ק) פירשו באופן קצת שונה, דהיינו "כל האסורין לבא בקהל" פירושו כל היכא דאין ביניהם תפיסת קידושין, "מותרים לבא זה בזה" פירושו דהילדים שלהם כולם ממזרים ומותרים לישא אחד את השני. נמצא דלפי התוס' המלים "אסורין לבא בקהל" מתייחסות לדין דאין תפיסת קידושין בערוה, לעומת רש"י דפירש ד"אסורין לבא בקהל" הוי דין דאסור לישא ערוה. וצ"ב ביסוד המחלוקת.

ונראה לבאר דהתוס' סברי דממזרות הויא תוצאה של ביאה היכא דקידושין אינן תופסין, ולא מצד האיסור דיש בביאה כזאת. ולכן התוס' פירשו דהמלים "אסורין לבוא בקהל" ר"ל דאין בהם תפיסת קידושין, דזה בעצמו גורם דממזרות חלה ולא האיסור שבו.[1494] אמנם לפי רש"י אי-תפיסת קידושין אינו מוזכר במשנה כלל, אלא דהמשנה מקשרת האיסור ערוה לדין דהולד ממזר. ומשמע מזה דממזרות נוצרה ממעשה איסור דביאה בערוה ולא משום דאין בהן תפיסת קידושין.

ועיין לעיל (סז: ד"ה אשת איש) דהארכנו בענין הזה ובנ"מ בנוגע לממזרות ביבמה לשוק, עבד ועכו"ם.

גמ'. אלא אמר רבא גר עמוני ומואבי איכא בינייהו והכי קאמר כל האסורים לבא בקהל, ומאי ניהו גר עמוני ומואבי.

מבואר בגמ' דלכו"ע גר עמוני ומואבי מותרים בממזרת. ויש לעיין מה הדין בגר מצרי לפי רבי יהודה, האם גר מצרי דומה לגר עמוני ומואבי דמותרין לישא ממזרת דהרי גם גר מצרי אסור לבוא בקהל, או"ד גר מצרי אסור בממזרת דהרי הוא חלוק מגר עמוני ומואבי בב' דברים: א) גר מצרי אסור רק באיסור עשה ולא בלאו, ב) גר מצרי אסור רק לב' דורות ולא לעולם.[1495] אמנם עיין בתוס' לעיל (סז. ד"ה מתני' ר' יהודה היא) דנקטו בהדיא דגר מצרי מותר בממזרת לפי רבי יהודה. אבל עדיין יש לדון בזה מסברא כנ"ל.

[1494] ועיין לקמן בשיעורים (עה: ד"ה ואי ס"ד סבר לה כר"ע) דהתוס' נקטו כצד הזה גם לקמן.
[1495] עיין ברש"ש (ד"ה אבל גר עמוני) דגם נסתפק בזה.

גמ'. תנו רבנן בן תשע שנים ויום אחד גר עמוני ומואבי מצרי ואדומי כותי ונתין חלל וממזר שבאו על הכהנת ועל הלויה ועל בת ישראל פסלוה.

ועיין בהמשך הסוגיא דהמקור לזה הוא כהן גדול באלמנה דפוסלה. וקשה דהרי כה"ג הבא על אלמנה נעשית חללה (רמב"ם הלכות איסו"ב פרק יט הל"ג) אמנם הנבעלה לפסול לה נעשית זונה לפי הרמב"ם (פרק יח מהלכות איסו"ב הל"ג) וז"ל מכאן אמרו עכו"ם או נתין או ממזר או גר עמוני ומואבי או מצרי ואדומי ראשון ושני או פצוע דכא וכרות שפכה או חלל שבאו על היהודית עשו אותה זונה ונפסלה לכהונה ואם היתה כהנת פסלוה מן התרומה עכ"ל.[1496] וא"כ קשה, היאך אפשר ללמוד מהדין דאלמנה דנבעלה לכה"ג נעשית חללה דישראלית דעלמא דנבעלה לפסול לה נעשית זונה.[1497] ונראה לבאר דאע"פ דחללה וזונה הוו שמות נפרדים מ"מ יש להם צד השוה בזה דחללה וזונה חל בהן חלות שם פסול הפוסלתן לכהונה. דהרי בשיעורים לעיל (סו: בענין יסוד הדין דחללות, אות ב) הבאנו מהרמב"ם (פרק יט מהלכות איסו"ב הל"י) דחלות דין חלל הוי חלות דין זרות דמפקיע ממנו קדושת כהונה, וכמו"כ הבאנו דנבעלה לפסול לה נעשית כזרה (סח: בענין עבד ועכו"ם הבא על בת ישראל, אות ח, עיין ברמב"ם פרק ו מהלכות תרומה הל"ז). וא"כ י"ל דאע"פ דזונה וחללה הוו פסולים שונים, דהרי רק הנבעלה לפסול כהונה נעשית חללה לעומת נבעלה לפסול דעלמא דנעשית זונה, מ"מ חלויות דומות הן ואיפוא יש להן דינים דומים ולכן אפשר ללמוד מזה דאלמנה לכה"ג נעשית חללה לנבעלה לפסול לה דעלמא נעשית זונה.

גמ'. ר' יוסי אומר כל שזרעו פסול פוסל, וכל שאין זרעו פסול אינו פוסל.

נראה לבאר דאם זרעו פסול אזי מוכח דחל חלות שם פסול באב שהוא מחיל על הבן שלו. ואם יש לבועל חלות פסול, כמו"כ הוא מחיל חלות פסול על אשה ע"י ביאה והיא נעשית זונה. אבל במצרי שני דזרעו כשר אזי אין בו חלות שם פסול בגברא וממילא מצרי שני אינו פוסל את מי שנבעלה לו.

[1496] ועיין לקמן בשיעורים (עה: ד"ה ואי ס"ד סבר לה כר"ע) דהראב"ד חולק על הרמב"ם ולומד דנבעלה לאיסור לאו אינו נעשית זונה אלא דפסולה לכהונה מפסוק אחר דבת כהן כי תהיה לאיש זר כדמבואר בגמ' יבמות (סח:). אבל קושיית רבינו זצ"ל עומדת במקומה גם לראב"ד דהרי בין עם נבעלה לממזר נעשית זונה או דהיא אסורה לכהן מפסוק אחר, סוף סוף היא אינה חללה כמו אלמנה לכה"ג.

[1497] ויש להעיר דהתוס' (ד"ה ושניהם) נקטו דבאמת אין כאן בנין אב מאלמנה לכה"ג אלא דהגמ' מבארת למה אין להקשות מהדין הזה. וע"ע בתוס' ביבמות (דף סט. ד"ה ושניהם, וגם דף טו: ד"ה מה) דגם נקטו דאין הלימוד באמת מאלמנה לכה"ג אלא דעיקר המקור הוא מהפסוק דבת כהן כי תהיה לאיש זר. והתוס' שם הוכיחו דאין הלימוד מאלמנה לכה"ג מזה דאלמנה לכה"ג נעשית חללה לעומת אשה דנבעלת לאיסור לאו דאינה חללה, וזה כמו קושיית רבינו זצ"ל.

ולפי"ז נראה לבאר דברי רש"י לעיל (סד. ד"ה כר' דוסתאי). דאיתא שם במשנה וז"ל קדשתי את בתי, קדשתיה וגרשתיה כשהיא קטנה, והרי היא קטנה נאמן, קדשתיה וגרשתיה כשהיא קטנה והרי היא גדולה אינו נאמן, נשבית ופדיתיה, בין שהיא קטנה בין שהיא גדולה אינו נאמן עכ"ל. והגמ' ביארה דאינו נאמן כשהיא גדולה מכיון דכבר אינו בידו לקדשה ואינו נאמן לומר דנשבית מכיון דאין בידו להשיאה לגוי. והגמ' הקשה דהרי בידו לפוסלה לכהונה בעוד דרכים וא"כ למה הוא אינו נאמן לומר דהיא נשבית, וז"ל והרי בידו להשיאה לחלל דקא פסלה מכהונה, הא לא קשיא כרבי דוסתאי בן יהודה דאמר בנות ישראל מקוה טהרה לחללין עכ"ל. ורש"י ביאר את תירוץ הגמ' וז"ל ס"ל לתנא דידן דאמר לקמן (עז.) בנות ישראל מקוה טהרה לחללים דבת חלל זכר כשרה לכהונה שאשתו טהרה את זרעו וכיון דבתו כשרה אלמנתו כשרה דכל שאתה נושא בתו אתה נושא אלמנתו הלכך אין בידו לפסול בתו קטנה מן הכהונה עכ"ל.

ולכאורה קשה, למה רש"י ביאר את הגמ' לפי רשב"ג דהכל תלוי בבתו כשרה ולא לפי רבי יוסי דכשרות האשה תלויה בכל זרעו דהבועל.[1498]

ונראה לבאר דאין כוונת רבי יוסי דיש גזה"כ בלי סברא דכל היכא דזרעו כשר אזי אין ביאתו פוסלת אשה. אלא דהביאור בשיטת רבי יוסי הוא כמו דביארנו לעיל, דמהא דזרע כשר מוכח דאין בו חלות שם פסול וממילא הוא אינו פוסל אשה בביאתו. והסברא הזאת נכונה במצרי שני כדמבואר בגמ'. אבל בחלל הבא על בת ישראל לפי ר' דוסתאי, הטעם דהולד כשר אינו מפני דאין חלות פסול באב דהרי הוא חלל ובודאי יש בו חלות שם פסול. אלא דכבר ייסדנו לעיל (סו: בענין יסוד הדין דחללות, אות א) דהלשון דר' דוסתאי דבנות ישראל הוו כמו מקוה דמטהר משמע דמסברא בן של חלל ראוי להיות חלל אלא דיש דין דבת ישראל מכשיר את הולד ומפקיע ממנו חלות חללות. וא"כ לפי רבי יוסי מכיון דהחלל באמת יש בו חלות שם פסול גברא, ממילא הוא יכול לפסול אשה בביאתו אע"פ דזרעו כשר. ויוצא דלפי רבי יוסי עדיין בידו של האב לפסול את בתו לכהונה ע"י להשיא אותה לחלל אפי' בדעת ר' דוסתאי דבנות ישראל מקוה טהרה לחללין. ולכן רש"י ביאר את הגמ' דקאי בדעת רשב"ג דכל היכא שכהן מותר בבתו מותר באלמנתו ע"פ גזה"כ מיוחדת דדין האם כדין הבת. ולכן אם נקטינן כמו רשב"ג בנוגע לאיזה איש פוסל את אשה בביאתו, וכמו ר' דוסתאי בנוגע לבן של חלל ובת ישראל, אזי שפיר מובן דהאב אינו יכול לפסול את בתו לכהונה ע"י נישואין עם חלל דהרי הבת שלהם כשרה ולכן גם האם כשרה.

[1498] ועיין בתוס' (ד"ה כר' דוסתאי) דלכאורה זה הוי הטעם דהר"י נמנע מלפרש כמו רש"י.

דף עה.

גמ'. לאפוקי מדהני תנאי דתנן העיד רבי יהושע ור' יהודה בן בתירא על אלמנת עיסה שכשירה לכהונה, מאי טעמא, הוי ספק ספיקא, וספק ספיקא לקולא.

בענין אלמנת עיסה

א

פירוש המשנה בעדיות

איתא במשנה (עדיות פרק ח משנה ג) וז"ל העיד רבי יהושע ורבי יהודה בן בתירא על אלמנת עיסה שהיא כשרה לכהונה שהעיסה כשרה לטמא ולטהר לרחק ולקרב אמר רבן שמעון בן גמליאל קבלנו עדותכם אבל מה נעשה שגזר רבן יוחנן בן זכאי שלא להושיב בתי דינין על כך הכהנים שומעים לכם לרחק אבל לא לקרב עכ"ל. ופירושים שונים נאמרו בלשון המשנה "שהעיסה כשרה לטמא ולטהר לרחק ולקרב".

ועיין בפירוש הראב"ד למשנה וז"ל כלומר ואימתי אלמנת עיסה בזמן שהפסול שלה ראוי לטמא ולטהר לרחק ולקרב והיינו ספק חללה כשרה בקהל ויכולה להטמא אם תבעל לפסולין ואם זכר הוא יכול לפסול את זרעו אם יבעל את הפסולות כגון ממזרת ונתינה, וראוי הוא לטהר אם ידבק בכשרות וישראל שנשא חללה זרעה כשר לכהונה, אבל ספק ממזרות ספק נתינות ספק עבדי מלכים שאלו לטמא ולרחק יש בהם לטהר ולקרב אין בהם ואותה עיסה אינה כשרה אע"פ שהיא ספק ספיקא עכ"ל. כלומר דאלמנת עיסה מותרת רק מפאת ספק ספיקא בחללות לכהונה דיש לה צד ע"י נישואין בהיתר עם ישראל, ולא בממזר ונתין דאסורין על כו"ע ואין בילד שלהם היתר לקהל. וסברת החילוק צ"ב, דהרי בנוגע לספק אחד אנו מחמירין בספק חלל כמו בשאר ספק דאורייתא, ובספק ממזר יש גזה"כ דמותר מדאורייתא. וא"כ למה בספק אחד יש חומרא בחללות יותר ממזרות אבל בספק ספיקא ממזר יותר חמור (מדרבנן) מחללות.

וי"ל דיתכן דהחילוק לדינא בספק ספיקא נובע מהדין בספק אחד. דבחלל בספק אחד אמרינן ספק דאורייתא לחומרא. ולכן כשיש עוד ספק פסקינן דספק ספיקא לקולא. מאידך בממזרות, מדאורייתא ספק אחד לקולא, ונראה דהא דאזלינן לקולא בתורת ודאי.[1499] ולפי"ז י"ל דהחומרא מדרבנן בספק ממזר הוא לחדש איסור חדש מדרבנן ולאוסרו בתורת ודאי מדרבנן. ולפיכך בספק ספיקא יש סברא לאסור יותר מספק ספיקא דחלל, דהרי בממזר הספק השני חל על איסור ודאי (מדרבנן), וכמו דהרבנן החמירו על דין דאורייתא דספק ממזר לקולא לאוסרו, הו"ה דהחמירו על ספק ממזר דאסור הוא

[1499] ע"ע בזה בשיעורים לעיל (עג. בענין ממזר וספק ממזר אות א).

מדרבנן לאסור אותו בספק ספיקא להחמיר. משא"כ בחללות שהספק השני חל על איסור ספק ראשון, ולכן נחשב לספק ספיקא להתיר את האיסור.[1500]

ועיין בפיהמ"ש להרמב"ם דביאר את העדות של רבי יהושע ורבי יהודה בן בתירא באופן אחר, דבעצם הם העידו על ב' דינים שונים: א) דאלמנת עיסה כשרה לכהונה, ב) יש למשפחה זאת חזקת כשרות ונחשבת כמשפחה מיוחסת, וז"ל ותערובת זו שהעידו עליה היא משפחה שנתחתן בה ספק חלל ואינו ידוע אי זה הוא, ואחר כך מת איש מאותה המשפחה והניח אשה והיא הנקראת אלמנת עיסה, ויש בה ספק על ספק וכו' ולפיכך מכשיר ר' יהושע לכהונה, אבל רבן גמליאל אומר כיון שיש שם ספק ואינה יכולה לטעון בריא ולומר לכשר נבעלתי לא ישאנה כהן, ואחר כך העידו עדות אחרת ואמרו שמשפחה זו אשר נתערב בה ספק חלל היא בחזקת כשרות כשאר המשפחות, ויכולים לומר זו טמאה וזו טהורה כלומר נבעלה לגוי או לא נבעלה, וירחיקו אותה הטמאה מהם כמו שקדם באמרו וריחקוה בני משפחתה, ויקרבו את שנתברר להם שהיא טהורה, ואין לנו לומר להם כיון שיש בכם ספק אין לכם להרחיק את זו עכ"ל. כלומר דיש דין דמשפחת כהונה יכולה להרחיק לא רק מי שבאמת אסורה אבל גם את מי שע"פ דין מותרת אבל חל בה לידת הספק.[1501] ובנוגע לאלמנת עיסה, מפני דיש ספק ספיקא המתירה אין כאן לידת הספק והמשפחה דהיא נתערבה בהן עדיין נחשבת כמשפחה מיוחסת לגמרי.

ולר"ת יש עוד פירוש בלשון המשנה "שהעיסה כשרה לטמא ולטהר לרחק ולקרב וכו'". דבסוגיא בכתובות (יד.) הגמ' הביאה העדות דרבי יהושע בנוגע לאלמנת עיסה, וז"ל העיד ר' יהושע ורבי יהודה בן בתירא, על אלמנת עיסה שהיא כשרה לכהונה עכ"ל. ובהמשך הסוגיא יש עוד ברייתא דלפי רהיטת הגמ' גם איירי באותו דין, וז"ל תנו רבנן איזוהי אלמנת עיסה, כל שאין בה לא משום ממזרות ולא משום נתינות ולא משום עבדי מלכים, אמר רבי מאיר שמעתי כל שאין בה אחד מכל אלו משיאין לכהונה, ר"ש בן אלעזר אומר משום ר"מ וכן היה ר"ש בן מנסיא אומר כדבריו איזוהי אלמנת עיסה כל שנטמע בה ספק חלל, מכירין ישראל ממזרים שביניהם, ואין מכירין חללין שביניהם עכ"ל. והגמ' שם ביארה וז"ל א"ר יוחנן ממזר צווח וחלל שותק איכא בינייהו, תנא קמא סבר כל פסול דקרו ליה ושתיק פסול, והכי קאמר ת"ק איזוהי אלמנת עיסה כל שאין בה לא שתוק ממזרות, ולא שתוק נתינות ולא שתוק עבדי מלכים ולא שתוק חלל, וקאמר ליה ר"מ

[1500] לכאורה צ"ע בדברי רבינו זצ"ל דהרי ביאר למה אין היתר דאלמנת עיסה בספק ממזרות בגלל חידוש התורה בספק ממזר. אמנם לפי הראב"ד גם בספק נתין לא אמרינן הקולא דאלמנת עיסה ודיני ספק בנתין דומים לדיני ספק בחלל ולא לממזר.

[1501] והשווה לדברי רבינו זצ"ל לקמן (עו. ד"ה הנושא אשה כהנת) בנוגע לחיוב בדיקה.

הנך הוא דקא פסיל ליה בקהל אבל שתוק חלל כשר, והא דשתיק משום דלא איכפת ליה, וקאמר ליה ר"ש בן אלעזר לתנא קמא דר' מאיר אי שמיע לך דמכשר ר"מ בשתיקה, לא דקרו ליה חלל ושתיק, אלא דקרו ליה ממזר ושתיק, והאי דשתיק סבר ממזר קלא אית ליה, אבל ממזר וצווח, חלל ושותק פסול, והאי דאשתיק סבר מיסתייה דלא מפקי ליה מקהל עכ"ל.

ור"ת העיר דלכאורה קשה להבין את רצף הסוגיא דהרי לפי המשנה בעדיות דהובאה בתחילת הסוגיא ההיתר דאלמנת עיסה קיים בלי איזכור של צווח או שתיק. אמנם לפי הברייתא אלמנת עיסה מותרת רק אם היא צווחת. ותירץ ר"ת (שם תוס' ד"ה תנו רבנן איזו היא אלמנת עיסה) וז"ל לכך מוחק רבינו תם אלמנת וגריס איזוהי עיסה ולענין בת קתני וקאי אהאי דתנא בשילהי עדיות העיסה נאמנת לטהר ולטמא לרחק ולקרב לאסור ולהתיר וה"פ נאמנת לטהר עצמה בצויחה או בשתיקה למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה וכו' עכ"ל.

כלומר, דהעדות השנייה במשנה בעדיות וגם הברייתא בכתובות אינם עוסקים באלמנה עצמה דהרי זה מחלוקת רבי יהושע ורבן גמליאל ברישא דמשנה. אלא דסיפא דהמשנה והברייתא מלמדים דין נוסף, דהמשפחה כולה נחשבת כעיסה, כלומר ספק פסול, ובנוגע לשאר בני משפחה המשנה והברייתא מלמדים שאפשר לטהר עצמן בצוויחה. והביאור בזה הוא דעיקר הספק חל על האלמנה עצמה ולכן לפי ר"ג היא אסורה לכתחילה לכהונה אפי' אם היא צווחת. אמנם שאר העיסה, דהיינו משפחה שנטמעה ספק חלל, מכיון דלא חל לידת הספק עליהן באופן ישיר, הן נאמנות להסיר עצמן מהספק ע"י צוויחה, כל תנא כדאית ליה.

ב

מהי אלמנת עיסה

נחלקו הראשונים מהי ההיכי תמצי של אלמנת עיסה. עיין ברש"י (כתובות יד. ד"ה על אלמנת עיסה) וז"ל שהיא באה מכח ספק חלל כדלקמן שנטמע בה ספק חלל כגון שזרק בעל אמו הראשון לה גט ספק קרוב לו ספק קרוב לה ומת ונמצאת זו ספק גרושה ספק אלמנה ונשאה כהן והוליד ממנה בן זהו ספק חלל והעיד ר"י על אלמנתו של זה שהיא כשרה אלמא מוקמינן לה אחזקה ואמרינן אל תפסילנה לזו מספק כלום' שמא בעלה חלל היה עכ"ל.

לכאורה הביאור הזה קשה מכמה צדדים: א) מבואר בגמ' דאלמנת עיסה הוי ספק ספיקא. ולפי רש"י לכאורה הרי יש כאן רק ספק אחד, דהיינו האם האשה הראשונה

הויא גרושה או אלמנה ולכן בנה הוי ספק חלל. ולמה רש"י נקט דאלמנת הבן הוי ספק ספיקא אם דינה תלויה באופן ישיר בספיקת בעלה.[1502] ב) אם באמת באלמנת עיסה יש רק ספק אחד, אזי רואים דלפי רבי יהושע מקילין בספק אחד. וצ"ב דמאי שנא מהספק אחד בדין המשנה (כתובות יג.) בראוה מדברת עם אחד בשוק ולא נודע האם כשר או פסול הוא דרבי יהושע החמיר בזה. וגם משמע דכהן הבא על ספק גרושה ספק אלמנה בנו דינו כספק חלל, ומאי שנא הבן של הספק גרושה ספק אלמנה מאלמנת הבן.

ונראה לבאר דלפי רש"י באמת אפשר להקל בדיני יוחסין בספק אחד אם יש לגברא חזקת כשרות. ולכן מסברא ניתן להקל באלמנת עיסה מכיון שיש לה חזקת כשרות וע"י ביאה עם בעלה דהוא הספק חלל רוצים לפוסלה מספק. ובגלל זה דין האלמנה שונה מדין בעלה אע"פ ששניהם תלויים באותו ספק של אם הבעל, דהרי יש לאלמנה חזקת כשרות משא"כ לבעל שלה דנולד במצב של ספק ואף פעם לא היה לו חזקת כשרות.

אבל לפי"ז עדיין קשה מהדין במשנה של ראוה מדברת דהרי גם שם יש לאשה חזקת כשרות ולפי רבי יהושע מחמירנן בספק אחד. ונראה דלכן רש"י ביאר בדין המשנה (כתובות יד. ד"ה חד ספיקא) וז"ל מתניתין חד ספיקא היא ספק נבעלה לכשר ספק נבעלה לפסול שהרי לא בא זה לפנינו ואילו בא שמא היינו מכירים בו שהוא פסול עכ"ל. ולכאורה החצי השני של דברי רש"י מיותרים, דלמה רש"י צריך להוסיף שהבועל לא בא לפנינו ואם הוא בא לפנינו שמא היינו מכירים אותו. ונראה לבאר דרש"י סבור דבעצם יש לסמוך על חזקת כשרות שלה להקל בדיני יוחסין, אך רק בספק שלא ניתן לברר. אמנם כל ספק שבשעת לידת הספק היה ניתן לברר נחשב כספק שנתפס בבירור ולכן אין סומכין על ההכרעה של חזקה מעיקרא. ולפיכך רש"י ביאר דהמקרה של ראוה מדברת נחשב כספק אחד והפסק הוא לחומרא משום דאי-ידיעת מיהו הבועל נחשב כספק דניתן לברר דהרי אם הוא בא לפני הב"ד היו יכולים לחקור ולקבוע האם הוא כשר או פסול. ולכן אין סומכין על חזקת הכשרות של האשה להתירה לכהונה.

ועל פי זה מובן למה הדין דאלמנת עיסה הוי תרי ספיקי. ואין זה משום דבאמת יש כאן ספק ספיקא, דהרי פשיטא דבמציאות דין האלמנה תלויה בספק אחד בלבד. אלא הביאור בתרי ספיקי לפי רש"י הוא דהספק חל באדם אחר כמו דפירש רש"י בעצמו (כתובות יד. ד"ה תרי ספיקי) וז"ל אמו של ספק חלל זה בה נולד הספק והיא עצמה לא נאסרה אלא מספק וזו שבאה מחמת בנה קרי לה ספק ספיקא עכ"ל. כלומר, דהספק חל באשה ספק גרושה ספק אלמנה, והיא העבירה את הספק לבנה דהרי אין לו חזקת

[1502] וכן הקשה תוס' הרא"ש (עה. ד"ה אלמנת עיסה) וז"ל ולא נהירא דאין בה אלא ספק אחד כמו בבעלה עכ"ל.

כשרות מלידה. אמנם לידת הספק באשת הבן (האלמנת עיסה) היתה בשעת הנישואין שלה עם הספק חלל, ויש כאן לידת הספק חדש, וברגע הזה הספק החדש מוגדר כספק דאי אפשר לברר. ולכן ניתן להקל על פי ההכרעה דחזקת הכשרות שלה.[1503] וכל זה לשיטת רבי יהושע דמתיר באלמנת עיסה. אמנם ר"ג חולק על זה ונקט דאע"פ דלידת הספק חל באדם אחר מ"מ הספק עדיין נחשב כספק הראשון של הבעל ואמו ולכן אין סומכין על חזקת הכשרות של האלמנה של הספק חלל.

אמנם הראשונים החולקים על רש"י וסבורים דבמקרה כזה האלמנה בודאי אסורה נקטו דאין כאן לידת הספק חדשה דחל באשה שהיתה כשרה, אלא דהאשה נתפסת באותו ספק הראשון של אם הבעל. ולכן חזקת הכשרות שלה אינה מהני ודינה כדין בעלה.

והתוס' בכתובות (יד. ד"ה אלמנת עיסה) הביאו פירוש אחר וז"ל ונראה לר"י ולריב"א דעיסה קורא המשפחה שנטמע בהם ספק חלל אחד או הרבה ספיקי חללים ולהכי חשיב ליה לקמן ספק ספיקא דכל אחד מבני המשפחה ספק אם הוא אותו ספק שנתערב בהן אם לאו עכ"ל. ולכאורה קשה על פירוש התוס' דהרי לפי הר"י והריב"א נראה דאלמנת עיסה הוי ספק אחד בגוף וספק אחד בתערובת, והר"י (הובאו דבריו בבית יוסף יו"ד סימן קי סעיף ט) עצמו פסק דספק אחד בגוף וספק אחד בתעורבת אינו נחשב לספק ספיקא להקל.[1504] וא"כ צ"ב מהי סברת רבי יהושע דאלמנת עיסה מותרת מדין ספק ספיקא.

ונראה לבאר דהסברא דספק אחד בגוף וספק אחד בתעורבת אינו מהני הוא משום דהספיקות חלין כב' ספיקות שונים בפנ"ע וכל אחד הוכרע בנפרד כספק דאורייתא לחומרא. למשל, אם יש ספק טריפה דנתערבה בתערובת, כשחל הספק טרפה בגופו הוכרע בודאי מדאורייתא לאסור אותו, ואז כשנתערב החפצא שאסור מדאורייתא בוודאות בתערובת אזי נפסק בנפרד דין ספק דאורייתא לחומרא.[1505]

ויתכן דכל זה נאמר בשאר איסורי התורה. ואילו ביוחסין אע"פ דמכריעין ונוהגין את הספק הראשון דיחוס ע"פ דין ספק דאורייתא לחומרא, אמנם ביוחסין אין הכלל דספק דאורייתא לחומרא קובע דין ודאי איסור ויחוס ודאי ונשאר בספק חלל חלות שם ספק

[1503] וזה שלא כמו שביאר השטמ"ק (כתובות יד. ד"ה קונטריסין) בדעת רש"י דיש ב' חזקות כשרות שונות, של האשה הראשונה וגם של אלמנת העיסה וז"ל תרי ספיקי לפרש"י ז"ל חשיב תרי חזקי כמו תרי ספיקי כי אמו היה לה חזקה דגופה וגם האלמנה שנשאת לספק חלל היה לה חזקה דגופה ע"כ עכ"ל.

[1504] ועיין בשו"ת רשב"א (חלק א סימן תא) דהביא דין אלמנת עיסה כראיה דספק אחד בגוף וספק אחד בתערובת נחשב לספק ספיקא.

[1505] הפירוש הזה כמעט מפורש בדברי הר"י עצמו (הובאו דבריו בבית יוסף יו"ד סימן קי סעיף ט) וז"ל דהיאך אתה אומר שמא לא זה הוא ואת"ל זה הוא שמא אותו ספק מותר היה והלא כבר אסרתו מספק שנפל בגופו ואחר שאסרתו היאך אתה חוזר ומתירו עכ"ל.

לגבי יחוסו. ומכיון דנשאר חלות שם ספק (אע"פ דלמעשה נוהגין לחומרא), י"ל כשהספק חלל נתערב בתעורבת יש לצרף את ב' הספיקות ליצור ספק ספיקא.

ויש להוסיף דעל פי זה יש לבאר את מחלקות התנאים בדין אלמנת עיסה. דהיינו דלפי רבי יהושע היא מותרת מדין ספק ספיקא כנ"ל. אמנם לפי רבן גמליאל היא אסורה מפני דאין כאן ספק ספיקא מכיון דיש ספק אחד בגוף וספק אחד בתערובת.

וכל זה אם ספק אחד בגוף וספק אחד בתערובת אינו מהני. אמנם ניתן לבאר את מחלוקת התנאים גם לשיטות הראשונים דס"ל דספק אחד בגוף וספק אחד בתעורבת נחשב לספק ספיקא. דלפי"ז שיטת רבי יהושע מבוארת דהרי יש כאן ספק ספיקא לקולא. מאידך יתכן דר"ג סבור דדוקא בהיכי תמצי דאלמנת עיסה אין ספק ספיקא ע"פ דין מפני דיש חלות שם מיוחדת למשפחה דנתערבה בה ספק. דהרי ביארנו לעיל (אות א') דלפי הרמב"ם יש דין דכהנים יכולים לרחק משפחה דאינה בחזקת כשרות. ועיין לקמן בשיעורים (עו. ד"ה הנושא אשה כהנת) דנתבאר דיש דין מיוחד בהלכות יוחסין דצריך לבדוק את המשפחה. ולפי"ז נראה דאם נתערב ספק חלל בתוך משפחה אזי זה בעצמו מחיל חלות שם מיוחדת על המשפחה והיא נחשבת לאינה בחזקת כשרות. ומפני זה י"ל דהספק השני, דהיינו זה דנתערבה ספק חללה בתוך המשפחה ולא ידעינן מי היא, כבר הוכרע לחומרא דכל המשפחה עכשיו נחשבת כאינה מיוחסת. וא"כ אין כאן ספק ספיקא ודין אלמנת עיסה לחומרא.

ורש"י בכתובות הביא עוד פירוש באלמנת עיסה וז"ל ומדברי רבי יוסף טוב עלם מצאתי [אלמנת עיסה] אשה שהיה בעלה ספק ספיקא כגון שנתגרשה אמו מבעלה הראשון ספק קרוב לו ספק קרוב לה ומת בתוך שלשה חדשים ונשאת לכהן תוך שלשה חדשים וילדה את זה, ספק שהוא בן תשעה לראשון וכשר ואפילו היתה מגורשת שהרי קודם לגט נתעברה או אפילו אחר הגט והוא ישראל ולא כהן וספק בן שבעה לאחרון ובנו של כהן הוא והרי הוא ספק חלל הרי ספק ספיקא שמא אינו בנו של כהן ואת"ל בנו הוא שמא לא היתה אמו גרושה אלא אלמנה ולהכי קרי לה עיסה שיש בה עירובי ספיקות הרבה כעיסה זו שהיא בלוסה והא דאמרינן לקמן כל שנטמא בה ספק חלל היינו פירושה כל שנטמעו בה ספק עירובי חלל עכ"ל.

ולכאורה לפי רב יוסף טוב עלם יש כאן ספק ספיקא ולכן שיטת רבי יהושע מבוארת. אמנם קשה להבין את שיטת רבן גמליאל דהחמיר באלמנת עיסה, דהרי יש כאן ב' ספיקות בגוף ולמה לא מקילינן כמו בספק ספיקא דעלמא. ונראה דיש לבאר שיטת ר"ג באופן דומה למה דביארנו בדעת הר"י לעיל. דהיינו, דבספק ספיקא דעלמא כמו בפתח

פתוח מצאתי (כתובות ט:) ב' הספיקות חלין בבת אחת, דהיינו בשעה דמצא את הפתח פתוח ולכן פשיטא דב' ספיקות בגוף כזה נחשבין ספק ספיקא ומותר. אמנם באלמנת עיסה לפי ר' יוסף טוב עלם ב' הספיקות נולדו בב' זמנים שונים: כשהבעל זרק לה הגט וספק קרוב לו וספק קרוב לה נולד הספק האם היא גרושה, ובשעת לידת בנה חל הספק האם הוא בנו של בעלה הראשון או של הכהן. וא"כ י"ל דלפי רבן גמליאל זה דומה לספק אחד בגוף וספק אחד בתערובת לפי הר"י דכל ספק הוכרע לחומרא בנפרד בשעת לידת הספק ואין כאן ספק ספיקא. אמנם רבי יהושע נקט דזה דומה לפתח פתוח מצאתי והיא מותרת מדין ספק ספיקא, ואפילו שלא נולדו הספיקות בבת אחת.

ויש לעיין למה התוס' מיאנו מלפרש כמו ר' יוסף טוב עלם. דהיינו, דאם גם במקרה של התוס' וגם במקרה של ר' יוסף טוב עלם בעצם יש ב' ספיקות דחלין בב' זמנים שונים ויש לדון האם באמת יש כאן ספק ספיקא או שכל ספק הוכרע בנפרד, למה התוס' נקטו היכי תמצי דספק אחד בגוף וספק אחד בתעורבת לעומת ר' יוסף טוב עלם דנקט דב' הספיקות חלין בגוף. ויתכן דהתוס' סבורים דבאמת גם רבן גמליאל מודה דספק ספיקא שחל בב' זמנים שונים מהני ביוחסין. ולכן בהיכי תמצא של ר' יוסף טוב עלם דיש ב' ספיקות בגוף גם רבן גמליאל היה הולך לקולא אע"פ דב' הספיקות אינן חלות בבת אחת. ולכן הר"י והריב"א פירשו דאחד מהספיקות הוא ספק תעורבת במשפחה כולה וכנ"ל דלפי ר"ג הספק הזה הוכרע לחומרא דעצם התערובת יוצרת חלות שם משפחה אינה מיוחסת.

ג

הפסק באלמנת עיסה

הרמב"ם (פרק יט מהלכות איסו"ב הל' כ"ג) פסק דהדין באלמנת עיסה הוא דלכתחילה לא תינשא לכהן אבל בדיעבד לא תצא, וז"ל משפחה שנתערב בה ספק חלל כל אלמנה מאותה משפחה אסורה לכהן לכתחלה, ואם נשאת לא תצא מפני שהן שתי ספיקות, שמא זו אלמנת אותו חלל שמא אינה אלמנתו, ואם נאמר שהיא אלמנתו שמא חלל הוא שמא אינו חלל עכ"ל.

והרמב"ם הוסיף, וז"ל אבל אם נתערב בה חלל ודאי כל אשה מהן אסורה לכהן עד שיבדוק ואם נשאת תצא והוא הדין אם נתערב בה ספק ממזר או ממזר ודאי שאשת ממזר ואשת חלל לכהונה איסור אחד הוא כמו שביארנו עכ"ל. וביאר הכס"מ דבספק ממזר דנתערב למשפחה אזי בדיעבד לא תצא כמו ספק חלל, אבל בודאי ממזר דנתערב דין המשפחה כמו אם נתערב בה חלל ודאי דכולם אסורים לינשא לכהנים ואם נשאת

תצא. וכוונת הרמב"ם ד"איסור אחד הוא" הוא דאשת חלל וגם אשת ממזר הוו זונה לכהונה (פרק יח מהלכות איסו"ב הל"א) ואם הנשים האלו נבעלו לכהן לאחר שנפסלו, הולד שלהם הוי חלל. וצ"ב מה החידוש בדברי הרמב"ם, למה היינו חושבים דדין ספק ממזר דנתערב במשפחה שונה מדין ספק חלל.

ונראה לבאר בב' אופנים: א) הבאנו לעיל (אות א') דבאמת הראב"ד חולק על הרמב"ם וסבור דאין היתר דאלמנת עיסה בספק ממזר. וביארנו דספק ממזר מותר מדאורייתא אמנם מדרבנן גזרו עליו איסור ודאי ולכן אין לצרף אותו לספק ספיקא. וכדי להוציא משיטת הראב"ד, הרמב"ם הוסיף דדין ספק ממזר כדין ספק חלל.

ב) ועוד נראה דיש סברא דספק ממזר דנתערב הוי קל יותר מספק חלל, ולכן יש הו"א דספק ממזר דנתערב אין אפי' איסור לכתחילה לינשא לאחד מהמשפחה. די"ל דחללות אינו חלות שם פסול מפסולי קהל אלא דהוי דין ביוחסין ובחלות שם משפחה. אמנם ממזרות בעיקר הוי איסור ביאה דאינו קשור לדיני יוחסין ומשפחה. ולפי"ז יש הו"א דכהן אסור רק במשפחה דנתערבה בה ספק חלל דאז כל המשפחה נעשית אינה מיוחסת ויש דין דכהן אסור לינשא בתוך משפחה כזאת. מאידך, ספק ממזר דנתערב לתוך משפחה, דנין את הספק כספק איסור דעלמא ולכל אלמנה בתוך המשפחה יש רוב דהיא לא נבעלה לממזר ולכן היא מותרת לכתחילה לכהן. ולכן הרמב"ם היה צריך להדגיש דאשת ממזר ואשת חלל הוו "איסור אחד הוא" בנוגע לכהונה.

ונראה לבאר דיש הו"א לחלק בין ספק ממזר דנתערב לבין ספק חלל דנתערב. דהרי חלל אינו מפסולי קהל אלא דהוי חלות שם פסול בגברא בענין יוחסין וממילא בתו אסורה לכהן וכדומה. ומכיון דחללות בעצם הויא חלות פסול בדיני יוחסין אזי מובן דיש חומרא דכהנים לכתחילה אינם יכולם לינשא לנשים דספק פסולות. אמנם יש צד לומר דספק ממזר אינו בעצם ספק בקביעת יוחסין אלא מהווה איסור ממזרות בפני עצמו ואולי אין מקום לומר דיש חומרא לכהנים בדבר דחל כספק איסור בעלמא. ולכן חידש הרמב"ם דאשת ספק ממזר כדין אשת ספק חלל ושניהם אסורים לכתחילה לכהן. והסברא בזה הוא דממזרות גם מהווה פסול בגברא בדיני יוחסין ושייך לומר דלכהנים יש חומרות יתירות בדיני יוחסין.[1506]

ובנוגע לפסק הרמב"ם בחילוק בין אלמנת עיסה לבין בת דנולדה למשפחה הזאת, עיין בשיעורים לעיל (עד. בסוגיא דכתובות יג: ד"ה א"ר יוחנן).

[1506] משמע מדברי רבינו זצ"ל דספק ממזר דנתערב בתוך משפחה לפי הרמב"ם דכל אלמנה אסורה לכתחילה לכהנים (כמו בספק חלל) ולא איירי בשאר ישראל. אמנם עיין בטור (אה"ע סימן ז) דמשמע מדבריו דהבין דלפי הרמב"ם במשפחה דנתערבה בה ספק ממזר אזי כל בת במשפחה אסורה לכתחילה לכל ישראל.

גמ'. דאיתמר ארוסה שעיברה.

מבואר בגמ' דרב נקט כמו רבי אליעזר דספק ממזר אסור בממזר ודאי, בין היכא דרוב כשרים אצלה ובין היכא דכל העולם פסולים אצלה חוץ מהארוס. ויש לעיין מדוע הולד של ארוסה שעיברה אסורה לממזר ודאי, הרי רוב העולם פסולים אצלה ויש רוב דהולד ממזר. ונראה לבאר בב' אופנים:

א) הגזה"כ דממזר ודאי ולא ממזר ספק (לעיל עג.) מלמד שבדיני ממזרות לא הולכין בתר הרוב כלל. ולכן אפי' היכא דרוב פסולין אצלה אין הולכין בתר הרוב לומר דהולד נחשב לממזר ודאי, אלא דהולד עדיין נחשב לספק ממזר ולכן אסור בממזר ודאי.[1507] ולפי"ז האיסור דספק ממזר (אפי' כשיש רוב דהוא ממזר) בממזרת הוי איסור דאורייתא.[1508]

ב) באמת הולכין בתר הרוב היכא דרוב פסולין אצלה לקובע דהולד ממזר ודאי. אבל בארוסה שעיברה אע"פ דרוב העולם פסולים אצלה מ"מ יש רוב אחר דרוב ארוסות נבעלות דוקא לארוסיהן. ומכיון דיש רוב כנגד רוב נשאר כספק מחצה על מחצה ולכן הולד הוי ספק ממזר ואסור בממזר ודאי.[1509]

ונראה דהרמב"ם (פרק טו מהלכות איסו"ב הי"ז) נקט כביאור הראשון. דכתב וז"ל ארוסה שנתעברה והיא בבית אביה הרי הולד בחזקת ממזר ואסור בבת ישראל ואסור בממזרת עכ"ל. מבואר דהרמב"ם פסק כרב דהולד ספק ממזר ואסור בממזרת. אמנם צ"ע בלשונו דהולד בחזקת ממזר, מהו הביאור במלים אלו, דהרי הולד אסור בממזרת משום דהוא ספק ממזר. ולפי הנ"ל נראה לבאר דבאמת יש רוב דהולד ממזר דהרי בארוסה רוב פסולים אצלה וממילא על פי דיני ספיקות דכל התורה כולה הולד הריהו בחזקת ממזר. אמנם בהלכות ממזרות יש גזה"כ דאע"פ דיש רוב, מ"מ הולד עדיין נחשב לספק ולכן אסורה בממזרת.

לפי הנ"ל יוצא דהרמב"ם נקט דאפי' היכא דיש רוב לפסול מ"מ הולד אסור בממזרת מדאורייתא. אבל זה קצת קשה דהרי מבואר לעיל (עג.) דמדאורייתא שתוקי מותר בבת

[1507] ויש להעיר מדברי רש"י (ד"ה ורב אמר) דלפי רב הולד הוי ממזר ודאי מפני הרוב. אמנם עיין בפנ"י (ד"ה ורמי) דהקשה על רש"י מרהיטת הסוגיא. ובענין דין רוב בספק ממזר עיין בפנ"י (כאן ולעיל עג. ד"ה אמר) ובשב שמעתתא (שמעתא ב פרק טו).

[1508] עיין לעיל (עג. בענין ממזר וספק ממזר, אות א) דרבינו זצ"ל הביא מהמגיד משנה (פרק טו מהלכות איסו"ב הלי"ב) דספק ממזר אסור מדאורייתא בממזרת. אמנם הר"ן (לא. בדפי הרי"ף ד"ה אסור) נקט דרבי אליעזר ספיקן בודאן מדרבנן.

[1509] ורבינו זצ"ל הזכיר בקיצור דזהו דעת הרשב"א. ולכאורה כוונתו לדברי הרשב"א לעיל (עג: ד"ה מכלל) וז"ל מכלל שמועה זו נראה שלא אמרו ממזר ודאי אמרה תורה ולא ספק ממזר אלא בשמחצה מיהא כשרין אצלה דכל כי הא הוא דהוי ספק, אבל כל היכא דרוב פסולין אצלה כממזר ודאי משוינן לי' דרובא דאורייתא אא"כ בדקו את אמו ואמרה לכשר וראוי לי נבעלתי כר"ג ור"א ואבא שאול, וארוסה שעברה דאמר לקמן שהולד שתוקי אע"ג דרוב פסולין אצלה שאני ארוסה דתלינן בארוס כדאיתא לקמן והוה לי' כמחצה על מחצה עכ"ל.

ישראל דהרי רוב כשרים אצלה וכל דפריש מרובא פריש וצריך את הגזה"כ דממזר ודאי ולא ממזר ספק דלמא אזלה איהי לגבייהו והוה להו קבוע. נמצא דאפי' בלי שום גזה"כ אם רוב כשרים אצלה אזי מסברא ספק ממזר מותר לישראלית. וא"כ מהי הסברא לומר דאם יש רוב לפסול דהולד הוי ספק ממזר דאסור מדאורייתא לממזרת ודאית.[1510]

ונראה לבאר ע"פ מה שייסדנו לעיל (עג. בענין ממזר וספק ממזר, אות א) בגדר הדין דלפי החכמים ספק ממזר מותר גם בישראלית וגם בממזרת. דביארנו דהדין דספק ממזר מותר בבת ישראל הוי דין באיסור והיתר ולכן הולכין בתר הרוב. אמנם הדין דספק ממזר מותר בממזרת דין הוא ביוחסין, דהיינו דהפסול גברא דממזר מתירו לאשה עם חלות שם פסול ולכן לא הולכין בתר הרוב. ונמצא דלפי החכמים, היכא דרוב כשרים אצלה ויש רוב דהולד כשר, הולד מותר לישראלית (אפי' בלי גזה"כ דממזר ודאי ולא ממזר ספק) דהרי הולכין בתר הרוב באיסור ממזר. אמנם הוא מותר גם לממזרת אע"פ דיש רוב דהוא כשר דהרי בדיני יוחסין הרוב אינו מכריע.

ונראה לבאר דה"ה לפי רבי אליעזר דנקט דספק ממזר אסור בממזרת. דהיינו, דרק מי שמוגדר כממזר ודאי בדיני יוחסין מותר בממזרת, ולכן אפי' כשרוב פסולין אצלה ויש רוב דהולד ממזר הולד עדיין אסור בממזרת מכיון דרוב אינו מכריע בדיני יוחסין. ומכיון דבהלכות יוחסין הוא עדיין מוגדר כספק ממזר, ממילא לפי רבי אליעזר הוא אסור בממזרת ודאי. אמנם, היכא דרוב כשרים אצלה אע"פ דבדיני יוחסין הולד עדיין הוי ספק ממזר, מ"מ לענין האיסור לישראלית הולכין בתר הרוב ומכריעין לקולא.

דף עה:

תוד"ה ורבי ישמעאל. בא"ד. ושמא יש לומר אם הולד כשר א"כ הוא הולך אחר העובד כוכבים וכו' אבל השתא דקסבר הולד ממזר א"כ הולך אחר אמו ואיכא למיחש טפי שלא תנשא לעובד כוכבים.

עיין במהרש"א דיש ב' גירסאות בדברי התוס'. דבגירסא אחת איתא "וליכא למיחש לכך אם תנשא לעובד כוכבים", ולפי"ז התוס' סבורים דעבד ועכו"ם הבא על בת ישראל הולד כשר פירושו דהוא גוי גמור ויכול להתגייר ולהיות ישראל כשר (עיין בכל זה בשיעורים לעיל סח: בענין עבד ועכו"ם הבא על בת ישראל). וא"כ מובן תירוץ התוס' דלפי המ"ד הולד כשר

[1510] לכאורה אפשר לתרץ כמו שביאר רבינו זצ"ל לעיל דלפי רבי אליעזר יש גזה"כ דממזר ודאי ולא ממזר ספק דמתיר שתוקי בבת ישראל מדאורייתא. אלא דרבי אליעזר הבין דדרשא הזה מלמד דלא הולכין בממזרות בתר הרוב ולכן אפי' אם רוב פסולין אצלה, מ"מ הולד עדיין נחשב לספק ולכן אסור מדאורייתא בממזרת ודאית. אמנם, כאן, רבינו זצ"ל רצה לתת סברא לדין הזה דאפי' אם יש רוב דהולד ממזר מ"מ הוא אסור מדאורייתא בממזרת ודאית.

אין טעם שכותי לא ישא כותית אפי' אם הכותי הוא בת ישראל, דהרי שניהם נכריים. אמנם יש גירסא אחרת וז"ל וליכא למיחש כל כך אם תנשא לעובד כוכבים עכ"ל. ולפי"ז משמע דבאמת לפי המ"ד הולד כשר, הולד ישראל הוא ואעפ"כ אין למיחש כל כך אם הוא נושא כותית דהיא נכרית. וצ"ע דהרי בין המ"ד הולד ממזר ובין המ"ד דהולד כשר שניהם סבורים דהוא ישראל, וקשה א"כ למה חוששין דלא ישא גויה רק לפי המ"ד דהולד ממזר ולא לפי המ"ד דהולד כשר.

ונראה לבאר ע"פ מה דייסדנו לעיל (סח: בענין עבד ועכו"ם הבא על בת ישראל, אות ב) דיש סתירה בין חלות ממזרות לבין חלות גיות, דהיינו שחלות גיות מונע את חלות ממזרות מלחול. ונמצא דלפי המ"ד הולד ממזר הולד מתייחס רק לאמו הישראלית ולא לאביו הגוי דהרי אם יש בו חלות גיות אזי א"א שגם יהיה בו חלות ממזרות. אמנם לפי המ"ד דהולד כשר ואינו ממזר, י"ל דאכן הולד ישראל אבל חל בו פסול גיות וזה מפקיע את חלות הממזרות מלחול.

ולפי"ז אפשר להבין דברי התוס'. דהרי י"ל דהאיסור לישא נכרית תלוי בזה דהחתנות עם הנכרית מסירה את בנם מהקב"ה ומזהמת את בנם בגיות.[1511] וא"כ לפי המ"ד דעכו"ם הבא על בת ישראל הולד ישראל עם חלות גיות אזי אין לחוש כל כך לאיסור חתנות עם גויה דהרי כבר יש בו חלות גיות. אמנם אם הולד ממזר, אזי מוכח דאין בו חלות גיות ולכן מובן דיש איסור גמור לישא נכרית ולהחיל חלות גיות בולד שלהם.

תוד"ה ורבי ישמעאל. בא"ד. וא"ת היכא אשכחן וכו' אבל אזהרתו לביאתו לא שמעינן וצריך לומר דכיון דאין קידושין תופסין בהן הוי ממזר דהא בהא תליא.

יש ב' חידושים בדברי התוס'.

א) בתירוצם נקטו במפורש דממזרות תלוי באי-תפיסת קידושין ולא באיסור ביאה. ועיין בשיעורים לעיל (סז: ד"ה אשת איש) דהארכנו בזה.

ב) משמע מדבריהם דאין איסור לאו בביאה עם נכרית. וזה נגד הרמב"ם ועוד ראשונים דהבאנו לעיל בשיעורים (סט. ד"ה עשרה יוחסין וכו' נתיני). ונראה דהתוס' מודים דיש איסור דאורייתא בביאה דרך חתנות עם נכרית אבל אין איסור לאו במעשה ביאה דעלמא. ולכן אם ממזרות היה תלוי באיסור לאו לא היה ממזרות מישראל ונכרית דהרי הביאה עצמה אינה אסורה מדאורייתא.[1512]

[1511] ובגדר הפסוק דכי יסיר והקשר דהסרה ללאו דלא תתחתן, עיין בשיעורים לעיל (סח: תוד"ה בנך, אות א).

[1512] אמנם עיין בתוס' הרא"ש (ד"ה סבר) דהקשה היאך הולד ממזר אם אין איסור דאורייתא לבעול נכרית שלא בדרך חתנות. ותירוץ בב' אופנים וז"ל ונ"ל דלא הוי ממזר אלא מדרבנן וכו' א"נ דרך חתנות דאיכא איסורא דאוריתא גמרינן מאשת אב עכ"ל.

גמ'. ואי ס"ד סבר לה כר"ע, השתא ממזר הוי, מיפסל בביאתו מיבעיא.
מבואר בגמ' דאם הולד ממזר אזי פשיטא מסברא דישראלית הנבעלת לעכו"ם פסולה. ויש לעיין בגדר הקשר בין הדברים. ונחלקו הראשונים בפירוש הגמ'.
התוס' (ד"ה השתא) הביאו מרבינו שמשון מקוצי דבעצם אין קשר בין זה דהולד ממזר לפי רבי עקיבא לבין הפסול דהאשה. אלא דמכיון דר"ע סבור דאין קידושין בחייבי לאוין ממילא יש לכלול עבד ועכו"ם ביחד עם שאר הלאווין דנלמדים מפסוק אחר ד"ובת כהן כי תהיה לאיש זר", וא"כ אין צורך לדרשא מיוחדת שעבד ועכו"ם פוסלים אשה לתרומה. וכבר העירו התוס' בעצמם שזה קצת דחוק בלשון הגמ'.
ויש לבאר את הגמ' באופן אחר על פי שיטת הראב"ד. דהרי הרמב"ם (פרק יח מהלכות איסו"ב הלי"ח) פסק דכל ביאה עם פסול לה מחילה עליה חלות שם זונה, וז"ל מפי השמועה למדנו שהזונה האמורה בתורה היא כל שאינה בת ישראל, או בת ישראל שנבעלה לאדם שהיא אסורה להנשא לו איסור השוה לכל, או שנבעלה לחלל אע"פ שהיא מותרת להנשא לו וכו' אבל הנבעלת לאחד מאיסורי לאוין השוין בכל ואין מיוחדין בכהנים, או מאיסורי עשה ואין צריך לומר למי שהיא אסורה לו משום ערוה, או לעכו"ם ועבד הואיל והיא אסורה לו להנשא הרי זו זונה עכ"ל. אמנם הראב"ד חולק על זה ונקט דחלות שם זונה חל רק באיסור כרת או היכא דאין תפיסת קידושין, וז"ל ליתנהו להני כללי שאין זונה אלא מחייבי כריתות או מעכו"ם ועבד שאין בהן קידושין מיהו כל הפסולים לבא בקהל אם באו עליה פסלוה מן הכהונה ומן התרומה ואפילו חלל משום דכתיב ולא יחלל זרעו מה הוא מחלל אף זרעו מחלל אבל ללקות עליה משום זונה לא עכ"ל. ונמצא דלפי הראב"ד שפיר מובן קושיית הגמ' דהרי אם הולד של עכו"ם הבא על בת ישראל הוא ממזר, זה מוכיח דאין תפיסת קידושין. ואם אין תפיסת קידושין בעבד ועכו"ם וישראלית אזי ביאה עמהם מחילה עליה חלות שם זונה ולא צריך גזה"כ מיוחדת לפסול אותה.
ועיין בסוף התוס' דהביאו ביאור אחר, וז"ל והר"ר שלמה מטריוו"ש מיישב הכי השתא ממזר הוי בעובד כוכבים וא"כ ביאתו ביאה ולא הוי כביאת בהמה דהולד אין ממזר מיפסיל בביאתו מיבעיא כמו שאר פסולין עכ"ל. והביאור בזה הוא דבאמת כל ביאה עם פסול לה פוסלה לכהונה. אמנם יש הו"א דעכו"ם הבא על בת ישראל אינו פוסלה מכהונה מכיון דביאתו כביאת בהמה ובכן ליכא חלות שם ביאה. אמנם מזה דהולד ממזר רואים דהולד מתייחס אחר אביו ונמצא דיש לגוי חלות שם ביאה דיכול לפוסלה מכהונה. מאידך לפי המ"ד דאין הולד ממזר אזי הביאור הוא דע"פ דין אין לו אב כלל,

וא"כ י"ל דיש חסרון בחלות שם ביאה דגוי ולכן אין ביאתו פוסלה מכהונה בלי גזה"כ אחרת.

דף עו.

משנה. הנושא אשה כהנת.

רש"י כתב (ד"ה לויה וישראלית) דהמשנה איירי בכהן הבא לישא אשה, ומשמע דלוי או ישראל אין צריך לבדוק לפני שמתחתנים. וכן איתא בתוס' (ד"ה הנושא). וצ"ב דהרי רש"י (ד"ה בודקין) כתב דהבדיקה היא מפאת פסולי קהל כמו ממזרות, והאיסור ממזרות שייך גם ללוי ולישראל, וא"כ צ"ע למה רק כהן צריך לבדוק. ובאמת הרמב"ן (ד"ה ובסיפא) הביא גירסא אחרת דגם לוי וישראל צריך לבדוק, ושיטת רש"י צ"ב.

ונראה לבאר יסוד חיוב הבדיקה, דהרי אע"פ דרש"י כתב במשנה דהבדיקה כוללת ממזרות ושאר פסולי קהל, מ"מ מפירושו בהמשך הסוגיא (ד"ה לא הוזהרו כשרות) מבואר דהחשש לממזרות לבד אינו סגי לחייב בדיקה. דהרי הגמ' אומרת דכהנת אינה צריכה לבדוק ביחוס בעלה מפני דלא הוזהרו כשרות לינשא לפסולים. ורש"י ביאר וז"ל כהנות לינשא לפסולין כגון חללי גירי וחרורי וכיון דלא הקפידה תורה עליהם ליוחסין רבנן נמי לא עבוד בהו מעלה לאצרוכינהו בדיקה ואפילו מחמת ממזרות ושתוקות אלא כי איתחזיק איסורא ביה אבל לחששא ולמיבדק לא אצרכינהו עכ"ל. הרי מבואר דהיא רק צריכה לבדוק מפני ממזרות היכא דאיתחזק איסורא. וצ"ב בשיטתו דהרי במשנה רש"י כתב דכהן צריך לבדוק מפני חשש ממזרות ופסולי קהל, ומאי שנא כהן מכהנת.

והתוס' (ד"ה צריך) ביארו דרק בודקין לשאר פסולי קהל אגב הבדיקה לחללות, וז"ל דעיקר הבדיקה ותקנה משום פסול חללות ואגב בדיקה דחללות בדקי נמי היכא דלא שייך אלא פסול ממזרות כגון לויה וישראלית אבל גבי איהי דליכא פסול חללות דלא הוזהרו כשרות לינשא לפסולין לא צריך לבדוק משום ממזרות עכ"ל. וא"כ מובן למה כהן, דשייך בו איסור חללות, צריך לבדוק גם לחללות וגם לשאר פסולי קהל, וכהנת דלא שייך בה פסול חללות, אינה חייבת לבדוק לממזרות. אמנם לכאורה גם זה צ"ע דהרי למה חיוב הבדיקה היא על איסור הכהן לישא חללה ולא על שאר איסורים.

ונראה שהמחייב של הבדיקה אינו החשש שהכהן יעבור על איסור לישא פסול כהונה או פסול קהל דא"כ גם ישראל יכול לעבור על איסור ביאה ולמה אין בודקין לישראל. אלא דיש מצוה של וקדשתו (ויקרא פרק כא פסוק כ) המחייבת ב"ד ליזהר דוקא בקדושת וייחוס כהונה, ואם כהן נשא לפסולה לו יש חיוב מיוחד על ב"ד לכוף אותו להוציאה.

וזה מבואר במה שהביא הבית יוסף (אה"ע סימן ו) מהגמ' ביבמות, וז"ל כתוב בארחות חיים (הל' איסו"ב אות יז) כתב רב נטרונאי כהן דנסיב גרושה או אחת מהפסולות ושמיתו יתיה תרי תלתא זימני ולא שבקה ואמר לא ניחא לי דלהוי כהן משמתין ליה לעולם עד דפריש מינה ומגרש לה דאמרינן (יבמות פח:) וקדשתו (ויקרא כא ח) בעל כרחו עכ"ל. ונראה דלא רק הב"ד מחוייב לשמור על קדושת וייחוס דכהונה אלא גם הכהנים עצמם נמי חייבים. והחיוב בדיקה דמשנתנו הוא מדין חיוב מסוים דוקדשתו, דצריך לשמור על קדושת הזרע דכהונה מכל זיהום, ולא מחשש בעלמא של איסור ביאה עם פסולי קהל או פסולי כהונה.[1513]

ולפי"ז מובן למה רק כהן צריך לבדוק ולא ישראל או כהנת. דהרי אין לישראל או כהנת החיוב לשמור על קדושת הזרע שלהם מזיהום כמו כהן. ולכן הם צריכים ליזהר ולבדוק רק כשאיתחזק פסולי קהל במשפחה כדי לא לעבור על איסור לאו. אבל כהן חייב במצות "וקדשתו" וצריך לבדוק מפאת החיוב לשמור על ייחוס דכהונה שלו מכל זיהום. וזה מסתבר במיוחד אם נקטינן דהבן של כהן וחללה[1514] או כהן וממזרת אינו כהן כלל והוי כזר,[1515] דהרי אין לך ביטול מצות וקדשתו יותר מאם הולד אינו כהן כלל והוי זר.

וביסוד הזה גם נראה לבאר שיטת הרמב"ם (פרק יט מהלכות איסו"ב הלי"ח-הלכ"א) דפסק כחכמים דחיוב הבדיקה קיים רק היכא דקרא ערעור על המשפחה, וז"ל משפחה שקרא עליה ערער והוא שיעידו שנים שנתערב בהן ממזר או חלל או שיש בהן עבדות ה"ז ספק ואם משפחת כהנים היא לא ישא ממנה אשה עד שיבדוק עליה ארבע אמהות שהן שמנה וכו' ואם היתה משפחה זו שקרא עליה ערער לוים או ישראלים, מוסיף לבדוק להם זוג אחד, ונמצא בודק עשר אמהות, שהעירוב בלוים וישראלים יתר מן הכהנים וכו' ולמה יבדוק האיש כשירצה לישא ממשפחה זו שהורעה חזקתה ולא תבדוק אשה שתנשא להן מפני שלא הוזהרו כשרות להנשא לפסולין עכ"ל.

ולכאורה צ"ב בשיטתו, דהרי מצד אחד ישראל הרוצה לישא אשה ממשפחה שקרא עליה ערעור צריך לבדוק, ומוכח מזה דצריך בדיקה גם לפסולי קהל. אבל א"כ צ"ב למה אשה אינה צריכה לבדוק, הרי הדין דלא הוזהרו כשרות להנשא לפסולים שייך רק

[1513] והשווה לדברי רבינו זצ"ל ברשימות שיעורים לבבא מציעא (ל. ד"ה היה כהן והיה בבית הקברות).

[1514] עיין בלשון הרמב"ם (פרק יט מהלכות איסו"ב הל"י) וז"ל אבל חלל של תורה הודאי הרי הוא כזר ונושא גרושה ומטמא למתים שנאמר אמור אל הכהנים בני אהרן אע"פ שהם בני אהרן עד שיהיו בכיהונם עכ"ל.

[1515] עיין ברשימות שיעורים ליבמות (לז. ד"ה ראשון ראוי) דרבינו זצ"ל הביא מחלוקת אחרונים בדין כהן ממזר האם יש בו קדושת כהונה או לא.

לפסולי כהונה ולא לפסולי קהל דפשיטא דאשה ישראלית אסורה בממזר. ומאי שנא ישראל דצריך לבדוק מישראלית או כהנת דאינן צריכות בדיקה.

וי"ל ע"פ היסוד הנ"ל דיסוד חיוב הבדיקה אינו משום חשש איסור ביאה דהרי איש ואשה שווין באיסור ביאה דממזרות. אלא דהצורך לבדוק חל מדין חיוב מיוחד לשמור על קדושת היוחסין בישראל. ויתכן דהרמב"ם נקט דהחיוב הזה שייך רק לזכרים ולא לנקבות ולכן הן לא צריכות לבדוק. ואולי לפי הרמב"ם זוהי כוונת הגמ' דלא הוזהרו כשרות לינשא לפסולים, דהכלל הזה מורה דאין חיוב על הנשים לשמור על טהרת וקדושת היוחסין.[1516] ונראה דזה גם שיטת הראב"ד (שם הלי"ח) דהרי השיג על הרמב"ם רק בנוגע להשוואת כהן לישראל, וז"ל תימא דהוה ליה לכתוב כהן לא ישא אותה אבל בישראל לא גזרו שיהא צריך לבדוק כ"כ עד ד' אמהות וכו' עכ"ל. ומשמע דגם ישראל צריך לבדוק אבל לא כ"כ. אמנם הראב"ד לא השיג עליו בנוגע לכהנת וישראלית. ומשמע דמודה לרמב"ם דאע"פ דהכלל דלא הוזהרו כשרות לינשא לפסולים שייך רק בכהונה ולא בפסולי קהל, מ"מ רק ישראל הבא לישא חייב לבדוק ולא ישראלית.

ובאמת מצינו בדומה דין דשמירת יוחסין בישראל לפי הראב"ד. דהרי הרמב"ם (פרק טו מהלכות איסו"ב הל"ב) סבור דלוקין על איסור ממזר רק כשקידש ובעל (עיין בשיעורים לעיל סו: ד"ה כל מקום, אות ב). והראב"ד חולק על זה ונקט דלוקין על האיסור דפסולי קהל בביאה לחוד. ואחרי שהביא ראיות לשיטתו הוסיף הראב"ד סברא, וז"ל והדין נותן שהביאה תאסר כדי שלא ירבה ממזרות בישראל ופצוע דכא כדי שלא תזנה אשתו תחתיו והממזרות רבה עכ"ל. ונראה מדבריו דחלק מהלאו דממזר הוא לשמור על הייחוס דבנ"י מזיהום, ולכן מסתבר דהלאו כולל ביאה בלי קידושין כדי שלא ירבה ממזרות בישראל. אמנם הראב"ד סובר דאין כאן חיוב מיוחד דחל רק על ב"ד בלבד לשמור על יוחסין אלא דכל יחיד ויחיד מחוייב בלאו דלא יבוא ממזר בקהל ה' וחלק מעצם הלאו הוא לשמור על היחוס שלא לגרום ממזרים.[1517] אמנם, בנוגע לקדושת וייחוס דכהונה יש פסוק מיוחד ד"וקדשתו" וזה כולל חיוב מיוחד על ב"ד.

ועיין ברמב"ן (חידושי הרמב"ן עו. ד"ה ללויים וישראלים) דגריס במשנה "לויים וישראלים מוספין עליהן עוד אחת" במקום הגירסא "לויה וישראלית". וכתב הרמב"ן וז"ל ובסיפא תנא לוים וישראלים אחד האנשים ואחד הנשים במשמע עכ"ל, כלומר, דישראל

[1516] ואולי י"ל שהוא משום דלמשפחותיהם לבית אבותם כתיב, דהיינו דיחוס המשפחה בישראל הולך בתר האב, ולכן על האבות בלבד לשמור על טהרת יחוס משפחותיהם ולא על הנשים. והוא חלק מהמצוה ליסד בנ"י לשבטיהם ולמשפחותיהם.

[1517] אך לפי"ז אף הנשים היו חייבות לשמור על יחוסן, וצ"ע.

וישראלית הרוצים לינשא שניהם צריכים לבדוק. ונראה לבאר דלפי הרמב"ן יש חיוב בדיקה מפאת איסור הלאו דפסולי קהל ולכן אין לחלק בין ישראל לבין ישראלית. ועוד יתכן לומר דכמו דפירשנו לעיל בדעת רש"י דכהן זכר צריך לבדוק מפאת חיוב לשמור על קדושת ייחוס זרע כהונה, כמו"כ לפי הרמב"ן יש חיוב על כל ישראל וישראלית לשמור על קדושת זרע ישראל מזיהום.[1518]

דף עו:

גמ'. אמר רב חמא בר גוריא אמר רב אם קורא עליו ערער צריך לבדוק אחריה.

נחלקו רש"י והרמב"ם בגדר הערעור. דרש"י (ד"ה כשקרא) כתב וז"ל א"צ בדיקה אלא אם קראו עליה שני עדים שמץ של פסול ולא שמעידים עדות גמורה אלא יציאת קול וכיון דקרא עליה ערער עכ"ל. כלומר דהעדים מעידים שיש קול דפסול נתערב במשפחה הזאת. אמנם הבאנו דברי הרמב"ם (פרק יט מהלכות איסו"ב הלי"ח) דהעדים מעידים דבודאי נתערב במשפחה הזאת ממזר, וז"ל משפחה שקרא עליה ערער והוא שיעידו שנים שנתערב בהן ממזר או חלל או שיש בהן עבדות עכ"ל. ונראה דנחלקו רש"י והרמב"ם בגדר הבדיקה. דלפי רש"י הבדיקה מהני רק היכא דיש כח בבדיקה לעקור את הקול לגמרי ולומר דהקול לא היה נכון. אמנם היכא דבודאי יש ממזר בתוך המשפחה יתכן דהבדיקה אינה מועילה והמשפחה הזאת עדיין אסורה. אמנם לפי הרמב"ם הבדיקה מבררת דהממזר דנתערב במשפחה אינה קשורה לאשה הזאת שהוא רוצה לינשא אותה ולכן הבדיקה מהני אפי' אם יש שמועות על פסול דנתערב במשפחה.

גמ'. דאמר מר ששם היו יושבים מייחסי כהונה ומייחסי לויה.

רש"י (ד"ה ששם) פירש ששם היו יושבים סנהדרין בלשכת הגזית ומייחסים את הכהנים. אמנם עיין בהגהת הגר"א דהעיר דהיה ב"ד אחר מאחורי הבית דבדקו את ייחוס הכהנים כדאיתא בספרי (פרשת קרח פיסקא קטז) וז"ל ולמבית לפרוכת, מיכן אמרו מקום היה אחורי בית לפרוכת ששם בודקים יחוסי כהונה עכ"ל. ונראה דאפי' לפי הגר"א הב"ד מאחורי הבית עשו רק את הבדיקות אבל סוף כל סוף הסנהדרין של ע"א בלשכת הגזית פסק האם הכהן הזה כשר לעבודת ביהמ"ק או לא.

ולפי הפירוש הזה במחלקות בין רש"י והגר"א י"ל דנחלקו באופן דומה למחלוקת בין הרמב"ן ורס"ג בנוגע לקבלת עדות בדיני נפשות לפני ג'. דכתוב בתורה (דברים פרק יז

[1518] אמנם הרמב"ן עצמו הביא מירושלמי שהכל מדין קנס וז"ל ובדין הוא שלא יהו צריכין בדיקה אבל קנס הוא כדי שיהא אדם מדבק בשבטו ובמשפחתו שהיא בדוקה לו ולא יהא צריך לטרוח לבדוק, וקנסו יותר בלוים וישראלים מן הכהנים לפי שאין מדקדקין כל כך ביוחסין ואינן מדבקין במשפחתן וכו' עכ"ל.

פסוק ו) וז"ל על פי שנים עדים או שלשה עדים יומת המת, לא יומת על פי עד אחד עכ"ל. והרמב"ן (על אתר) הביא מרס"ג דהפשט בפסוק הוא דקבלת עדות בדיני נפשות כשר לפני ג', וז"ל ועל דרך הפשט אמר הגאון רב סעדיה, שנים עדים, או שלשה מקבלי עדות השנים עכ"ל. והרמב"ן השיג עליו דדיני נפשות צריך ב"ד של כ"ג, וז"ל אבל כמדומה לי שטעה הגאון בדינו, כי עדות דיני נפשות לא תקובל רק בפני סנהדרין של עשרים ושלשה עכ"ל. ופשיטא דרס"ג מודה דהגמר דין בדיני נפשות צריך ב"ד של כ"ג, אלא דחידש דניתן לחלק בין גמר הדין דצריך כ"ג לבין קבלת העדות דצריך רק ג'.

ונראה דרש"י בסוגיא דידן נקט כמו הרמב"ן דכל היכא דפסק הב"ד צריך ב"ד מסויים אזי כל המעשים של הב"ד, כולל קבלת העדות והבדיקות, כמו"כ צריך את הב"ד המסויים הזה ולא סגי בב"ד של ג'. אמנם הגר"א נקט כמו רס"ג דיש לחלק בין השלבים של הדין, וניתן לומר דרק גמר הדין צריך ב"ד הגדול לעומת הבדיקות דרק צריך ב"ד של ג'.

אמנם בין לשיטת רש"י ובין לשיטת הגר"א לכאורה כל הסוגיא צ"ב דלמה צריך ב"ד של ע"א ליוחסי כהונה בכלל. ונראה לבאר דבאמת עצם הדין דייחוס הכהונה אינו צריך ב"ד של ע"א אלא ב"ד של ג' בלבד. אמנם הב"ד הגדול של ע"א הם האחראים על שמירת ועבודת ביהמ"ק, וייחוס דכהנים העובדים על המזבח והלויים דעולים לדוכן הוי חלק של הדין הכללי הזה של שמירת עבודת המקדש. ולכן צריך רשות מהב"ד הגדול כדי לעבוד במקדש.[1519]

ולפי"ז יש לחלק בין שיטת הגר"א בסוגיא דידן לבין שיטת הרס"ג בנוגע לקבלת עדות בדיני נפשות. דהרי י"ל דבדיני נפשות הגר"א מודה לרמב"ן דאם גמר הדין צריך כ"ג אזי כל הדין, כולל קבלת העדות, צריך כ"ג. אמנם בנוגע לייחוס כהונה, אין כאן פסק או דין הוראה דצריך ב"ד של ע"א, אלא דהוי דין בשמירת המקדש דחל על ב"ד הגדול. ולכן מסתבר דרק השלב האחרון, דהיינו נתינת הרשות, צריך ב"ד של ע"א ולא הבדיקות.

ועיין ברמב"ם (פרק ו מהלכות ביאת מקדש הלי"א) וז"ל ב"ד הגדול היו יושבין בלשכת הגזית, ועיקר מעשיהם התדיר שהיו יושבין ודנין את הכהונה ובודקין הכהנים ביוחסין ובמומין, כל כהן שנמצא פסול בייחוסו לובש שחורים ומתעטף שחורים ויוצא מן העזרה, וכל מי שנמצא שלם וכשר לובש לבנים ונכנס ומשמש עם אחיו הכהנים עכ"ל. ונראה דסבור כמו רש"י דגם הבדיקות צריכות להיות לפני סנהדרין הגדול.

[1519] והשווה לדברי התפארת ישראל במשנה מדות (פרק ה משנה ד, יכין אות לד) וז"ל ודנה את הכהונה. כל ענייני כהונה, שאין כהן נכנס לעבודה עד שבודקין אחר יחוסו, ושאין בו מום, וכמו כן דנין שם את הלויים שאין בהן דבר הפוסלן לשירות, וכמו כן דנו על כל דבר שיארע בקרבנות שבמקדש, ועל כל דבר שיארע בישראל, כי משם דת ודין יוצא לכל ישראל עכ"ל.

גמ'. דתני רב יוסף כשם שבית דין מנוקין בצדק, כך מנוקין מכל מום.

הרמב"ם (פרק ב מהלכות סנהדרין הל"ו) הביא את הדין דדיינים צריכים להיות בלי מום כשאיירי בסנהדרין גדולה וקטנה, וז"ל אין מעמידין בסנהדרין בין בגדולה בין בקטנה אלא אנשים חכמים ונבונים וכו' כשם שבית דין מנוקין בצדק כך צריכין להיות מנוקין מכל מומי הגוף עכ"ל.

ויש להעיר דלפי הרמב"ם אין סומכין דיין בעל מום בסמיכה אפי' לדיני ממונות. דהרי הרמב"ם נקט דמי שפסול לדון בדבר אחד פסול לסמיכה בנוגע לכל התורה כולה. דהרי בפרק ב' מהלכות סנהדרין (הל"ט) הרמב"ם כתב דסומא באחת מעיניו כשר לדון דיני ממונות בב"ד של שלושה, וז"ל בית דין של שלשה שהיה אחד מהן גר הרי זה פסול עד שתהיה אמו מישראל, היה אחד ממזר אפילו שלשתן ממזרים הרי אלו כשרין לדון, וכן אם היה כל אחד מהם סומא באחד מעיניו כשר מה שאין כן בסנהדרין, אבל הסומא בשתי עיניו פסול לכל עכ"ל. אמנם לקמן בפרק ד (הל"ח-הל"י) הרמב"ם ביאר דהפסול לדון בדבר אחד אין סומכין אותו לדון כלל, וז"ל ויש להן למנות כל מי שירצו לדברים יחידים, והוא שיהיה ראוי לכל הדברים, כיצד חכם מופלא שראוי להורות לכל התורה כולה יש לבית דין לסמוך אותו וליתן לו רשות לדון ולא להורות באיסור והיתר, או יתנו לו רשות באיסור והיתר ולא לדון דיני ממונות, או יתנו רשות לזה ולזה אבל לא לדון דיני קנסות, או לדון דיני קנסות אבל לא להתיר בכורות במומין, או יתנו לו רשות להתיר נדרים בלבד או לראות כתמים וכן כל כיוצא בהן וכו' חכם מופלא שהוא סומא בעינו אחת אע"פ שהוא ראוי לדיני ממונות אין סומכין אותו לדיני ממונות מפני שאינו ראוי לכל הדברים וכן כל כיוצא בזה עכ"ל. הרי אע"פ דהוא רק סומא בעין אחד וכשר מעיקר הדין לדון דיני ממונות, מ"מ אין סומכין אותו אפי' רק לדיני ממונות. יוצא דמכיון דבעל מום אינו בר סמיכה אזי ב"ד של שלושה למלקות ג"כ צ"ל מנוקה ממומין דהרי רק סמוכים יכולים להיות בב"ד של ג' למלקות, ובעל מום אינו מקבל סמיכה.

ובנוגע לדין הזה של הרמב"ם עיין בקצוה"ח (סימן ז סק"א) דהקשה מהגמ' דגר דן את חבירו. דהרי לפעמים צריך ב"ד סמוך כדי לדון את הגר כמו דצריך ב"ד סמוך לדון כל אחד מישראל, וא"כ היאך גר דן את חבירו בב"ד סמוך אם הגר אינו ראוי לדון ישראל מלידה וא"כ אינו יכול לקבל סמיכה לפי הרמב"ם. ועיי"ש מה שתירץ. אמנם נראה לבאר דשאני גר מסומא. דהרי י"ל דהא דלפי הרמב"ם אין סומכין מי שאינו ראוי לכל הדברים הוא רק היכא דהטעם דאינו ראוי לדון בדברים מסויימים הוא מפאת הלכות דיינים והוראה. ולכן, מכיון דסומא באחת מעיניו פסול מלהיות דיין בסנהדרין, אין סומכין

אותו אפי' לדיני ממונות. אמנם בגר לא חל פסול מיוחד דאינו ראוי לדון ישראל מלידה אלא דיש דין כללי דגר מופקע משררה דכולל להיות דיין בב"ד. ומכיון דאין בו חלות פסול מיוחד לדון, אזי הדין שאין סומכין מי שאינו ראוי לדון בכל הדברים לא חל בו ואפשר לסמוך אותו לדברים שהוא ראוי להם כמו לדון את חבירו הגר.[1520]

דף עז.

משנה. בת חלל זכר פסולה מן הכהונה לעולם, ישראל שנשא חללה בתו כשירה לכהונה.

יש לעיין בגדר הדין דלפי החכמים חלות חללות מתיחסת ועוברת רק דרך האב ולא דרך האם, דהרי למה לא אמרינן בחללות דהולד הולך אחר הפגום שבשניהם.[1521] ועיין בשיעורים לעיל (סו: בענין יסוד הדין דחללות, אות ב) שהבאנו מהגר"ח זצ"ל דיש ב' דינים בחללות: א) ביאת איסור יוצרת חלות פסול דחללות,[1522] ב) דין במשפחה דעוברת מדור לדור. והדין הראשון שייך בין לכהנת ובין לישראלית (דהרי גם ישראלית גרושה דנבעלה לכהן חל בה פסול חללות), אמנם הדין השני שייך רק למי דראוי להיות ממשפחת כהונה, וחלות שם משפחה עוברת דרך האב. וכל היכא דאין ביאת איסור הולד נעשה חלל עפ"י הדין השני דמשפחה וזה תלוי במשפחת האב, וזהו הטעם דישראל שנשא חללה בתו כשרה לכהונה. ולפי"ז אין חלות חללות דומה לחלות ממזרות, דהרי ממזרות מהווה חלות שם פסול גברא דאינו קשור לחלות דין משפחה, והפסול חל מהאב או מהאם. אמנם חלות שם החללות שחלה בדור הבא חל מדין משפחה בלבד ולא חל מדין פסול. **אמנם** לפי דברי הגר"ח זצ"ל קשה קצת להבין את דברי רבי יהודה בהמשך המשנה דהשווה חלות דין גר דחל בדור הבא וחלות דין חללות דחל בדור הבא וז"ל רבי יהודה אומר בת גר זכר כבת חלל זכר עכ"ל. דהרי לפי הגר"ח זצ"ל ההשוואה הזאת צ"ע קצת, דהרי בחללות הטעם דהולך אחר הזכר הוא משום דהיכא דאין ביאת איסור חלות שם חללות הוי דין במשפחה. ולכאורה הטעם הזה אינו שייך לחלות דין גרות דאינו חלות

[1520] ועיין במש"כ רבינו זצ"ל באגרות הגרי"ד הלוי קונטרוס חאסלאוויץ אות ח' (עמ' רפ"ה – רפ"ו).

[1521] דהרי אמרינן דהולד הולך אחר הפגום אפי' היכא דאין עבירה (עיין בשיעורים לעיל סו: ד"ה והרי גר) בדעת רבי יוסי דגר מותר בממזרת. אמנם עיין בפנ"י (ד"ה ישראל שנשא) הבין דמסברא ישראל שנשא חללה בתו כשרה לכהונה מפני דהדין דהולך אחר הפגום שבשניהם חל רק היכא דיש עבירה. אמנם כל היכא דאין עבירה הדין הוא דהולך אחר הזכר. ועיין בשיעורים לעיל (סז. רש"י ד"ה בנה שלישי).

[1522] עיי"ש דהגר"ח זצ"ל ביאר דבלי גזה"כ היינו אומרים דחללות הוי פסול כמו ממזרות והיה הפסול עובר דרך האם החללה אל הולד. אבל יש גזה"כ דמלמדת דהפסול הזה שייך רק לאשה החללה עצמה דנבעלה לפסול כהונה ולא לולד.

שם במשפחה, וא"כ למה משמע מדברי המשנה דיש יסוד אחד להא דחלות שם גרות וחלות שם חללות חלין בדור הבא רק דרך האב.[1523]

ולכן נראה לבאר לרבי יהודה את הדין דחללות וגרות חלין דרך האב ולא דרך האם באופן אחר. דהיינו, דהדין דהולך אחר הפגום שייך בחלות פסול בהלכות יוחסין, דיש לחלות הזאת נ"מ באיסור ביאה לקהל או לכהנים. ולכן ישראל שנשא ממזרת הולד הוי ממזר מכיון דהולד הולך אחר הפגום. אמנם חלות חללות וחלות גירות אינן בעיקרן חלויות בהלכות יוחסין ופסולי קהל, אלא דקובעים חלות שם בגברא לדינים דעלמא. דהרי גברא דחלל הוי כזר ואינו ככהן, ויש לזה נ"מ לעבודה בבהמ"ק ולתרומה ולעוד הרבה דינים. וגברא דחל בו חלות שם גר אינו יכול להיות דיין בסנהדרין או מנוי על הקהל וכדומה. וי"ל דרבי יהודה מחדש דהיכא דלא איירי בחלות בהלכות יוחסין דנוגע לאיסור ביאה בלבד, אלא בחלות שם גברא דעלמא דנוגע לעוד דינים הדין הוא דהאב קובע.[1524]

משנה. ר' יוסי אומר אף גר שנשא גיורת בתו כשירה לכהונה.

בענין איסור נכרית לכהן מדין זונה

א

איסור גיורת לכהן משום זונה

ועיין בגמ' לקמן (עח.) דלפי ר' יוסי כל מי שנזרעו בישראל (רש"י – שתהא הורתה בקדושה) כשרה לכהונה. ונראה לבאר דעת ר' יוסי על פי שיטת הרמב"ם (פרק יח מהלכות איסו"ב הל"א) דנכרית וגיורת אסורות לכהן מדין זונה, וז"ל מפי השמועה למדנו שהזונה האמורה בתורה היא כל שאינה בת ישראל, או בת ישראל שנבעלה לאדם שהיא אסורה להנשא לו איסור השוה לכל וכו' וכן הגיורת וכו' הרי זו זונה ואסורה לכהן עכ"ל. ולפי"ז י"ל דגיורת אינה חלות שם זונה חדשה, אלא דהשם זונה שלה הוי המשך של חלות הזונה דחל על כל גויה. דאע"פ דהגירות התיר את האיסור דלא תתחתן בם, מ"מ אין מקור דהגירות גם מתיר את האיסור זונה. ולפי"ז מובן למה כל אשה דהורתה בקדושה, אע"פ דהיא בת גר וגירות, מותרת לכהן דהרי היא לא היתה נכרית ולא חל עליה שם זונה.[1525] **ולפי"ז** י"ל דשאר התנאים דנקטו דבת גר וגיורת עדיין אסורה לכהן סבורים דחל בגיורת חלות שם זונה חדשה ולא רק המשך של חלות שם זונה דנכרית. ולכן בת הנולדה מגר

[1523] עיין בשיעורים לעיל (סו: בענין יסוד הדין דחללות, אות א) דרבינו זצ"ל נקט דחלות חללות באמת הוי חלות פסול ופגם בדומה לממזרות וראוי לעבור דרך האם החללה אל הולד, אלא דביאת היתר מכשיר ומטהר חלות החללות.

[1524] יל"ע האם דין זה חל מדין משפחה או מדין אחר.

[1525] וע"ע בזה בשיעורים לעיל (סט. רש"י ד"ה לויי).

וגירות אע"פ דיש לה קדושת ישראל גמורה מ"מ חל בה חלות שם זונה מדין חלות שם גר. ויש לבאר שיטת שאר התנאים באופן נוסף דהיינו דהם סבורים דאפי' לאחר גירות אין בגר קדושת ישראל גמורה אלא דחלות שם גר חל עם פגם בקדושת ישראל. וגיורת אסורה לכהן מדין זונה דנכרית, דהרי אפי' לאחר הגירות יש בה חלות שם גיות במקצת. ולפי"ז מובן דבת גר וגיורת אסורה לכהן דהרי אותו חסרון בקדושת ישראל דקיים באב ואם (גר וגיורת) גם קיים בבתם דהרי הם רק יכולים להעביר לה מידת הקדושת ישראל דחלה בהם. ולכן, אע"פ דהורתה בקדושה, עדיין יש בה חלות דין גיות במקצת ואיפוא יש בה שם זונה מדין נכרית.

ב

גדר דאתנן זונה ואיסור זונה לכהן

ובנוגע לדין כהן הבא על הנכרית דלפי הרמב"ם עוברין על הלאו דזונה, באמת מצינו דנחלקו בזה האמוראים (תמורה כט:) וז"ל דאמר אביי זונה עובדת כוכבים אתננה אסור, מ"ט כתיב הכא תועבה, וכתיב התם כי כל אשר יעשה מכל התועבות האל, מה להלן עריות שאין קדושין תופסין בה, ה"נ אין קדושין תופסין בה. וכהן שבא עליה אין לוקה עליה משום זונה, מ"ט דאמר קרא הלא יחלל זרעו מי שזרעו מיוחס אחריו, יצא עובדת כוכבים דאין זרעו מיוחס אחריו. זונה ישראלית אתננה מותר, מה טעם דהא קדושין תופסין בה, וכהן שבא עליה לוקה משום זונה, מ"ט דהא זרעו מיוחס אחריו. ורבא אמר אחד זה ואחד זה אתננה אסור, וכהן הבא עליה לוקה משום זונה, מ"ט ילפי מהדדי, מה זונה ישראלית בלאו, אף זונה עובדת כוכבים בלאו, ומה אתנן זונה עובדת כוכבים אסור, אף אתנן זונה ישראלית אסור עכ"ל. ונמצא דהרמב"ם פסק כרבא דכהן הבא על הנכרית עובר על הלאו דזונה.[1526]

ויש לעיין בשיטת אביי, מה גדר החילוק דדין אתנן זונה חל עם נכרית אבל נכרית אינה נחשבת כזונה בנוגע לאיסור כהונה. ונראה לבאר דיש לחלק בין מעשה ביאה דזנות לבין חלות שם זונה בגברא. דביאה עם נכרית נחשבת למעשה ביאת זנות וזה מה שקובע אתנן זונה. אמנם היא אינה זונה בגברא ולכן אינה אסורה לכהן מדין זונה. וזה דהאיסור זונה לכהן תלוי בחלות שם זונה בגברא ולא במעשה זנות בעלמא מוכח משיטת הרמב"ם (פרק יח מהלכות איסו"ב הל"א) דבת ישראל הנבעלת לחלל נעשית זונה,

[1526] אמנם עיין בלשון הרמב"ם (פרק ד מהלכות איסורי מזבח הל"ח) בנוגע לחלות אתנן וז"ל אי זהו אתנן האומר לזונה הא ליך דבר זה בשכריך, אחד זונה כותית עכ"ל. והמג"א (או"ח סימן קנג סקמ"ח) דייק מלשון הרמב"ם "זונה כותית" דנכרית רק הוי זונה אם היא נבעלה ולא שעצם שם נכרית מחילה עליה חלות שם זונה. ועיין במנחת חינוך (מצוה רסו, סקט"ז) דהעיר דמלשון הרמב"ם בהלכות איסו"ב בנוגע לאיסור נכרית לכהן מדין זונה הוא "כל שאינה בת ישראל" ומשמע דכל נכרית, אפי' לא נבעלה, הוי זונה דאורייתא לכהן.

וז"ל מפי השמועה למדנו שהזונה האמורה בתורה היא כל שאינה בת ישראל, או בת ישראל שנבעלה לאדם שהיא אסורה להנשא לו איסור השוה לכל, או שנבעלה לחלל אע"פ שהיא מותרת להנשא לו עכ"ל. ולכאורה צ"ב דהיאך נעשה זונה אם לא עשתה שום מעשה איסור. ומוכח מזה דהאיסור זונה לכהן תלוי בחלות שם זונה בגברא, וביאה עם אדם שיש בו חלות שם פסול בגברא כחלל, אפי' אם הביאה מותרת, יכולה להחיל עליה חלות שם פסול גברא דזונה. ולכן ביאה עם חלל עושה אותה לזונה אע"פ דלא עברה על שום עבירה.[1527]

ולכאורה יש הבחנה דומה בשיטת הרמב"ם בנוגע לאיסור עשה. דהרי בנוגע לדין אתנן זונה הרמב"ם (פרק ד מהלכות איסורי מזבח ה"ח) פסק וז"ל איזהו אתנן האומר לזונה הא ליך דבר זה בשכריך אחד זונה כותית או שפחה או ישראלית שהיא ערוה עליו או מחייבי לאוין, אבל הפנויה אפילו היה כהן אתננה מותר, וכן אשתו נדה אתננה מותר אע"פ שהיא ערוה עכ"ל. ויש לדקדק דהרמב"ם השמיט דין אתנן בחייבי עשה, ומשמע דס"ל דלא חל בכה"ג דין אתנן. אמנם בהלכות איסורי ביאה (פרק יח הל"ב) הרמב"ם פסק דאם אשה נבעלה למי שאסור לה באיסור עשה היא נעשית זונה ואסורה לכהן.[1528] וביאר הגר"מ זצ"ל דיש חילוק בין חלות שם זונה הנאסרה לכהן לבין דין אתנן זונה, דחלות שם זונה לגבי איסור זונה לכהן חל מחמת שנבעלה למי שפוגם אותה בביאתו, וכמש"כ הרמב"ם (פרק יח מהלכות איסורי ביאה ה"ה) וז"ל הא למדת שאין היותה זונה תולה בבעילה של איסור שהרי הבא על הנדה ועל הקדשה והנרבעת לבהמה נבעלה בעילה של איסור ולא נעשית זונה, ומי שנשאת לחלל נבעלה בעילה של היתר וכו' ונעשית זונה, ואין הדבר תלוי אלא בפגימה ומפי השמועה למדו שאינה פגומה אלא מאדם האסור לה או מחלל עכ"ל. ובנבעלת לחייבי עשה חל פגימה ומשו"ה נעשית זונה לגבי כהן. אולם חלות דין אתנן זונה חל רק כשעצם מעשה הביאה מהווה ביאת זנות. והרמב"ם סובר דבחייבי עשה הביאה לא הוי חפצא דביאת זנות דרק בחייבי לאוין וחייבי כריתות חל חפצא של ביאת זנות, ומכיון דבחייבי עשה לא חל חפצא וחלות שם ביאת זנות לכן ליכא בחייבי עשה דין אתנן זונה, ואע"פ שחל פגם בביאה לחייבי עשה לפוסלה לכהן.[1529]

ויש לעיין דלפי אביי יוצא דנכרית בעצמה אינה זונה בנוגע לאיסור כהונה אמנם כיון שנתגיירה חל עליה שם זונה, כמו שהעירו בתוס' (תמורה כט: ד"ה ורבא) וז"ל דבנתגיירה

[1527] והשווה לדברי רבינו בשיעורים לעיל (פתיחה למסכת, אות ו).

[1528] וכן העיר המנחת חינוך (מצוה רסו סק"כ).

[1529] ע"ע בזה ברשימות שיעורים לב"מ (צא. תוד"ה אתנן אסרה). ובחידושי הגר"מ הלוי פ"א מהל' נערה ובתולה הי"א, י"ב, וגם השווה לדברי הגר"ח (מובאים לעיל כא: ד"ה חידוש הוא, אות ב).

ודאי היא זונה אבל בעודה עובדת כוכבים לא הוי זונה עכ"ל. ולכאורה צ"ב בזה דהרי היאך הגירות מחילה עליה חלות שם זונה. ויתכן דאפי' לאביי דבכח כל נכרית נחשבת כזונה בגברא, אמנם בפועל הגיות שבה מונעת את חלות שם זונה מלחול.[1530] וממילא כשהיא נתגיירה ויש לה קדושת ישראל החלות שם זונה שלה שהיה בכח חלה עכשיו בפועל והיא אסורה לכהן מדין זונה.

ג

הצורך בקידושין בלאו דזונה

הבאנו לעיל דהרמב"ם פסק כמו רבא. ונראה שניתן לבאר שיטת רבא (דנכרית הויא זונה לכהן וגם דחל בה הדין דאתנן זונה) בב' דרכים: א) דנכרית הויא חלות שם זונה בגברא דלא כאביי. ולפי"ז צ"ל דחל שם זונה בגברא אע"פ דלא נבעלה באיסור. ב) יתכן דרבא מודה לביאור בדעת אביי דאין חלות שם זונה בגברא בנכרית, ואעפ"כ כהן לוקה עליה מלאו דזונה. והביאור בזה הוא דרבא נקט דיש ב' דינים באיסור זונה לכהן. דיש להקדים דלכאורה קשה על שיטת הרמב"ם היאך יתכן שנכרית אסורה לכהן מדאורייתא מדין זונה, הרי הרמב"ם פסק (פרק יז מהלכות איסו"ב הל"ב) דכהן לוקה בזונה רק אם קידש ובעל, וז"ל כל כהן שנשא אחת מהשלש נשים אלו בין גדול בין הדיוט ובעל לוקה ואם בא עליה דרך זנות אינו לוקה משום זונה או גרושה או חללה שנאמר לא יקחו עד שיקח ויבעול עכ"ל. ומכיון דאין חלות קידושין בנכרית לכאורה אי אפשר לעבור על הלאו דזונה, והיאך לוקין עליה.

והרמב"ם בעצמו כבר תירץ את הקושיא הזאת בהמשך הפרק (פרק יז מהלכות איסו"ב הל"ו) וביאר דבנכרית לוקין על ביאה לבד מפני דהיא אינה בת קידושין, וז"ל כל כהן הבא על הכותית בין גדול בין הדיוט לוקה משום זונה, שהרי אינה בת קידושין והוא אסור בבעילת זונה בין ישראלית בין כותית עכ"ל. וכן עיין בדברי הרמב"ם לעיל בהלכות איסו"ב (פרק יב הל"ג) וז"ל אבל כהן הבא על הכותית לוקה מן התורה משום זונה ואחד זונה כותית ואחד זונה ישראלית ובבעילה בלבד לוקה שהרי אינה בת קידושין עכ"ל.

ונראה לבאר דיש ב' דינים באיסור זונה לכהן. דמי שנבעלה לפסול לה חל בה שם זונה בגברא, אבל יתכן דהביאה עצמה אינה נחשבת למעשה ביאה דזנות. וכל היכא דאיירי באשה שחל בה חלות שם זונה בגברא, עוברין על האיסור לאו דזונה רק אחרי הקידושין.

[1530] כמו שמצינו בממזרות, דיש צד לומר דחלות הגיות מפקיע את הממזרות (עיין בשיעורים לעיל סח: בענין עבד ועכו"ם, אות ב).

אמנם בנכרית דאינה בת תפיסת קידושין, כל מעשה ביאה עמה נחשבת כמעשה ביאה דזנות, וא"כ עוברין על האיסור לאו דזונה במעשה ביאה אפי' בלי קידושין.

ויש לעיין בזה עוד על פי מה שהעלינו בשיעורים לעיל (סו: בענין כל מקום שיש קידושין אות א-ב) דהיכא דצריך קידושין וביאה כדי לעבור על הלאו יש להסתפק האם האישות הוי חלק מהלאו או"ד הלאו הוא מעשה ביאה אלא דיש תנאי דהביאה אינה יכולה להיות דרך זנות. וביארנו בשיטת הרמב"ם דממה שכתב בספר המצוות משמע דהאישות הוי חלק מהלאו, אמנם מלשונו במשנה תורה משמע דהלאו הוי ביאה לבד. וע"פ זה י"ל דאם ננקוט דהקידושין הוי תנאי בעלמא אזי יותר קל להבין דבנכרית דתנאי כזה בלתי אפשרי דעוברין על הלאו בביאה לחוד, דהרי גם בזונה בת ישראל עצם הלאו קאי על מעשה הביאה לחוד ולא הקידושין. אמנם לפי הצד הראשון דבזונה דעלמא האישות הוי חלק של עצם האיסור אזי צ"ל דזונה נכרית הוי דין אחר לגמרי דהרי הנכרית לאו בת קידושין היא.

יש לעיין בכוונת הרמב"ם (פרק יז מהלכות איסו"ב הל"ו) שכתב דכהן אסור בנכרית מדין זונה אע"פ דאין קידושין "שהרי אינה בת קידושין". דהרי מצד אחד י"ל כמו שביארנו לעיל, דהרמב"ם התקשה למה לוקין על לאו דזונה על נכרית אם בדרך כלל כהן אינו לוקה על הלאו דזונה עד שיקדש ויבעל (וכדפסק בפרק יז מהלכות איסו"ב הל"ב). אמנם יתכן להבין את דברי הרמב"ם באופן אחר, דהיינו דהרמב"ם התקשה מה הסברא לומר דנכרית הוי זונה, וביאר דמכיון דהיא אינה בת קידושין לשום ישראל זה מחיל עליה שם זונה.

והנ"מ בין ב' הפירושים האלו הוא האם כהן הבא על השפחה עובר על הלאו דזונה. דהרי לפי הפירוש השני בדברי הרמב"ם דנכרית הוי זונה בגלל דלאו בת תפיסת קידושין היא, אזי גם שפחה כלולה באיסור זונה לכהן.

אמנם לפי הפירוש הראשון הרמב"ם רק בא לבאר למה בנכרית לוקין בלי קידושין, אבל הוא לא הסביר למה נכרית הוי זונה, א"כ יש להסתפק האם דין השפחה היא דנחשבת כזונה בנוגע לאיסור כהונה.[1531]

אמנם, קשה לומר דשפחה נחשבת כזונה בגברא, דהרי שפחת כהן מותרת לאכול בתרומה, וזונה אסורה לאכול בתרומה (פרק ו מהלכות תרומות הל"ז). אבל יש לבאר דזונה

[1531] עיין בשיעורים לעיל (כא: ד"ה איבעיא להו עבד עברי כהן) דרבינו זצ"ל דייק מלשון הרמב"ם (פרק יח מהלכות איסו"ב הל"א) וז"ל מפי השמועה למדנו שהזונה האמורה בתורה היא כל שאינה בת ישראל עכ"ל, דשפחה כלולה באיסור זונה לכהן. אמנם עיי"ש בהערות דהמנחת חינוך (מצוה רסו) הביא מכמה אחרונים דנסתפקו בזה ונקטו דכהן הבא על שפחה כנענית אינו עובר באיסור דאורייתא דזונה.

אינה מופקעת מלאכול בתרומה בתורת גברא, אלא דאסור לה לעשות מעשה אכילה. ויתכן דהאיסור הזה נדחית מפני המתיר דקנין כספו, דהיינו דשפחה מותרת לאכול בתרומה מפאת האדון שלה.[1532]

ד

חלות שם זונה בישראל

ועיי"ש בתוס (תמורה כט: ד"ה ורבא) דהקשו על רבא דכהן הבא על הנכרית לוקה משום זונה, וז"ל וקשיא א"כ מה גזרו ב"ד של חשמונאי דגזרו הבא על העובדת כוכבים חייב משום נשג"ז הא אמר הכא דעובדת כוכבים זונה דאורייתא היא עכ"ל. והתוס' תירצו דאה"נ, אלא דרבא נקט כמ"ד נשג"א שם, דהיינו דאין זונה בכלל הגזירה. אמנם לפי הרמב"ם אין כאן קושיא כלל. דהרי פסק (פרק יב מהלכות איסו"ב הל"א-הל"ג) וז"ל ישראל שבעל עכו"ם משאר האומות דרך אישות, או ישראלית שנבעלה לעכו"ם דרך אישות הרי אלו לוקין מן התורה שנאמר לא תתחתן בם וכו' ולא אסרה תורה אלא דרך חתנות וכו' ואם לא ייחדה לו אלא נקראת מקרה אינו חייב אלא משום כותית וכל חיובין אלו מדבריהן, בד"א כשהיה הבועל ישראל אבל כהן הבא על הכותית לוקה מן התורה משום זונה ואחד זונה כותית ואחד זונה ישראלית ובבעילה בלבד לוקה שהרי אינה בת קידושין עכ"ל. ומבואר בדבריו דהגזרה דרבנן שנכרית כזונה שייך לישראל הבא על הנכרית ולא לכהן.

אמנם לכאורה צ"ב בשיטת הרמב"ם דתקנת נשג"ז אוסר ביאה של ישראל עם נכרית מדרבנן מדין זונה. דהרי מדאורייתא החלות שם איסור זונה שייך רק לכהן ולא לישראל והיאך תיקנו איסור זונה מדרבנן לישראל אם אין חלות שם איסור זונה כלל מדאורייתא לישראל.

ונראה דהרמב"ם סובר דחלות שם זונה שייכת לאיסורי ביאה דישראל מדאורייתא. דאע"פ דזונה עצמה אסורה רק לכהן, מ"מ איתא לקמן (עז:) דאיסור זונה הויא איסור מוסיף על חללה "הואיל ושם זנות פוסל בישראל". ורש"י (ד"ה הואיל ושם) ביאר כגון דזינתה תחת בעלה. ורואים מזה דחלות שם זונה שייכת גם לישראל מדאורייתא כמו דשייכת לכהן אלא דיש בהם דינים שונים לגבי מי נחשב לזונה. ומכיון דמצינו חלות שם

[1532] עיין בחידושי הגר"ח על הש"ס (כא:) דגם הקשה על היתר שפחת כהן בתרומה עם היא זונה וז"ל והנה שפחה מצד עצמה לא הוי זונה, רק משום דהביאה הוי ביאת זנות דלא תפסי בה קידושין, ומשו"ה היא נכללת בלאו דזונה לא יקחו, אבל לא שעצם החפצא דין זונה עלה וכו' ומבואר בזה הא דשפחה של כהן אוכלת בתרומה, והא הוי זונה, ומבואר עפ"י הנ"ל, דשפחה אינה חפצא של זונה, אלא דין זונה עלה משום דביאתה ביאת זנות, וע"כ ל"ש זה אלא לענין איסור קיחה, אבל לא לענין תרומה, דשם רק אם יש לה דין זונה בעצם החפצא הוא דאינה אוכלת עכ"ל.

איסור זונה מדאורייתא לישראל, יש איסור דרבנן מעין דאורייתא שחז"ל גזרו דנכרית אסורה לישראל מדין זונה מדרבנן.[1533]

ה

האם כל נכרית הויא זונה

לפי הרמב"ם חל בכל נכרית חלות שם זונה וכהן עובר על האיסור זונה בביאת כל נכרית. אמנם התוס' ביבמות (סא. ד"ה אין זונה) הסיקו דלא כל נכרית אסורה מדאורייתא לכהן מדין זונה. דהתוס' הקשו על רבא מהגמ' דב"ד של חשמונאי גזרו על נשג"ז ותירצו וז"ל ויש לומר דרבא לא פליג אלא היכא דזינתה דיליף לה מזונה ישראלית כדקאמר רבא אבל לא זינתה מודה דלא מיתסרא משום זונה כדקאמר אביי משום דכתיב לא יחלל והיכא דלא זינתה הוצרכו לגזור אבל גיורת דשייך בה קיחה וחילול אסורה משום זונה אע"ג דלא זינתה עכ"ל. ויוצא מהתוס' ביבמות דלפי רבא כהן לוקה על ביאה עם נכרית רק היכא דהיא נעשית זונה בביאת זנות. אמנם אם לא זינתה אינה אסורה לכהן מדאורייתא.

ונראה דיש לבאר שיטת התוס' בב' אופנים: א) התוס' חולקים על הגדרת זונה בנוגע לנכרית. דלפי הרמב"ם כל נכרית הויא חלות שם זונה. אמנם התוס' לומקים מזונה ישראלית דחלות שם זונה חלה רק ע"י ביאה. ב) המנחת חינוך (מצוה רסו סקט"ז) דייק מלשון התוס' דבעצם גם התוס' נקטו דכל נכרית הויא זונה כמו הרמב"ם. אלא דאע"פ דהיא נחשבת כזונה, מ"מ יש היקש לזונה ישראלית דמלמד דאין לוקין על זונה נכרית אלא לאחר ביאה.

גמ'. אמר ר' יוחנן משום ר' שמעון נאמר כאן ולא יחלל זרעו בעמיו, ונאמר להלן לא יטמא בעל בעמיו, מה להלן זכרים ולא נקבות, אף כאן זכרים ולא נקבות.

נראה לבאר דההיקש הזה מלמד דיש יסוד אחד לב' הדינים האלו: א) דבת כהן אינה מוזהרת מלטמא למת, ב) דישראל שנשא חללה (אפי' אם היא בת כהן) בתה כשרה לכהונה. ונראה דהדינים האלו מבוססים על יסוד א' דהיינו דאין לבת כהן קדושת כהונה גמורה ולכן היא אינה מוזהרת מליטמא למת וגם דחל רק בה רק את חלות הפסול דחללות (כמו ישראלית דנבעלה לפסול) אבל היא אינה פוסלת את הולד שלה בחללות. ומאידך לכהן זכר יש חלות קדושת כהונה גמורה ולכן הוא נזהר מליטמא למת וגם הוא פוסל את זרעו בפסול חללות.

ולפי הנ"ל הא דנקבות אינן מוזהרות מלטמא למת אינו משום דהפסוק עצמו איירי רק בזכרים ולא בנקבות בתורת זכר ונקבה, אלא משום דאין לנקבות קדושת כהונה גמורה.

[1533] וע"ע בזה בשיעורים לקמן (עז: ד"ה אמר רב חנא).

וא"כ לו יצויר בת כהן עם קדושת כהונה גמורה הלאו דלא יטמא היה שייך לה כמו לזכר. ועל פי זה מבואר דברי הגר"ח זצ"ל דאנדרוגינוס כהן שנטמא למת לוקה בתורת ודאי על הלאו דלא יטמא. והביאור בזה הוא דאנדרוגינוס הוי בריה בפני עצמו עם ב' חלויות שסותרות אחד את השני. וא"כ קדושת כהן דזכר חל על כל הגוף אע"פ דחצי מהגוף הוי נקבה. א"כ י"ל דלא רק החצי זכר שבו אסור ליטמא כמו כל כהן אחר, אלא גם החצי הנקבה אסורה ליטמא דהרי חל בה קדושת כהונה גמורה.[1534]

רש"י ד"ה אי נימא.

מדוייק ברש"י דאפי' לפי ההו"א דכל ביאה עם פסול לה גורמת שהולד חלל, אעפ"כ אם ישראל בא על ממזרת הולד הוי רק ממזר ולא חלל. ונראה לבאר דחלות הפסול דממזר מונע את חלות הפסול דחלל מלחול על הולד. ונראה דיש בזה נ"מ הלכה למעשה אפי' לפי המסקנא דאין חללות אלא מפסולי כהונה בלבד. דהרי מה דין הולד היכא דכהן בא על חללה האסורה עליו מדין ערוה. לפי רש"י יוצא דהולד שלהם הוי רק ממזר ולא חלל דאין פסול חלל חל במקום חלות שם ממזר.[1535]

ולפי"ז יש לעיין מה הדין בממזרת עצמה דנבעלה באופן דראויה להיות חללה. דהיינו דיש ממזרת דנשאה ונתגרשה ואז כהן בא עליה. דהרי אם היא אינה ממזרת, היא נעשית חללה דהרי היא אסורה לכהן מדין גרושה. אמנם עכשיו דהיא כבר ממזרת אולי לפי רש"י י"ל דחלות הממזרות מונעת את חלות החללות מלחול. אבל יותר נראה דהחידוש של רש"י נאמר רק היכא דחלות הממזרות וחלות החללות ראויים לחול בבת אחת, כמו בולד בשעת לידה. אמנם אם יש אשה דהיא ממזרת מלידה ועכשיו נתחללה ע"י מעשה ביאה, מסתבר דביאת האיסור מחללת אותה.

גמ'. אמר רב יהודה הכי קאמר איזו היא חללה כל שנולדה מן פסול כהונה.

וכן פסק הרמב"ם (ריש פרק יט מהלכות איסו"ב). אמנם יתכן דיש עוד בנות דנולדו באיסור דאע"פ דאינן חללות מ"מ הוו פגומים לכהונה. למשל, עיין במ"ש הרמב"ם (פרק טו

[1534] וע"ע בזה ברשימות שיעורים לסוכה (כח: ד"ה בדיני טומטום ואנדרוגינוס אות ג) ולברכות (ב. בענין בית השמשות אות ד).

[1535] אמנם לפי הצד דממזר מפקיע קדושת כהונה וממזר בן כהן הוי כזר, אזי לכאורה פשיטא דאין חלות חללות חלה דהרי הולד אינו כהן בכלל. ובדין כהן הבא על הערוה דגם הוי מפסולי כהונה, האם הולד הוי חלל וממזר או רק ממזר, עיין בדברי הרמב"ם (פרק יט מהלכות איסו"ב הל"ה) וז"ל כהן הבא על ערוה מן הערויות חוץ מנדה או על אחת מחייבי לאוין השוין בכל עשה אותה זונה כמו שביארנו, חזר ובא עליה ביאה שנייה בין הוא בין כהן אחר נעשית חללה וזרעו ממנה חללים וכו'. ועיין בביאור הגר"א (אה"ע סימן ז סקנ"ד) דהבין דהדין השני של הרמב"ם – דאם חזר ובא עליה ביאה שנייה דהולד חלל – שייך רק היכא דהכהן אינו ערוה עליו וז"ל ר"ל כהן אחר שאינו ערוה עליו או הוא כגון באחות אשתו וכן ביבמה דקי"ל אין הולד ממזר כמ"ש ביבמות צ"ב א' עכ"ל. ונראה מדבריו דאם באמת כהן בא על חללה דהיא ערוה עליו, דהולד הוי רק ממזר ולא חלל.

מהלכות איסו"ב הל"א) בנוגע לבת נדה, וז"ל אי זהו ממזר האמור בתורה זה הבא מערוה מן העריות, חוץ מן הנדה שהבן ממנה פגום ואינו ממזר עכ"ל. וצ"ב, מהו גדר הדין דבן הנדה פגום. ולכאורה נראה דר"ל דבן הנדה פגום לכהונה.[1536] וכמו"כ איתא ביבמות (מה.) דעבד ועכו"ם הבא על בת ישראל אפי' למ"ד דהולד כשר מ"מ פסול לכהונה, וז"ל דכי אתא רב דימי, אמר רבי יצחק בר אבודימי, משום רבינו אמרו עובד כוכבים ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר, רבי יהושע בן לוי אומר הולד מקולקל, למאן אילימא לקהל, הא אמר רבי יהושע הולד כשר, אלא לכהונה, דכולהו אמוראי דמכשרי מודו שהולד פגום לכהונה, מק"ו מאלמנה מה אלמנה לכהן גדול שאין איסורה שוה בכל בנה פגום, זו שאיסורה שוה בכל אינו דין שבנה פגום עכ"ל. וגם עיין ביבמות שם (מד:) דלפי רבי יהושע דאין ממזר מחייבי כריתות, מ"מ בת שנולדה מאיסור כרת פגום לכהונה וז"ל אלא אי אתמר הכי אתמר אמר רב יוסף, אמר ר' שמעון ברבי הכל מודים בבא על חייבי כריתות שהולד פגום, מאן הכל מודים רבי יהושע דאע"ג דאמר ר' יהושע אין ממזר מחייבי כריתות, נהי דממזר לא הוי, פגום מיהא הוי מק"ו מאלמנה ומה אלמנה לכ"ג שאין איסורה שוה בכל בנה פגום, זו שאיסורה שוה בכל אינו דין שבנה פגום עכ"ל.

ונראה לבאר ע"פ מה דייסדנו לעיל בנוגע לחיוב בדיקה (עה. בענין אלמנת עיסה, אות א)[1537] דבנוסף לאיסור דחללה וזונה יש עוד דין דכהנים צריכים לחפש משפחה מיוחסת בלי שום פגמים. ונראה דהמקור לזה הוא הפסוק דהובא לקמן (עח.) וז"ל ואלמנה וגרושה לא יקחו להם לנשים כי אם בתולת מזרע בית ישראל עכ"ל. ומהמלים "כי אם בתולת מזרע בית ישראל" לומדים דצריך אשה בלי פגמים בייחוס.

רש"י ד"ה כסדר.

רש"י כתב דיש ב' דרכים שהיא נעשית לזונה: "נבעלה לאחד מן הפסולים או לקרובים בעילת זנות ונעשית זונה". ונראה שיש בקרובים משא"כ בפסולים ויש בפסולים משא"כ בקרובים. דפסולים הריהם איסור השוה לכל עם חלות שם פסול דחל בגברא האוסרם לכו"ע. אמנם בקרובים לא חל חלות שם פסול בגברא דהרי מותרים הם לשאר העולם. אך חמורים הם דאסורים באיסור כרת. ויוצא שיש חומרא וקולא גם לפסולים וגם לקרובים, ולכן רש"י הזכיר את שניהם. ועיין ברמב"ם (ריש פרק יח מהלכות איסו"ב) דנכרית וגיורת הריהן איסור זונה. ולכאורה נכריות וגיורת הן דין אחר לגמרי דהרי לא נבעלו למי שאסור

[1536] אמנם עיין בדרכי משה (אה"ע סימן ד סק"ב) דהבין ברמב"ם דהולד כשר לכהונה.
[1537] ועיין בהערות שם.

להן ואעפ"כ חל שם זונה בגברא. אמנם מרהיטת דברי הרמב"ם דהביא את כולן באותן הלכות משמע דכולן הוו חלות שם אחת דזונה, וצע"ק.

דף עז:

גמ'. והתנן נזיר שהיה שותה יין כל היום כולו אינו חייב אלא אחת, אמרו לו אל תשתה אל תשתה והוא שותה חייב על כל אחת ואחת.

נחלקו הראשונים האם ההתראות צריכות להיות בין כל רביעית לרביעית. דכתב הרמב"ם (פיה"מ למכות פרק ג משנה ז) וז"ל וכן אם התרו בו ואמרו לו זה שאתה שותה שעורו כך וכך ועל כל שעור כך וכך ממנו אתה חייב מלקות, הרי זה לוקה לפי מנין השעורין, וכך נתבאר בירושלמי עכ"ל. ומבואר מדבריו דהתראה אחת לפני השתיה מהני לחייבו מלקות על כל רביעית ורביעית. אמנם עיין בריטב"א (מכות כא. ד"ה אמרו לו) דהביא בשם הר"י דאם שתה בלי הפסק צריך התראה לפני כל רביעית כדי לחייבו במלקות. וצ"ב במאי קמיפלגי.

ונראה לבאר דלפי הרמב"ם אם אדם שותה הרבה רביעיות בשתיה אחת, כל רביעית נחשבת למעשה עבירה נפרדת. אמנם יש דין דאין לוקין על מעשה עבירה בלי התראה, ולכן אם המתרה אמר רק פעם אחת באופן כללי "אל תשתה", השותה חייב מלקות אחת בלבד. שזה דומה לאדם שבעל ערוה כמה פעמים בהעלם אחד דחייב רק חטאת אחת וכדמבואר ברמב"ם (פרק ה מהלכות שגגות הל"א) ואע"פ דבודאי עבר על כמה מעשי עבירה. ואילו אם המתרה אמר לנזיר מראש שהוא מתחייב מלקות על כל רביעית ורביעית אזי נחשב הנזיר למי שקיבל התראה על כל רביעית ורביעית, ומכיון שכל רביעית מהווה מעשה עבירה נפרדת והוא קיבל התראה על כל רביעית ורביעית הריהו חייב מלקות על כל רביעית ורביעית בפני עצמה.

מאידך הר"י סבור ששתייה אחת ארוכה נחשבת ע"פ דין למעשה עבירה אחת ארוכה. אלא שאם אדם מתרה אותו באמצע אזי ההתראה מחלקת את השתייה לשתי מעשי עבירה בפנ"ע ולוקה על כל מעשה עבירה בנפרד. ומכיון דההתראה חלה לחלק את המעשה וליצור כמה מעשי עבירה בפנ"ע ההתראה צריכה להיות באמצע השתייה שלא כמו הרמב"ם.[1538] אמנם יתכן גם לבאר שיטת הר"י באופן אחר. דבעצם הר"י מודה להרמב"ם דכל רביעית ורביעית הויא מעשה עבירה נפרדת וכל מה שחסר הוא התראה על כל מעשה עבירה. אמנם הר"י נקט דהתראה לפני השתייה רק מתייחסת לרביעית

[1538] והשווה ללשון הרא"ש בנזיר (סוף מב.) וז"ל חייב על כל שתיה ושתיה דהתראות מחלקות עכ"ל.

הראשונה ולא לשאר הרביעיות. ומאידך הרמב"ם סבור דמכיון דאפי' בלי התראה כל רביעית נחשבת למעשה עבירה נפרדת, התראה לפני השתייה מועילה לחייבו על כל מעשה עבירה.[1539]

גמ'. לא צריכא, שבא על אלמנת ראובן שהיתה אלמנת שמעון שהיתה אלמנת לוי, מהו דתימא הרי שמות מוחלקים, קמ"ל גופים מוחלקים בעינן, וליכא.

לכאורה קשה למה זה נקרא שמות מוחלקין אם יש רק אשה אחת שהיא אלמנה דהרי מאי שנא דהיתה לה ג' בעלים שונים דכולם מתו. ונראה לדייק מלשון הגמ' דהגדרת אלמנה בנוגע לאיסור אלמנה לכהן גדול אינה רק אשה במצב שמת בעלה דהרי א"כ אין כאן שמות מוחלקים. אלא דמיתת הבעל מחילה עליה חלות שם אלמנה של בעל זה, ולכן כל פעם שבעל שלה מת חל עליה חלות שם חדש של אלמנה.

ונראה דזה דומה למה שמצינו באיסור גרושה לכהן. דהיה אפשר ללמוד דהגדר דגרושה האסורה לכהן הוא אשה במצב של גירושין. אבל מבואר בגמ' דיש היכי תמצי שהגירושין אינן חלין והיא עדיין אשת איש אבל עצם נתינת הגט בפסול מהווה ריח הגט והאשה אסורה לכהן. כמו למשל, לפי החכמים (גיטין פב:) אם אדם נתן גט לאשתו ואמר לה הרי את מותרת לכל אדם חוץ מפלוני דהיא אינה מגורשת אמנם היא אסורה לכהן מדין ריח הגט. ולפי כמה ראשונים הוי איסור מדאורייתא.[1540] ומבואר מזה דאין גדר דגרושה מי שנתגרשה מבעלה, אלא דחל בה חלות שם גרושה ע"י מעשה גירושין אע"פ דאין כאן חלות גירושין.[1541]

ונראה מסברא דהיסוד הזה דמיתת הבעל מחיל עליה חלות שם אלמנה קשור ליסוד דעלמא דמיתת הבעל מהווה חלות מתיר של האיסור אשת איש ולא רק דעכשיו היא נמצאת במצב דאין לה בעל ולכן היא ממילא מותרת.[1542] דמכיון דמיתה חל כמתיר של האיסור אשת איש, מסתבר דהוא גם חל כחלות אוסר לכהן גדול. אמנם אם האיסור אשת איש נפקע ממילא ע"י מיתת בעל אזי קצת קשה לומר דבנוגע לאיסור אלמנה לכהן גדול דמיתה חל כאוסר.

[1539] עיי"ש בריטב"א דהביא מרש"י וז"ל כי אי אפשר לחייבו אלא על מה ששתה תוך כדי דבור של התראה דאילו במה ששתה אחרי כן יוכל לומר אישתלאי עכ"ל. דהיינו דע"פ דין התראה לפני השתייה מהני לרביעית השניה, אמנם השותה יכול לומר דהוא שכח את ההתראה.

[1540] עיין ברשב"א (גיטין פד: ד"ה כיצד). אמנם הרמב"ם (פרק י מהלכות גירושין הל"א) הבין דריח הגט אוסרה לכהן מדרבנן.

[1541] אמנם עיין ברשימות שיעורים ליבמות (י. תוד"ה לעולם) דרבינו זצ"ל ביאר דנחלקו התנאים בגיטין (פב:) אם הפסול כהונה נובע מחלות הגירושין במקצת או מחמת מעשה דנתינת הגט בלי חלות גירושין בכלל.

[1542] עיין בזה בשיעורים לעיל (ב. ד"ה וקונה את עצמה). ונ"מ לאשתו של אליהו הנביא דלא מת אך עלה לשמים בחיים וא"א איפוא שתהיה יחס של אישות בינו בשמים לבינה בארץ.

גמ'. אמר רב חנא בר רב קטינא הואיל ושם זנות פוסל בישראל.

א

שם זנות בישראל

מבואר מהגמ' דאע"פ שבמצב של האשה הזאת אין האיסור זונה מוסיף כלום על האיסור חללה, מ"מ איסור זונה נחשב כאיסור מוסיף מפני דשם זונה פוסל בישראל. ולכאורה צ"ב דהרי מדברי הרמב"ם יוצא דאיסור מוסיף שייך רק היכא דהאיסור השני מוסיף דבר בפועל בנוגע לחפצא הזאת. ואלו דבריו (פרק ד מהלכות שגגות הל"א-הל"ג) וז"ל אם עשה מעשה אחד שהוא חייב עליו משום שמות הרבה חייב על כל שם ושם והוא שהיו האיסורין כולן באין כאחת או איסור מוסיף או איסור כולל וכו' הבא על אשת אחיו הקיים כשהיא נדה, מביא שלש חטאות משום אשת איש ומשום אשת אח והן שני איסורין הבאין כאחת ומשום נדה שהוא איסור מוסיף שמתוך שנתוסף בה איסור זה לבעלה נוסף ליבמה וכן כיוצא בזה וכו' כל אלו שתאסר זו הערוה עליהן באיסור מוסיף, צריך שיהו האנשים האחרים מצויין בעולם כדי שתאסר עליהן ומתוך שתאסר עליהן יתוסף איסור אחר לזה, אבל אם אינן מצויין אין אומרין הואיל אילו היה לזה בנים או אחים היתה נאסרה עליהן יתוסף בה איסור לזקן, שהרי אין שם עתה לא בן ולא אח, וכן כל כיוצא בהן עכ"ל. וצ"ע היאך הרמב"ם הבין את הגמ' שלנו.

וצ"ל דיש ב' דינים באיסור מוסיף: א) היכא דהאיסור הוי מאותו סוג איסור, כגון דשני האיסורים הוו איסורי ביאה, אז האיסור השני צריך להוסיף עוד אנשים שהיא אסורה להם בפועל כדי להיות איסור מוסיף. ובזה איירי הרמב"ם בהלכות שגגות. ב) היכא דהאיסור השני הוי חלות שם איסור אחר מהאיסור הראשון, אע"פ דאינו מוסיף שום איסור חדש בפועל, מ"מ האיסור השני הוסיף באיכות האיסור. וזה מה שעולה מסוגיא דידן, דמכיון דאיסור זונה הוי שם איסור חדש (דהרי האיסור זונה שייך לישראלית ובעלה הישראל), האיסור זונה נחשב כאיסור מוסיף כלפי האיסור חללה אע"פ דאין אדם נוסף לאיסור בפועל.[1543]

ויש להעיר דהגמ' השווה בין האיסור זונה בישראל, דהיינו אשת איש שזינתה דאסורה לבעלה, לבין האיסור זונה דכהן. ומסברא היה יתכן לומר דהם ב' שמות איסורים שונים. אמנם מבואר בגמ' בסוגיין דאיסור זונה לכהן ואשת איש דזינתה דאסורה לבעלה הוו אותו חלות שם איסור. וזה עולה גם מהגמ' ביבמות (נו:) דאיירי באיסור אשת כהן דנאנסה

[1543] וע"ע בכל זה, וליתר אריכות בענין גדר דאיסור מוסיף ברשימות שיעורים ליבמות (לב: בענין אין איסור חל על איסור, אות א). והשווה לדברי הקובץ הערות (סימן לב אות ג) דתירץ דברי הרמב"ם באופן דומה.

ולפי הלישנא קמא לוקה משום זונה, וז"ל אמר רבא אשת כהן שנאנסה בעלה לוקה עליה משום זונה (רש"י - דכתיב זונה לא יקחו (ויקרא כא) וסתם זונה היינו מנאפת תחת בעלה שטעתה מאחר בעלה לזרים), משום זונה אין משום טומאה לא, אימא אף משום זונה. מתיב רבי זירא והיא לא נתפשה אסורה, הא נתפשה מותרת, ויש לך אחרת שאע"פ שנתפשה אסורה, ואי זו זו אשת כהן, ולאו הבא מכלל עשה עשה, אמר רבה הכל היו בכלל זונה, כשפרט לך הכתוב גבי אשת ישראל והיא לא נתפשה אסורה, הא נתפשה מותרת, מכלל דאשת כהן כדקיימא קיימא (רש"י - כל הנבעלות תחת בעליהן בין באונס בין ברצון בכלל זונה לא יקחו הן שהרי כולן נבעלו בעילת זנות והוציא לך הכתוב אשת ישראל אנוסה מן הכלל אבל אשת כהן כדקיימא קיימא) עכ"ל. הרי יוצא דהגמ' משווה בין האיסור זונה לכהן לבין האיסור דאשת ישראל דזינתה.[1544]

ב

בענין חלות טומאה ושם זונה באשת כהן שנאנסה

איתא ברמב"ם (פרק יח מהלכות איסו"ב הל"ז) וז"ל אשת כהן שנאנסה בעלה לוקה עליה משום טומאה שנאמר לא יוכל בעלה הראשון אשר שלחה לשוב לקחתה להיות לו לאשה אחרי אשר הוטמאה הכל בכלל שאם נבעלו אסורין על בעליהן, פרט לך הכתוב באשת ישראל שנאנסה שהיא מותרת לבעלה שנאמר והיא לא נתפשה אבל אשת כהן באיסורה עומדת שהרי היא זונה עכ"ל. ויוצא מדבריו דהכהן לוקה משום הלאו דטומאה אע"פ דהיא נמי זונה כדמבואר בסוף לשון הרמב"ם. וצ"ע דאם היא זונה למה הכהן אינו לוקה שתים.

ונראה לבאר דהשם זונה והטומאה לא הוו ב' דברים שונים אלא דהשם זונה וחלות טומאה לבעלה הכל נכלל בחלות אחת. ובגלל זה אע"פ דלכאורה הם דינים שונים דמקורם בפסוקים שונים, הרמב"ם חידש דהיכא דאשת כהן נאנסה חל חלות שם אחת של זונה וטומאה.

אבל לכאורה קשה לפרש כך, דהרי הרמב"ם והגמ' (יבמות נו:) איירי רק באונס ומשמע מהגמ' שם דאשת כהן דזינתה ברצון ואח"כ הכהן בא עליה דבאמת חייב שתים – משום טומאה ומשום זונה. ואם נאמר דהשם זונה וחלות הטומאה הכל נכלל בחלות שם אחת, לכאורה זה שייך בין באונס ובין ברצון ומאי שנא דכשזינתה ברצון הבעל לוקה משום טומאה ומשום זונה בנפרד.

[1544] וע"ע בזה בשיעורים לעיל (דף עז. בענין איסור נכרית לכהן מדין זונה, אות ד).

ונראה דבאמת היסוד הזה נכון, דהיינו דהשם זונה גורם לטומאה ולכן היכא דנאנסה ואח"כ בא עליה הבעל (הכהן) דהוא חייב רק פעם אחת. אמנם היכא דנבעלה ברצון הביאה הזאת מחילה עליה חלות שם טומאה בנפרד מהשם זונה. ולכן בעלה כהן הבא עליה חייב שתים, אחת משום טומאה ואחת משום זונה. ויש להוכיח דחלוק הדין הטומאה דחלה באשת כהן דנאנסה מדין הטומאה דחלה בכל אשת איש דנבעלה מרצון, מהדין דצרת סוטה. דהרי צרת סוטה אינה נופלת לזיקה בגלל דטומאה כתיב בה כעריות (יבמות יא.). אמנם, באשת כהן דנאנסה אע"פ דחל בה דין טומאה כדמבואר ברמב"ם, מ"מ יש זיקה והיא צריכה חליצה.[1545] וא"כ רואים דהדין טומאה דאוסר אשת כהן דנאנסה לבעלה אינה כעריות כדי לפטור אותה מחליצה. והביאור בזה הוא כנ"ל, דחלות הטומאה באשת כהן דנאנסה חלה ביחד עם חלות שם זונה ולא מדין ושם נפרד של טומאה.[1546]

ולפי"ז יש לעיין בנוגע לספק ביאה. דהרי אם אשה היא ספק האם נבעלה לפסול לה, הרי היא ספק זונה ואסורה לכהן מספק. ואם יש לנו ספק האם אשת ישראל זינתה, אזי היא ספק סוטה ואסורה על בעלה מדאורייתא בדין ודאי מפאת ספק הטומאה, אבל היא רק ספק זונה ואסורה לכהן רק מספק.[1547] ואם יש לנו ספק האם אשת כהן נבעלה באונס או לא נבעלה, אזי אם דנין על כל דין בנפרד היינו אומרים דהטומאה ראויה לחול מדין ודאי והיא אסורה על בעלה הכהן מדאורייתא מדין סוטה והשם זונה חל רק מספק. אמנם לפי מה שביארנו לעיל דבנוגע לאשת כהן האיסור לבעלה הכהן מדין טומאה והאיסור מדין זונה הוו אותה חלות שם אחת, אזי יתכן דמכיון דהיא אסורה עליו מדין ודאי מפאת דין איסור הטומאה דה"ה דחלה עליה חלות שם זונה מדין ודאי.

גמ'. מהו דתימא איסור כהונה שאני, קמ"ל.

ויש לבאר את ההו"א דאיסורי ביאה דכהונה אינן רק איסורי מעשה ביאה דעלמא אלא דיסוד האיסור הוא לחלל קדושת כהונה. וכבר הבאנו לעיל (עו. ד"ה הנושא אשה כהנת) דהב"ד חייבים להפריש כהן מטומאת מת או מלשאת אשה האסורה עליו מפאת מצות "וקדשתו", דמהווה מקור דיש לב"ד חיוב מיוחד לשמור על קדושת כהונה. וא"כ יתכן

[1545] ויש להעיר דהנימוקי יוסף (יבמות ב. בדפי הרי"ף ד"ה אמר רב יהודה) נסתפק בזה והעלה צד לומר דאין בה זיקה כלל.

[1546] ועיין במל"מ (פרק ו מהלכות יבום הל"ט) דהקשה כמו רבינו זצ"ל דאם חל טומאה באשת כהן דנאנסה, למה היא צריכה חליצה, ונשאר בצ"ע.

[1547] אם היא ודאי זינתה תחת בעלה אזי היא אסורה לכהן מדין זונה כדמבואר ברמב"ם (פרק יח מהלכות איסו"ב הל"ו).

דכל איסור ביאה דכהונה הוי עוד חילול קדושת כהונה ולכן איסור חל על איסור אפי' איסור קל על איסור חמור.

ובזה יש לבאר דברי רש"י דכתב וז"ל שריבה בהן הכתוב מצות יתירות הילכך אפילו קל על חמור דעלמא ליחול קא משמע לן עכ"ל. ונראה דאחד המצוות יתירות דכהונה הוא האיסור ליטמא, ולכאורה צ"ב דמה הקשר בין האיסור ליטמא לבין הא דאין איסור חל על איסור. וע"פ הנ"ל נראה לבאר דהאיסור לכהן ליטמא אינו מעשה איסור בעלמא אלא דע"י הטומאה הכהן מחלל קדושתו. דהרי הראב"ד (פרק ה מהלכות נזירות הלט"ו) נקט דאין איסור על כהנים ליטמא בזמה"ז מכיון דכולם כבר טמאי מת, וז"ל והכהנים בזמן הזה טמאי מת הן ועוד אין עליהן חיוב טומאה והמחייב אותם עליו להביא ראיה עכ"ל. ומוכח מזה דהאיסור אינו עצם מעשה המטמא בלבד אלא החילול קדושה דחל ע"י הטומאה ומכיון דכולם כבר טמאים ממילא אין איסור.[1548]

ויתכן דזה כוונת רש"י דהכתוב הרבה מצוות יתירות. דהיינו דיש לכהנים איסור ליטמא דמהווה איסור לחלל קדושתם, וכמו"כ היסוד דאיסורי ביאה הוא לחלל קדושתם. ומפני דבנוסף לאיסור מעשה ביאה יש עוד צד של חילול קדושת כהונה אזי יש הו"א לומר דאיסור חל על איסור באיסורי ביאה דכהונה.

גמ'. זונה למה נאמרה נאמר כאן זונה ונאמר להלן זונה, מה כאן זרעו חולין, אף להלן זרעו חולין.

יש לעיין האם איסורי ביאה דכה"ג וכהן הדיוט הוו אותם חפצא דאיסור או הוו איסורים שונים. ויתכן דיש נ"מ בנוגע להתראה, האם צריך לתת התראה לכה"ג בתורת כהן הדיוט או באיסור דכה"ג. ונראה מההו"א של הגמ' – דרק הולד של זונה לכה"ג הויא חלל ולא הולד של זונה לכהן הדיוט – דהוו ב' איסורים שונים עם דינים שונים.[1549] וע"ע מ"ש בסמוך ברש"י ד"ה כ"ג באלמנה.

דף עח.

גמ'. אמר רב יהודה כהן גדול באלמנה לוקה שתים, אחת משום אלא יקח, ואחת משום לא יחלל.

בענין איסור דלא יחלל

[1548] ועיין ברשימות שיעורים ליבמות (ג: בענין טומאת כהנים לקרובים) דרבינו זצ"ל גם הגדיר טומאת כהנים כחילול קדושת כהונה.

[1549] אמנם הרמב"ם אינו מונה איסור דכה"ג לגרושה, חללה, וזונה כלאווין נפרדים.

א

שיטת רש"י

רש"י (ד"ה כ"ג באלמנה) נקט דגם כהן הדיוט הבא על גרושה או על חללה לוקה פעמיים, משום לא יקח ומשום לא יחלל. ורש"י ביאר דאע"פ דהפסוק דלא יחלל כתוב רק אצל כה"ג, מ"מ מכיון דבסוגיא לעיל (עז:) אמרינן דגמרי מהדדי, דמה כה"ג זרעו חולין אף כהן הדיוט זרעו חולין, לכן הפסוק דלא יחלל חל נמי בכהן הדיוט.[1550]

אמנם לכאורה קשה, למה רש"י כלל בדבריו דכהן הדיוט הבא על חללה עובר משום לא יחלל. דבשלמא כהן הבא על הגרושה היא נעשית חללה ולכן הוא עובר על לא יחלל. אמנם בחללה, היא כבר נתחללה ומעשה הביאה אינו מוסיף עוד חילול ולכאורה אין מקום לחייבו משום לא יחלל. ונראה לבאר דלפי רש"י גדר הלאו הוא מעשה ביאה דראויה להחיל חלות חללות על האשה, ואע"פ שהיא כבר חללה לפני הביאה, נמי עובר על לא יחלל.

ב

שיטת הרמב"ם

ועיין ברמב"ם (פרק יז מהלכות איסו"ב הל"א-הל"ג) דהאיסור דלא יחלל שייך רק לכה"ג הבא על אלמנה ולא לכה"ג בשאר נשים האסורות עליו ולא בכהן הדיוט, וז"ל שלש נשים נאסרו על כל הכהנים, גרושה זונה וחללה, ועל כהן גדול ארבע, אלו השלש והאלמנה וכו' כל כהן שנשא אחת מהשלש נשים אלו בין גדול בין הדיוט ובעל לוקה ואם בא עליה דרך זנות אינו לוקה משום זונה או גרושה או חללה שנאמר לא יקחו עד שיקח ויבעול וכו' אבל כהן גדול שבא על אלמנה לוקה אחת אע"פ שלא קידש שנאמר לא יחלל כיון שבעלה חללה ופסלה לכהונה, אבל זונה וחללה וגרושה הרי הן מחוללות ועומדות קודם בעילתו, ולפיכך לוקה כהן גדול לבדו על בעילת אלמנה לבדה, אע"פ שאין שם קידושין שהרי חללה והוא מוזהר שלא יחלל כשרים לא אשה ולא זרעו עכ"ל. ויוצא דלפי הרמב"ם הלאו דלא יחלל חל רק היכא דהאשה היתה כשרה לכהונה והיא נתחללה ע"י הביאה הזאת, ולכן הלאו שייך רק לכה"ג הבא על אלמנה. וזה מה שכתב הרמב"ם דזונה חללה וגרושה כבר מחוללות ועומדות לפני הביאה עם הכה"ג. וכן איתא בספר המצוות (ל"ת קסב) דהלאו דלא יחלל חל רק בכה"ג לאלמנה ולא בשאר איסורי כהונה.

[1550] ובנוגע לשיטת הרמב"ם דחולק על זה עיין במגיד משנה (פרק יז מהלכות איסו"ב הל"ב) וז"ל ואע"ג דילפינן שהבנים חללים כמ"ש שם נאמר בהדיוט זונה כו' מה להלן זרעו חולין אף כאן זרעו חולין מ"מ לא לקי עלה משום לא יחלל דלא אתיא ג"ש אלא להיות זרעו חולין אבל למלקי על לאו דלא כתיב בדידיה לא אשכחן עכ"ל.

והראב"ד השיג על הרמב"ם דמבואר בגמ' דאם גמר הוא חייב משום לא יחלל זרעו בעמיו, וחילול זרע שייך גם לכהן הדיוט, וז"ל א"א אין השכל מודה בזה שהרי למדו כהן הדיוט מכהן גדול לחלול הזרע בג"ש זונה זונה הלכך כי הדדי נינהו באסורייהו וטעות הוא בידו והטעהו מה שראה בגמרא כהן גדול באלמנה לוקה שתים אחד משום לא יקח ואחד משום לא יחלל והוא סבר דוקא כהן גדול ולא היא אלא משום דלא מיתני ליה בכהן הדיוט חלול דאשה בשלא גמר ביאתו קמיירי דליכא חילול זרע עכ"ל. ולכאורה קשה על הרמב"ם מה הסברא לומר דהלאו דלא יחלל שייך רק היכא דיש חילול האשה (בכה"ג לאלמנה) ולא היכא דיש חילול זרע (כל כהן באשה האסורה עליו היכא דגמר ביאתו).

ולכאורה יש לבאר את שיטת הרמב"ם בכמה אנפי: א) הלאו דלא יחלל אייריי דוקא באשה דהיתה לה שעת הכושר ואז נתחללה. אבל הולד, אע"פ דהכהן מחיל עליו חלות שם חלל בביאתו האסורה, מ"מ לא היתה לולד שעת הכושר ולכן אין זה בכלל הפסוק דלא יחלל. ב) ועוד י"ל דיתכן דהכהן אינו אוסר את הולד באופן ישיר, אלא דהוא מחלל את האשה בביאתו וממילא כל ולד דנולד מאשה חללה הוי חלל. וא"כ ברור למה הכהן אינו לוקה משום חילול זרע, אלא משום חילול האשה דהרי הוא אוסר אותה באופן ישיר.[1551]

והמגיד משנה הקשה על הרמב"ם מהמשך הסוגיא דכה"ג שבא על הגרושה חייב שתים – מפני האיסור גרושה והאיסור דלא יחלל זרעו. ונדחק לומר דהרמב"ם הבין דכל הסוגיא "דלא כהלכתא הוא", ועיין בתוס' ר"י הזקן דביאר דנחלקו האמוראים עצמם בשו"ט האם הלאו דלא יחלל שייך רק לכה"ג באלמנה או גם לשאר איסורי כהונה, ויוצא מדבריו דהרמב"ם פסק כמו רבא דהלאו שייך רק לכה"ג באלמנה.

ג

שיטת הראב"ד

הבאנו לעיל דברי הראב"ד דסבור דיש ב' אופנים בלאו דלא יחלל: א) כשלא גמר ביאתו הלאו חל רק לכה"ג באלמנה, ב) כשגמר ביאתו הלאו חל בין לכה"ג ובין לכהן הדיוט ולכל הנשים האסורות עליהם. והביאור בזה הוא דהראב"ד בעצם סבור כמו הרמב"ם דעוברין על הלאו דלא יחלל רק היכא דיש אדם דנתחלל מהביאה. וכשלא גמר ביאתו אזי האדם היחיד דאפשר לחלל הוי האשה ולכן הראב"ד הסכים עם הרמב"ם דהלאו חל רק באלמנה לכה"ג דהרי כל שאר הנשים כבר מחוללות ועומדות. אמנם הראב"ד נקט

[1551] והשווה לדברי רבינו זצ"ל בשיעורים לעיל (סו: ביסוד הדין דחללות, אות ב).

דגם עוברין על הלאו דלא יחלל זרעו היכא דיש אפשרות לחילול הזרע. ולכן כשגמר ביאתו הלאו חל בכל איסורי כהונה אפי' באשה שכבר נתחללה.

ובדעת הראב"ד דעובר על לא יחלל בגמר ביאה, יש להסתפק בגדר הלאו. דהרי המנחת חינוך (מצוה רסו סק"ד) העלה דאולי לפי הראב"ד הכהן עובר על לא יחלל זרעו רק אם באמת האשה התעברה מביאתו ונולד ולד. אמנם המנחת חינוך בעצמו דחה את זה והסיק דרק צריך גמר ביאה ולא הולדת ולד. וכן מסתבר, והגדר הוא דעוברין הלאו דלא יחלל זרעו במעשה ביאה דראוי להוליד אפי' אם בפועל אין ולד.[1552]

ד

שיטת המגיד משנה

ויש דעה רביעית במגיד משנה, וז"ל והנראה אלי בזה הוא שאין בהדיוט כלל משום לא יחלל דכי ילפינן גז"ש ה"מ למיהוי זרעו חולין אבל למלקי משום לאו דלא יחלל לא אשכחן לה בגמ' להך גז"ש ואנן לא עבדינן לה אבל בכ"ג איכא משום לא יחלל בכולהו דקרא אכולהו קאי וכפשטא דסוגיא דרב יהודה לאו דוקא אלמנה קאמר ולית לן לאפוקי סוגיא מהלכתא עכ"ל. כלומר, דהמגיד משנה סבור דכה"ג עובר על לא יחלל אם בא על אלמנה גרושה חללה או זונה. אמנם כהן הדיוט אינו עובר כלל כמו שיטת הרמב"ם. ונראה דבנוגע להגדרת החילול שצריך כדי לעבור על הלאו המגיד משנה סבור כמו רש"י דסגי במעשה ביאה דיש בה הכח דחילול ועוברין בגרושה זונה וחללה אע"פ דכבר מחוללות ועומדות.

גמ'. ולילקי נמי משום לא יחלל זרעו.

ולכאורה קשה דהרי יש רק פסוק אחד (ויקרא פרק כא פסוק טו) וז"ל ולא יחלל זרעו בעמיו כי אני ה' מקדשו עכ"ל. והיאך אפשר לקבל ב' מלקות על פסוק אחד.[1553] ולכאורה לפי הרמב"ם אפשר לבאר דהגמ' אינה מקשה שילקה ג' פעמים: משום לא יקח, לא יחלל, ומשום לא יחלל זרעו. אלא דהלאו דלא יחלל הוא מפני חילול האשה ולכן שייך רק באלמנה לכה"ג כמו שפירשנו לעיל. ועכשיו הגמ' מקשה למה נאמר דהפסוק איירי בחילול האשה יתכן דהלאו הוי משום חילול הזרע דהיינו דכל היכא דכה"ג בא על אשה דהולד ממנה הויא חללה לילקי משום לא יחלל זרעו וא"כ לוקין לא רק על כה"ג באלמנה אלא גם בכה"ג הבא על גרושה חללה וזונה. והגמ' מתרצת דהפסוק איירי בדלא גמר

[1552] ויש למנחת חינוך שם (סק"ג-סק"ד) עוד כמה ספיקות בגדר דלא יחלל זרעו: א) האם סגי בגמר ביאה או אולי צריך גם הוצאת זרע מצד הכהן כדי לעבור על הלאו דהרי בלי הוצאת זרע אין אפשרות להתעבר, ב) מה הדין באשה דאינה ראויה להתעבר ולהוליד עיי"ש.

[1553] אמנם המאירי (עח. ד"ה כהן גדול) נקט דבאמת אם גמר ביאתו חייב ג' מלקויות, על לא יקח, לא יחלל, ולא יחלל זרעו.

ביאתו ולכן א"א לומר דלוקין משום חילול הזרע והלאו יכול להיות רק משום חילול האשה וזה שייך לחול דוקא בכה"ג באלמנה בלבד.

גמ'. אמר אביי קידש לוקה בעל לוקה וכו'.

לפי אביי יוצא דהאיסור דלא יקח נתפס כאיסור בפני עצמו ולכן לוקין על הקידושין. ומסתבר דכל זה דוקא באיסורי כהונה דכתיב בהו לא תקח אבל איסור לאו דממזר דכתיב בו לא יבוא ממזר בקהל ה' אזי גם אביי מודה דלא לוקין בלי ביאה.[1554]

ויש לעיין באיסור דלא ירבה לו נשים בנוגע למלך. דהרי מלשון הפסוק משמע דהאיסור הוא ליצור חלות אישות עם הרבה נשים ולכן מסתבר דלפי אביי האיסור הוא על הקידושין ולא צריך ביאה. אמנם משמע מדברי הרמב"ם (פרק ג מהלכות מלכים הל"ב) דהמלך רק עובר על האיסור אחרי ביאה וז"ל לא ירבה לו נשים, מפי השמועה למדו שהוא לוקח עד שמונה עשרה נשים בין הנשים ופלגשים הכל שמונה עשרה, ואם הוסיף אחת ובעלה לוקה עכ"ל.[1555] וצ"ב מלשון הפסוק דלא ירבה לו נשים דמשמע דהאיסור הוא עצם יצירת האישות. ונראה לבאר דהרמב"ם סבור דהאיסור דלא ירבה לו נשים כולל לא רק נשים בקידושין ונישואין אלא גם פילגשים. וא"כ י"ל דבפילגשים אי אפשר לומר דעוברין על האיסור ביצירת האישות בלי ביאה דהרי אין קידושין בפילגש אלא יחוד בעלמא.[1556] ומשו"ה פסק הרמב"ם דהמלך עובר על האיסור דלא ירבה לו נשים רק אחרי ביאה.

ובביאור שיטת רבא עיין בשיעורים לעיל (סו: ד"ה כל מקום).

גמ'. רבי יהודה אומר בת גר זכר כבת חלל.

בענין ולד דגר או גיורת

א

מחלוקת רבי יהודה ורבי אליעזר בן יעקב

לפי רבי יהודה וראב"י מבואר דגירות הוי שם פסול דעובר מדור לדור. אמנם רבי יהודה וראב"י נחלקו באיזה היכי תמצי הולד אסורה לכהן. דלפי רבי יהודה הכל תלוי באב, ולפי ראב"י אם יש הורה אחד מישראל דאינו גר, אזי הבת מותרת לכהונה. וצ"ב במאי פליגי.

[1554] אמנם בדעת רבא, הרמב"ם השווה איסורי לאוין לאיסורי כהונה. ועיין בזה בשיעורים לעיל (סו: ד"ה כל מקום שיש קידושין, אות ב).

[1555] וע"ע בזה בשיעורי הרב לסנהדרין (כא.).

[1556] אמנם עיין לעיל בשיעורים (ב. פתיחה למסכת, אות ה) רבינו זצ"ל נקט דיש חלות אישות מסויימת בין המלך והפילגש.

ונראה דצריך להקדים את המחלוקת בין הר"ן והרמב"ם האם הבן של גר ובת ישראל מותר בממזרת. דהר"ן (ל: בדפי הרי"ף ד"ה ומותר) נקט דהולד מותר בממזרת כמו אביו, וז"ל אבל זה שאביו ישראל גמור למה לא יתיחס אחר אביו ויהא נדון כגר דמותר בממזרת והרי כאן יש קידושין ואין עבירה והולד הולך אחר הזכר (סו:) עכ"ל. אמנם הר"ן הביא מהרמב"ם (פרק טו מהלכות איסו"ב הל"ט) דהולד של גר ובת ישראל הוי ישראל גמור ואסור בממזרת, דכתב הרמב"ם וז"ל גר שנשא בת ישראל או ישראל שנשא גיורת הולד ישראל לכל דבר ואסור בממזרת עכ"ל.

ומסתבר לומר דיש יסוד אחד לשיטת רבי יהודה והר"ן. דהיינו דחלות גירות הוי דין בקהל ומשפחת גרים ולכן הכל תלוי אם האב הוי גר. דאם יש לולד אב גר אזי הולד נחשב כחלק של קהל גרים (דחל בגלל האב), ולכן הולד מותר בממזרת ואסורה לכהן. אמנם בישראל שנשא גיורת הולד הוי ישראל גמור דמותר בכהן ואסור בממזר, מפני דחלות שם קהל גרים אינו חל מחמת האם. וגם י"ל דהרמב"ם וראב"י הוו חד סברא, דהיינו דחלות פסול דגירות חל בולד רק אם שני ההורים הויים גרים. אמנם כל היכא דיש הורה אחד דאינו גר אזי יש גזה"כ דאפי' מקצת זרע ישראל מכשיר את הולד לגמרי. **אמנם** מסתבר דהר"ן גם יכול לסבור כמו ראב"י. ולפי"ז גר שנשא בת ישראל הולד מותר בכהן ומותר בממזר. והביאור הוא כי חלות שם גירות הוי חלות דין קהל דחל רק ע"י האב, אלא דבנוגע לאיסור גיורת לכהונה ישנה גזה"כ דאפי' מקצת זרע ישראל מכשיר את בתה גר וישראלית לכהונה.

אמנם לכאורה קשה לומר דהרמב"ם סובר כמו רבי יהודה, כלומר דבת גר וישראלית אסורה לממזר וגם ואסורה לכהן. דהרי אם היא אסורה לכהן מפני דחלות שם גיורת חלה בה מחמת האב מדין אזי מאחר שיש לה דין ושם גיורת צ"ע למה אסורה היא לממזר.[1557]

ב

בן גר לשררה ולב"ד דחליצה

[1557] אמנם עיין בדברי הגר"ח זצ"ל (פרק טו מהלכות איסו"ב הל"ט) דבדעת הרמב"ם חילק בין דין משפחה דתלוי אך ורק באב, לבין דין קהל דהולד גם מקבל מהאם. וא"כ יתכן דיש ולד של גר ובת ישראל דהוי ממשפחת גרים (דרך האב) ולכן אסורה לכהן, אמנם הוי מקהל ישראל ולכן אסור בממזר. והשווה לשיעורים לעיל (דף עג. ד"ה ורבי יהודה כהנים ולוים מחד קהל נפקי) ובהערות שם, דהגר"ח זצ"ל חילק בין דין משפחת לויה דחל רק מחמת האב לבין עוד דין לוייה דאינו תלוי במשפחה דעובר דרך האם ורבינו זצ"ל לא נחית לחילוק הזה.
וגם יש להעיר, דהרמב"ם עצמו (פרק יט מהלכות איסו"ב הלי"ב) פסק לכתחילה כראב"י אמנם בדיעבד כמו רבי יוסי דאפי' בת גר וגיורת כשרה לכהונה וז"ל גרים ומשוחררים שנשאו אלו מאלו והולידו בת אפילו לאחר כמה דורות הואיל ולא נתערב בהן זרע ישראל הרי אותה הבת אסורה לכהן, ואם נשאת לא תצא הואיל והורתה ולידתה בקדושה, אבל גר או משוחרר שנשא בת ישראל, או ישראל שנשא גיורת או משוחררת בתו כשרה לכהונה לכתחלה עכ"ל. וזה כדברי הגמ' לקמן (עח:). ויוצא דלפי הרמב"ם להלכה בבת גר וגיורת מותרת לכהן (מעיקר הדין) ועדיין מותרת לממזר. וצ"ע היאך רבינו זצ"ל ביאר את החילוק.

ועוד יש לעיין בדין בן גר וישראלית בנוגע לשררה ומלכות. דאיתא בגמ' (יבמות קב.) דצריך אמו מישראל וז"ל אמר רבא גר דן את חבירו דבר תורה, שנאמר שום תשים עליך מלך אשר יבחר ה' אלהיך בו מקרב אחיך תשים עליך מלך, עליך הוא דבעינן מקרב אחיך, אבל גר דן את חבירו גר, ואם היתה אמו מישראל דן אפי' ישראל, ולענין חליצה עד שיהא אביו ואמו מישראל, שנאמר ונקרא שמו בישראל עכ"ל. יוצא מרהיטת הגמ' דבן של גר וגיורת פסול למלכות ושררות, אמנם בן של גר ובת ישראל כשר למלכות ולשאר שררות. ולפי הרמב"ם הדין הזה שפיר מובן דהרי גר שנשא ישראלית הולד הוי ישראל גמור בלי חלות שם גר כלל. ובאמת כך פסק הרמב"ם (פרק א מהלכות מלכים הל"ד) וז"ל אין מעמידין מלך מקהל גרים אפילו אחר כמה דורות עד שתהיה אמו מישראל, שנאמר לא תוכל לתת עליך איש נכרי אשר לא אחיך הוא, ולא למלכות בלבד אלא לכל שררות שבישראל עכ"ל.

אמנם לפי הר"ן לכאורה צ"ע דהרי בן של גר וישראלית מותר בממזרת מכיון דעדיין יש בו חלות שם גר, וא"כ היאך הוא כשר למלכות. וצ"ל דיש גזה"כ מיוחדת של מקרב אחיך דכשרות למלכות תלוי בדין האם. ולכן, אע"פ דעדיין הוא מקהל גרים מפאת האב שלו והוא מותר בממזרת, מ"מ הוא עוד כלול בדין "מקרב אחיך" דתלוי אך ורק באמו מישראל. ונראה לבאר דבנוגע לשררה אין פסול בעצם חלות שם של גר, אלא דיסוד הפסול הוא בשם נכרי (כלשון הפסוק שם "לא תוכל לתת עליך איש נכרי") דעדיין נשאר במקצת בגר. ולכן כל מי שאמו מישראל הוי ישראל גמור בלי שום שם נכרי ומוגדר מקרב אחיך וכשר לשררה. אמנם בן של גר וישראלית אע"פ דהוא ישראל גמור, עדיין חל בו חלות שם קהל גרים ומותר איפוא בממזרת.

ועוד יש להעיר דהתוס' (סוטה מא: ד"ה אותו) נקטו דאע"פ דלשאר שררות צריך רק אמו מישראל אבל האב יכול להיות גר, להיות מלך צריך שגם האב וגם האם יהיו מישראל ולא מגרים. ולכאורה נראה לבאר את זה על פי הר"ן דבאמו מישראל עדיין יש לולד חלות שם גר בנוגע להיתר ממזרת. ולכן מובן דכדי להיות מלך צריך אדם שאין בו שום חלות שם אחר חוץ מחלות שם ישראל.

ובנוגע לבן גר או גיורת להיות בב"ד לחליצה, נחלקו הראשונים. דהרמב"ם (פרק ד מהלכות חליצה הל"ה) פסק דצריך שיהא אביו ואמו מישראל, וז"ל ואם היה אחד מן השלשה גר פסול ואפילו היה אביו גר ואמו ישראלית לא תחלץ עד שיהיה אביו ואמו מישראל עכ"ל. והתוס' (יבמות קב. ד"ה לענין חליצה) נקטו דהכל תלוי באביו מישראל. אמנם לכאורה זה לא קשור למחלוקת בין הר"ן והרמב"ם בנוגע לולד של גר וישראלית דהרי בענין חליצה

יש גזה"כ מיוחדת כדמבואר בגמ' (יבמות קב.) וז"ל ולענין חליצה עד שיהא אביו ואמו מישראל שנאמר ונקרא שמו בישראל עכ"ל, ונחלקו המפרשים בגדר הגזה"כ.

ג

פצוע דכא כהן לבת גר וישראלית

ובענין מחלוקת הר"ן והרמב"ם האם בת גר וישראלית מותרת לממזר, עיין ביבמות (נז.) דיתכן דהגמ' עצמה נסתפקה בזה.[1558] דאיתא שם וז"ל גופא, בעא מיניה רבי יוחנן מרבי אושעיא פצוע דכא כהן שנשא בת גרים, מהו שיאכילנה בתרומה עכ"ל. ובהמשך הגמ' ביארה דהספק הוא לפי ראב"י דבת גר וישראלית מותרת לכהן וז"ל אלא אליבא דהאי תנא, דתנן רבי אליעזר בן יעקב אומר אשה בת גרים לא תנשא לכהונה עד שתהא אמה מישראל, והכי קמיבעיא ליה כשרות מיתוספא בה ואכלה, או דלמא קדושה מיתוספא בה ולא אכלה וכו' וש"מ כשרות איתוספא בה ואכלה עכ"ל.

ויש לרש"י ב' לשונות בהסבר ההיכי תמצי והצדדים דספיקת הגמ'. ואלו דבריו בפירוש הראשון שלו וז"ל "אליבא דהאי תנא קמיבעיא ליה" - לר' יוחנן וכגון דאמה מישראל. "כשרות איתוספא בה" - וראויה לכהונה ולאו קדושה לאקרויי קהל ומותרת לפצוע דכא ואוכלת ממה נפשך דאי נמי בקדושתיה קאי הרי זו מותרת לו ומשום פצוע דכא לא מיתסר בה דהא לא איקרי קהל. "או דלמא קדושה נמי איתוספא בה" - וקהל איקרי ואסורה לפצוע דכא ולא אכלה עכ"ל.

לפי הפירוש הראשון של רש"י הגמ' מייריי בבת גר וישראלית לדעת ראב"י דהיא כשרה לכהונה. הצד ד"כשרות איתופסא בה" פירושו דאע"פ דהיא כשרה לכהונה מ"מ אין לה קדושה והיא מותרת לפצוע דכא. הצד ד"קדושה איתופסא בה" פירושו דמכיון דהיא כשרה לכהונה א"כ מוכח דיש לה קדושה כמו ישראלית גמורה ואסורה לינשא לפצוע דכא. ונמצא דזה דומה למחלוקת הראשונים האם בת גר וישראלית דהיא כשרה לכהונה אסורה לממזר או מותרת לממזר. ומסקנת הגמ' היא דבת גר וישראלית כשרה לכהונה ומותרת לפצוע דכא וזה כמו שיטת הר"ן דהיא כשרה לכהן ולממזר.

אמנם יש לרש"י עוד פירוש בגמ', וז"ל לישנא אחרינא מפי המורה בת גר וגיורת קמיבעיא ליה אליבא דראב"י מאי כשרות איתוספא בהך דאמה מישראל לאקרויי קהל אבל בת גר וגיורת לאו קהל היא ואכלה שמותרת לפצוע דכא והאי לאו בקדושה קאי דתיתסר עליה משום כהונה או דלמא קדושה איתוספא בה לינשא לכהונה והך דאין

[1558] וכן העיר הגר"ח זצ"ל (חידושי הגר"ח על הרמב"ם, פרק טו מהלכות איסו"ב הל"ט), דהלשון ראשון דרש"י קאי כשיטת הר"ן, והלישנא בתרא דרש"י הולך בשיטת הרמב"ם.

אמה מישראל נהי דקדושה לית בה כשרות מיהא אית בה ובכלל קהל היא ואסורה לפצוע דכא ולא אכלה ולשון ראשון נראה עיקר עכ"ל.

לפי הפירוש השני של רש"י הגמ' אייר בבת גר וגיורת אליבא דראב"י דפסולה לכהן. הצד ד"כשרות איתופסא בה" פירושו דהיכא דאמה מישראל היא מותרת לכהן מפני דנקראת קהל, אמנם אם אביה ואמה הם גרים אזי היא לא חלק של קהל ואסורה לכהן ומותרת לפצוע דכא. והצד ד"קדושה איתופסא בה" פירושו דהיכא דאמה מישראל היא מותרת לכהן מפני דהיא קדושה, אמנם אם אביה ואמה הוו גרים אזי אין לה קדושה אבל היא נקראת קהל ואסורה לפצוע דכא.

מסקנת הגמ' דכשרות איתוספא בה, דהיינו דבת גר וגיורת אסורה לכהן ומותרת לפצוע דכא. ולכאורה הצד הזה מובן, דמכיון דעדיין נשאר בבת גר וגירות חלות שם גיורת והיא אסורה לכהן וממילא היא מותרת לפצוע דכא. אמנם לכאורה ההו"א של הגמ' דבת גר וגיורת אסורה לכהן ואסורה לפצוע דכא קשה להבין, דהרי למה היא נחשבת כקהל ישראל להיות אסורה לפצוע דכא אם היא גם אסורה לכהן. וצ"ל דכשרות דגר לפסולי קהל תלוי בחלות קדושת ישראל, דהיינו דלגר בעצמו חסרה במקצת קדושת ישראל מכיון דנולד כגוי. אמנם בבת גר וגיורת דנולדה בקדושה יש לה קדושת ישראל גמורה ולכן אסורה היא לפצוע דכא וממזר.[1559] אמנם האיסור של גיורת לכהונה תלוי בחלות שם ופסול דמשפחת גר דחל בבת גר וגיורת מהוריה אע"פ דיש בה קדושת ישראל גמורה.

בגדר מיאון - יבמות קח.-קח:

מבואר במשנה (יבמות קח.) דקטנה שמיאנה אינה נחשבת כגרושה ומותרת לכהן וז"ל הממאנת באיש הוא מותר בקרובותיה והיא מותרת בקרוביו, ולא פסלה מן הכהונה עכ"ל. ויש בגמ' שם עוד חידוש דאפי' אם היא נשאת לאדם, נתגרשה ממנו ונאסרה לכהנים, ואז חזרה ונישאת לאדם הזה ומיאנה בו אזי אתי מיאון ומבטל גט והיא מותרת לכהן. והרמב"ם (פרק יז מהלכות איסו"ב הלי"ח) הביא את זה להלכה וז"ל אחת גרושה מן האירוסין או מן הנישואין אבל הממאנת אפילו גירשה בגט והחזירה ומיאנה בו ה"ז מותרת לכהן עכ"ל.

אמנם, גם מדוייק במשנה שם דאם לאחר הגירושין היא נישאת לאדם אחר ומיאן בו דהמיאון לאדם השני אינו מפקיע את הגט של האדם הראשון. והגמ' הקשה דאם מיאון דידיה מבטל גט דידיה, למה לא נאמר דמיאון דאדם שני מבטל גט דידיה וז"ל אלמא אתי מיאון ומבטל גט, ורמינהי הממאנת באיש, ונשאת לאחר וגירשה, לאחר ומיאנה בו,

[1559] והשווה דברי רבינו זצ"ל לעיל (עז. ד"ה ר' יוסי) בדעת רבי יוסי דבת גר וגיורת כשרה לכהונה.

לאחר וגירשה, זה הכלל כל שיצתה הימנו בגט אסורה לחזור לו, במיאון מותרת לחזור לו, אלמא לא אתי מיאון דחבריה ובטיל גיטא דידיה עכ"ל. ובמקום לתרץ דמיאון יכול לבטל האישות הקדום דאיש הזה ולא של איש אחר, שני תירוצי הגמ' מניחים דמעיקר הדין אין הבדל בין האישות דידיה לבין האישות דאחר, וז"ל אמר רב יהודה אמר שמואל תברא, מי ששנה זו לא שנה זו. אמר רבא ומאי קושיא, ודלמא מיאון דידיה מבטל גט דידיה, מיאון דחבריה לא מבטל גיטא דידיה, ומאי שנא מיאון דחבריה דלא מבטל גיטא דידיה, איידי דמכרת ברמיזותיו וקריצותיו אזל משבש ומייתי לה (רש"י - עד דממאנת בבתרא ומהדר לה), מיאון דידיה נמי לא ליבטל גיטא דידיה, דאיידי דמכרת ברמיזותיו וקריצותיו אזיל משבש ומייתי לה, הא כבר שבשא ולא אישבשא (רש"י - שהרי לאחר גירושין החזירה ולא יכול לפייסה שתעמוד עמו ומיאנה בו הילכך ליכא למיחש לה לשיבושא) עכ"ל. ויוצא מהגמ' דמעיקר הדין גם מיאון דשני מבטל גט דראשון, אלא דיש חשש מדרבנן של שיבוש ולכן העמידו את דין גירושין דראשון על תילו והיא אסורה לחזור אליו.

ונראה לבאר דמיאון אינו מבטל רק את האישות הזאת דמיאנה בה אלא גם מחילה חלות דין בגברא דהאשה דהיא אינה בת אישות. ולכן מעיקר הדין ומסברא יתכן דמיאון דשני מהני לעקור דיני גירושין דראשון.[1560]

והנה הגמ' דשקיל וטרי בדין דמיאון דשני אחרי הגט דראשון איירי באיסור מחזיר גרושתו. אמנם נחלקו הראשונים מהו הדין בנוגע לאיסור דגרושה לכהן. דהנה הטור (אה"ע סימן ו) כתב וז"ל ואע"ג דקי"ל מיאון דחבריה לא מבטל גיטא דידיה, ה"מ לענין שלא תחזור לו דטעמא משום דמכרת ברמיזותיו ובקריצותיו אזל ומשבש לה ועבד דממאנת בחבריה והדר אזיל ונסיב לה אבל לענין להתירה לכהן אין חילוק בין מיאון דחבריה למיאון דידיה עכ"ל. כלומר, דמכיון דמבואר בגמ' דמעיקר הדין מיאון דשני לא מהני לגירושין דראשון בנוגע לאיסור מחזיר גרושתו מטעם מסויים דקשורה לאיסור מחזיר גרושתו, נמצא דהמיאון דשני אכן מהני להפקיע גירושין דראשון בנוגע לאיסור לכהונה. אמנם הרמב"ם (פרק יא מהלכות גירושין הלט"ז) הביא את דין הגמ' סתם ומשמע מדבריו דהמיאון דשני אינו מהני כלל ולכן היא אסורה לכהן.

ונראה לבאר דלפי הרמב"ם, חז"ל תיקנו דהמיאון דשני אינו מהני כלל בנוגע לאישות וגירושין דראשון. אמנם לפי הטור, חז"ל תיקנו דהמיאון דשני לא מהני בדברים דשייכים להמגרש עצמו כמו האיסור מחזיר גרושתו והאיסור לקרובים שלו. אמנם, האיסור גרושה לכהן אינו שייך להמגרש עצמו אלא דמכיון דגירש אותה חלה עליה חלות

[1560] והשווה ללשון דרש"י (קח: ד"ה אלמה אתי מיאון דחבריה) וז"ל ומגלה על קטנות ומבטל גיטא מקמא עכ"ל.

שם גרושה בגברא דאוסרה לכהן. והחלות הזאת נפקע ע"י מיאון דשני אע"פ דהאיסור דמחזיר גרשותו עדיין קיים.

ויש להוסיף ביאור בזה ע"פ הבנת הגדר דמיאון. דהרי אע"פ דמיאון עוקר את האישות למפרע, לא יעלה על הדעת דנחשב כאילו הם היו בגדר דפנוי הבא על הפנויה למפרע.[1561] וצ"ל דמיאון עוקר רק את קנייני האישות למפרע, אמנם ההיתר ביאה דאישות אינו נעקר. אבל לפי זה יש להקשות למה אחרי מיאון היא מותרת לקרובות שלו אם אפי' למפרע יש חלות אישות בנוגע להיתר ביאה וכדומה. וצ"ל דיש ב' דינים במיאון: א) עקירה למפרע של קנייני האישות, ב) היתר מכאן ולהבא בנוגע לאיסור קרובים והאיסור מחזיר גרושתו וכדומה. ולפי"ז יש להבין דעת הטור דמיאון דשני אינו מחיל היתר מכאן ולהבא בנוגע לאישות דראשון ולכן היא עדיין אסורה בקרובות שלו ואסורה לו באיסור מחזיר גרושתו. אמנם עדיין חל הדין הראשון של עקירת קנייני האישות למפרע ולכן המיאון עוקר חלות שם גרושה ממנה והיא מותרת לכהן.

[1561] ביבמות (נט:) מבואר דאפי' לפי ר"א דפנוי הבא על פנויה עשאה זונה, מ"מ קטנה דמיאנה אינה נחשבת כזונה. ונראה כמו דברי רבינו זצ"ל דקטנה דמיאנה אינה נחשבת כפנוי הבא על הפנויה למשך זמן האישות שלה. אמנם עיי"ש בריטב"א (ד"ה בממאנת) וז"ל בממאנת - פי' דהשתא ליכא משום זונה ואפילו לר' אלעזר. ואע"פ שנפקעו קדושיה ונשואיה למפרע דמ"מ לשום אישות היתה בעילתו, ור' אלעזר לא עביד זונה אלא כשנבעלה שלא לשם אישות, ולהכי נקט ההוא לישנא דפנוי הבא על הפנויה שלא לשם אישות למעוטי אם בא עליה לשם נשואין כלל שאינה פסולה לכהונה משום זונה עכ"ל. ואולי משמע מדבריו דבאמת היא נחשבת לאחר המיאון כפנויה דנבעלה, אמנם מכיון דהביאה היתה לשם אישות היא לא נעשה זונה.